

MEMORIAL DRA LOZANO RV: Memorial sustentando recurso de apelación (11001-31-03-017-2018-00138-01)

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 10/04/2024 9:48

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 1 archivos adjuntos (274 KB)

Trib. Supe (017-2018-00139-01) memorial sustentando recurso de apelacion.pdf;

MEMORIAL DRA LOZANO

Atentamente,



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: Jorge Pinilla Cogollo <pinillajorge8@hotmail.com>

Enviado el: miércoles, 10 de abril de 2024 9:19 a. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Memorial sustentando recurso de apelación (11001-31-03-017-2018-00138-01)

No suele recibir correos electrónicos de pinillajorge8@hotmail.com. [Por qué esto es importante](#)

Honorable

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – Sala Civil

Magistrada AIDA VICTORIA LOZANO RICO

E. S. D.

Ref. Verbal de JUAN DAVID GOMEZ GUARNIZO contra CLINICA DE OCCIDENTE S.A., ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR S.A.S. – EPS FAMISANAR S.A.S., CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM y ALLIANZ SEGUROS S.A.

Proceso No. 11001-31-03-017-2018-00138-01

En mi condición de apoderado del extremo actor, por medio del presente escrito, adjunto memorial sustentando el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de fecha 31 de octubre de 2023 proferida por el Juzgado 17 Civil del Circuito de Bogotá.

Adjunto memorial en formato pdf.

Atentamente,

JORGE PINILLA COGOLLO

C.C. No. 19.246.045 de Bogotá

T.P. No. 18.803 del C. S. de la J.

Señora Magistrada
AIDA VICTORIA LOZANO RICO
Sala Civil
Tribunal Superior de Bogotá
E. S. D.

Ref. proceso verbal de JUAN DAVID GÓMEZ GUARNIZO contra E.P.S
FAMISANAR S.A.S. y otros.
Radicado No.11001-3103-017-2018-00138-01

En mi condición de apoderado del extremo actor y encontrándome dentro de la oportunidad procesal procedo a sustentar el recurso de apelación interpuesto por el suscrito contra la sentencia proferida el 31 de octubre de 2023 por el juzgado 17 civil del circuito de Bogotá.

La sustentación del recurso la hago en los siguientes términos:

Se discute en la providencia recurrida que no hubo demostración del nexo causal entre el hecho y el daño, que, en este caso, es la muerte del paciente.

Sin embargo, de conformidad con los artículos 226 y 232 del Código General del Proceso, los hechos relevantes, en este caso necesitan especiales conocimientos científicos y técnicos.

En ese orden de ideas, se encuentra el dictamen pericial realizado por el médico cirujano RICARDO RIAÑO GANGOTENA, en cuya experticia determina que nos encontramos con una paciente con antecedentes y factores agravantes que presenta cuadro abdominal agudo de varios días de evolución sin evidencia de remisión que fue enmascarado con analgésicos remitido con Dx: *“Alto riesgo de sepsis, choque y muerte”. Paciente intervenido con los siguientes hallazgos: apéndice gangrenoso perforada + peritonitis generalizada; herida contaminada”. Es clara la evidencia de un procedimiento contaminado con peritonitis generalizada que requirió lavado quirúrgico abundante: el protocolo indica que ante la evidencia de infección generalizada, además de los antecedentes del paciente es indicativo de haber un cierre por segunda intención o mantener la Hx Qx abierta para poder evidenciar si hay focos infecciosos y facilitar el lavado y evolución dentro de los parámetros de los cuidados hospitalarios. La paciente con insomnio, diabética con signos y síntomas de estrés metabólico con evoluciones hospitalarias superficiales que describen el malestar y negativa de la paciente a realizar la terapia respiratoria y deposiciones diarreicas melénicas; además, sin establecer el verdadero origen de las atelectasias bibasales, se le da salida a las 10:37 a.m. del 4 de enero de 2012. La paciente reingresa a la CLÍNICA DE OCCIDENTE a la 13:07 p.m. del 4 de enero de 2012: con signos de dolor, shock y abdomen agudo: que requirió intervención quirúrgica y exploración con laparotomía con los hallazgos descritos; se evidencia un cuadro clínico resultado del manejo hospitalario y quirúrgico poco acucioso que desembocó en las complicaciones médicas que llevaron a la muerte de la paciente”.*

De lo anterior se infiere inequívocamente el nexo causal entre el estado de la paciente y, el tratamiento que se le dio en la CLÍNICA CAFAM y en la CLINICA DE

OCCIDENTE y el desenlace a que condujo que no fue otro que la muerte de la paciente.

Es claro que el estado crítico de la paciente conducía a tomar medidas urgentes, más aún, cuando ya en la historia clínica para el 4 de enero de 2012 se establecía que la cirugía estaba contaminada, es decir, había infección; que la paciente venía agravándose de manera constante, circunstancia que generó un shock hipovolémico y su muerte.

Es claro que la paciente nunca superó su estado clínico, ni el dolor a pesar de los analgésicos que se le suministraron.

Desde el momento en que la paciente fue intervenida en la madrugada del 29 de diciembre de 2011 se detectó que había una peritonitis generalizada y por tanto, lo aconsejable era mantener abierta la herida para hacer lavados permanentes y tener controlada la infección; el día 4 de enero de 2012 señala la historia clínica que se le iba a dar salida ese día; sin embargo, la paciente presentó episodio de deposiciones melénicas en cinco oportunidades asociadas a hipotimia y palidez, por lo que se suspendió la salida por el estado crítico de la paciente, que tenía frialdad, sudoración y baja saturación; circunstancia que no era nueva, pues la había padecido en días anteriores sin que se le hubiera dado un tratamiento a esa situación.

El 4 de enero de 2012 hacia la 1:00 p.m. la paciente tenía abdomen blando con dolor generalizado, con abdomen en tabla, por lo que se traslada con carácter urgente a sala de cirugía, ya existía hemorragia de vías digestivas altas que se habría podido detectar si la herida se hubiera mantenido abierta, de tal manera que la paciente termina falleciendo según los hallazgos realizados al momento de hacer la intervención quirúrgica del 4 de enero de 2012 por una gran distensión del abdomen, con dolor intenso y agudo, gran hematoma en curvatura menor del estómago, desgarró que compromete la pared posterior del estómago desde la unión esófago - gástrica de 15 centímetros de longitud con sangrado profuso; circunstancias que era posible advertir si se le hubiera dado otro tratamiento a la paciente.

Esta situación se hubiera podido detectar si la herida causada por la operación realizada el 29 de diciembre de 2011 se hubiera encontrado abierta.

Así las cosas, la afirmación gratuita realizada por CLINICA DE OCCIDENTE de que hubo un manejo correcto y una evolución adecuada de la cirugía de apendicitis, no pasa de ser una afirmación carente de demostración; adicionalmente, si se hubiere presentado, como dice la CLINICA DE OCCIDENTE, una perforación gástrica secundaria a una úlcera en la curvatura menor del estómago, situación que generó el sangrado, el shock hipovolémico y el fallecimiento de la paciente y que hubiera podido ser detectada y controlada si se le hubiera dado el manejo y el tratamiento indicado en el dictamen pericial; más teniendo en cuenta que la paciente nunca se recuperó de su estado crítico, el cual fue permanente y sistemático durante su hospitalización en la CLINICA DE OCCIDENTE.

Es importante resaltar que la paciente estuvo en la CLINICA CAFAM por más de 12 horas sin que hubiera tenido atención médica, ni tratamiento alguno, circunstancia que generó la peritonitis generalizada que registraba la paciente durante su intervención quirúrgica el 29 de diciembre de 2011 en la CLINICA DE OCCIDENTE. A la luz de los testimonios rendidos por las testigos MARIA DE JESUS BELZA A., LORNA SALAZAR, JANETH GUARNIZO GIRARDOT y otros, se desvirtúa la afirmación contenida en la historia clínica de que para el día 4 de enero de 2012 a las 9:00 a.m. la paciente no presentaba dolor y su herida estaba en buen estado y que por dicha razón se le dio salida; es evidente que dichos testimonios y distintos apartes de la historia clínica desvirtúan esta afirmación y le restan credibilidad.

De igual forma, está plenamente establecido en el expediente que el estado de shock hipovolémico lo presentó la paciente desde las primeras horas de la mañana del 4 de enero de 2012; sin embargo, es claro que la reacción del equipo médico de la CLINICA DE OCCIDENTE que venía tratando a la paciente fue extemporánea y tardía.

Así las cosas, es importante destacar que nunca se pudo establecer si el desgarro se produjo con antelación o durante la cirugía; que dicha lesión es producto de una falla multisistémica causada por el mal manejo del paciente y que todo indica que el hematoma estuvo encapsulado.

También se encuentra establecido que la administración de gran cantidad de analgésicos, si bien es cierto no fue la causa de la muerte de la paciente, coadyuvó en la no detección a tiempo de su cuadro clínico.

Se señaló también por el perito que la contaminación y la peritonitis generó una crisis multisistémica que agravó la situación del paciente y que el desgarro de la cavidad gástrica fue intraoperatorio que pudo ser ocasionada de manera espontánea o por una úlcera de gran dimensión, que nunca se detectó ni se diagnosticó.

Es necesario señalar que la paciente durante su periodo de internación hospitalaria siempre presentó malestar, dolor agudo y déficit de saturación, y de que a pesar de que no había una evolución satisfactoria de la cirugía, el testigo medico JUAN ANTONIO GAITAN reconoce que fue él quien tomó irresponsablemente la determinación de darle salida a la paciente, con lo que compromete aún más la responsabilidad médica de la CLINICA DE OCCIDENTE.

La CLINICA DE OCCIDENTE deliberadamente no ofreció el testimonio de la doctora LICETH JOHANNA ROJAS quien fue la que intervino quirúrgicamente a la paciente el 29 de diciembre de 2011 y el 4 de enero de 2012.

En el caso de la IPS CAFAM, es clara la conducta omisiva de dicha entidad ocurrida el 28 de diciembre de 2011 en la atención a la paciente, de tal manera que la morosidad de la IPS CAFAM en la atención de la paciente desde las 8:00 a.m. hasta las 9:00 p.m. del 28 de diciembre sin prestarle ninguna atención, ni siquiera de carácter primario, constituyó indiscutiblemente un factor de agravación de la paciente.

La situación de dolor referidos por la paciente fue permanente durante su internación en la CLINICA DE OCCIDENTE, pero según la sentencia, no hay evidencia en la historia clínica de que se le haya comunicado al cuerpo médico; sobre el particular es importante señalar que las visitas del cuerpo médico fueron muy esporádicas y que evidentemente existen omisiones protuberantes de la historia clínica en éste y en otros aspectos.

El proceso infeccioso que sufrió la paciente, indudablemente generó la crisis multisistémica, por tal razón, no puede válidamente sostenerse que en el proceso no se estableció una relación de causa-efecto entre la infección, la crisis multisistémica, el shock hipovolémico y la muerte de la paciente.

De otra parte, me remito al alegato de conclusión que presenté en la audiencia de que trata el artículo 373 del Código General del Proceso donde se recalcan los hechos jurídicamente relevantes, se desvirtúan las excepciones de mérito propuestas por las sociedades demandadas; se reafirma el juramento estimatorio, se realiza un análisis detenido del acervo probatorio y de los fundamentos jurídicos y fácticos de la responsabilidad médica.

Es importante tener en cuenta los interrogatorios de parte, la prueba testimonial recepcionada, los dictámenes periciales aportados tanto el de orden médico, como el que hizo la estimación y cuantificación de los perjuicios materiales, la prueba documental que obra en el expediente haciendo especial énfasis en la historia clínica del paciente, acervo probatorio que en su conjunto convergen a demostrar la responsabilidad medica de las entidades demandadas y dejan sin piso las excepciones de mérito formuladas por las personas jurídicas demandadas.

Es necesario resaltar que en la historia clínica de la CLÍNICA DEL OCCIDENTE, se consigna que se le había dado de alta a la paciente y que esta debía salir de las instalaciones de la clínica el día 4 de enero de 2012 a pesar de las circunstancias de dolor y de mal estado general que presentaba la paciente y teniendo en cuenta que a pesar de que la paciente presentaba una peritonitis generalizada, la herida causada por la intervención quirúrgica fue totalmente cerrada y por tanto a partir del 28 de diciembre no fue sometida a ningún proceso de drenaje ni de control de la infección.

Después de realizada la operación durante los días subsiguientes, la paciente presentaba dolor abdominal acompañado de múltiples episodios de emesis, malestar general, episodios permanentes de fiebre, deshidratación, y baja saturación, circunstancias que además fueron narradas por los testigos, lo que significa que durante el postoperatorio la paciente mantuvo una situación de malestar general, episodios de emesis, insomnio y que por lo tanto su evolución no era la adecuada, sin embargo, la paciente no fue sometida a un tratamiento específico frente a ésta sintomatología, en vez de registrar una evolución positiva su evolución era negativa y así lo registra la historia clínica del 31 de diciembre de 2011 y del 1º de enero de 2012; ya para el 2 de enero de 2012 la paciente mostraba signos de dificultad respiratoria y la misma clínica reconocía que su evolución no mejoraba y la calificaba como estacionaria; el día 4 de enero de 2012 a pesar de la fiebre, de la dificultad respiratoria, del insomnio y de las emesis recurrentes el cuerpo médico que la estaba atendiendo procede inexplicablemente a darla de alta,

orden que fue revocada cuando se observa que la situación de la paciente se agrava y entra en un estado crítico, momento en el cual tardíamente generan una epicrisis ante el malestar y la indisposición generalizada de la paciente acompañados de 3 episodios diarreicos consecutivos y hemorragia en las vías digestivas, lo que produce lipotimia y palidez marcadas que obliga al cuerpo médico a suspender la salida de la paciente la cual se encontraba con gran sudoración, frialdad, demacrada e indispuesta; en el abdomen presentaba dolor agudo generalizado por lo cual la trasladaron a las salas de cirugía cuando ya era prácticamente imposible revertir una situación que había generado el mismo cuerpo médico de la clínica por el manejo negligente y descuidado del postoperatorio adicionado al cierre de la herida lo que impidió hacer drenajes y tener un control de la evolución de la septicemia, circunstancias que desembocaron en el fallecimiento de la paciente.

Finalmente es importante insistir que las reglas de la sana crítica parte de unos presupuestos básicos del derecho sustancial y del derecho procesal y que, por consiguiente, no puede confundirse con discrecionalidad arbitraria; más aún, cuando el dictamen pericial rendido por el perito médico es claro, sólido, preciso, exhaustivo y fundamentado.

Adicionalmente la idoneidad del perito no ha sido colocada en entredicho, por cuanto sus conocimientos, su experiencia y su trayectoria están plenamente acreditados.

Con fundamento en los argumentos precedentemente expuestos, comedidamente solicito a la sala Civil de Decisión del tribunal Superior de Bogotá que revoque en su integridad la sentencia impugnada y en su lugar acoja favorablemente las pretensiones contenidas en la demanda.

De los Señores Magistrados,



JORGE PINILLA COGOLLO

C.C. No. 19.246.045 de Bogotá

T.P. No. 18.803 del C.S. de la J.



MEMORIAL DRA PELAEZ RV: MEMORIAL SUSTENTACION ALEGATOS DE CONCLUSION PROCESO EJECUTIVO No. 11001310300120230038001

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 05/04/2024 10:16

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 1 archivos adjuntos (327 KB)

MEMO ALEGATOS CONSUEGRA TRIBUNAL (1).pdf;

MEMORIAL DRA PELAEZ

Atentamente,



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: René Moreno <remoalab@hotmail.com>**Enviado el:** viernes, 5 de abril de 2024 9:54 a. m.**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: MEMORIAL SUSTENTACION ALEGATOS DE CONCLUSION PROCESO EJECUTIVO No. 11001310300120230038001**SEÑOR****TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL****REF: PROCESO EJECUTIVO No. 11001310300120230038001**

**DEMANDANTE: MERCELENA BARRERA HERNANDEZ; JHON EDISON
CARDENAS Y LUIS GERMAN BARRERA HERNANDEZ.
DEMANDADO: LUIS ANGEL CONSUEGRA TAVERA.**

Buenos días.

Obrando en mi calidad de apoderado de la parte apelante en el proceso de la referencia, adjunto ALEGATOS.

Cordial saludo

RENÉ MORENO ALFONSO

C.C. NO. 19.389.110 de Bogotá

T.P. No. 49.050 del C.S. de la J.

SEÑOR
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co
E. S. D.

REF: PROCESO EJECUTIVO No. 11001310300120230038001
DEMANDANTE: MERCELENA BARRERA HERNANDEZ; JHON EDISON
CARDENAS Y LUIS GERMAN BARRERA HERNANDEZ.
DEMANDADO: LUIS ANGEL CONSUEGRA TAVERA.

ASUNTO: SUSTENTACION ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Obrando en mi calidad de apoderado especial de la parte demandada en el proceso de la referencia, estado dentro de la oportunidad procesal pertinente consagrada en el inciso 2 del Numeral 3 del artículo 322 del C.G.P., respetuosamente me permito sustentar el recurso de apelación formulado oralmente contra la sentencia proferida en audiencia el día 13 de febrero de 2024, ampliando los reparos concretos y los cargos formulados contra la decisión de primera instancia, lo cual hago en los siguientes términos:

1. Si bien es cierto los documentos base de la ejecución son tres (3) pagares presentados para el cobro con carta de instrucciones -título valor complejo- y gozan de las características de la literalidad, del derecho que incorpora el título; conforme al artículo 430 del C.G.P., la falta de los requisitos formales del título ejecutivo, solamente puede ser alegados mediante recurso de reposición contra el mandamiento de pago, como evidentemente fueron impugnados los pagarés por esa vía, y que fue desestimada por el a quo, confirmando la orden de pago.
2. No obstante haber agotado ese mecanismo procesal, al momento de proponer las excepciones de fondo contra las pretensiones de los demandantes, nuevamente se hicieron reparos a los pagarés por el no cumplimiento de los requisitos formales, teniendo en cuenta que el recurso de reposición para impugnar por esa vía, frente al incumplimiento de los requisitos formales aplica para los títulos ejecutivos y no para los títulos valores conforme con lo consagrado en el numeral 4 del artículo 784 C de Co., que permite formular excepción a la acción cambiaria por la ausencia de requisitos formales, que son sustanciales del derecho cambiario, omisión que produce la ineficacia del título valor. Utilizando esta excepción permitida en el derecho cambiario es posible garantizar la doble instancia cuando es desestimada por el a quo, como sucede en el presente caso.
3. El primer reparo a la decisión del Juez de instancia es que no analizó la falta de los requisitos formales de los títulos valores que son de orden legal y que se encuentran señalados como requisitos comunes para los títulos valores en el artículo 621 del C de Co., además de los dispuesto para cada título valor en particular, como en el caso del pagaré, en el artículo 709 del Código de Comercio.

El artículo 709 del Código de Comercio consagra de manera expresa para el pagaré el requisito de la forma el vencimiento. En el presente proceso conforme a la prueba documental que obra al expediente, en el escrito de la demanda en el hecho primero expresamente la parte ejecutante reconoce que el señor **LUIS ANGEL CONSUEGRA TAVERA**, suscribió: “... **3 cartas de instrucciones para llenar 3 pagarés en blanco adjuntos a dichas cartas, con las cuales se autorizaron a los demandantes para diligenciar los espacios en blanco de cada uno de los pagarés...**”. (sic).



Obsérvese que no hay duda sobre la existencia de los pagarés firmados en blanco con sus respectivas instrucciones para ser diligenciados.

En la parte final del párrafo cuarto de la carta de instrucciones para diligenciar el pagaré, expresamente se indica: “...la fecha de vencimiento será la que a partir del momento en que resulte(mos), ser deudor(es) por cualquier suma de dinero” (sic- el subrayado es mío). Con esta cláusula se reconoce expresamente que el espacio para la fecha de vencimiento del pagaré fue firmado en blanco.

Como se observa la instrucción indica que la fecha de vencimiento de los pagarés corresponde desde el momento en que el suscriptor del pagaré resultare ser deudor de los beneficiarios de estos. Los espacios en blanco de fecha de vencimiento de los pagarés fueron diligenciados con fecha del 31 de julio de 2022.

Frente a la existencia de los principios de literalidad y del derecho que se incorpora en el título, estos son desvirtuados con el interrogatorio de parte rendido bajo juramento por los demandantes, ya que en forma clara y categórica confesaron que no entregaron suma alguna de dinero al señor **LUIS ANGEL CONSUGRA TAVERA**, sino que los dineros que demandan fueron entregados por el señor **JHON EDISON CARDENAS** y la señora **MERCELENA BARRERA HERNANDEZ** al señor **LUIS GERMAN BARRERA HERNANDEZ**, como consta en los audios minutos 45:49 y 50:48.

Por su parte el señor **LUIS GERMAN BARRERA HERNANDEZ**, manifestó que los dineros recibidos fueron entregados a la señora **MIRIAM FRANCO (minuto 58:05 del audio.)** Preguntado al ejecutante **LUIS GERMAN BARRERA HERNANDEZ**, cuando entregó las sumas de dinero a la señora **MIRIAM FRANCO**, contestó sin equívocos que lo hizo el día 10 de septiembre de 2020, como consta en el audio en el minuto 18:31- 45. Confróntese si este hecho es cierto, porque la fecha de los pagarés aparece como 31 de julio de 2022

Es decir, existe prueba de confesión por parte de los ejecutantes que no entregaron ninguna suma de dinero al ejecutado y por lo tanto, éste no puede ser deudor de aquellos y conforme al artículo 164 del C.G.P., es deber de la judicatura fundar sus decisiones en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso.

Para este caso son los propios ejecutantes quienes al unisonó, de manera voluntaria y desprevenida reconocen no haber entregado sumas de dinero al señor **LUIS CONSUEGRA TAVERA**, sino a un tercero, por lo tanto, al no existir deuda a su cargo y a favor de los demandantes, no era viable diligenciar la fecha de vencimiento contradiciendo al propio texto de la carta de instrucciones y en consecuencia no tiene exigibilidad por no seguir las indicaciones entregadas al tenedor del mismo.

Ahora bien si fuere cierta la existencia de la deuda a favor de los ejecutantes y a cargo de **LUIS CONSUEGRA TAVERA**, conforme a las instrucciones de la carta, la fecha de vencimiento sería el momento en que resulte deudor por cualquier suma de dinero, como se manifestó en la contestación de la demanda el señor **LUIS ANGEL CONSUEGRA TAVERA** no es deudor de los demandados por ninguna suma de dinero y por ser éste un hecho negativo, correspondía a los ejecutantes demostrar la existencia de la deuda, su cuantía y fecha de desembolso para diligenciar la fecha de vencimiento. Por el contrario, lo que aparece en el recaudo probatorio es que los ejecutantes no entregaron ninguna suma de dinero al ejecutado sino a un tercero.

4. El segundo reparo es el desconocimiento a la excepción de falta de causa legal e inexistencia del negocio jurídico subyacente que origina los títulos valores,



conforme al artículo 784-4 Co.Co., que permite proponer como excepción a la acción cambiaria, las derivadas del negocio jurídico que dio origen a la creación o transferencia del título y conforme a las confesiones provocadas en el interrogatorio de parte formulado a los demandantes, existe la certeza que entre los ejecutantes y ejecutado no se realizó ninguna transacción comercial para exigir el pago de los pagarés demandados.

Con las confesiones realizadas por los ejecutantes se desvirtúa la existencia del derecho incorporado en los pagarés, y no tienen eficacia por falta de causa legal para su cobro, de esta manera el principio que los títulos valores se bastan así mismo es destruido por los propios ejecutantes y no puede ser desconocida por la judicatura la realidad probatoria de la falta de causa para el cobro de los pagarés objeto de ejecución.

El Juez con su decisión da por cierto un hecho no probado y por el contrario, parte de una premisa cierta para llegar a una conclusión equivocada; siendo su argumento una verdadera falacia, ya que está confesado como hecho cierto por los ejecutantes que entregaron las sumas de dinero a persona diferente al demandado y el juzgado concluye por ese solo hecho la existencia de un negocio jurídico entre los demandantes y el demandado, contrariando la evidencia que fue demostrada que el negocio realizado fue entre el señor **LUIS ANGEL CONSUEGRA TAVERA** y la señora **MIRIAM FRANCO**, como lo reconocen los propios demandantes.

5. El tercer reparo es consecuencia de la falta de causa o negocio subyacente para el cobro de los pagarés base de la acción ejecutiva porque no existió entrega de sumas de dinero por los demandantes al demandado, como está acreditado en el proceso y no hay duda entonces que su consecuencia es un cobro de lo no debido al señor **LUIS ANGEL CONSUEGRA TAVERA** por parte de los demandantes.
6. El Cuarto reparo a la decisión impugnada es que el a quo desestima las irregularidades presentadas como fecha de creación de los títulos valores, frente a la existencia de diferente fecha en la carta de instrucción, pagaré y autenticación. Se desestima la excepción con el argumento que los títulos valores se presumen auténticos, que no requieren autenticación y que además no fueron tachados de falsedad. Si bien es cierto que los títulos valores se presumen auténticos, olvida que el documento de autenticación forma parte integrante del título complejo como son pagaré en blanco, carta de instrucciones y hoja adosada de autenticación de la firma impuesta en los pagarés.

Resta importancia al hecho probado que consta en los pagarés los cuales tienen como **fecha de suscripción mayo 22 de 2022; carta de instrucciones el 20 de mayo de 2022** y la **constancia de autenticación ante Notario Público, el día 21 de mayo de 2022**; si se observa detenidamente resulta absurdo que se haya autenticado los pagarés **el día 21 de mayo de 2022**; un (1) día antes de su suscripción, el **día 20 de mayo de 2022**; adicionalmente los tres (3) pagarés y las tres (3) cartas de instrucciones se identifican con el mismo número de autenticación en la parte superior derecha (4960) de la **constancia de autenticación el día 21 de mayo de 2022 a la misma hora 11:39:31**, cuando las reglas de la experiencia y la práctica notarial enseñan que son actos independientes.

Estas irregularidades fueron las que motivaron la solicitud de exhibición de los originales de los pagarés para verificar su existencia, en razón a que el demandado no recordaba cuantos firmó ni las condiciones de estos.



Las diferentes fechas señaladas en los pagarés que obran al proceso, nos indican que no existe certeza sobre la fecha de creación de los pagarés base de la acción y por lo tanto no puede aplicar para cumplir con este requisito lo señalado en el inciso final del artículo 621 del Código del Comercio que establece las reglas en cuanto a la fecha de creación del título valor.

Prueba de la falta de certeza de la fecha en que se firmaron los pagarés, es el proceso ejecutivo No. **1100131030032023-00080-00** iniciado por la señora **MIRIAM FRANCO** en contra del señor **LUIS ANGEL CONSUEGRA TAVERA**, que se tramitó en el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, para cobrar un pagaré con las mismas irregularidades que se evidencian en la **verificación biométrica en cuanto al número de hoja, fecha y hora en que se autentica** y que en su propia calificación fue negado el mandamiento de pago, conforme al auto que se aportó con la contestación de la demanda y cuyo link fue remitido para su verificación fue aportado con la contestación de la demanda.

7. Conforme al artículo 283 del C.G.P., corresponde al juzgador reconocer oficiosamente excepciones no formuladas y en el presente caso está probado que fue desvirtuada la existencia de los pagarés como títulos valores, fundamentalmente como orden de pago incondicional, porque al examinar el interrogatorio del demandante **LUIS GERMAN BARRERA HERNANDEZ**, afirmó que los pagarés los había recibido como una garantía de un negocio celebrado por la señora **MIRIAM FRANCO**. La anterior manifestación coincide con las respuestas del interrogatorio del demandado, quien afirmó que entregó los pagarés a la señora **MIRIAM FRANCO** como respaldo de un negocio.

Téngase en cuenta que estas manifestaciones del ejecutado y ejecutante están desvirtuando la orden incondicional de pago que es la esencia del pagaré y, por lo tanto, quedaron condicionados al resultado de un negocio jurídico. En consecuencia, de esa realidad procesal, las partes para cobrar los pagarés previamente deben agotar otro procedimiento para acreditar el incumplimiento contractual para exigir su garantía.

8. De conformidad con el artículo 176 de Código General del Proceso, considero que el Juez, omitió apreciar de fondo y de manera concreta las condiciones del negocio causal o subyacente que dan vida a los títulos base de la ejecución. Pues, indiscutiblemente, sin perjuicio del principio de literalidad del título valor, las confesiones realizadas por la parte demandante, específicamente en respuesta dada en el minuto **58:00** al **60:00** de la audiencia, dan cuenta que el negocio que dio vida a los títulos valores objeto de esta ejecución, NO se cumplió, es decir que conforme al artículo 784 numeral 12 del Código de Comercio logró probarse por confesión que a pesar de que el título cumpla con los requisitos generales según el artículo 621 del C. de Co., el negocio causal no se ejecutó, en principio porque los demandantes no suscribieron ningún tipo contrato o realizaron algún tipo de negocio con el señor **LUIS ANGEL CONSUEGRA TAVERA** y lo segundo, porque, los demandantes entregaron el dinero a la señora **MIRIAM FRANCO**, y NO les consta que la misma haya entregado el dinero al señor **LUIS ANGEL CONSUEGRA**.
9. De conformidad con la sentencia T – 310 del año 2009, emitida por la Honorable Corte Constitucional establece que, debe existir “disciplina probatoria” cuando se alega una

excepción contra la acción cambiaria tendiente a desvirtuar el negocio subyacente o causal. Es decir que toda la carga se impone al demandado para probar que el negocio es fraudulento, con persona distinta o simplemente no existió:

*“...La sentencia atacada también incurrió en yerro contrario a los derechos fundamentales, cuando declaró probada la excepción de “falta de entrega de los dineros”. Ello debido a que desconoció las normas del derecho comercial que regulan los principios de autonomía, literalidad e incorporación de los títulos valores. Estas disposiciones, en criterio del BBVA Colombia, tienen efectos concretos de “disciplina probatoria” en cuanto a la oponibilidad de las excepciones derivadas del negocio causal, en el sentido que imponían a los demandados la carga de la prueba a ese respecto. En consecuencia, para el caso objeto de estudio (i) resultaba desacertado desconocer esos principios, con base en un estudio, de carácter declarativo, sobre el alcance del contrato de mutuo subyacente a los pagarés base de ejecución; y, (ii) incluso si se aceptara ese análisis, existían en el proceso pruebas fehacientes sobre el cumplimiento de ese negocio subyacente, entre ellas **declaraciones efectuadas por los mismos demandados**...”* (Subrayado y negrilla por mi)

Así las cosas, en el caso concreto, existen pruebas fehacientes, como las declaraciones con fines de confesión de los demandantes, quienes admitieron que nunca hicieron negocio alguno con el señor LUIS ANGEL CONSUEGRA TAVERA y, que en la relación “tripartita” discutida, tampoco les consta que se dio cumplimiento al negocio celebrado con la señora MIRIAM FRANCO. (véase minutos: 28:00, 51:00 y 58:00 de la audiencia de fallo)

10. Ahora bien, de conformidad con lo señalado por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia del 26 de agosto del año 2020, radicado No. 2017-00-400-01, Magistrado Ponente: Iván Darío Zuluaga Cardona, indicó:

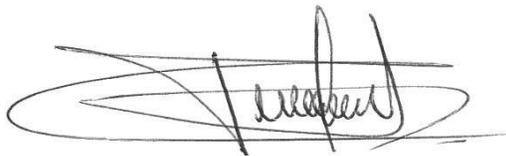
“De manera que, cuando el Código de Comercio impone como requisito del pagaré la mención de una promesa incondicional de pagar una suma determinada de dinero, quiere significar que el pago no puede quedar subordinado o atado a la ocurrencia de un acontecimiento posterior a la fecha de su suscripción...”

Luego entonces, con la declaración que hace el señor German Barreto en el minuto **20:48** de la audiencia, indica, de manera clara, espontánea y libre que los pagarés eran un respaldo para el negocio que celebraron mi poderdante y la señora MIRIAM FRANCO, y, en ese orden de ideas corroborando la misma información, mi poderdante, como se observa en el minuto **29.09** de la audiencia de fallo indica, claramente lo mismo, que los pagarés se firmaron con la señora MIRIAM FRANCO como un respaldo del negocio que entre ellos, es decir mi poderdante y la señora MIRIAM FRANCO, con la cual queda demostrado que los pagarés estaban **CONDICIONADOS** al cumplimiento de un negocio jurídico como cita la sentencia de la referencia:

En lo que atañe a la promesa incondicional, significa que *“el obligado se compromete fuera de toda condición, es decir, no puede suspender el nacimiento de la obligación y su exigibilidad a acontecimientos futuros e inciertos (...). No podrá sujetarse a un acontecimiento futuro incierto ni prometerse una suma de dinero indeterminada, esto es así, por el carácter de los títulos valores, en donde las obligaciones deber ser claras, expresas y exigibles”*².

Por las anteriores razones invoco al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Civil, analizar las pruebas que soportan mis argumentos y revocar la sentencia proferida en primera instancia por no estar conforme con los hechos probados y las normas que regulan los requisitos del pagaré y el incumplimiento de las instrucciones para llenar los espacios en blanco de los pagarés base de la acción y por el contrario solicito declarar probadas las excepciones formuladas por la falta de eficacia de los pagarés por no estar diligenciada la fecha de vencimiento conforme con las instrucciones dadas por escrito por el demandado; igual se encuentra demostrada la falta de causa por no existir entre las partes un negocio subyacente que haya originado el cobro de las sumas demandadas; corolario de lo anterior hay cobro de lo no debido y mala fe de los demandantes al exigir unas sumas de dinero a persona diferente a quien entregaron los valores demandados.

Del señor Juez, atentamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Rene Moreno', is written over a large, horizontal oval scribble.

RENE MORENO ALFONSO
C.C. No. 19.389.110 de Bogotá
T.P. No. 49.050 del C.S. de la J.

MEMORIAL DRA PELAEZ RV: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DE 1 INSTANCIA

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 3/04/2024 10:22

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 1 archivos adjuntos (863 KB)

RECURSOS DE APELACION PROCESO CIVIL C - 8545 CAMILO BOHORQUEZ SUSTENTACION RECURSO.pdf;

MEMORIAL DRA PELAEZ

Atentamente,



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: Urbano y Ottavo Abogados <urbanotavo@outlook.com>

Enviado el: miércoles, 3 de abril de 2024 10:19 a. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: asesorias@lexandinoabogados.com; carolcardozo@lexandinoabogados.com; consultas@lexandinoabogados.com; secretaria.gerencia@lexandinoabogados.com; Marco Zuluaga <mzuluaga@velezgutierrez.com>; Victoria Nuñez Rodriguez <vnunez@velezgutierrez.com>; Santiago Botero Arango <sbotero@velezgutierrez.com>; Angie Ramírez <aramirez@velezgutierrez.com>; Notificaciones <notificaciones@velezgutierrez.com>; notificacionesjudiciales@previsora.gov.co

Asunto: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIA DE 1 INSTANCIA

No suele recibir correos electrónicos de urbanotavo@outlook.com. [Por qué esto es importante](#)

Señores

HONORABLES MAGISTRADOS

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA – SALA CIVIL

ATN. DOCTORA ANGELA MARIA PELAEZ ARENAS

MAGISTRADA PONENTE

secsctribsubta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E.S.D.

REF. RADICACION No: 11001310303720190035002

CLASE DE PROCESO: DECLARATIVO VERBAL

DEMANDANTES: CAMILO ANDRES BOHORQUEZ BRICEÑO Y OTROS

DEMANDADOS: CARLOS FABIAN RODRIGUEZ BELTRAN Y OTROS

SUSTENTACION RECURSO DE APELACION

JORGE ADOLFO OTTAVO HURTADO, mayor de edad, vecino de la ciudad de Bogotá, identificado civil y profesionalmente con C.C. No. 11.297.262 de Girardot y T.P. 65.583 del C.S.J., actuando como apoderado judicial de la parte actora, por medio del presente, envío adjunto lo enunciado en el asunto, con copia a las partes para lo de su tramite.

De la Señora Honorable Magistrada, con sentimientos de consideración y respeto.

Cordialmente,

JORGE ADOLFO OTTAVO HURTADO

C.C. NO. 11'297.262 DE GIRARDOT

T.P. NO. 65.583 DEL C.S.J.



Urbano & Ottavo Abogados
Cra. 7 No. 33 - 49 Of. 301
Edificio Luciano Borde
PBX: (work) (+57) - (1) - 320 2769
FAX: (work) (+57) - (1) - 320 2769
Celular: (work) (+57) - 314 471 4686
mail: urbanotavo@outlook.com
BOGOTA D.C., COLOMBIA.



**ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
RESPONSABILIDAD MÉDICA**

Señores

**HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL
ATN. DOCTORA ANGELA MARIA PELAEZ ARENAS
MAGISTRADA PONENTE**

secsctribsubta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E.S.D.

REF. RADICACION No: 11001310303720190035002

CLASE DE PROCESO: DECLARATIVO VERBAL

DEMANDANTES: CAMILO ANDRES BOHORQUEZ BRICEÑO Y OTROS

DEMANDADOS: CARLOS FABIAN RODRIGUEZ BELTRAN Y OTROS

SUSTENTACION RECURSO DE APELACION

JORGE ADOLFO OTTAVO HURTADO, mayor de edad, vecino de la ciudad de Bogotá, identificado civil y profesionalmente con C.C. No. 11.297.262 de Girardot y T.P. 65.583 del C.S.J., actuando como apoderado judicial de la parte actora, de manera comedida y respetuosa me permito manifestar a la Honorable Magistrada, que dentro de los términos de Ley, procedo a sustentar el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 27 Civil del Circuito de Bogotá, de conformidad con los reparos, presentados oportunamente, así:

OBJETO DE LA IMPUGNACIÓN

El recurso vertical de APELACIÓN tiene por objeto que la Sentencia impugnada sea REVOCADA en los puntos materia de inconformismo de la parte actora y en su lugar se profiera se condena a los demandados tal y como se solicito en la demanda.

Lo anterior teniendo en cuenta que a través de la Sentencia atacada es evidente y desmedido el afán del Juez de primera instancia por argüir a favor de la parte demandada y aplicar una compensación de culpas que nunca fue demostrada por la pasiva y mucho menos en la proporción que el A Quo fijo en la providencia, lo cual ha impidiendo con ello observar con objetividad el cúmulo de pruebas obrantes en el encuadernamiento que acreditan plenamente la responsabilidad civil de la parte pasiva del litigio y perjudicando ostensiblemente las pretensiones de las víctimas

1.- NO ESTOY DE ACUERDO CON LA COMPENSACIÓN DE CULPAS NI CON LOS PORCENTAJES EN QUE SE TASÓ LA COMPENSACIÓN.

No estamos de acuerdo con la compensación de culpas que decreto el Despacho, y mucho menos estamos de acuerdo en el porcentaje que se le dio a la tasación de compensación.

En primer lugar la compensación de culpas debe ser probada por la parte demandada y demostrar que acción u omisión de la víctima contribuyo en la causa



**ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
RESPONSABILIDAD MÉDICA**

del accidente. No basta decir que en el evento que nos ocupa existe una concurrencia de culpas por si sola, sino cual es motivo o fundamento para invocarla.

Dice el Juzgado que es mucho más grave la conducta del conductor de la motocicleta teniendo en cuenta que el Despacho INFIERE que el motociclista se desplazaba a una velocidad mayor a la autorizada o permitida en el lugar en que ocurrió el accidente, y además porque el motociclista no portaba la licencia de conducción para el momento del accidente.

En primer lugar y si bien es cierto que en nuestro ordenamiento legal no existe la tarifa legal de pruebas, sino que en nuestro sistema judicial se basa en la libre apreciación, también lo es que hay ciertos actos o determinadas circunstancias que requieren o exigen un exclusivo o preciso medio de prueba, que no constituyen la implementación de una tarifa legal, pero si es una formalidad sustancial del acto.

Como ejemplo podemos citar el parentesco de las personas que solo se puede probar mediante los respectivos registros civiles, o las escrituras públicas y su registro para demostrar un gravamen de un bien inmueble.

Igualmente para demostrar la velocidad de un vehículo se exige un peritaje o un dictamen científico, pues hasta las pruebas testimoniales pueden resultar contradictorias para probar un presunto exceso de velocidad. Y era obligación de la parte demandada probar que el motociclista se desplazaba a una velocidad mayor a la permitida en el lugar en que ocurrió el siniestro:

Por lo cual el Despacho no puede inferir que el motociclista se desplazaba a exceso de velocidad, porque no hay prueba legal y oportunamente aportada al proceso que demuestre este hecho.

En rigor técnico, resulta palmar que el señor Juez **incurrió en un grave y evidente error de hecho en modalidad de falso juicio de existencia por suposición de medios probatorios;** lo que significa en el extremo, que el Juez ni siquiera se percató que no existía la prueba del dictamen pericial que estableciera el presunto exceso de velocidad del motociclista que el Despacho infiere a la cual transitaba el conductor de la moto.

Se supone una prueba, dice la doctrina **cuando ella no obra en la actuación procesal y la decisión se toma con fundamento en la prueba imaginada por el Juzgador.**

No hay aquí una indebida contemplación jurídica de la prueba, por cuanto, se itera, el Juez ni siquiera se ocupa de citar tangencialmente el medio probatorio y su demostración en el proceso, mucho menos se adentra en el estudio de su valor probático.

De conformidad con el artículo 164 del C.G.P. toda decisión judicial se debe sustentar en las pruebas que regular y oportunamente fueron aportada al proceso.



**ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
RESPONSABILIDAD MÉDICA**

Así mismo el artículo 176 señala que el Juez debe apreciar las prueba en su conjunto y de acuerdo a la sana critica. ***“sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos” (sic)***

En tal virtud considero con todo respeto que el señor Juez no puede inferir que la motocicleta conducida por la víctima CAMILO ANDRES BOHORQUEZ BRICEÑO se desplazaba a exceso de velocidad, pues no existe prueba legal y oportunamente aportada al proceso que lo demuestre.

Ahora bien, no se necesita ser un perito técnico calificado que la maniobra más grave que ocasionó la tragedia que nos ocupa fue la invasión del carril contrario al cual podía transitar por parte del chofer del tracto camión de placas TRJ-676 y no como mínimamente lo pretende hacer ver el Señor Juez.

La conducta del conductor del tracto camión infringe lo dispuesto en el artículo 60 y 68 del Código Nacional de Tránsito, y allí no se dispone o aclara que la invasión puede ser mínima, media o completa, sino que todo conductor debe transitar por el carril que le asignan las normas de tránsito.

De otra parte una persona puede infringir las normas de tránsito, como conducir a exceso de velocidad, pero está conducta por sí sola no se constituye en causa eficiente de un accidente, y el conductor de la motocicleta había podido exceder con creces la velocidad que regula el tránsito en el lugar en que ocurre la colisión, pero si el tracto camión no invade su carril, pues sencillamente el accidente no se había presentado.

Igualmente el Señor Juez sostiene que como el conductor de la motocicleta al no portar la licencia de conducción genera una mayor responsabilidad en el origen del accidente, por lo cual solo le reconoce a la parte demandante el 30% del valor de los perjuicios,

Posición de la cual también discrepamos respetuosamente, pues el hecho de no portar una licencia de tránsito es también constitutiva de una falta administrativa, pero en ningún momento es la causa eficiente que provocó el accidente.

La licencia de tránsito por sí sola no establece la pericia o la idoneidad para conducir un automotor, menos en nuestro país donde siempre ha sido un mal endémico el trámite de las licencias de conducción que genera tantos vicios y corrupción, y donde se ha visto sin exagerar que hasta personas invidentes porten su licencia de conducción.

Y también era una obligación legal por parte de los demandados demostrar o probar que el conductor de la motocicleta no era apto para operar dicha clase de vehículos, prueba que brilla por su ausencia al interior del proceso.

Tampoco se puede pasar por alto que el conductor del tracto camión de placas TRJ-676, Carlos Fabian Rodríguez Beltrán, quién figura aquí demandado, fue



**ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
RESPONSABILIDAD MÉDICA**

condenado penalmente por el Juzgado Segundo Penal de Soacha (Cundinamarca) por las lesiones causadas a Camilo Andrés Bohórquez Briceño, decisión que se encuentra en firme, y que conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el Juez Civil no se puede apartar de esta decisión, y vemos que en el presente proceso, el Señor Juez de Primera Instancia prácticamente se apartó de la decisión para construir una compensación de culpas que no puede ser de recibo.

Con todo respeto considero que la decisión del Despacho de primera instancia es totalmente desacertada, porque a todas luces la conducta del conductor del tracto camión al invadir el carril contrario al cual podía transitar era mucho más importante y grave como causa que ocasionó el choque entre los automotores involucrados.

2.- NO ESTOY DE ACUERDO EN LA FORMA EN QUE EL DESPACHO TASÓ EL LUCRO CESANTE DE MI REPRESENTADO.

En relación con la tasación del lucro cesante la valoración se encuentra afectada en la medida que la compensación de culpas y el porcentaje de la compensación mermó de manera ostensible el monto total de la reclamación, haciéndolo prácticamente irrisorio.

Si observamos la razonable ponderación del lucro cesante presente y el lucro cesante futuro que se presentó con el escrito introductorio de la demanda, la suma en que el Señor Juez de instancia termina fijando como perjuicio por el lucro cesante ha afectado poderosamente los intereses del lesionado CAMILO ANDRES BOHORQUEZ BRICEÑO.

Con fundamento en lo anterior solicito de manera comedida y respetuosa se revise cuidadosamente los argumentos del A Quo para tasar los perjuicios en la cantidad que estipuló, los cuales no guardan proporcionalidad ni razonabilidad con los graves perjuicios que se le han causado al señor BOHORQUEZ BRICEÑO.

Todo lo anterior está íntimamente ligado con la desacertada y desproporcionada compensación de culpas, con fundamentos que no incidieron para nada en la causa del siniestro.

El A Quo acertadamente en los considerando de la sentencia de primera instancia reconoció que la ponderación del lucro cesante \$186.034.938,°, era acertado y conforme lo establecen las formulas que la Honorable Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado aplican para ponderar esta clase de perjuicios, y como así debía de haberlos tasado en la parte resolutive de la sentencia, pero infortunadamente con las aplicación de la compensación de culpas la suma a la que fueron condenados los demandados no retribuye para nada el grave perjuicio causado a la parte demandante.

En tal virtud solicito respetuosamente a la Honorable Magistrada se revoque la ponderación del lucro cesante pasado y futuro que el Señor Juez de Instancia propuso y en su defecto se condene tal y como se solicito en la demanda,



**ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
RESPONSABILIDAD MÉDICA**

actualizando las sumas de dinero a la fecha en que se profiera el fallo de segunda instancia.

3.- TAMPOCO ESTOY DE ACUERDO EN LA TASACIÓN DE LOS DAÑOS MORALES EFECTUADA POR EL SEÑOR JUEZ DE INSTANCIA.

Se disiente, muy respetuosamente, de la decisión tomada por el señor Juez de Primera Instancia, en lo que se refiere a la valoración o cuantificación del monto dinerario establecido como quantum de la indemnización destinada a resarcir los perjuicios derivados del infortunio automovilístico de marras en el rubro correspondiente al **DAÑO MORAL**, en atención a que la cantidad pecuniaria cuyo pago ordena el proveído objeto de cuestionamiento a través de la alzada, desconoce los parámetros contemplados por el legislador colombiano en la Ley 446 de 1998 a través de los cuales se propugna por implantar en nuestro sistema jurídico el reconocimiento de una indemnización de perjuicios integral y equitativa, verdaderamente reparadora y eficaz; motivo por el que la determinación cuantitativa adoptada por el A Quo resulta simplemente nominal y en ningún momento cumple con sus fines o principios rectores de compensación, restitución y reparación.

A esta conclusión se arriba con base en los siguientes fundamentos fácticos y jurídicos:

En el escrito introductorio de la demanda a raíz del cual se ha originado el proceso de la referencia, tiene como propósito solicitar la declaratoria de responsabilidad civil de los demandados frente a los perjuicios ocasionados a la parte actora por concepto de Daño Moral generado con fundamento en el accidente de tránsito ocurrido el 7 de Febrero de 2017, el cual produjo como desenlace fatídico las lesiones del señor CAMILO ANDRES BOHORQUEZ BRICEÑO, , a quién el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias forenses **le dictamino una incapacidad médico legal de cincuenta y cinco días (55) definitivas, y unas secuelas de Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente, Pérdida funcional de miembro inferior izquierdo, Pérdida anatómica de miembro inferior izquierdo de carácter permanente, Perturbación funcional de órgano de la locomoción de carácter permanente, perturbación funcional de órgano sistema nervioso de carácter periférico, Perturbación funcional de miembro superior izquierdo de carácter permanente, y Perturbación funcional de órgano de la prensión de carácter permanente;** y la empresa Seguros Bolívar S.A., le estableció una Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral del 57,63%.

Como consecuencia de lo anterior, se ha pedido al fallador de primer grado la condena a los demandados frente al reconocimiento y pago de la suma equivalente a **CIENT SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 S.M.L.M.V.)** para el momento del accidente, el cual correspondía a la suma de \$82.811.600, por concepto de **DAÑO MORAL**, junto con los valores correspondientes a los intereses legales generados por el monto dinerario previamente referido, para casa uno de los demandantes, que eran en su orden la víctima directa, su sus hijos, madre y hermana.



ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO RESPONSABILIDAD MÉDICA

De modo que la acción ejercida por las demandantes es la de responsabilidad civil extracontractual; mediante ella se aspira a obtener a la indemnización de los perjuicios personales de carácter moral sufridos por los demandantes, con motivo de la actividad peligrosa desarrollada por el extremo procesal pasivo, referente a la conducción de vehículos y en razón del insuceso que ocasionara las graves lesiones sufridas por CAMILO ANDRES BOHORQUEZ BRICEÑO.

En este contexto, tradicionalmente se ha definido el Daño Moral como el perjuicio que se sufre por el dolor, la congoja, el sufrimiento o la tristeza que genera el impacto o las consecuencias del hecho dañoso en la víctima del mismo; es decir, que el daño moral es una especie de perjuicio que incide en el ámbito particular de la personalidad humana en cuanto toca sentimientos íntimos tales como el pesar, la angustia, la aflicción, la soledad, la sensación de abandono, o la impotencia que el evento dañoso le hubiese ocasionado a quien lo padece.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la problemática subyacente al debate procesal refiere a la determinación del quantum indemnizatorio por concepto de Daño Moral, vale la pena anotar que de vieja data han existido discrepancias respecto a la evaluación exacta de dichos perjuicios; cuantificar el dolor y sus consecuencias psicológicas, emocionales, personales e individuales no es tarea sencilla por cuanto no existen medidas o patrones que permitan una cuantificación objetiva según la perspectiva del método científico, por lo que al momento de fijar su monto, entran en juego factores subjetivos de quien debe fijarlo.

Sin embargo, esta carencia de elementos objetivos no produce como corolario ineludible la existencia de un panorama sombrío o lleno de incertidumbre. Al contrario, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 se refiere a una serie de mecanismos que deben utilizarse como pauta para tasar los perjuicios derivados del Daño Moral, entre los cuales menciona la indemnización integral y la indemnización en equidad en aquellos casos en que los perjuicios resulten de difícil tasación, **(circunstancia que obviamente incluye los perjuicios morales, dada la inexistencia de patrones objetivos para su determinación)**, utilizando el arbitrio que confiere el artículo 97 del Código Penal, posibilidad avalada no sólo por la jurisprudencia, sino por la más autorizada doctrina, como por ejemplo, la expuesta por el **DR. GILBERTO MARTINEZ RAVE**, uno de los más destacados tratadistas nacionales en materia de responsabilidad civil extracontractual.

Lo anterior, en la medida en que los perjuicios derivados del Daño Moral se producen primordialmente en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, dado que el daño o lesión afecta los derechos subjetivos o de personalidad del individuo quien lo padece; esto, por cuanto es innegable que al inferir daño a una persona en su vida o en su integridad física o psíquica, se causan detrimentos que enervan los factores espirituales internos del sujeto.

Situados en éste punto de la argumentación, es necesario considerar las características de los perjuicios morales, destacando, prima facie, que la equidad representa un factor fundamental que debe regir en la determinación del monto resarcitorio a establecer por dicho concepto, ya que el artículo 16 de la Ley 446 de



ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO RESPONSABILIDAD MÉDICA

1998 elevó a norma legal la equidad como mecanismo que deben emplear los señores Jueces de la República para tasar el monto de las indemnizaciones en todos los procesos que se adelanten para compensar los daños sufridos por las personas (**categoría dentro de la cual se incluye el Daño Moral por naturales e indiscutibles razones**). De igual forma, con el propósito de señalar la indemnización por concepto de Daño Moral, el operador judicial debe analizar con detenimiento las diferentes circunstancias que pueden presentarse, para buscar la compensación adecuada a la gravedad e intensidad del daño que se ha producido, empleando para ello su arbitrio o criterio judicial.

Acerca de la importancia de la equidad en el ámbito jurídico y su influencia en la función de administrar justicia encomendada a los jueces, la Corte Constitucional expresó en la sentencia C-1547 del año 2000 lo siguiente: *"Dado el carácter histórico de este proceso, y particularmente respecto del derecho legislado, la equidad resulta de la aplicación de la justicia al caso concreto, según la máxima que prescribe que se debe "tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales." Sin embargo, en un Estado pluralista, que reconoce la autonomía de los individuos, la realización de dicha máxima a partir de un conjunto limitado de categorías de igualación de las personas atribuida por la ley, no está exenta de problemas. Por ello, al estar inserta en el momento de la aplicación de la ley, la equidad permite llevar a la realidad dicha máxima y, en tal medida, corregir o moderar al menos dos problemas que surgen del carácter general de la ley.*

En primer lugar, la equidad le permite al operador jurídico evaluar la razonabilidad de las categorías generales de hechos formuladas por el legislador, a partir de las situaciones particulares y concretas de cada caso. En este sentido, la equidad se introduce como un elemento que hace posible cuestionar e ir más allá de la igualdad de hecho que el legislador presupone. La equidad permite al operador jurídico reconocer un conjunto más amplio de circunstancias en un caso determinado. Dentro de dichas circunstancias, el operador escoge no sólo aquellos hechos establecidos explícitamente en la ley como premisas, sino que, además, puede incorporar algunos que, en ciertos casos "límites", resulten pertinentes y ponderables, y permitan racionalizar la igualdad que la ley presupone.

En segundo lugar, la equidad actúa como un elemento de ponderación, que hace posible que el operador jurídico atribuya y distribuya las cargas impuestas por la norma general, proporcionalmente, de acuerdo con aquellos elementos relevantes, que la ley no considera explícitamente. La consecuencia necesaria de que esta ley no llegue a considerar la complejidad de la realidad social es que tampoco puede graduar conforme a ésta los efectos jurídicos que atribuye a quienes se encuentren dentro de una determinada premisa fáctica contemplada por la ley. Por ello, la equidad-al hacer parte de ese momento de aplicación de la ley al caso concreto- permite una graduación atemperada en la distribución de cargas y beneficios a las partes. En este sentido, el operador, al decidir, tiene en cuenta no las prescripciones legales, sino los efectos concretos de su decisión entre las partes. En virtud de la importancia que tiene para el sistema jurídico este momento crítico de aplicación de la ley, esta Corte ha reiterado la idea de que "Más fácil se concibe un sistema jurídico sin legislador que sin jueces, puesto que



**ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
RESPONSABILIDAD MÉDICA**

sin la posibilidad de proyectar la norma sobre el caso concreto, el derecho deja de ser lo que es" (Sentencia C-083 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

De lo anterior es necesario concluir que el hecho de que los operadores jurídicos y, en particular los jueces, tengan en cuenta la equidad y atribuyan a las partes los efectos de sus decisiones de acuerdo con un conjunto más completo de circunstancias de la realidad social no resulta contrario a nuestro ordenamiento constitucional. Por el contrario, contribuye a desarrollar el artículo 13 de la Carta, en la medida en que dicha norma establece que "el Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva (...)".

Por consiguiente, siempre será el recto criterio de equidad, manejado por medio del arbitrio judicial, el que permita tasar el monto de las indemnizaciones derivadas de los detrimentos ocasionados por concepto de Daño Moral.

Aun cuando es de trascendental magnitud destacar que, como lo pone de presente el **DR. GILBERTO MARTINEZ RAVE** en su obra "Responsabilidad Civil Extracontractual" publicada por Editorial TEMIS, el concepto de arbitrio judicial no denota arbitrariedad o subjetivismo, como desprevenidamente pudiera pensarse, sino que alude a un sano análisis de la intensidad del daño, de sus características y de sus consecuencias; por tanto, en cada caso, el juez debe estudiar la forma en que se dieron los hechos y sus reales consecuencias. De ahí que, el tratadista en mención afirme en la pág. 559 de la obra citada, lo siguiente: *"La equidad es un concepto que implica equilibrio, ponderación, justicia y que aparece mencionado en el artículo 230 de la Constitución Política, lo que permite aplicar el artículo 97 del Código Penal a su evaluación, cuando no exista otra forma de evaluarlos, según criterios como la naturaleza del daño y su magnitud. Es entendido que arbitrio no es arbitrariedad. Es la capacidad que tiene el Juez para analizar y estudiar las consecuencias dañosas del hecho y establecer como indemnización una suma adecuada, proporcionada a las angustias o impactos psicológicos sufridos por el perjudicado. En síntesis, el principio de la equidad permite aplicar el artículo 97 del Código Penal; disposición que debe utilizarse en todos los procedimientos"*.

Este criterio encuentra respaldo en los planteamientos consignados en la sentencia de fecha 5 de Mayo de 1999 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos: *"Quiérase destacar, entonces, y con particular énfasis, que la cuantificación del perjuicio moral no es asunto que la ley hubiese atribuido al antojo judicial, como algunos erróneamente han querido verlo, equivocación que lamentablemente ha desembocado en una injustificada mengua de su importancia, habida cuenta que al pretender asentarlos sobre la veleidad del juez, se le despoja de su carácter técnico y acaba teniéndose como una merced ligada a criterios extrajurídicos como la compasión o la lástima. Por el contrario, en la medida en que la indemnización del perjuicio moral sea examinada en su verdadera entidad y se advierta en ella la satisfacción de un daño real y cierto, podrá el sentenciador calcular adecuadamente su monto. En relación con la prueba (del daño moral), ha dicho esta Corporación, se ha de anotar que es, quizá, el tema en el que mayor confusión se advierte, como que suele entreverarse con la legitimación cuando se mira respecto de los parientes*



ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO RESPONSABILIDAD MÉDICA

cercanos a la víctima desaparecida, para decir que ellos, por el hecho de ser tales, están exonerados de demostrarlos. Hay allí un gran equívoco que, justamente, proviene del significado o alcance que se le debe dar al término presunción. Ya se anotó que, conforme viene planteado el cargo, este vocablo se toma acá como un eximente de prueba, es decir, como si se estuviera en frente de una presunción iuris tantum. Sin embargo, no es tal la manera como la cuestión debe ser contemplada ya que allí no existe una presunción establecida por la ley. Es cierto que en determinadas hipótesis, por demás excepcionales, la ley presume -o permite que se presuma- la existencia de perjuicios. Más no es tal cosa lo que sucede en el supuesto de los perjuicios morales subjetivos. Entonces, cuando la jurisprudencia de la Corte ha hablado de presunción, ha querido decir que esta es judicial o de hombre. O sea, que la prueba dimana del razonamiento o inferencia que el juez lleva a cabo. Las bases de ese razonamiento o inferencia no son desconocidas, ocultas o arbitrarias. Por el contrario, se trata de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por su padres, hijos, hermanos o cónyuge. Sin embargo, para salirle al paso a un eventual desbordamiento o distorsión que en el punto pueda aflorar, conviene añadir que esas reglas o máximas de la experiencia - como todo lo que tiene que ver con la conducta humana- no son de carácter absoluto. De ahí que sería necio negar que hay casos en los que el cariño o el amor no existe entre los miembros de una familia; o no surge con la misma intensidad que otra, o con respecto a alguno o algunos de los integrantes del núcleo. Mas cuando esto suceda, la prueba que tienda a establecerlo, o, por lo menos, a cuestionar las bases factuales sobre las que el sentimiento al que se alude suele desarrollarse -y, por consiguiente, a desvirtuar la inferencia que de otra manera llevaría a cabo el juez-, no sería difícil, y si de hecho se incorpora al proceso, el juez, en su discreta soberanía, la evaluará y decidirá si en el caso particular sigue teniendo cabida la presunción, o si, por el contrario, ésta ha quedado desvanecida.

De todo lo anterior se sigue, en conclusión, que no obstante que sean tales, los perjuicios morales subjetivos están sujetos a prueba, prueba que, cuando la indemnización es reclamada por los parientes cercanos del muerto, las más de las veces, puede residir en una presunción judicial. Y que nada obsta para que ésta se desvirtúe por el llamado a indemnizar poniéndole de presente al fallador datos que, en su sentir, evidencia una falta o una menor inclinación entre los parientes” (Sentencia del 28 de febrero de 1990).

Similar opinión tiene el Consejo de Estado, Corporación que en la sentencia proferida el 6 de Septiembre de 2001, exp. 13.232, por la Sección Tercera, manifestó: “Por otra parte, no puede perderse de vista el principio de equidad, también previsto en la norma transcrita para ser tenido en cuenta en la labor de valoración del daño. Su importancia resulta mayor cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser reparatoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria. En efecto, la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia. Se impone al juez,



ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO RESPONSABILIDAD MÉDICA

entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad.

No se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquélla y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización. Ahora bien, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 es de obligatoria observancia para todas las jurisdicciones; así se desprende claramente de su texto, y dadas las críticas que antes se han formulado en esta providencia en relación con el artículo 97 del nuevo Código Penal, podría concluirse que la redacción de éste último resulta, por lo menos, desafortunada, dado que su aplicación estricta, en algunos eventos, podría implicar la vulneración de los dos principios mencionados en aquella norma (reparación integral y equidad). En efecto, por una parte, se establece un límite que, en principio, parece obligatorio en todos los casos, inclusive en aquéllos en que se ha demostrado la existencia de daños por un valor mayor; por otra, se prevé dicho límite para la valoración total de los daños causados con el hecho punible, lo que puede generar decisiones inequitativas en ciertas situaciones, dado que, en algunas, se observará claramente la existencia de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, mientras que en otras podrá suceder que sólo existan unos u otros, o inclusive, únicamente aquéllos o éstos en una sola de sus formas.

(...)

Sin duda, la afirmación de la independencia del juez implica la asunción, por parte de éste, de una responsabilidad mayor. Deberá ponerse especial esmero en el cumplimiento del deber de evaluar los diferentes elementos que, en cada proceso, permitan establecer no sólo la existencia del perjuicio moral, sino su intensidad, e imponer las máximas condenas únicamente en aquellos eventos en que, de las pruebas practicadas, resulte claramente establecido un sufrimiento de gran profundidad e intensidad, superior a muchos de los pesares imaginables”.

En idéntico sentido se pronunció la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia calendada 28 de Mayo del año 2008, exp. 11001 3103 015 2001 00717 01; providencia en la cual, se expresó lo siguiente:

“En tratándose de la compensación debida a quien por el infortunio de la actividad humana ha padecido sufrimiento y congoja, la jurisprudencia patria ha fijado pautas de cómo proceder para que se produzca dicho resarcimiento y, básico en tal propósito, aflora el arbitrio judicial (arbitrium iudicis); por supuesto que es el funcionario de conocimiento quien, por esa misma condición, ha tenido la posibilidad de aprehender todas las circunstancias que inciden en el ánimo o psiquis de la víctima, pudiendo definir qué retribución se aviene como adecuada para paliar el trauma derivado del trágico suceso. Sin embargo, esta prerrogativa del fallador, dado que no puede ser el reflejo del capricho o la arbitrariedad, debe estar en armonía con las súplicas que sobre el particular eleva la parte demandante y determinada por las especiales condiciones de cada caso”.



**ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
RESPONSABILIDAD MÉDICA**

Como puede verse, en nuestro país, el funcionario judicial está facultado para, a su prudente arbitrio y con fundamento en la naturaleza de la conducta, la magnitud del daño sufrido, la modalidad de la infracción, las condiciones de la persona ofendida, las consecuencias del agravio; fijar el monto de los perjuicios morales, sin sobrepasar el valor que resulte de actualizar los **MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES** por cada perjudicado. Esto, en razón a que la Ley 599 de 2000 establece un límite máximo que el Juez no puede sobrepasar cuando exista prueba sobre el quantum o valor de los perjuicios materiales que lo excedan, pues el límite de los **MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES** opera cuando no puede establecerse prueba del monto de los perjuicios sufridos, cosa que sucede en el caso del Daño Moral, dado que respecto a tales detrimentos no puede establecerse fórmula o procedimiento general infalible o absoluto el cual permita determinar su cuantía.

Este argumento encuentra total respaldo en los planteamientos del **DR. GILBERTO MARTINEZ RAVE**, quien en la pág. 348 de su obra “Responsabilidad Civil Extracontractual” expone:

“Es un hecho indiscutible que el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 cuando consagra que en todos los procesos que se adelanten en Colombia por cualquiera de las manifestaciones de la jurisdicción, deben tener en cuenta las indemnizaciones integrales y en equidad, además de los principios técnicos actuariales, unificó la forma de liquidación de los perjuicios; por tanto, el artículo 97 del Código Penal que regula las indemnizaciones en equidad en el proceso penal es aplicable a los demás procedimientos, ya que, insistimos, la unificación de los sistemas de evaluación de los daños y perjuicios a cosas y a personas consagrada en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, permite esa interpretación. No es cierto que el daño o perjuicio tenga un mayor o menor valor en los diferentes procedimientos.”

Cuando el artículo 97 del Código Penal establece el criterio de los salarios mínimos legales mensuales para su tasación, se modifican sustancialmente las circunstancias que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, consideró limitaban la aplicación del Código Penal en la tasación de los perjuicios morales, pues es la forma de tasarlos en equidad”.

Más adelante, en la pág. 352 de la obra citada, el tratadista en comento desarrolla con mayor sustento su planteamiento, de la siguiente manera:

“La vigencia del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que unifica la forma de establecer la indemnización de perjuicios en todos los procedimientos y que consagra las indemnizaciones en equidad, apuntala nuestra posición de aplicar a los procedimientos diferentes del penal la forma de evaluar los perjuicios morales, teniendo como criterio los salarios mínimos legales mensuales y el tope de MIL que ordena el artículo 97 de la Ley 599 del año 2000. Es decir, no hay razones para liquidar perjuicios materiales o morales de manera diferente en el procedimiento penal, civil, laboral y contencioso administrativo. Los mecanismos



**ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
RESPONSABILIDAD MÉDICA**

de evaluación deben ser los mismos y el valor igual, con la lógica excepción de las indemnizaciones automáticas que previamente fija la Ley”.

Acerca del tema referente a las circunstancias que deben tenerse en cuenta al momento de determinar el quantum de la indemnización derivada de perjuicios morales, en la Sentencia del 6 de Agosto de 1993, exp. 8009, el Consejo de Estado, Sección Tercera, precisó:

“La afectación moral compensable pecuniariamente ha de ser tan especialmente intensa y efectivamente tan apreciable, que no todo contratiempo o descalabro económico pueda ser moralmente compensado. La calidad de la persona, su vinculación personal y sentimental hacia el bien perdido, la procedencia del mismo, su originalidad, la imposibilidad física de reemplazarlo o sustituirlo, son entre otros, factores a tomar en consideración cuando en casos como el presente se pretende una indemnización de perjuicios morales por pérdida, desmejora, o destrucción de un bien material”.

Igualmente, la misma Corporación, en la Sentencia del 10 de Septiembre de 1998, exp. 12009 señaló:

“También es cierto que, cuando se afecta la esfera personal del sujeto, surge el denominado daño moral, en el entendido de que este concepto comporta aflicción, dolor, angustia y en general, padecimientos varios, o como ha solido decirse, dichas consecuencias "son estados del espíritu de algún modo contingentes y variables en cada caso y cada cual siente o experimenta a su modo", no lo es menos que, ocurrido el evento dañoso, en el entendido de que éste es el comportamiento humano que trae de consecuencia la vulneración o puesta en peligro de interés jurídico protegido, el ordenamiento jurídico reacciona por la vía del derecho de daños y considera dicho comportamiento relevante a efectos indemnizatorios, lo cual coloca las cosas, por lo menos a la luz de los principios informadores de la teoría del daño resarcible, en el plano del derecho al resarcimiento o a la reparación, que como sabido se tiene, implica la existencia de una obligación indemnizatoria de carácter patrimonial económico, así el hecho causante del perjuicio vulnere un bien jurídico de naturaleza extrapatrimonial, o en otras palabras, recaiga sobre un derecho de la personalidad y, todo lo cual al margen, de la discusión conocida por la jurisprudencia colombiana y foránea, que desde antiguo, superando los argumentos esgrimidos en contra del reconocimiento del perjuicio moral, como daño autónomo y como concepto independiente del daño patrimonial, reconoció y reconoce, que ante transgresiones de esta naturaleza, la víctima, en aplicación del principio tutelar del derecho de daños, que enseña que se repara el daño, todo el daño pero nada más que el daño, tiene derecho a una reparación integral del perjuicio experimentado como consecuencia de daño antijurídico a ella irrogado.

La Sala, considera que, frente a los principios informadores del derecho a la reparación integral, la transmisibilidad del derecho a la reparación de los daños morales causados a la víctima directa es procedente, por regla general. En efecto, debe sostenerse que de conformidad con lo dicho, el derecho a la indemnización es de carácter patrimonial económico y por ende, la obligación indemnizatoria, se



**ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
RESPONSABILIDAD MÉDICA**

trasmite a los herederos de la víctima, por tratarse de un derecho de naturaleza patrimonial económico, que se concreta en la facultad de exigir del responsable, la indemnización correspondiente, toda vez que en el ordenamiento jurídico colombiano no existe disposición de carácter legal expresa prohibitiva y por el contrario, la regla general, indica que todos los activos, derechos y acciones de carácter patrimonial forman parte de la masa herencial transmisible y por ende los sucesores mortis causa, reciben la herencia con íntegro su contenido patrimonial y, ya se observó, que el derecho al resarcimiento, o lo que es igual, la titularidad del crédito indemnizatorio, no se puede confundir con el derecho subjetivo de la personalidad vulnerado”.

Para que haya lugar a la reparación del perjuicio basta que el padecimiento sea fundado, sin que se requiera acreditar ningún requisito adicional. Corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta las condiciones particulares de la víctima y la gravedad objetiva de la lesión. La intensidad del daño es apreciable por sus manifestaciones externas; por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba. Sin embargo, la jurisprudencia puede deducir su existencia en casos como el de la muerte de los parientes más allegados”.

En similar sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado en la Sentencia del 13 de Abril de 2000, exp. 11892, afirmó:

“Corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta las condiciones particulares de la víctima y la gravedad objetiva de la lesión. La intensidad del daño es apreciable por sus manifestaciones externas, por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba. Sin embargo, la jurisprudencia presume su existencia en casos como el de la muerte de los parientes más allegados. En razón de la imposibilidad de asignar una medida patrimonial exacta frente al dolor, pero ante la necesidad de conceder indemnizaciones semejantes en casos similares, la jurisprudencia ha fijado unos criterios mínimos. Así ha optado por el reconocimiento de una indemnización equivalente a 1000 gramos de oro para los padres, hijos y cónyuge del fallecido o de 500 gramos oro para los hermanos de la víctima.”

Aun cuando debe precisarse que el patrón oro ha dejado de ser utilizado como medida para determinar el aspecto cuantitativo de la indemnización, para ser reemplazado por la equivalencia en salarios mínimos legales mensuales vigentes como criterio de señalamiento de la cantidad económica a percibir por concepto de indemnización de perjuicios morales, aun cuando la cantidad de 1000 y 500 a la cual alude la sentencia siguen manteniéndose.

Asimismo, la Sala de Casación Civil, en la Sentencia del 15 de Octubre de 2008 expresó:

“De tiempo atrás tiene adoctrinado la jurisprudencia de esta Sala que en materia de perjuicios morales derivados de un accidente de tránsito en el que se produce la muerte de la víctima, en principio no hay necesidad de probarlos, pues incuestionablemente la pérdida de un ser querido ocasiona naturalmente en sus



ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO RESPONSABILIDAD MÉDICA

deudos un dolor y una aflicción que están dentro de sus esferas íntimas, de ahí que igualmente se ha sostenido invariablemente que su tasación queda al prudente arbitrio del juzgador, ya que se trata de un daño que no puede ser evaluado monetariamente, por ser imposible determinar cuál es el precio del dolor, lo que no obsta, sin embargo, para que el juez pueda valorarlos pecuniariamente según su criterio, partiendo precisamente de la existencia del dolor.

En realidad, el pretium doloris o precio del dolor como desde antiguo lo identifica la doctrina, queda a discreción del Juzgador, siguiendo como se dijo, la jurisprudencia nacional y teniendo en cuenta la consideración humana y con ella su dignidad, al amparo de los artículos 1º y 5º de la Carta Política, a efecto no sólo de garantizarle sus derechos, sino también de satisfacerlos de alguna manera, para lo cual deben evaluarse las consecuencias psicológicas, personales, las posibles angustias o trastornos emocionales que se sufran como consecuencia del daño padecido en el accidente.”

Llegados a este punto del sustento doctrinal, resulta útil descender al caso concreto en aras de analizar las circunstancias que fueron plenamente acreditadas a lo largo del devenir procesal con relación al Daño Moral, para de esta forma, contemplar el grado de incidencia de las mismas y tenerlas en cuenta al momento de fijar el monto de la indemnización resarcitoria por concepto de Daño Moral.

Bajo dicha directriz, el plenario muestra que en lo atinente a los interrogatorios vertidos por la parte actora, es procedente manifestar que los demandantes exponen con toda claridad el dolor y los padecimientos que han vivido desde el momento en que el señor CAMILO ANDRES BOHORQUEZ BRICEÑO sufrió la amputación de su pierna izquierda, y las demás secuelas gravísimas que lo afectan por el resto de su vida, que sumió a toda la familia en un altísimo grado de tristeza, congoja, rabia y frustración. De la misma manera, las integrantes del extremo procesal activo refieren que para el momento del accidente el señor CAMILO ANDRES BOHORQUE BRICEÑO era una persona que gozaba de una excelente salud, que trabajaba para el mantenimiento suyo, de su compañera e hijos, lo cual refleja de manera clara e incuestionable la existencia de un fundamento para deprecar la indemnización de perjuicios morales, pues resulta innegable admitir la existencia del lazo espiritual que mediaba entre los demandantes, hasta el punto tal que la perdió a su compañera, pues ya le era imposible sostener su relación en el estado en que quedó.

En torno a la prueba documental, es de vital trascendencia anotar que obran dentro del plenario los respectivos registros civiles de nacimiento de los demandantes, medio probatorio con el cual se demuestra en forma fehaciente el parentesco de consanguinidad en primer grado que existe entre ellos circunstancia que sirve de base y fundamento para la súplica encaminada al reconocimiento de la indemnización por medio de la cual sean resarcidos los perjuicios morales que sufren mis mandantes, en su calidad de víctima directa y compañero, hijos y madre.

Como complemento, en el expediente se encuentran las incapacidades médico legales de CAMILO ANDRES BOHORQUEZ BRICEÑO, y la calificación de



**ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
RESPONSABILIDAD MÉDICA**

pérdida de capacidad laboral, con el cual se demuestra en legal forma las graves lesiones que padeció y la amputación de su pierna izquierda, por encima de su rodilla, la cual lo deja inhabilitado por el resto de sus días, suceso lamentable que genera el detrimento en los sentimientos legítimos de mis poderdantes, base para deprecar el reconocimiento de la indemnización resarcitoria por concepto de Daño Moral de manera razonable.

Así los asuntos, en el conflicto sub examine se acredita la causación de un daño o perjuicio, el cual se manifiesta para efectos del presente proceso en las graves lesiones que sufrió CAMILO ANDRES BOHORQUEZ BRICEÑO, lo cual también genera un detrimento notable y de gran magnitud sus hijo su señora madre y su hermana, en la medida en que es innegable que con la amputación de la pierna de la víctima directa se produce una seria aflicción, tristeza, congoja y pesar los cuales desembocan en la alteración del estado de ánimo de mis poderdantes, sucesos los cuales constituyen la fuente y el sustento de la indemnización de perjuicios morales deprecada en el asunto sub examine, en la forma tal y como se solicitó.

Ello, como quiera que a ninguna persona se le ocurre siquiera cuestionar la posibilidad de que las lesiones que afectaron tan gravemente a CAMILO ANDRES BOHORQUEZ BRICEÑO, es decir, a sus hijos, madre y hermana, no pueda causar algún grado de tristeza, desconsuelo y de angustia en ELLOS y a su más cercano grupo familiar, a y quien no volverá a verse jamás como era antes, suplicio que acompañara toda la vida al lesionada y su familia, con los cuales no podrá volver a compartir como lo hacía antes del accidente.

Igualmente, desde el punto de vista jurídico, tampoco puede ignorarse la presunción de daño moral que la jurisprudencia ha establecido a favor de mis representados, en atención a que en el presente caso se ha producido una afectación al vínculo afectivo existente entre víctima, compañero, hijo y madre, parentesco de primer grado de consanguinidad, el cual es uno de los más fuertes e importantes que puedan llegar a darse. En efecto, lo normal es admitir que entre un grupo familiar tan cercano, que involucra a la víctima, con su compañero, sus hijos y la madre, existen buenas relaciones de familia y lo común viene a ser que una lesión de esta magnitud cause en Ellos llanto, congoja, aflicción y pesar de ánimo; alteraciones las cuales son precisamente las que busca resarcir la indemnización de perjuicios morales que se deprecia en la demanda.

Tampoco puede pasarse por alto que en el presente caso, el extremo procesal pasivo no logró demostrar que entre las demandantes entre sí, se hubiesen presentado dificultades que lograrán afectar seriamente la bondad natural de las relaciones familiares. Como puede verse, en el expediente no aparece medio alguno orientado a probar en forma fehaciente la existencia de algún tipo de enemistad o rivalidad entre los demandantes. Al contrario, tal como lo ponen de manifiesto los demandantes en el interrogatorio de parte, las relaciones entre ellos tenían lugar en un ambiente de plena cordialidad, en el cual no eran frecuentes las discrepancias ni las discusiones, y que en caso de suceder, ellas no pasaban de simples disgustos de un rato que eran fácilmente superables.



**ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
RESPONSABILIDAD MÉDICA**

Sobre la presunción de daño moral en el caso de los hijos, en la Sentencia del 7 de Octubre de 1999, exp. 12655, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, la Corporación afirmó:

*“La jurisprudencia de la Corporación, de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo enseña **que se presume el dolor, con la sola demostración del parentesco cuando se trata entre los padres, estos y los hijos, entre los hermanos y entre cónyuges. Aunque no existan pruebas directas sobre el perjuicio moral.** Sin embargo con la prueba del parentesco se inferirá el perjuicio moral de los padres, cónyuge, hijos y, con relación a los hermanos de la víctima, únicamente, de los menores a la época en que ocurrió el hecho dañino. El Juzgador, cuando infiere o deduce (presunción judicial o de hombre) tiene en cuenta, como antecedente, la experiencia humana, nacida de la observación de las reglas generales de la sociedad (circunstancias de modo, tiempo y lugar) para cuando ocurrió el hecho dañino. Por consiguiente observa que entre seres normales es común que los integrantes de la familia - padres e hijos - se produce un inmenso dolor cuando alguno de estos miembros sufre una lesión grave o padece la muerte. Este núcleo familiar vive, por la muerte de uno de los suyos, desacomodo de vida; el elemento perdido deja espacios de compañía y de afecto que la sicología de quienes lo rodeaban aprecia y siente la pérdida; este estado dura y permanece, como lo indican los hechos sociales”.*

En el mismo sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado en la Sentencia del 27 de Enero de 2000, exp. 10867, dijo:

“Sobre la prueba de los perjuicios morales - subjetivos, no ha existido uniformidad jurisprudencial. En el presente caso, no hay problema, pues se trata de la relación padre – hijo, frente a la cual, tanto en Sala Plena como esta sección han coincidido en aceptar la presunción de daño moral, presunción que no fue desvirtuada. Sin embargo, es conveniente precisar la tesis de la Sala reiterando el criterio jurisprudencial según el cual la presunción del dolor moral sólo opera en relación con los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, pero cuando no se demuestra el parentesco, sino que se tiene en cuenta la condición de tercero damnificado, la parte actora corre con la carga de demostrar que efectivamente la muerte de una persona le ha causado perjuicios de orden moral.”

Vale la pena destacar que en el conflicto sub-lite, se ha demostrado plenamente el vínculo de parentesco entre los demandantes, hijos, madre y hermana, (parentesco que se halla dentro del primer grado de consanguinidad), pues así lo informan los Registros Civiles de Nacimiento, los cuales no fueron desconocidos ni controvertidos por el extremo procesal pasivo. Este suceso genera la presunción de daño moral cobijada por la jurisprudencia en cita, presunción que no fue desvirtuada por la parte demandada, ya que se demostró la cordialidad que reinaba en las relaciones de familia existentes entre las demandantes. Tal como lo pone de presente la sentencia del 30 de Marzo de 2004, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, *“El parentesco es indicio vehemente del daño moral”.*



**ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
RESPONSABILIDAD MÉDICA**

Aun cuando pueda discutirse la demostración racional y ultra evidente del perjuicio moral sufrido por mis mandantes, es importante recordar lo expuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en la sentencia del 19 de Julio de 2001, exp. 13086:

“Debe reiterarse, en esta ocasión, lo expresado por esta Sala en varias oportunidades, en el sentido de que por regla general la carga de la prueba en materia de perjuicios corresponde siempre a la parte actora. No obstante, ésta última, y aun la intensidad de dicho perjuicio, pueden ser establecidas mediante indicios, esto es, con fundamento en hechos debidamente acreditados, que permitan la inferencia de aquéllas, aplicando las reglas de la experiencia. Es por ello que se ha considerado, en muchos casos, que la relación de parentesco cercano puede constituir un indicio suficiente de la existencia del perjuicio moral sufrido por una persona, como consecuencia de la muerte o el padecimiento de otra. Y es que es lo corriente que los padres, los hijos y los hermanos, se amen entre sí, y por lo tanto, que sufran los unos con la desaparición o el sufrimiento de los otros; la intensidad del perjuicio, que deberá ser valorada por el juez para tasar su indemnización, dependerá de la importancia o gravedad de la afectación padecida por la víctima directa del daño, y de la naturaleza de la relación existente entre las personas de que se trate, determinada igualmente, por lo general, por el grado de consanguinidad; resulta ser lo común, en efecto, que el amor entre padres e hijos sea más fuerte que el amor de los hermanos, por ejemplo. Demostrada la relación de parentesco cercano, entonces, pueden construirse indicios, que deben ser valorados en conjunto, con las demás pruebas que obren en el proceso”.

De ésta forma, en el caso concreto del cual da cuenta el plenario, el A quo ha debido ordenar a los demandados el reconocimiento de una indemnización resarcitoria de perjuicios morales cuyo monto dinerario sea el equivalente a CIENTO SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES actualizado a la fecha, puesto que la determinación de éste valor económico corresponde y sigue a cabalidad las directrices jurisprudenciales y legales reglamentarias de la materia, ya que el citado quantum considera los factores de equidad e indemnización integral que contempla el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 como postulados rectores a tener en cuenta al momento de señalar el monto de la indemnización resarcitoria derivada del Daño Moral.

En efecto, conforme con los parámetros establecidos jurisprudencialmente para la determinación de los perjuicios morales, se tiene que la indemnización a percibir por mis poderdantes corresponde a la suma equivalente a mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, teniendo en cuenta que la única norma existente en la legislación colombiana, aplicable por analogía al presente caso como directriz del arbitrio judicial reconocido para determinar el pretium doloris es el artículo 97 del Código Penal; disposición normativa en la cual se establece que el Juez puede señalar como indemnización una suma equivalente hasta mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado, las modalidades de la infracción, las condiciones de la persona ofendida, la naturaleza del agravio y las consecuencias del mismo.



**ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
RESPONSABILIDAD MÉDICA**

Igualmente, la aplicación de los factores previamente enunciados en el conflicto jurídico sub iudice, hace factible inferir la procedencia de la indemnización por Daño Moral en cuantía equivalente a los **CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES**. Desde ésta perspectiva, la naturaleza de la conducta y las circunstancias modales en que tuvo lugar la infracción permiten deducir la enorme magnitud del Daño Moral inferido a los demandantes, con fundamento en que se trata de una actividad peligrosa, como lo es la conducción de vehículos que ha lesionado uno de los Derechos Fundamentales más importante del señor **CAMILO ANDRES BOHORQUEZ BRICEÑO**, cual es el de la salud, pues muchas veces es peor quedar en las condiciones en que quedó la víctima, con una pierna amputada, que morir,

Además, se observa que el daño causado a mis representadas es de enorme magnitud, en atención a que las lesiones de la víctima que le causaron la amputación de su pierna izquierda, produjo detrimentos serios a mis mandantes, los cuales por su especial condición, per se resultan de carácter incalculable, en razón de la imposibilidad de asignar una medida patrimonial exacta frente al dolor espiritual sufrido por la lesiones de un ser querido; tratándose entonces de un perjuicio irreparable y cuyas consecuencias resultan imposibles de retrotraer a las condiciones en las cuales se encontraban las cosas en los momentos anteriores al infortunio que ha dado génesis al proceso referenciado.

Por lo anterior, el Consejo de Estado, desde la sentencia calendada 19 de Julio de 2001, exp. 12.078, en caso de liquidación de daño moral en beneficio de los parientes de la víctima ha señalado que en ejercicio del prudente arbitrio el juez, deberá tener en cuenta el grado de parentesco existente entre el damnificado y la víctima, así como la naturaleza de los hechos; en consecuencia de ello, por regla general, **cuando el daño se deriva de la muerte o de la invalidez absoluta y definitiva del padre o madre, cónyuge o compañero (a), o de un hijo, se ha reconocido el monto máximo**, y en relación con los demás parientes, así como frente a otras fuentes de reparación del daño moral, a partir de allí, en una menor medida. Esto, como quiera que el perjuicio moral por la muerte o las lesiones graves de un pariente próximo se presume y que tal presunción judicial admite prueba en contrario; a tal punto que, desde 1993 se adicionó un elemento nuevo y es que el grado de parentesco indicaba o servía para presumir una intensidad diferente en el daño moral.

Igualmente, a menor grado de parentesco, dice la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 9 de Agosto de 1993 exp. 3750, menor el daño moral en su intensidad, y en consecuencia su reparación económica, conforme a los siguientes términos:

“Los jueces al regular los perjuicios deben tener presente, que cuando el perjuicio pueda ser de grado inferior por cualquier causa, como cuando es menos estrecho el vínculo de parentesco que liga a los protagonistas, la suma que ha de fijarse para la satisfacción de ese daño debe ser prudencialmente menor. De modo que cabe reconocer la causación de un perjuicio moral meramente subjetivo, que no hay necesidad de acreditar, porque es forzoso presumir que entre personas



**ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
RESPONSABILIDAD MÉDICA**

normales la pérdida de una persona ligada por los vínculos de la sangre produce un sufrimiento del ánimo, tanto más hondo cuanto más cercano sea el parentesco.

Así los asuntos, no es una pretensión descabellada ni irrazonable solicitar el reconocimiento de una indemnización cuyo monto dinerario sea el equivalente a Cien Salarios Mínimos Legales Mensuales, según se deprecia en la demanda, toda vez que la particularidad y la naturaleza especial del daño ocasionado a mis poderdantes ameritan un resarcimiento en el máximo contemplado por la norma en comento. Por consiguiente, el A Quo ha debido reconocer el valor resarcitorio deprecado en el libelo genitor, mediante la condena correspondiente que fuese plasmada en la parte resolutive de la providencia objeto de cuestionamiento a través de la alzada; dado que las sumas ordenadas como monto resarcitorio del Daño Moral viene a ser apenas una indemnización nominal, la cual desconoce la equidad y la justicia que debe reinar en éste campo, así como en ningún momento cumple con los fines o principios rectores de compensación, restitución y reparación, motivo por el que, en estricto sentido, ignora los factores delineados de vieja data por la jurisprudencia nacional para la fijación del quantum dinerario a reconocer como resarcimiento de los detrimentos derivados del Daño Moral y riñe con la notoria gravedad o magnitud del daño causado a mis prohijados.

Por último quiero traer a colación sentencia proferida por la honorable corte suprema de justicia, sala de casación penal, magistrado ponente Yesid Ramírez Bastidas, acta no 267 del 25-08-2010, sentencia 33833, que dice lo siguiente:

“EN CONSONANCIA CON LO ASÍ MOTIVADO, AL TENER EN CUENTA LAS CONDICIONES A LAS QUE SE HA SOMETIDO RITA STELLA BOHÓRQUEZ PÁEZ CON OCASIÓN DEL LAMENTABLE SUCESO EN EL QUE RESULTÓ ARROLLADA, LAS CUALES DE MANERA EVIDENTE LA AFECTARON Y A BUEN SEGURO SEGUIRÁN PROYECTANDO EFECTOS NEGATIVOS Y LIMITATIVOS EN SU VIDA DE RELACIÓN, TODA VEZ QUE EN LOS ÁMBITOS REFERIDOS NO PODRÁ COMPORTARSE EN LA FORMA COMO LO HACÍA ANTES DEL ACCIDENTE DE TRÁNSITO, COMO QUIERA QUE LO QUE AHORA ES UNA REALIDAD EN SU COTIDIANIDAD SON PRIVACIONES, TROPIEZOS, INCAPACIDADES FUNCIONALES Y ORGÁNICAS PERMANENTES, OBSTÁCULOS EN SU MOVILIZACIÓN, EN EL MANEJO DEL TIEMPO PARA REALIZAR SUS ACTIVIDADES, ASÍ COMO EN LA FORMA DE RELACIONARSE CON SU ESPOSO, AMIGOS Y CON SU ENTORNO EN GENERAL, POR CITAR APENAS ALGUNOS ASPECTOS, EN ORDEN A IMPONER LA CONDENA CORRESPONDIENTE LA CORTE FIJARÁ LA CANTIDAD DE SETECIENTOS (700) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES COMO INDEMNIZACIÓN POR CONCEPTO DE DAÑOS MORALES, BAJO EL ENTENDIDO QUE LOS PRODUCIDOS A LA VIDA DE RELACIÓN SE INCORPORAN A AQUELLOS.

PUEDE AFIRMARSE DE MANERA RAZONABLE QUE LAS CONSECUENCIAS DESENCADENADAS SOBRE LA FORMA DE RELACIONARSE LA VÍCTIMA CON SU MUNDO EXTERIOR, ENTENDIDO ESTE EN TODA SU DIMENSIÓN, AMERITAN EL RECONOCIMIENTO DE UNA CIFRA SUPERIOR TODA VEZ QUE



**ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
RESPONSABILIDAD MÉDICA**

LA REALIDAD DE PADECER INCAPACIDADES, DISFUNCIONES ORGÁNICAS DE CARÁCTER PERMANENTES E IRREPARABLES Y CON TENDENCIA A AGRAVARSE, ASÍ LO INDICAN Y SOPORTAN, PERO LOS CRITERIOS DE PONDERACIÓN Y RAZONABILIDAD PERMITEN QUE LA SALA EN EJERCICIO DEL ARBITRIUM JUDICIS DETERMINE ESE VALOR.

EN MATERIA COMO LA QUE AHORA ES OBJETO DE DECISIÓN, LA SALA EXHORTA A LOS JUECES DE INSTANCIA PARA QUE EN EL OBJETIVO DE OBTENER UNA AUTÉNTICA REPARACIÓN INTEGRAL DE PERJUICIOS, MAS NO UN SIMPLE REMEDO DE ELLA, HAGAN USO CON FIRMEZA Y SIN VACILACIÓN DE TODOS LOS INSTRUMENTOS LEGALES DE QUE DISPONEN PARA ESTABLECER, CUANDO ASÍ OCURRA, LA EXISTENCIA DEL DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN Y SU CORRELATIVA CUANTIFICACIÓN, A EFECTOS DE AVANZAR EN LA PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL Y LA REAL APLICACIÓN DEL DERECHO MATERIAL A FAVOR DE QUIENES ACUDEN ANTE LAS AUTORIDADES JURISDICCIONALES DESPUÉS DE HABER SIDO LESIONADOS EN LA FORMA COMO EN ESTE PROCESO HA OCURRIDO. DESDE LUEGO AL ASUMIR LA COMPLEJA PERO NO DIFÍCIL TAREA DE IDENTIFICAR E INDEMNIZAR ESTA ESPECIE DE DAÑO RESARCIBLE, LOS JUECES DEBERÁN TENER EN CUENTA LOS MEDIOS DE CONVICCIÓN EN LOS QUE SE EVIDENCIE ESOS EFECTOS, PRUDENCIA, OBJETIVIDAD Y SENSATEZ PARA EVITAR QUE ESE PERJUICIO SEA CONFUNDIDO CON OTRO O QUE UN DETERMINADO AGRAVIO PUEDA DE MANERA ERRÓNEA SER INDEMNIZADO DOS O VARIAS VECES, RESULTADO CON EL CUAL SE CONTRARIARÍA EL POSTULADO DEL NON BIS IN ÍDEM.

PARA ESA PROYECCIÓN, CON SUJECCIÓN A LAS PRETENSIONES Y RESULTADOS QUE ARROJEN LAS PRUEBAS MÉDICO-CIENTÍFICAS Y DE OTRO ORDEN, LOS JUECES DE INSTANCIA NO PUEDEN ABSTENERSE DE DESENTRAÑAR Y RECONOCER EL ALCANCE DE LOS OBSTÁCULOS, PRIVACIONES, LIMITACIONES, INCAPACIDADES PERMANENTES O RELATIVAS, DISFUNCIONES ORGÁNICAS REPARABLES O IRREPARABLES PRODUCIDAS COMO SECUELA DE LESIONES QUE DEBA ASUMIR LA VÍCTIMA CON REFERENCIA A LAS ACTIVIDADES ORDINARIAS, USUALES O COTIDIANAS, NO PATRIMONIALES, QUE EN CONCRETO CONSTITUYEN LA VIDA DE RELACIÓN DE LAS PERSONAS, Y PROCEDER A FIJAR UN MONTO DE INDEMNIZACIÓN EN SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES.”

Y por último también se puede tener como parámetro jurisprudencial la sentencia proferida por el Honorable CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SALA PLENA Consejera ponente: OLGA MELIDA VALLE DE DE LA HOZ Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014) Radicación número: 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172) Actor: GONZALO CUELLAR PENAGOS Y OTROS Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL, donde la corporación unificó el criterio para la tasación de los perjuicios morales de la víctima y sus familiares, en caso de lesiones personales.



**ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
RESPONSABILIDAD MÉDICA**

**4.- NO ESTOY DE ACUERDO CON QUE SE HAYA CONDENADO A LA
ASEGURADO SOLAMENTE CON LA AFECTACION DE LA POLIZA BASICA
DE AUTOMOVILES**

La Compañía de Seguros debía de haber sido condenada al pago de los perjuicios causados no solo con base en la póliza de automóviles que fue aportada al proceso, sino también con fundamento en la póliza que la empresa transportadora había tomado en exceso, y que por mala fe por parte de los demandados no fue aportada en forma oportuna al proceso, la cual solo pudo ser allegada en forma posterior.

No obstante lo anterior la parte demandada una vez tuvo conocimiento de la existencia de una póliza en exceso procedió a aportarla como una prueba sobreviviente, y solicito ser tenida en cuenta como lo señala el artículo 281 del C.G.P., al momento de dictar sentencia, petición que fue ignorada por el Despacho

De conformidad con el artículo 1058 del Código de Comercio establece que el tomador de un seguro debe actuar con buena fe cuando pretenda contratar una póliza y suministrar una información cierta y veraz al asegurador.

Dice la norma citada que la “reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias” en la información pueden producir la nulidad relativa del seguro.

Pero “La uberrimae bona fidei” es decir la buena fe calificada, que rigen los contratos de seguros se predica tanto del tomador o asegurado como del asegurador. Es sería es una buena fe “bipolar”, en razón de que ambas partes deben observarla, sin que sea predicable, a modo de unicum, respecto de una sola de ellas.

Al respecto lo dijo la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el antecedente de casación civil de 19 de mayo de 1999, expediente 4923, en el cual la Sala preconizó que la buena fe es “un postulado de doble vía (...) que se expresa - entre otros supuestos- en una información recíproca”, tesis reiterada el 2 de agosto de 2001, y reafirmada en el de el 26 de abril del 2007.

Es tan importante el postulado de la buena fe que ha sido elevado a precepto constitucional, consagrado en el artículo 63 de la Carta Magna.

Igualmente se reitera que la buena fe es entendida como un postulado de doble vía, que por un lado implica la legítima creencia del par negocial, y por el otro de comportarse con lealtad, honestidad y probidad desde la formación del contrato hasta su ejecución.

Entonces si las Aseguradoras están facultadas por el artículo 1058 del Código de Comercio hasta a proponer la nulidad relativa del contrato si han sufrido algún engaño, pues la Compañía también deber ser castigada cuando oculta información tan importante como la existencia de una póliza en exceso con un amparo de responsabilidad civil mayor que el de la póliza básica que puede poner a salvo el patrimonio del asegurado.



**ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
RESPONSABILIDAD MÉDICA**

Aunado a todo lo anterior me permito adjuntar los conceptos de dos ilustres doctrinantes del ramo de los seguros, el doctor Javier Tamayo Jaramillo y el doctor Harold Penagos, como quiera que las compañías de seguros son unas para vender las pólizas y otras para pagar los siniestros:

Uno de los tratadistas más importantes de nuestro país, como es el Dr. JAVIER TAMAYO JARAMILLO, con respecto a la obligación de lealtad durante el período precontractual, con énfasis en los contratos de seguros y transporte, nos dice:

“El artículo 1603 del Código Civil, establece que:

“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenezcan a ella”

No cabe duda entonces, que subyacente a cada contrato existe la obligación general de lealtad tanto en su formación como durante su ejecución, así en relación con determinado contrato la ley guarde silencio al respecto. Y que el fundamento universal de esa obligación es el principio de la buena fe que debe primar entre los contratantes.

En este análisis partimos del supuesto de que el contrato es claro y válido en cuanto a las obligaciones y derechos de las partes, y lo que se discute es la responsabilidad de la parte que no advirtió suficientemente a la otra, la manera de que ésta contratara de forma más ventajosa.

Otros en cambio, consideran que aun en estos casos, la responsabilidad de la parte desleal es contractual, pues más que tener en cuenta el texto del contrato, se debe acudir a la intención de las partes (art. 1618 CC), y en consecuencia, el acreedor profano tiene derecho contractual, según esa teoría, a reclamar aquellas prestaciones que en principio le niega el clausulado, pero que se puede deducir de las circunstancias que rodearon la celebración del contrato, circunstancias como los móviles que llevaron al acreedor a contratar, como lo ofrecido verbalmente por el deudor durante las negociaciones en un contrato escrito, y como el silencio desleal del deudor en la discusión y formación del contrato.

Las obligaciones de información y de consejo en el período precontractual son especies de la obligación de lealtad precontractual. Por fortuna, ya la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia comienza a enfatizar sobre esta obligación a cargo del asegurador (Casación civil 2 de agosto de 2001, exp. 6.146 MP Carlos Ignacio Jaramillo).

Por lo tanto, el asegurador está en la obligación de informar al tomador sobre todos los avatares y sanciones en caso de reticencias y falsas declaraciones, pues de no hacerlo, corre el riesgo de no poder alegar la nulidad prevista en el art. 1058 del Código de Comercio. Sólo



ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO RESPONSABILIDAD MÉDICA

informando al tomador profano le es posible al asegurador descubrir el real estado del riesgo.

...Sin embargo, según ya dije, el mismo artículo permite inferir la existencia de dicha obligación a cargo del asegurador cuando prevé que éste no podrá alegar la nulidad por reticencias del tomador, si debía conocer las circunstancias de la reticencia. O sea que el asegurador debe informar al tomador para que éste de su lado pueda informarle sobre el estado del riesgo.

Dos hipótesis de frecuente ocurrencia queremos analizar: la primera, está relacionada con la no advertencia al asegurado, de los límites y alcances de la cobertura ofrecida, ni de la existencia de un producto de mejor calidad que el solicitado o pactado. La segunda, consiste en no advertir al asegurado sobre las consecuencias jurídicas por no realizar ciertas conductas durante la celebración del contrato o durante su ejecución, omisiones del tomador o del asegurado, que no se habrían producido si éste hubiera sido advertido por el asegurador, al momento de la formación del contrato.

En primer lugar, no cabe duda de que el intermediario, sea o no representante del asegurador, compromete su responsabilidad si no asesora suficientemente al asegurado; en segundo lugar, cuando el intermediario es representante del asegurador en la celebración del negocio, es claro que la omisión de información y de consejo por parte del intermediario, también compromete su responsabilidad y la del asegurador;....., pues en cierta forma es el intermediario quien tiene esa obligación fundamental de consejo, pues es de su esencia, asesorar al cliente profano.

El asegurador debe cerciorarse además de que de alguna manera el tomador conozca, a través del intermediario, las ventajas y desventajas que su comportamiento (el del tomador o asegurado) durante la formación del contrato y durante su ejecución pueden generar en caso de siniestro. En ese caso, si hay incumplimiento de dicha obligación, habrá responsabilidad tanto del intermediario (contractual) como del asegurador (precontractual).

..En primer lugar, puede suceder que siendo claro el contrato, el asegurador o el intermediario no se informen con el tomador sobre las necesidades de éste, para en esa forma ofrecerle el producto adecuado. En el seguro de transporte por ejemplo, hay una serie de exclusiones muy gravosas para el asegurado, y a menudo, éste celebra el contrato sin tener una conciencia muy clara del alcance de su cobertura. En estos casos, si en el mercado existe una póliza que ampare una de esas exclusiones, el asegurador y el intermediario estaban en la obligación de advertirle al tomador profano sobre esa situación para que éste decidiera si optaba por esa otra solución que aunque más costosa, de todas formas le ofrecía mayores garantías.

Una de las mayores causas de objeción de reclamaciones por parte del asegurador es el incumplimiento de alguna garantía por parte del



ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO RESPONSABILIDAD MÉDICA

asegurado. En efecto, el artículo 1061 del Código de Comercio establece que si el asegurado otorga una determinada garantía de hacer o no hacer algo, el contrato será anulable si incumple la garantía. Así por ejemplo, en los seguros de incendio es factible que el asegurador imponga la garantía de tener extintores. En no pocas oportunidades, de la mejor buena fe, el asegurado incumple esas garantías porque no las conoce por no haber leído la póliza, o no alcanza a comprender las consecuencias tan graves que genera su incumplimiento. Por tal motivo, creo que tanto el intermediario como el asegurador son responsables si no instruyen suficientemente al asegurado ignorante sobre los alcances y consecuencias del incumplimiento de la garantía. Inclusive, pienso que en un caso de esos, la responsabilidad podría ser contractual con relación al asegurador, en la medida en que se concluya que tal garantía no le es oponible al asegurado, que no fue suficientemente ilustrado sobre sus obligaciones.

Por otro lado, en muchas oportunidades, el intermediario o el asegurador, con el fin de obtener el consentimiento del tomador profano, omiten mencionarle a éste las exclusiones o le ofrecen a éste verbalmente, una serie de ventajas que después no aparecen en el documento textual de la póliza, con el agravante de que ésta sólo es firmada por el asegurador, y habitualmente el clausulado sólo queda a disposición del asegurado después de celebrado el contrato, cuando no es que lo conserva el intermediario. En este caso, en especial, la jurisprudencia y la doctrina más avanzadas, que nosotros compartimos, considera que la responsabilidad del asegurador es contractual y que prima la intención de las partes, más que el texto de la póliza, pero al asegurado corresponde probar el contenido real de lo que se pactó oralmente (aunque las exclusiones deben figurar en letra destacada, lo cierto es que esa letra por destacada que sea, sólo se conoce después de expedida la póliza, y ésta sólo se expide cuando ya el tomador ha dado su consentimiento, y a veces, pagado la prima).

Como se puede apreciar, no son pocas las consecuencias dañinas que puede ocasionar la deslealtad precontractual y contractual de una de las partes en el contrato, sobre todo, cuando la parte desleal es profesional que conoce todas las contingencias del contrato, mientras que su contraparte es profana en esos menesteres. Como esa deslealtad dañina no puede quedarse impune, lo justo y lo equitativo es que la parte desleal comprometa su responsabilidad contractual o precontractual según el caso.¹ (Negritas y subrayas fuera de texto).

REVISTA IBERO-LATINOAMERICANA DE SEGUROS No.21. Pontificia
Universidad Javeriana. Bogotá 2004. Págs 13-27

1



**ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
RESPONSABILIDAD MÉDICA**

Y el doctor Harold Penagos, miembro del capítulo de Cali de la Asociación de Derecho de Seguros ACOLDESE dice al respecto de las marrullas, perdón exclusiones de las pólizas lo siguiente:

Cuyas actuaciones fueron las que conllevaron al ilustre profesor del Externado de Colombia y Arbitro de la Cámara de Comercio de Bogotá, Dr. HAROLD PENAGOS, a escribir la columna titulada por él como “ÉTICA Y CRISIS DEL SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL”, quien en algunos de sus apartes dijo:

“Acompañando la vertiginosa actividad mercantil moderna, se encuentra el sector asegurador. Variados y creativos contratos de seguro pululan día a día como respuesta natural – y lucrativa - a nuevas y cada vez más diversas manifestaciones de la actividad contractual, que, inevitablemente, dominan el mundo.

... LAS ASEGURADORAS PADECEN DE UN SÍNDROME DE DOBLE PERSONALIDAD, PUES SON UNAS AL MOMENTO DE CONTRATAR O SUSCRIBIR LA PÓLIZA Y OTRAS BIEN DIFERENTES AL MOMENTO DE ASUMIR LA CORRESPONDIENTE OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR. SON COMUNES LAS SITUACIONES EN QUE LAS COMPAÑÍAS DE SEGUROS PACTAN Y OBJETAN, POR LO MENOS EN ESTA MATERIA, SINO CON INDELICADEZA, CON LIGEREZA Y EN ALGUNOS CASOS CON TINTES DE MALA FE... O ASÍ PARECIERA, PERO ESO SÍ, SIEMPRE BAJO UN ADECUADO MARCO LEGAL Y CONTRACTUAL.

DADA LA NATURALEZA DEL CONTRATO DE SEGURO, NO CABE DUDA DE QUE ES DE ESPECIAL OBLIGACIÓN PROFESIONAL PARA UNA COMPAÑÍA ASEGURADORA ENTERAR A SU CLIENTE DE TODAS LAS CARACTERÍSTICAS, CONDICIONES Y SOBRE TODO, EXCLUSIONES QUE CONTENTA O PUEDA “INDIRECTAMENTE” CONTENER LA PÓLIZA; EL TOMADOR DE UNA PÓLIZA ESTÁ EN TODO SU DERECHO DE CONOCER QUÉ TIPO DE RIESGOS AMPARA SU CONTRATO DE SEGURO Y CUÁLES NO. Es corriente la precariedad de bagaje jurídico que poseen las personas que contratan pólizas de seguros en el ámbito empresarial, institucional y qué no decir de las personas naturales; verbigracia, ante la necesidad de contratar una póliza de responsabilidad contractual, finalmente se adquiere una póliza de responsabilidad extracontractual o viceversa. Es más, a pesar del conocimiento jurídico que posea el tomador de la póliza, las cláusulas menudas, muchas veces ambiguas y difusas, hacen equívocos, a la final, los amparos reales que se toman y, por consiguiente, difusa la obligación de indemnizar a cargo de la compañía de seguros.

SE PUEDE ENCONTRAR TODO UN REPERTORIO DE CLAUSULADOS QUE SOLO LO ENTIENDEN QUIENES LOS REDACTAN Y QUE AL MOMENTO DE LA RECLAMACIÓN PERMITE UN AMPLIO MARGEN DE “MANIOBRA” PARA LA ASEGURADORA, UNA VEZ SE PRESENTA EL SINIESTRO Y LA CONSECUENTE



**ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
RESPONSABILIDAD MÉDICA**

RECLAMACIÓN. Existen declaraciones de asegurabilidad en las que, sea una u otra la afirmación que plasme, el tomador de la póliza queda, fatalmente, a merced de la compañía de seguros.

Dos factores complican más el panorama, por una parte los intermediarios de seguros a quienes, en verdad, lo que más importa es cumplir sus “metas comerciales”, sin consultar las necesidades reales del tomador al momento de realizar la venta y quienes, de igual forma, comúnmente desconocen las características y complejas consecuencias jurídicas de una póliza de responsabilidad civil. No son verdaderos asesores.

POR OTRA PARTE, ESTÁN LOS EQUIPOS JURÍDICOS DE LAS ASEGURADORAS – QUE PARECIERA, PAGARAN LOS SINIESTROS DE SU PROPIO PECULIO-, PUES SON TAN FEBRILES COMO INCONSISTENTES SUS ARGUMENTOS A FIN DE OBJETAR UNA RECLAMACIÓN. ENTONCES AQUÍ SURGE UNA ESTRATEGIA TAN COMÚN COMO PERVERSA: OBJETAR LA RECLAMACIÓN DE LA MEJOR MANERA POSIBLE, PARA ASÍ, POSTERIORMENTE, Y EN ARAS DE LA “BUENA VOLUNTAD” DE LA COMPAÑÍA, OFRECER AL RECLAMANTE UN “PAGO COMERCIAL”, REFLEJADO EN SUMAS PÍRRICAS Y QUE EN MODO ALGUNO RESPONDEN A UN CRITERIO INDEMNIZATORIO Y AL VERDADERO OBJETO DEL CONTRATO DE SEGURO. ES COMÚN LA INSINUACIÓN, EL MENSAJE TÁCITO O EXPRESO, QUE MÁS QUE UN AFORISMO COSTUMBRISTA ES UNA VERGONZOSA REALIDAD JURÍDICA EN EL SENTIDO DE QUE “ES MEJOR UN MAL ARREGLO QUE UN BUEN PLEITO”. SOLO QUEDA, ENTONCES, PARA QUIEN RECLAMA, EL CAMINO JUDICIAL, CONSISTENTE EN ACUDIR A LARGOS Y PENOSOS PROCESOS JUDICIALES, DESESTIMULANDO AB INITIO EL VIGOR DE QUIEN RECLAMA PLANTEANDO COMUNES Y CONOCIDAS ESTRATEGIAS PROCESALES.

¿Estas políticas sistemáticas de objetar las reclamaciones obedece, realmente, a criterios jurídicos de los abogados o a políticas empresarias? En ocasiones se plantea al reclamante de manera soterrada el hecho de que, para la aseguradora, desde el punto de vista financiero es preferible diferir el pago hasta que se produzca sentencia condenatoria...

Claro, nadie duda de que lo anterior constituye una mejor ecuación financiera para la aseguradora. La provisión económica que se debe hacer frente al proceso judicial tiene atractivos rendimientos en el mercado bursátil o financiero, pero ¿realmente se está cumpliendo con el objeto de la póliza de responsabilidad civil? ¿Acaso refleja una ética comercial?

LA CAPACIDAD ECONÓMICA Y POSICIÓN DOMINANTE DE LAS ASEGURADORAS LES PERMITE ESE TIPO DE MANIOBRAS, EN CONTRASTE



**ABOGADOS ESPECIALIZADOS EN
RESPONSABILIDAD CIVIL Y DEL ESTADO
RESPONSABILIDAD MÉDICA**

CON LA DEBILIDAD, SINO NECESIDAD, DE QUIEN ACUDE EN PROCURA DE UNA INDEMNIZACIÓN.

No cabe duda, la institución del seguro de responsabilidad civil debe ser revisada y, por ende, ser estructurada de una manera más acorde frente a las verdaderas necesidades y modalidades del daño, hoy en ebullición. Se debe implementar una mayor y más amplia cobertura del “daño”, ante los innegables avances jurisprudenciales frente a sus aspectos cualitativos (tipología del daño) y cuantitativos (montos indemnizatorios); pero aún más que eso, las compañías de seguros deben adoptar unos códigos de conducta y ética más transparentes, que sean consecuentes con el verdadero objeto contractual y frente al daño, si no tragedia, que normalmente precede a una reclamación.

BIEN CLARO LO TENÍA HENDON CHUBB, PROHOMBRE Y PRECURSOR DEL SECTOR ASEGURADOR: “MIENTRAS QUE UNA PÓLIZA DE SEGUROS ES UNA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL QUE EXPRESA EL MÍNIMO DE NUESTRAS RESPONSABILIDADES, EXISTEN OCASIONES CUANDO PRINCIPIOS DE EQUIDAD EXIGEN QUE RECONOZCAMOS UNA OBLIGACIÓN MORAL QUE VA MÁS ALLÁ DE LOS TÉRMINOS ESTRICTAMENTE LEGALES Y ESTO ES TENIDO EN CUENTA SIEMPRE EN NUESTRAS TRANSACCIONES”. ¹ (neguillas, mayúsculas y subrayas del suscrito).

Es totalmente inadmisibles que LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, haya ocultado la existencia de la póliza de seguros que había expedido en exceso de la póliza básica del vehículo.

Es estos términos dejo sustentado el Recurso de Apelación en contra de la Sentencia de primera instancia, dentro de los términos de la ley.

De la Señora Honorable Magistrada, con sentimientos de consideración y respeto.

Cordialmente,

JORGE ADOLFO OTTAVO HURTADO
C.C. NO. 11'297.262 DE GIRARDOT
T.P. NO. 65.583 DEL C.S.J.

MEMORIAL DR YAYA RV: Sustentación recurso de apelación. Proceso Verbal de Responsabilidad Civil Extracontractual de CAMILO ANDRÉS BOHÓRQUEZ BRICEÑO y OTROS contra LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS y OTROS. Rad. 1100131030372019003501.

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 8/04/2024 10:50

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 1 archivos adjuntos (219 KB)

Sustentación apelación.pdf;

MEMORIAL DR YAYA

Atentamente,



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co


OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: Notificaciones <notificaciones@velezgutierrez.com>

Enviado el: lunes, 8 de abril de 2024 9:36 a. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: Asesorías - Lex Andino Abogados <asesorias@lexandinoabogados.com>; Carol Cardozo - Lex Andino Abogados <carolcardozo@lexandinoabogados.com>; Consultas - Lex Andino Abogados <consultas@lexandinoabogados.com>; Secretaria Gerencia - Lex Andino Abogados <secretaria.gerencia@lexandinoabogados.com>; Urbano y Ottavo Abogados <urbanotavo@outlook.com>; Marco Zuluaga <mzuluaga@velezgutierrez.com>; Santiago Botero Arango <sbotero@velezgutierrez.com>; María Carolina Montoya <mmontoya@velezgutierrez.com>; Victoria Nuñez Rodríguez <vnunez@velezgutierrez.com>; Katerine Serrano Ramírez <kserrano@velezgutierrez.com>

Asunto: Sustentación recurso de apelación. Proceso Verbal de Responsabilidad Civil Extracontractual de CAMILO ANDRÉS BOHÓRQUEZ BRICEÑO y OTROS contra LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS y OTROS. Rad. 1100131030372019003501.

Honorable

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.

E. S. D.

Referencia: Proceso Verbal de Responsabilidad Civil Extracontractual de CAMILO ANDRÉS BOHÓRQUEZ BRICEÑO y OTROS contra LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS y OTROS. Rad. 1100131030372019003501.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

Quien suscribe, **RICARDO VÉLEZ OCHOA**, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía número 79.470.042 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 67.706 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado judicial de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** en el proceso de la referencia, de conformidad con el poder que obra en el expediente, y que ahora reasumo, por medio del presente escrito, y encontrándome dentro del término legal, me permito sustentar el recurso de apelación presentado el 15 de diciembre de 2023 contra la sentencia proferida el pasado 11 de diciembre de 2023, en los términos del escrito adjunto.

Respetuosamente,

Ricardo Vélez Ochoa

notificaciones@velezgutierrez.com velezgutierrez.com



VÉLEZ GUTIÉRREZ
A B O G A D O S

CRA. 7 # 74 B -56 Piso 14 Bogotá - Colombia
Tel.(601)317 15 13

Honorable
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C.
E. S. D.

Referencia: Proceso Verbal de Responsabilidad Civil Extracontractual de CAMILO ANDRÉS BOHÓRQUEZ BRICEÑO y OTROS contra LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS y OTROS. Rad. 1100131030372019003501.

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

Quien suscribe, **RICARDO VÉLEZ OCHOA**, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la Cédula de Ciudadanía número 79.470.042 de Bogotá, abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional número 67.706 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderado judicial de **LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS** en el proceso de la referencia, de conformidad con el poder que obra en el expediente, y que ahora reasumo, por medio del presente escrito, y encontrándome dentro del término legal, me permito sustentar el recurso de apelación presentado el 15 de diciembre de 2023 contra la sentencia proferida el pasado 11 de diciembre de 2023, en los siguiente términos:

I. OPORTUNIDAD

El 15 de diciembre de 2023 se radicó recurso de apelación contra la sentencia proferida por el Juzgado de primera instancia el 11 de diciembre de 2023. En ese orden de ideas, el pasado 22 de marzo de 2024 este Honorable Tribunal profirió auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación presentado.

Pues bien, el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022 establece:

“Ejecutoriada el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes.”

Así las cosas, teniendo en cuenta que el auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación quedó ejecutoriado el 3 de abril de 2024, el término para sustentar el recurso de apelación presentado vence el 10 de abril de 2024.

Teniendo en cuenta lo anterior, el presente escrito se presenta en término.

II. LA SENTENCIA APELADA

Mediante la sentencia del pasado 11 de diciembre de 2023 el Juzgado 37 Civil del Circuito resolvió:

“(…) TERCERO: DECLARAR civil y extracontractualmente responsables, parcialmente, a Carlos Fabián Rodríguez Beltrán y a Sistemas Logísticos Integrales de Colombia S.A.S., por los daños causados al demandante Camilo Andrés Bohórquez Briceño y a las demás demandantes, con ocasión al accidente de tránsito ocurrido el 7 de febrero de 2017, por las razones expuestas con precedencia.

CUARTO: En consecuencia, por virtud de la concurrencia de culpas encontrada en el presente asunto, se CONDENA a los demandados Carlos Fabián Rodríguez Beltrán y Sistemas Logísticos Integrales de Colombia S.A.S, al pago de las siguientes sumas de dinero:

PARA CAMILO ANDRÉS BOHÓRQUEZ BROCEÑO: i) lucro cesante pasado y futuro en cuantía de \$55’810.481,4; ii) daños morales en la suma de \$21’600.000,00; iii) daño a la vida en relación en la suma de \$16’500.000,00.

PARA LAS MENORES M.B.M. y D.A.B.M.: como daño moral la indemnización será de \$6’000.000 cada una.

PARA SU SEÑORA MADRE GLORIA JANNETH BRICEÑO VESGA: Daño moral en cuantía de \$6'000.000.

PARA SU HERMANA NICOL VANESA BRICEÑO VESGA: Daño moral en cuantía de \$6'000.000.

Tales cantidades deberán cancelarse dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, fecha a partir de la cual se generarán intereses legales del 6% anual. Igualmente, las cifras en comento deberán ser indexadas para el momento en que se efectúe el pago respectivo.

QUINTO: CONDENAR a La Previsora S.A. Compañía de seguros, a pagar a los demandantes las cuantías descritas en el numeral anterior conforme el amparo descrito en la póliza de seguro No. 3059802, acorde con los límites de cobertura y sin perjuicio del deducible a que haya lugar.”

Como fundamento para adoptar dicha decisión el Juzgado realizó el siguiente análisis:

En primer lugar, el Juzgado consideró que con base en el dictamen elaborado por Seguros Bolívar y lo dicho por el Instituto Colombiano de Medicina Legal, está acreditado el daño como elemento constitutivo de la responsabilidad civil. Ello en la medida en que el demandante, Camilo Andrés Bohórquez, perdió la pierna izquierda y, como consecuencia, sufrió una disminución de su capacidad laboral en un 57.63%.

En relación con el nexos causal, el Juzgado concluyó que los dos vehículos involucrados en el accidente del 7 de febrero de 2017 tuvieron participación causal en la producción del resultado dañoso. En tal sentido afirmó que de acuerdo con el informe pericial de reconstrucción de accidente de tránsito la tractomula del de placas TRJ-676 se desplazaba en exceso de velocidad e invadió levemente el carril contrario. Por su parte, se afirmó que la motocicleta de placas ARB36, conducida por el señor Camilo Andrés Bohórquez se desplazaba en exceso de velocidad

y que el demandante no contaba con licencia de conducción para la fecha del accidente. Como base en tales conclusiones el Juzgado concluyó que debía considerarse al señor Camilo Andrés Bohórquez como responsable en un 70% de la producción del accidente y a los demandados - Carlos Fabián Rodríguez Beltrán y Sistemas Logísticos Integrales de Colombia S.A.S.- como responsables del 30% restante.

En relación con los perjuicios, el *a quo* realizó un estudio detallado de cada uno de los perjuicios reclamados. En lo que tiene que ver con los perjuicios patrimoniales, se desestimó el daño emergente por considerar que no existían medios probatorios que dieran cuenta de su causación. Respecto del lucro cesante se indicó que se reconocería el pretendido en la demanda, con base en los siguientes argumentos:

“(…) la estimación mencionada amerita crédito por cuanto la cifra antes señalada acoge criterios de la Corte Suprema de Justicia para la cuantificación de ese rubro, como es la expectativa de vida probable, el haber descontado el 25% del ingreso total para gastos totales, así como la fórmula financiera para hacer el cálculo respectivo (…)

Con todo, no se puede olvidar que como quedó demostrado en el curso de las diligencias, al motociclista se le dictaminó la pérdida de capacidad laboral equivalente al 57.63%, situación que de acuerdo con la normatividad vigente (ley 100 de 1993 art. 38), la cataloga como inválida y por ende, con limitación para ejercer una actividad laboral remunerada para la cual estaba capacitada, y por ende, no puede proveerse de los medios de subsistencia para vivir dignamente (ver sentencia T-402 de 2022).

De manera que a la luz de dicha normatividad, la indemnización por lucro cesante habrá de ser plena.

Añádase que el hecho de que el actor sea beneficiario de una pensión por invalidez, no obsta para que se indemnice el lucro cesante a indemnizar con ocasión de la responsabilidad civil extracontractual.”

Así el Juzgado dejó sentados tres aspectos que resultarán relevantes, para el análisis del presente recurso. El primero, que resulta apropiado realizar un descuento del 25% de los ingresos (asunto que no será apelado); el segundo, que el lucro cesante no es incompatible con la pensión de invalidez; y el último, que debe reconocerse la totalidad del lucro cesante, sin tener en cuenta el porcentaje de pérdida de capacidad laboral. Este último aspecto, dicho sea de paso, resulta contradictorio con lo anunciado por el juez en la audiencia de instrucción y juzgamiento.

En lo que tiene que ver con los perjuicios extrapatrimoniales, el Juzgado consideró que debía reconocerse un daño moral para la víctima directa equivalente a \$72.000.000, \$ 40.000.000 para cada uno de sus hijos, \$20.000.000 para su madre y su \$20.000.000 para su hermana. Dichas sumas se justificaron con base en el siguiente argumento:

“Sobre el punto cabe destacar que las declaraciones y testimonios fueron unánimes en indicar que a raíz del accidente y los daños en su humanidad sufridos se rompió su relación sentimental con su pareja y que evita tener contacto con sus hijos por pena. No obstante, a pesar de que dentro del tratamiento para sobrellevar lo acaecido se le ordenó tratamiento psicológico y psiquiátrico al cual al renunciado a considerar que él mismo puede superar dicha situación sin ayuda alguna.”

Respecto del daño a la vida en relación, el mismo se tasó en \$55.000.000. Para ello se indicó que de las pruebas obrantes en el expediente se desprendía que, en efecto, como consecuencia del accidente, el señor Camilo Andrés Bohórquez se había visto privado de realizar actividades ordinarias de su vida cotidiana.

A los daños, tal y como fueron cuantificados, se les aplicó la proporción de contribución causal antes señalada lo que dio lugar a una reducción de la indemnización en los términos del artículo 2357 del Código Civil.

En lo que tiene que ver con mi representada, el Despacho consideró inaplicable la exclusión prevista en el numeral 2.3.2. de las condiciones generales.

III. SUSTENTO DE LOS REPAROS CONTRA LA SENTENCIA – MOTIVOS POR LOS QUE SE DEBE REVOCAR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Como pasa a analizarse la sentencia adolece de sendos errores que justifican su revocatoria total, la exoneración de mi representada o, como mínimo, un ajuste de la indemnización.

1. Al concluirse que el señor Camilo Andrés Bohórquez no contaba con licencia de tránsito para la fecha del accidente debieron negarse las pretensiones de la demanda

El juez de primera instancia, luego reconocer y dar por probado que para la fecha del accidente el señor Camilo Andrés Bohórquez no contaba con licencia de conducción, consideró que dicho hecho debía considerarse como una causal que contribuía a su “porcentaje de responsabilidad”. Sin embargo, en adición a lo afirmado por el Juzgado, la práctica ilegal de la actividad de conducción también incide sobre la juridicidad del perjuicio reclamado.

De acuerdo con el tratadista Javier Tamayo Jaramillo una característica intrínseca al daño que debe ser reparado por la responsabilidad civil es su carácter antijurídico. Tal concepto ha dado lugar al desarrollo del concepto según el cual, para que existe responsabilidad civil debe afectarse un “interés legítimo”. En efecto el autor sostiene:

“Ahora, en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, la situación es diferente, puesto que las nociones de objeto y causa lícitos no son elementos necesarios para el nacimiento de la obligación de indemnizar. Es aquí donde surge con claridad lo que expusimos cuando analizamos los conceptos de “interés jurídicamente protegido” y “beneficio lícito”. Dijimos, en efecto, que la víctima de una acción dañina estaba legitimada para ejercer la acción indemnizatoria cuando el Estado le garantizaba

coercitivamente el disfrute de un beneficio patrimonial o moral, aunque dicho beneficio no consistiera en un derecho real o personal. En conclusión, tratándose de daños extracontractuales, la víctima no requería que la acción hubiera atentado contra un derecho de pretensión frente a un obligado, o lo que se denomina como un “interés jurídicamente protegido”. Veámos cómo lo que la ley protegía era el derecho a disfrutar o recibir beneficio no prohibido por ella, aunque no se poseyere la facultad de exigirlo a nadie. Contrario sensu, si el derecho le negaba a la víctima la protección para recibir el beneficio suprimido, la acción indemnizatoria era contraria a derecho y, en consecuencia, debía ser rechazada judicialmente.

(...) Estas consideraciones son aplicables en la responsabilidad aquiliana, puesto que el derecho niega cualquier protección a ciertos beneficios.”¹

Pues bien, la antijuridicidad del daño va encaminada a que se determine que la vulneración del derecho contravenga al ordenamiento jurídico, en el sentido de que la víctima no tenga el deber de tolerarlo. Así las cosas, si la afectación proviene de una actividad ilícita, no habría daño antijurídico derivado de la ilegalidad o ilicitud de la conducta de la víctima.²

Por esto, se tiene que las características del daño son: (i) que sea cierto, presente o futuro; (ii) que sea determinado o determinable; y (iii) que sea lícito. Esta última característica del daño se refiere a que debe tratarse de una situación jurídicamente protegida, es decir, que no sean situaciones jurídicas ilegítimas o contrarias a la ley y la Constitución.³

¹Tamayo Jaramillo, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, ed. Legis, 2007, pp. 448 y ss.

²Histórico de novedades de la rama judicial. <https://www.ramajudicial.gov.co/web/secretaria-tribunal-administrativo-de-boyaca/-/el-dano-para-que-sea-indemnizable-debe-ser-antijuridico#:~:text=As%C3%AD%2C%20las%20caracter%C3%ADsticas%20del%20da%C3%B1o,la%20ley%20y%20la%20Constituci%C3%B3n. Exp 15001333301020150004902>.

³“En cuanto a la lesión, esta de afectar la esfera jurídica de otro sujeto, sí comprometiéndose dentro de ésta cualquier situación jurídica subjetiva digna de protección.” Bustos Lago, José Manuel, *la antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual*, ed. Tecnos, Madrid, 1998, p. 100.

³ Ibidem.

En el caso que nos ocupa es evidente que, para el momento de la producción del accidente, el señor Camilo Andrés Bohórquez se encontraba realizando una actividad claramente antijurídica. Esto, teniendo en cuenta que se encontraba realizando una actividad regulada (actividad de conducción) sin contar con las autorizaciones gubernamentales necesarias. Así las cosas, es evidente no solo que este se expuso imprudentemente al peligro (hecho que da lugar a la asunción de los daños que se sufran) sino también a que los daños sufridos no sean tutelados bajo el sistema de responsabilidad civil.

Así las cosas, solicito de la manera más respetuosa a este Honorable Tribunal que revoque la sentencia en primera instancia y, en su lugar, niegue las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta que las mismas parten de un daño que no es antijurídico, evidenciando que no se cuenta con los elementos suficientes para poder sostener que existe responsabilidad en cabeza de las entidades demandadas.

2. La desatención de las normas de tránsito por parte de la víctima debe dar lugar a la declaratoria de la excepción de culpa exclusiva de la víctima

Es bien sabido que, para que se genere responsabilidad civil, es necesario que el presunto responsable haya desplegado alguna conducta ilícita, que sea a su vez la que haya producido daños a terceros. Así, es evidente que para la prosperidad de una indemnización fruto de responsabilidad civil es necesario el cumplimiento de tres de presupuestos legales, consistentes en i) la existencia de un hecho dañoso, ii) la presencia de un daño y iii) la certeza de que el daño producido ha sido ocasionado en efecto por el hecho dañoso existente, o sea la existencia de un nexo causal.

Pues bien, a pesar de que, como ya se expuso, no se cuenta con el elemento del daño al no ser este antijurídico, en todo caso y en gracia de discusión se pone de presente lo siguiente:

Uno de los elementos fundamentales de la responsabilidad civil extracontractual, está dado por el nexo causal, es decir por la existencia de un nexo o relación causal entre la conducta dañosa

desplegada por el agente y el daño sufrido por la víctima, de forma tal, que éste último sea consecuencia exclusiva y necesaria de la primera.

Particularmente, el nexo causal se ha definido como el enlace entre el hecho o la conducta del agente (antecedente) y el perjuicio sufrido por la víctima (consecuente). Este vínculo de causalidad es reconocido como requisito *sine qua non* de la responsabilidad; por lo tanto, es lógico que, si la actuación del agente no fue la causa del daño, no se obligue a dicho agente a indemnizar las consecuencias negativas de ese detrimento.⁴

Ahora bien, la jurisprudencia y la doctrina han agrupado bajo la denominación de causa extraña⁵ aquellas circunstancias que rompen el nexo causal y, por consiguiente, exoneran al agente total o parcialmente de responsabilidad; la causa extraña, por lo tanto, es un acontecimiento fáctico que interrumpe el vínculo de causalidad entre la actuación de un sujeto y el daño sufrido por otro, de manera que ese perjuicio encuentra su origen en otra causa. Los tres escenarios que constituyen causas extrañas son:

- El caso fortuito o la fuerza mayor.
- El hecho de un tercero.
- La culpa exclusiva de la víctima.

Cuando se presenta alguno de los supuestos de causa extraña, como se dijo, hay una ruptura del nexo causal porque ese supuesto se convierte en la causa del perjuicio, de tal forma que no es posible imputarle los efectos nocivos del daño al agente original. En consecuencia, si durante el juicio se demuestra que en la producción del hecho dañoso intervino un caso fortuito o una fuerza mayor, un hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima, será forzoso concluir que no es procedente una condena contra el demandado.

⁴ SANTOS BALLESTEROS, Jorge. *Responsabilidad Civil*. Tomo I, Parte general. Editorial TEMIS y Pontificia Universidad Javeriana. Pág. 375.

⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. CP: Hernán Andrade Rincón. Sentencia del veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013).

El hecho o culpa de la víctima, se circunscribe a aquella circunstancia por la cual, es la propia víctima con su actuar, quien interviene total o parcialmente, en la causación del daño sufrido por la misma. Así las cosas, cuando la conducta de la víctima es la causa del daño sufrido por la misma, no surge responsabilidad civil extracontractual en cabeza del agente, pues en ese caso, no fue su conducta sino la de la propia víctima, la causa adecuada y exclusiva del daño.

Pues bien, aterrizando las anteriores consideraciones al caso en concreto se encuentra que en el marco de este proceso quedó planamente acreditada la culpa exclusiva de la víctima como elemento que rompe con el nexo causal entre la conducta del conductor del vehículo de placas TRJ 676 y los daños que la parte actora manifiesta le fueron ocasionados.

En efecto, quedó debidamente acreditado, a través del Informe Policial de Accidentes de Tránsito, que la hipótesis de la ocurrencia del accidente fue atribuida al vehículo conducido por el señor CAMILO ANDRÉS BOHORQUEZ, por adelantar invadiendo el carril del sentido contrario, de lo cual se deriva que fue su misma conducta la generadora de los perjuicios que ahora reclama.

Por si lo anterior fuera poco en el curso del proceso se acreditó no solo que la víctima invadió el carril contrario, sino también que este no contaba con licencia de conducción y excedió los límites de velocidad (hecho inferido del dictamen pericial).

Todas estas circunstancias permiten afirmar que el nivel de participación causal de la víctima fue de tal magnitud que opaca cualquier incidencia que haya tenido el tractocamión. De allí que deba haberse reconocido la culpa exclusiva de la víctima como causal de exoneración de la responsabilidad civil imputable a los demandados.

3. No debió reconocerse lucro cesante a la víctima directa en la medida en que esta disfrutaba de una pensión de invalidez

Por si lo anterior fuera poco, el juez consideró que, de acuerdo con la jurisprudencia, la indemnización por lucro cesante era acumulable con el disfrute de una pensión de invalidez. Sin embargo, lo cierto es que las últimas providencias de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia no mantienen esta línea. En reciente sentencia del 17 de marzo de 2022 -referenciada por el juez de primera instancia- la Corte mantuvo incólume la decisión del Tribunal Superior de Armenia en la que se indicó que el lucro cesante era incompatible con la pensión de invalidez. Como punto de partida la Sala indicó:

“Como se ve, no existe una postura absoluta, ni doctrinal ni jurisprudencialmente, en cuanto a la posibilidad de aquella acumulación, por lo cual, los juzgadores en cada caso concreto deberán valorar no solo la situación fáctica sometida a su consideración y los elementos demostrativos que se incorporen al proceso para acreditar la ocurrencia de los perjuicios reclamados, sino examinar la diversidad de fuentes de las prestaciones, posibilidad de subrogación y demás aspectos identificados en los pronunciamientos reseñados para establecer si en el caso particular aquella resulta o no posible, teniendo en cuenta, de todas formas, que el causante del daño per se no puede deducir de la indemnización que se le pudiera imponer los valores que el perjudicado haya recibido de una tercera persona o entidad, en tanto la víctima estará compelida a probar la ocurrencia del perjuicio que reclama.”⁶.

Así las cosas, siguiendo con la línea argumentativa de dicha providencia el juez de instancia tenía el deber de justificar las razones por las cuales consideraba que dichas prestaciones eran acumulables. Sin embargo, el juzgador no realizó este ejercicio argumentativo.

Por otro lado, se pone de presente lo establecido por la doctrina en el siguiente sentido:

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia SC506-2022 del 17 de marzo de 2022, M.P. Hilda González Neira.

“Entonces, no hay duda que el damnificado tiene derecho a la reparación plena del daño, pero para evitar un enriquecimiento sin causa, debe descontarse de la indemnización la suma correspondiente a las prestaciones sociales que hubiera recibido.”⁷

De la misma manera ha sido reconocido, tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Consejo de Estado.⁸

Ahora bien, en opinión de mi representada dichas prestaciones no son acumulables en la medida en que ambas tienen como génesis el mismo hecho, la pérdida de capacidad laboral, y un mismo propósito, permitirle a la víctima/pensionado continuar percibiendo los ingresos que dicha pérdida de capacidad laboral frustró, aunado a que de entenderse acumulables existe la posibilidad de subrogación por parte de la entidad que asume la pensión de invalidez, hecho que contribuye al principio constitucional de eficiencia del sistema general de seguridad social (art. 28 Constitucional).

Así las cosas, en el lejano evento en el que no se revoque la totalidad de la sentencia, solicito a este Honorable Tribunal que, en punto del lucro cesante, sea tenida en cuenta la imposibilidad de acumular este perjuicio con la pensión de invalidez ya reconocida.

4. El lucro cesante está indebidamente liquidado

El juez consideró que el lucro cesante debía liquidarse teniendo en cuenta la totalidad del ingreso devengado, en otras palabras, dejó de lado que la pérdida de capacidad laboral producto del accidente fue únicamente del 57,63%. De allí que no existan fundamentos para asignar ningún tipo de responsabilidad a los responsables por el 42.37% de la capacidad laboral que no se vio afectada.

⁷ Criterios para la Liquidación del Lucro Cesante en la Responsabilidad Civil: respuestas de la doctrina y la jurisprudencia / Andrés Orión, Álvarez Pérez (et al). Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2020. Página 166.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Pedro Lafont Pianetta. Gaceta No. 2451. 9 de septiembre de 1991. Consejo de Estado, Sección Tercera. 7 de febrero de 1995. Exp. S-247.

El juez indicó que la decisión de liquidar el lucro cesante teniendo en cuenta la totalidad del ingreso devengado por el señor Camilo Andrés Bohórquez se basaba en lo previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 y lo indicado en la sentencia T-402 de 2022. Sin embargo, tal decisión desconoce que párrafos atrás se había indicado que la pensión de invalidez y la indemnización por lucro cesante obedecían a criterios disímiles y que por esta razón no eran acumulables entre sí. Así las cosas no es jurídicamente razonable concluir que deba aplicarse un parámetro propio del sistema de seguridad social a un asunto que -según el mismo juez- obedece a causas y criterios disímiles.

Si se reconoce que un axioma esencial de la responsabilidad civil es que esta institución no es fuente de enriquecimiento y que esta debe propender por indemnizar todo el daño, pero nada más que el daño, resulta irrazonable condenar civilmente a los responsables al pago de un lucro cesante por una capacidad productiva que no se ha visto afectada. En otras palabras, no existen argumentos que permitan sostener que los responsables deben asumir el pago de capacidad laboral residual que no se vio afectada por el accidente.

Dicho sea de paso, la postura esgrimida en este reparo fue la acogida por el Juzgado al momento de anunciar el sentido del fallo, en el siguiente sentido:

“(…) se reconozca esa prestación por lucro cesante pero conforme la misma jurisprudencia de la Corte (...) esa condena será por el valor o por el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, o se lo que perdió será lo que habrá de ser reconocido u objeto de condena en este caso y conforme a las pautas y por el tiempo.”⁹

A pesar de lo anterior, dicha posición expuesta al anunciar el sentido del fallo fue sorpresivamente abandonada en la sentencia escrita sin mayor justificación, haciendo alusión a

⁹ Minuto 8:24 de la grabación de la audiencia adelantada el 22 de noviembre de 2023 denominada “11001310303720190035000_L110013103037CSJVirtual_01_20231122_093000_V 11_22_2023 07_24 PM UTC”, en la cual se expuso el sentido del fallo.

una norma inaplicable y con base en una sentencia de la Corte Constitucional que no hace referencia a la aplicación de la Ley 100 de 1993 a los asuntos propios a la responsabilidad civil, sino únicamente a la incidencia que tiene la calificación de la pérdida de capacidad laboral sobre los derechos fundamentales.

Por si lo anterior fuera poco el Juzgado no realizó un ejercicio de cuantificación del lucro cesante con base en las fórmulas de matemática financiera establecidas por la Corte Suprema de Justicia, limitándose a indicar que las realizadas por los demandantes resultaban razonables.

Por lo expuesto hasta el momento, se hace evidente que, en el lejano evento en el que este Honorable Tribunal no revoque la sentencia de primera instancia, debe reconocer el lucro cesante teniendo en cuenta su imposibilidad de ser acumulado con la pensión de invalidez y, además, teniendo en cuenta el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la víctima y no limitándose a interpretar la pérdida de capacidad laboral como una del 100%.

A pesar de todo lo expuesto hasta el momento, se aclara al Honorable Tribunal que el presente reparo **no** se extiende al descuento del 25% de los ingresos que el juzgado calificó como ajustado a derecho.

5. Se reconocieron perjuicios morales en exceso a los parámetros jurisprudenciales

El Juzgado consideró que el daño moral de la víctima directa debía tasarse en \$ 72.000.000 y el de las víctimas indirectas entre \$ 40.000.000 y \$ 20.000.000, todo ello previo a la aplicación de las deducciones por la contribución causal de la víctima directa. Sin embargo, dichas sumas exceden abiertamente los parámetros jurisprudenciales aplicables al caso.

En primer lugar es necesario indicar que en la sentencia SC5686-2018 del 19 de diciembre de 2018 la Corte aclaró que las sumas por ella indicadas constituían verdaderos topes para el arbitrio judicial y que, en consecuencia, los jueces sólo podían apartarse de estas cumpliendo con la carga argumentativa necesaria para apartarse del precedente. En esta misma providencia se indicó que

daño moral por muerte ascendía a \$60.000.000 y se fijó como indemnización por lesiones a una pierna en la suma de \$7.500.000.

Adicionalmente, como se le recordó al despacho en los alegatos de conclusión, en otra oportunidad la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia ya había tazado la indemnización por daño moral derivada a la amputación de una pierna en la suma de \$15.000.000. en dicha providencia se indicó:

“En efecto, puesta específicamente la atención en la edad del demandante, mayor entidad revisten para éste las consecuencias propias que una lesión de esta gravedad genera en el paciente, como que al padecer desde su niñez severa merma de su facultad de locomoción –la pérdida irremediable de una de sus piernas–, asimismo ha de suponerse la congoja y la aflicción incalculables que en él se produzcan; y es que resulta apenas natural entender que, aparte de la tristeza que desde un comienzo se experimente, este sentimiento con el paso de los años se incremente y lo acompañe hasta el final de su existencia, al contemplar cómo, debido al traumatismo físico de las proporciones del sufrido, tempranamente se alteraron las condiciones de su vida, puesto que, ante las restricciones o limitaciones a que estará sometido por el uso permanente de una prótesis, algunas de sus esperanzas o posibilidades futuras quedaron truncadas prematuramente.

Acorde con lo anterior, y al no existir duda acerca de la evidente alteración que emocional y psicológicamente padeció y continuará llevando consigo el actor, la corta edad que tenía para cuando soportó los rigores propios de la amputación, la circunstancia de tener que vivir por el resto de sus días con esa discapacidad, se impone reconocer la existencia del perjuicio moral; por ende, siguiendo el principio del arbitrio judicial, para establecer el monto de la indemnización por este concepto estima la Corte que ahora prudencialmente debe señalar la suma de \$15'000.000”¹⁰

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia sustitutiva del 15 de octubre de 2004 (Exp. 6199).

Estos eran los criterios jurisprudenciales, que debían ser atendidos por el juez de primera instancia a la hora de tasar el daño moral. No puede perderse de vista que resulta abiertamente contrario al principio de igualdad que por un mismo daño, la pérdida de una pierna, una víctima reciba una indemnización por daño moral en la suma de \$15.000.000 y otra una indemnización por \$72.000.000. Si bien se reconoce que la tasación de los perjuicios extrapatrimoniales están sujetas al arbitrio judicial, tal criterio no permite desatender los principios constitucionales igualdad y seguridad jurídica.

El hecho de que el juez pueda considerar que las sumas fijadas por la Corte Suprema de Justicia no compensen adecuadamente el daño no es un asunto que pueda tener incidencia sobre la decisión. Ello en la medida en que, como se indicó, tales parámetros resultan de obligatorio cumplimiento para toda la jurisdicción. Tampoco puede perderse de vista que la desatención de los criterios jurisprudenciales requiere de un ejercicio argumentativo serio y fundado que permita a las partes comprender los motivos por los cuales el juez se aleja del parámetro fijado por el superior. En el caso que nos ocupa dicho ejercicio argumentativo no se presentó, por esta razón los criterios fijados por el precedente del superior deben ser atendidos estrictamente.

6. Se desconoció la contribución causal de la víctima en la extensión del daño a la vida de relación

En el curso del proceso se acreditó que el señor Camilo Andrés Bohórquez, por oposición a posición adoptada por sus familiares, no adelantó ninguna acción encaminada a adaptarse a la nueva situación a la que se enfrentaba. En efecto, se acreditó con el dicho de sus familiares y su expareja que el demandante no se adhirió a ningún tratamiento psicológico o aprovechó las redes de apoyo de sus amigos o familiares. Tal conducta del demandante sin duda contribuyó a la extensión de la afectación de su “modus vivendi”.

Pues bien, el Juez de primera instancia, encontró acreditado que a pesar de que dentro del tratamiento para sobrellevar lo acaecido se le ordenó al demandante tratamiento psicológico y

psiquiátrico, este renunció al mismo por considerar que él mismo puede superar dicha situación sin ayuda alguna.

A pesar de lo anterior, al momento de establecer la condena por el perjuicio de daño a la vida en relación, el respetado Despacho no tuvo en cuenta la contribución de la propia víctima en la extensión de lo que alegó como daño a la vida en relación. Así las cosas, debió reducirse la indemnización con relación a la aplicable frente a los demás daños, teniendo en cuenta que quedó acreditado que el mismo actuar de la víctima contribuyó a que se extendiera este supuesto perjuicio.

En otras palabras, el juez no tuvo en cuenta que la víctima incumplió con su deber de mitigación del daño el cual, sobra decirlo, también es aplicable a la extensión de los perjuicios extrapatrimoniales.

7. Se inaplicó inadecuadamente la exclusión de violación de normas de tránsito prevista en el numeral 2.3.2. del condicionado general de la póliza No. 3059802

El juzgado inaplicó la exclusión antes indicada afirmando que la póliza establece que la misma únicamente es aplicable cuando se trata de daños al vehículo. Sin embargo, dicha posición parte de una inadecuada interpretación del clausulado. En efecto, el clausulado indica:

2.3 EXCLUSIONES APLICABLES A TODOS LOS AMPAROS DE ESTA PÓLIZA.

ESTE SEGURO NO CUBRE LAS PÉRDIDAS O DAÑOS AL VEHÍCULO CAUSADOS EN LOS SIGUIENTES CASOS:

2.3.1 CUANDO EL VEHÍCULO SE ENCUENTRE CON CARGA CUYO TONELAJE SEA SUPERIOR AL AUTORIZADO, SE EMPLEE PARA USO DISTINTO AL ESTIPULADO EN ESTA PÓLIZA O SE DESTINE A LA ENSEÑANZA DE CONDUCCIÓN O PARTICIPE EN COMPETENCIA O ENTRENAMIENTO AUTOMOVILÍSTICO DE CUALQUIER ÍNDOLE.

2.3.2 CUANDO EL CONDUCTOR DESATIENDA LAS SEÑALES REGLAMENTARIAS DE TRÁNSITO, NO ACATE LA SEÑAL ROJA DE LOS SEMÁFOROS, CONDUZCA A UNA VELOCIDAD QUE EXCEDA DE LA PERMITIDA, CAREZCA DE LICENCIA PARA CONducir VEHÍCULOS DE LA CLASE Y CONDICIONES ESTIPULADAS EN LA PRESENTE PÓLIZA O ESTA NO SE ENCUENTRE VIGENTE.

La posición del juez de primera instancia desconoce que el numeral 2.3. de las condiciones generales establecen expresamente que las allí enumeradas son aplicables a “todos los amparos

de esta póliza”, así las cosas es evidente que debió considerarse que dicha exclusión era aplicable al amparo de responsabilidad civil por muerte o lesiones a una persona.

Ello en la medida en que al leer la oración “ESTE SEGURO NO CUBRE LAS PÉRDIDAS O DAÑOS AL VEHÍCULO CAUSADOS EN LOS SIGUIENTES CASOS” debió concluirse que la “o” tenía naturaleza disyuntiva que un asunto son “las pérdidas (...) causadas” (amparos patrimoniales -incluido el de responsabilidad civil-) y otra “los daños al vehículo causados” (amparos reales) de lo contrario, se estaría vulnerando los criterios de interpretación del contrato previstos en los artículos 1620 y 1622 del Código Civil. Ello en la medida en que se estaría prefiriendo una interpretación que le resta efectos a la expresión “exclusiones aplicables a todos los amparos” y se estaría abandonando un ejercicio de interpretación sistemática.

Ahora bien, tampoco es posible afirmar que debe recurrirse a una interpretación *contra proferentem* en la medida en que, como lo indica con claridad el artículo 1624 C.C. esta regla de interpretación es de carácter residual y a la misma sólo puede recurrirse en la medida en que las reglas anteriores, incluidas las previstas en los artículos 1620 y 1622 C.C., no sean aplicables.

Si no se hubiera incurrido en este error de interpretación se habría concluido que el código de tránsito y transporte terrestre establece en su artículo 131 literal D.3. que constituye una infracción de tránsito:

“Transitar en sentido contrario al estipulado para la vía, calzada o carril. En el caso de motocicletas se procederá a su inmovilización hasta tanto no se pague el valor de la multa o la autoridad competente decida sobre su imposición en los términos de los artículos 135 y 136 del Código Nacional de Tránsito.”

Pues bien, de acuerdo con lo evidenciado en el informe de reconstrucción de accidente de tránsito trasladado al presente proceso esto fue precisamente lo que ocurrió, el señor Carlos Fabián Rodríguez Beltrán violó la señalización horizontal presente en la vía (doble línea amarilla)

al invadir el carril contrario. Por esta razón puede afirmarse que la exclusión 2.3.2. del condicionado general se encuentra plenamente probada.

Por lo demás, de acuerdo con dicho informe el señor Carlos Fabián Rodríguez Beltrán, conductor de camión, debía desplazarse a más de 40 Km/h lo cual constituye una violación a lo previsto en el artículo 74 del Código de Tránsito que establece que en condiciones de poca visibilidad (condición que se cumple en la medida en que la curva fue descrita como de tal forma que impedía percatarse de la presencia de los vehículos que se desplazaban en el sentido opuesto) los vehículos deben desplazarse a una velocidad máxima de 30 km/h.

IV. SOLICITUD

Con base al Tribunal Superior de Bogotá que se sirva revocar la sentencia antes indicada para en su lugar:

1. Negar la totalidad de las pretensiones de la demanda, en subsidio
2. Revocar la decisión de imponer cualquier tipo de condena a mi representada, en subsidio
3. Ajustar a derecho los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales declarados en la sentencia.

Respetuosamente,



RICARDO VÉLEZ OCHOA
C.C. No. 79.470.042 de Bogotá D.C.
T.P. No. 67.706 del C. S. de la J.

|

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA PELAEZ ARENAS RV: 2019- 0035002 - SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DEL DEMANDADO SISTEMAS LOGÍSTICOS INTEGRALES DE COLOMBIA S.A.S. CONTRA LA SENTENCIA DEL ONCE (11) DE DICIEMBRE DE 2023, FIJADA EN

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 8/04/2024 14:53

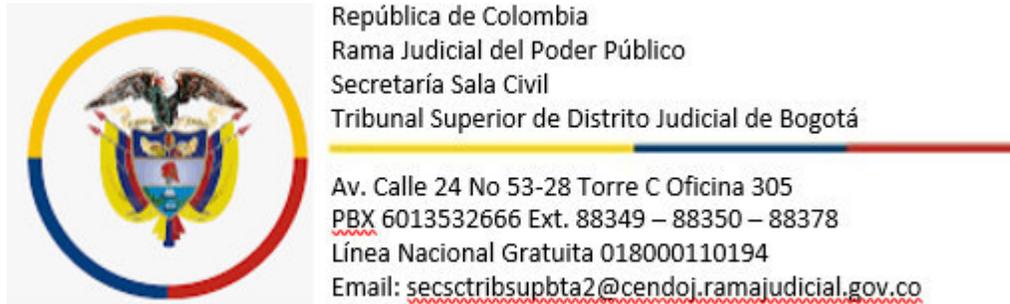
Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 1 archivos adjuntos (536 KB)

2019 -0035002- SUSTENTACION DEL RECURSO - CAMILO BOHORQUEZ VS SI LOGISTICA.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA PELAEZ ARENAS

Atentamente,




OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: Asesorias - Lex Andino Abogados <asesorias@lexandinoabogados.com>

Enviado: lunes, 8 de abril de 2024 12:28

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: Marco Zuluaga <mzuluaga@velezgutierrez.com>; Marco Zuluaga <mzuluaga@velezgutierrez.com>; Santiago Botero Arango <sbotero@velezgutierrez.com>; María Carolina Montoya <mmontoya@velezgutierrez.com>; Victoria Nuñez Rodriguez <vnunez@velezgutierrez.com>; Katerine Serrano Ramírez <kserrano@velezgutierrez.com>; Urbano y Ottavo Abogados <urbanotavo@outlook.com>; Notificaciones <notificaciones@velezgutierrez.com>; aramirez@velezgutierrez.com <aramirez@velezgutierrez.com>; notificacionesjudiciales@previsora.gov.co <notificacionesjudiciales@previsora.gov.co>; Secretaria Gerencia - Lex Andino Abogados <secretaria.gerencia@lexandinoabogados.com>; Consultas - Lex Andino Abogados <consultas@lexandinoabogados.com>; Carol Cardozo - Lex Andino Abogados <carolcardozo@lexandinoabogados.com>

Asunto: 2019- 0035002 - SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DEL DEMANDADO SISTEMAS LOGÍSTICOS INTEGRALES DE COLOMBIA S.A.S. CONTRA LA SENTENCIA DEL ONCE (11) DE DICIEMBRE DE 2023, FIJADA EN ESTADO DEL DOCE (12) DE DICIEMBRE DE 2023

No suele recibir correos electrónicos de asesorias@lexandinoabogados.com. [Por qué esto es importante](#)

Bogotá D.C. 08 de abril de 2024.

Señores

**HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA – SALA CIVIL
ATN. DOCTORA ANGELA MARIA PELÁEZ ARENAS
MAGISTRADA PONENTE**

secsctribsubta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA:	PROCESO DECLARATIVO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
RADICADO:	11001310303720190035002

DEMANDANTE:	GLORIA JANNETH BRICEÑO VESGA CC. No. 39.724.411 NICOL VANESA BRICEÑO VESGA CC. No. 1.022.437.550 CAMILO ANDRES BOHÓRQUEZ BRICEÑO C.C. No. 1.073.690.951
DEMANDADO:	SISTEMAS LOGÍSTICOS INTEGRALES DE COLOMBIA S.A.S NIT No. 900.144.307-9 CARLOS FABIAN RODRIGUEZ BELTRÁN CC. No. 1.069.724.730 LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS NIT No. 860.002.400-2
ASUNTO:	SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DEL DEMANDADO SISTEMAS LOGÍSTICOS INTEGRALES DE COLOMBIA S.A.S. CONTRA LA SENTENCIA DEL ONCE (11) DE DICIEMBRE DE 2023, FIJADA EN ESTADO DEL DOCE (12) DE DICIEMBRE DE 2023

CAROL INGRID CARDOZO ISAZA, mayor de edad, domiciliada y residente en Bogotá D.C., abogada en ejercicio, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.220.015 de Bogotá D.C., y portadora de la Tarjeta Profesional No. 93.435 del C. S. de la J., obrando de conformidad al Poder General conferido por el señor **HARRISON FABIAN VIZCAINO ANDRADE**, mayor de edad, identificado con cedula de extranjería No. 353.203, en su condición de Representante Legal de la empresa **SISTEMAS LOGÍSTICOS INTEGRALES DE COLOMBIA S.A.S**, sociedad legalmente constituida y con domicilio principal en el municipio de Cota (Cundinamarca), por medio de este escrito en cumplimiento de lo dispuesto en auto de fecha veintidós (22) de marzo de 2024, notificado por estado del primero (01) de abril de 2024, sustentó el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en forma escrita el día quince (15) de diciembre de 2023 en contra de la sentencia de primera instancia.

Solicito respetuosamente, se allegue y confirme mediante acuse de recibido la recepción del presente correo.

Cordialmente,

CAROL INGRID CARDOZO ISAZA

Abogada

Abogados en Transporte - Aduana - Seguros

Transversal 84B No. 24F – 15 oficina 304

Barrio Bosques de Modelia - Bogotá - Colombia

Teléfono: 4100335 - 7912336 - 3167400458

www.lexandinoabogados.com

Bogotá D.C. 8 de abril de 2024.

Señores

**HONORABLES MAGISTRADOS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA – SALA CIVIL
ATN. DOCTORA ANGELA MARIA PELAEZ ARENAS
MAGISTRADA PONENTE**

secsctribsubta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REFERENCIA:	PROCESO DECLARATIVO ORDINARIO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
RADICADO:	11001310303720190035002
DEMANDANTE:	GLORIA JANNETH BRICEÑO VESGA CC. No. 39.724.411 NICOL VANESA BRICEÑO VESGA CC. No. 1.022.437.550 CAMILO ANDRES BOHÓRQUEZ BRICEÑO C.C. No. 1.073.690.951
DEMANDADO:	SISTEMAS LOGÍSTICOS INTEGRALES DE COLOMBIA S.A.S NIT No. 900.144.307-9 CARLOS FABIAN RODRIGUEZ BELTRÁN CC. No. 1.069.724.730 LA PREVISORA S.A COMPAÑÍA DE SEGUROS NIT No. 860.002.400-2
ASUNTO:	SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN POR PARTE DEL DEMANDADO SISTEMAS LOGÍSTICOS INTEGRALES DE COLOMBIA S.A.S. CONTRA LA SENTENCIA DEL ONCE (11) DE DICIEMBRE DE 2023, FIJADA EN ESTADO DEL DOCE (12) DE DICIEMBRE DE 2023

CAROL INGRID CARDOZO ISAZA, mayor de edad, domiciliada y residente en Bogotá D.C., abogada en ejercicio, identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.220.015 de Bogotá D.C., y portadora de la Tarjeta Profesional No. 93.435 del C. S. de la J., obrando de conformidad al Poder General conferido por el señor **HARRISON FABIAN VIZCAINO ANDRADE**, mayor de edad, identificado con cedula de extranjería No. 353.203, en su condición de Representante Legal de la empresa **SISTEMAS LOGÍSTICOS INTEGRALES DE COLOMBIA S.A.S**, sociedad legalmente constituida y con domicilio principal en el municipio de Cota (Cundinamarca), por medio de este escrito en cumplimiento de lo dispuesto en auto de fecha veintidós (22) de marzo de 2024, notificado por estado del primero (01) de abril

de 2024, sustento el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en forma escrita el día quince (15) de diciembre de 2023 en contra de la sentencia de primera instancia.

2

OPORTUNIDAD:

El pasado 22 de marzo de 2024 éste Honorable Tribunal profirió auto por medio del cual se admitió el recurso de apelación presentado y corrió traslado para la sustentación del mismo.

El artículo 12 de la Ley 2213 de 2022 establece:

“Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes.”

Así las cosas, nos encontramos en la oportunidad procesal para presentar la sustentación del recurso interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES. -

Honorables Magistrados:

DEBE REVOCARSE EN SU TOTALIDAD LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, DESESTIMAR LAS PRETENSIONES DE LA PARTE ACTORA Y EN SU LUGAR PROFERIRSE SENTENCIA A FAVOR DE LA PARTE DEMANDADA, de conformidad con las siguientes:

Me permito SUSTENTAR EL RECURSO exponiendo y ampliando los reparos concretos empleados en contra de la sentencia de primera instancia, en los términos que a continuación se indican:

- I. LA SENTENCIA DEBE SER REVOCADA POR INDEBIDA VALORACIÓN DE LAS PRUEBAS POR PARTE DEL AD-QUO, LO QUE DERIVO EN QUE NO SE DECLARARA LA CAUSAL DE EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD DE LA PARTE DEMANDADA POR CONFIGURARSE “CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA” – INEXISTENCIA DE NEXO CAUSAL:**

Es imperioso recordar que el juez AD-QUO no alude a un reconocimiento de los eximentes de responsabilidad derivado de las conductas desplegadas y que fueron evidenciadas durante la etapa probatoria por el demandante CAMILO ANDRES BOHÓRQUEZ y en suma su apoderado desconoce y niega que las conductas realizadas en el momento de los hechos del día siete (07) de febrero de 2017 son producto del actuar imprudente del demandante.

Así las cosas, es menester indicar, la evidente inexistencia de Responsabilidad de la Demandada pues conforme al debate probatorio en primera instancia, se acredita por el Honorable despacho Treinta y siete (37) Civil del Circuito de Bogotá D.C., puesto que la licencia de conducción del demandante al momento de los hechos no se encontraba vigente, misma que conforme al ordenamiento Jurisprudencial de la Sentencia C- 468 de 2011 alude:

“La licencia de conducción certifica, entonces, que quienes conducen vehículos automotores, actividad que tradicionalmente se ha considerado peligrosa, son realmente las personas a quienes el Estado ha concedido autorización para ello, por haber verificado previamente su idoneidad para el desempeño de tal actividad, es decir, la aptitud, física, mental, sicomotora, práctica, teórica y jurídica de una persona para conducir un vehículo por el territorio nacional”.

En suma, se debe reconocer la libertad del A QUO de validar la información aportada por los extremos procesales y sobre el mismo ejercer los juicios de valor respectivo los cuales son debidamente autorizados de conformidad a las consultas públicas realizadas en las plataformas públicas, circunstancias que el accionante no puede desconocer como elementos de juicio para el pronunciamiento del fallo.

Consecuentemente, el Código Nacional de Tránsito en su artículo 19 inciso C ; denota el criterio de cumplimiento e idoneidad con la licencia de tránsito, lo anterior a que la misma acredita la idoneidad para la reducción de la accidentalidad, es decir **“Aprobar exámenes teórico y práctico de conducción para vehículos particulares, ante las autoridades públicas o privadas que se encuentren debidamente registradas en el sistema RUNT.”** De ahí y conforme a la exposición de los hechos, es razonable una Culpa a su cargo en el accidente causado y el cual es objeto de litis.

Ahora bien, sobre las conductas desplegadas por el accionante es de recalcar que el debate probatorio demostró que el señor CAMILO ANDRES BOHÓRQUEZ en el ejercicio de una actividad peligrosa como lo es la conducción y en suma con motocicleta de placas ARB- 36, se comprueba la invasión del carril contrario al permitido para su tránsito y con un exceso de velocidad el cual si bien se alude a una inferencia del Honorable despacho, es pertinente y corroborable conforme a la incidencia de los hechos y las manifestaciones expuestas por el accionante; dentro del proceso de primera instancia mismas que versan en contradicción frente los hechos del libelo de la demanda y las manifestaciones declaradas dentro del interrogatorio del proceso.

Igualmente, la actividad de conducción a cargo del actor misma que en los preceptos de la Jurisprudencia Sentencia T 609 de 2014 manifiesta:

“La Corte Suprema de Justicia ha precisado que, a la víctima de una lesión causada con ocasión de la conducción de vehículos, le basta con acreditar el ejercicio de dicha actividad peligrosa, el daño y la relación de causalidad

entre aquella y este. En contraste, el presunto responsable no puede exonerarse probando la diligencia o cuidado, o la ausencia de culpa, y salvo que exista una norma que indique lo contrario, solo podrá hacerlo demostrando plenamente que el daño no se produjo dentro del ejercicio de la actividad, sino que obedeció a un elemento extraño exclusivo, esto es, la fuerza mayor, el caso fortuito, la intervención de la víctima o de un tercero, que excluyó la autoría por romper el nexo causal" (subrayado fuera de texto)

4

Del mismo modo, y conforme a las manifestaciones expuestas es atribuible un análisis completo sobre los hechos objeto de debate, mismos que se acreditan con el informe policial del accidente de tránsito No. C000523169 pues en el mismo se ve el desenvolvimiento del señor BOHÓRQUEZ en los eventos del siete (07) de febrero de 2017. Por consiguiente, frente a las argumentaciones aludidas por los accionantes frente al reconocimiento y tasación de los perjuicios conforme a lo pretendido en el escrito de la demanda , (misma que se sustenta con un fallo anterior dentro de un proceso penal), es menester indicar que el despacho tiene la libertad de separar su decisión conforme a los juicios de valor, puesto que el procedimiento penal se desarrolla sobre supuestos subjetivos, estos últimos inmersos a una ponderación intrínseca sujeta a juicios de razonabilidad y proporcionalidad.

Ante la falta de valoración completa y objetiva de la pieza procesal documental probatoria referida al **INFORME POLICIAL** generado del accidente de tránsito No. C000523169, en armonización con la valoración de la prueba de Declaración de parte rendida por el conductor **CARLOS FABIÁN RODRÍGUEZ BELTRÁN** quien reiteró al despacho la NO invasión del carril por la cual venía transitando con el automotor de placas TRJ-676 propiedad de la sociedad **SISTEMAS LOGISTICOS INTEGRALES DE COLOMBIA**, se logra concluir que quien chocó con el tracto camión fue la motocicleta.

De otra parte y en atención a la naturaleza de la Litis, el AD QUEM está en la libertad de emitir sus juicios de valor conforme a los hechos acreditados dentro del proceso, mismos que no son limitantes a los elementos de prueba o la carga de la misma por los intervinientes; puesto que la sana crítica para la emisión de un juicio de valor conforme a la Doctrina de Ramírez Carvajal *“La razonabilidad se ha estudiado desde muchos frentes académicos: Desde la filosofía como parte de la hermenéutica y desde el derecho constitucional como respeto por las garantías y derechos constitucionales”*¹

Es decir, que la misma aplica una racionalidad bajo la cual se fundamenta la sentencia de primera instancia aquí objetada, misma que reconoce la ausencia de debida diligencia por parte del señor BOHÓRQUEZ, salvo que; la misma no es graduada en su totalidad como una pieza completa de responsabilidad, lo anterior a que el Accionante tiene un riesgo claro con el incumplimiento del ordenamiento de tránsito y por consiguiente, una responsabilidad que exonera a la Sociedad SISTEMAS LOGÍSTICOS INTEGRALES DE COLOMBIA S.A.S como responsables del hecho, esta

1. Rodriguez y Tuiran. (2011). Valoración de la prueba. Universidad del Atlántico. Pag. 10 y 14 - Ramirez Carvajal, (2011) (p.10)

última ha sido conceptualizada por el ilustre JAIME SANTOS BRIZ como;
(...)

*“Se refiere a una actividad lícita y permitida. Lo anterior permite que desde el punto de vista jurídico penal el sólo ejercicio de la actividad catalogada de riesgosa no tenga relevancia porque para el derecho penal se trata de una conducta socialmente adecuada. La realización de la conducta socialmente adecuada está permitida. Sobre todo, los criterios de riesgo permitido, del principio de confianza, de la comisión referida al garante y de la prohibición de regreso no son sino desarrollo de la adecuación social”.*²

(...)

Adicionalmente, la jurisprudencia ha debatido frente al riesgo como responsabilidad en la comisión de la conducta exclusiva de la víctima, de ahí el Tribunal Superior de Medellín con Ponencia del Magistrado Rosa Maria Escobar Camargo refirió:

(...)

“El riesgo La tesis del riesgo provecho, que es la llamada a ser aplicada en el asunto que se ha de resolver, no tiene consagración expresa en la legislación colombiana, sino que es creación jurisprudencia! y analógica, y se apoya en el art. 2356 del C.C., como una analogía legis, por consagrar una hipótesis coincidente, en esencia, con la que presenta este evento. Además, lo dicho encuentra amplia acogida en la teoría general de la responsabilidad, como presunción de responsabilidad que debe ser desvirtuada por quien crea el riesgo y se aprovecha de él”.

(...)

Así pues, bajo lo esgrimido en el proceso se genera la ruptura de un nexo de causalidad y se constituye la culpa exclusiva de la víctima a cargo del Señor Camilo Andrés Bohórquez.

II. DE LA LIQUIDACIÓN DE COSTAS POR AUSENCIA DE BASE LIQUIDATORIA

En atención, a la presentación del recurso de Alzada, para la demandada SISTEMAS LOGÍSTICOS INTEGRALES DE COLOMBIA S.A.S; No es clara la disyunción de la liquidación aplicada, puesto que la misma debe contemplar los preceptos constitucionales expuesto por el Honorable Magistrado Luis Alberto Tolosa en providencia STC 3869-2020, expone:

“(...) De manera que, olvidó la autoridad judicial accionada que, si bien las

2. SANTOS BRIZ, Jaime. La responsabilidad civil. v. II. Séptima Ed. Madrid. Montecorvo. 1993. PP· 552 Y 553

costas procesales deben demostrarse en el proceso para que puedan decretarse y aprobarse de conformidad con las reglas establecidas en la Ley Procesal Civil, las agencias en derecho constituyen un rubro de origen y naturaleza jurídica distintos que hacen parte de aquellas, pero cuya causación viene dada por otros factores, tal como lo ha clarificado esta Corporación de tiempo atrás (...)”.

Lo anterior implica que, si nada se dice oportunamente en torno a las agencias en derecho en la providencia que pone fin la actuación, en la liquidación no podrá subsanarse esa omisión, pues tal labor la efectúa el secretario y éste carece de atributos jurisdiccionales para ponderar el monto de dicho concepto e incluirlo en la tasación de costas si, previamente, no existe determinación, en firme, acerca de ese emolumento; por tanto, el juez o magistrado, tampoco puede avalar tal cálculo, so pena de trasgredir el debido proceso”.

Adicionalmente, en el acucioso debate frente a la base para liquidar las costas se ha mentado que el operador judicial cuenta con una facultad potestativa y que la misma debe atender a una racionalidad en el debido proceso para la parte vencida.

Conforme a ello, el Consejo de Estado en sentencia de 00111-2006, refiere que “la jurisprudencia del máximo órgano constitucional ha precisado que si bien el artículo 55 de la ley 446 de 1998 no concede al operador judicial una facultad absolutamente potestativa de decidir cuándo procede o no la referida condena, la discreción que puede ejercerse sobre la misma debe atender a una evaluación razonable de la conducta procesal de la parte vencida.”

Por lo anterior, el alto Tribunal conforme a jurisprudencia no concede al operador judicial una facultad absolutamente potestativa pues este debe atender a una evaluación razonable de la conducta procesal de la parte vencida.

III. DE LA ARGUMENTACIÓN DE LA ASEGURADORA LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

La Aseguradora argumenta que existe falta de cobertura del siniestro, dado que el conductor delegado por mi representada (conductor del tracto camión) transgredió la normativa de tránsito, al presuntamente invadir carril contrario, e ir transitando con exceso de velocidad.

Al respecto, vale la pena recordar que no existe prueba de tal transgresión, y que, si hipotéticamente hubiese ocurrido de ese modo, la póliza expedida por LA PREVISORA, cuenta con cobertura de **AMPARO PATRIMONIAL O PROTECCIÓN PATRIMONIAL**, el cual está reconocido en la carátula de la póliza y se indica textualmente **(SI AMPARA)**.

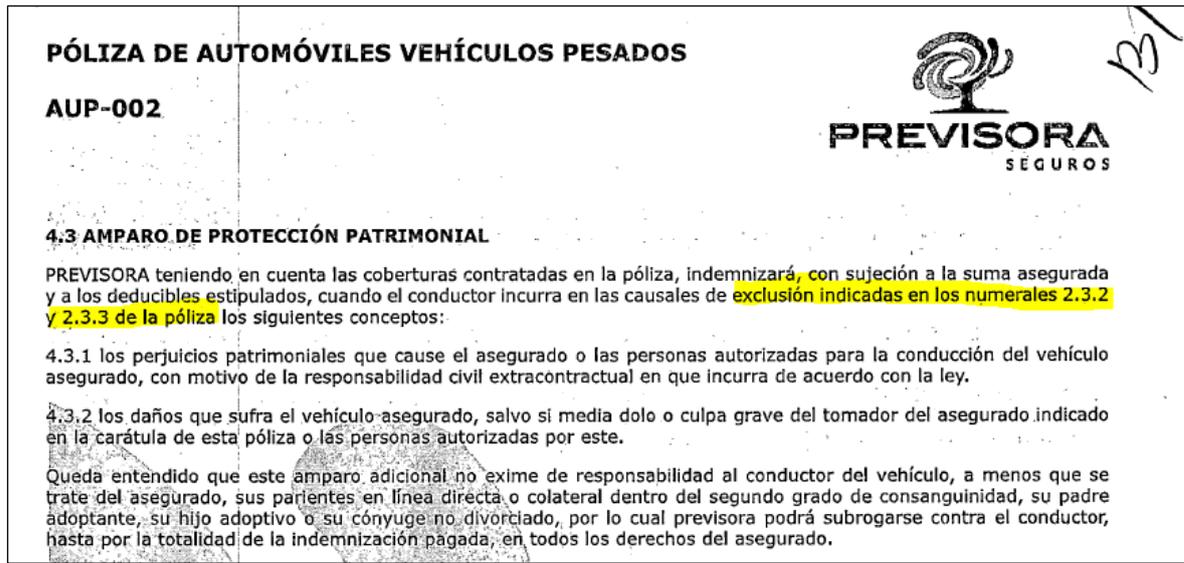
PÓLIZA N° 3059802		LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS NIT. 900.002.400-2		CERTIFICADO INDIVIDUAL			
7 SEGURO AUTOMOVILES POLIZA COLECTIVA		N° CERTIFICADO 7		CIA. PÓLIZA LIBER N°		CERTIFICADO LIBER N°	
DÍA 13	MESES 9	AÑO 2016		CENTRO DE OPERACIONES MODIFICACIÓN		A.P. NO	
TOMADOR 20025776-SISTEMAS LOGISTICOS INTEGRALES DE COLOMBIA S.A.S				NIT 900.144.307-9		TELÉFONO 8985028	
DIRECCIÓN KM 2,5 VI COTA CHIA VRD PUEBLO VIEJO BG 3, COTA, CUNDINAMARCA				NIT 900.144.307-9		TELÉFONO 8985028	
ASEGURADO 20025776-SISTEMAS LOGISTICOS INTEGRALES DE COLOMBIA S.A.S				NIT 900.144.307-9		TELÉFONO 8985028	
DIRECCIÓN KM 2,5 VI COTA CHIA VRD PUEBLO VIEJO BG 3, COTA, CUNDINAMARCA				NIT 900.144.307-9		TELÉFONO 8985028	
EMITIDO EN BOGOTÁ		CENTRO OPER. 3202		SUIC. 32		NÚMERO DE DÍAS 288	
MONEDA Pesos		EXPEDICIÓN		VIGENCIA			
TIPO CAMBIO 1,00		DÍA 13		MES 9		AÑO 2016	
		DÍA 8		MES 9		AÑO 2016	
		DÍA 00:00		HASTA A LAS 23		MES 6	
		DÍA 00:00		HASTA A LAS 00:00		AÑO 2017	
		FORMA DE PAGO 16, 10 CUOTAS		VALOR ASEGURADO TOTAL \$453.500.000,00			
CARGAR A: SISTEMAS LOGISTICOS INTEGRALES DE COLOMBIA S.A.S							
BENEFICIARIOS: SISTEMAS LOGISTICOS INTEGRALES DE COLOMBIA S. NIT: 900.144.307-9							
DESCRIPCION DEL VEHICULO No. 8: Codigo Fasecolda: 02922011 Marca: FREIGHTLINER Modelo: 2012 Color: BLANCO Estilo: CL 120 MT 6X4 TD [DETROIT] Tipo: REMOLCADOR Servicio: PUBLICO Placas: TRJ676 Motor No.: 06R1047029 Chasis No.: 1FUJA6CG8CLBK2651							
AMPAROS CONTRATADOS							
No Amparo		Valor Asegurado		Deducible			
1 RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL		100.000.000,00		0.00 % Min. 0.00 SMMLV			
DAÑOS A BIENES DE TERCEROS		100.000.000,00					
MUERTE O LESION A UNA PERSONA		100.000.000,00					
MUERTE O LESION A DOS O MAS PERSONAS		200.000.000,00					
2 ASISTENCIA JURIDICA EN PROCESO PENAL		SI AMPARA					
3 PERDIDA MENOR POR DAÑOS		153.500.000,00		3,000,000.00 PESOS Min 0.00 %			
4 PÉRDIDA SEVERA POR HURTO		153.500.000,00		0.00 % Min. 0.00 SMMLV			
5 PERDIDA MENOR POR HURTO		153.500.000,00		3,000,000.00 PESOS Min 0.00 %			
6 PROTECCION PATRIMONIAL		SI AMPARA					
7 PERDIDA SEVERA POR DAÑOS		153.500.000,00		0.00 % Min. 0.00 SMMLV			
8 TERREMOTO		153.500.000,00		3,000,000.00 PESOS Min 0.00 %			
9 ASISTENCIA EN VIAJE		SI AMPARA					
10 ACCIDENTES PERSONALES		40.000.000,00					
11 ASISTENCIA JURIDICA EN PROCESO CIVIL		SI AMPARA					

*Imagen tomada de la carátula de la póliza.

PÓLIZA DE AUTOMÓVILES VEHÍCULOS PESADOS			
AUP-002		PREVISORA SEGUROS	
CONDICIONES GENERALES			
LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS denominada en adelante Previsora, cubre durante la vigencia del seguro, los perjuicios, daños o pérdidas que sufra el asegurado, como consecuencia de un accidente generado por un hecho súbito e imprevisto, con sujeción a las condiciones de la presente póliza de acuerdo con los amparos y deducibles contratados señalados en la carátula, siempre y cuando no estén excluidos y se ajusten a las condiciones definidas a continuación:			
CONDICIÓN PRIMERA: AMPAROS Y EXCLUSIONES			
1.1. RIESGOS AMPARADOS			
1.1.2. RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.			
1.1.3. PÉRDIDA SEVERA POR DAÑOS.			
1.1.4. PÉRDIDA MENOR POR DAÑOS.			
1.1.5. PÉRDIDA SEVERA POR HURTO.			
1.1.6. PÉRDIDA MENOR POR HURTO.			
1.2. AMPAROS ADICIONALES			
1.2.1. TEMBLOR, TERREMOTO, ERUPCIÓN VOLCÁNICA, MAREMOTO, CAIDA DE PIEDRAS, INUNDACIÓN, VIENTOS FUERTES, LLUVIA, HURACÁN, TORNADO Y CICLÓN.			
1.2.2. GASTOS DE GRÚA, TRANSPORTE Y PROTECCIÓN DEL VEHÍCULO ASEGURADO.			
1.2.3. PROTECCIÓN PATRIMONIAL.			
1.2.4. AMPARO DE ASISTENCIA JURÍDICA.			

- Imágenes tomadas de la póliza de Automóviles pesados aportada al expediente por el demandante.

En las condiciones particulares y generales de la póliza, dicho amparo patrimonial cubre taxativamente ese tipo de conductas que pueda accionar el conductor del automotor amparado y en especial las exclusiones de los numerales 2.3.2. y 2.3.3. que son justamente las invocadas por el apoderado de LA PREVISORA.



Por lo cual, debe desestimarse las argumentaciones de la Aseguradora, y en consecuencia, en caso de que el AD-QUEM decida no exonerar de responsabilidad a mi representada, se proceda a trasladar la afectación patrimonial que le pudiese corresponder a mi representada, hacia la Aseguradora LA PREVISORA S.A. en virtud de la existencia del contrato de seguro bajo la póliza No. 3059802 y que obra en el expediente.

SOLICITUD. -

De lo previamente expuesto, se solicita a su Despacho:

1. Se sirva tener el presente escrito como **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia de fecha quince (15) de diciembre de 2023.
2. Se sirva tener en cuenta igualmente las argumentaciones iniciales que se expusieron en el recurso de apelación interpuesto, donde se analizaron los reparos concretos a la sentencia del A-QUO.
3. Se solicita al Honorable Tribunal, **REVOCAR** en su totalidad el fallo de primera instancia, y en su lugar, desestimar las pretensiones de la demanda y fallar a favor de la parte demandada, la sociedad **SISTEMAS LOGÍSTICOS INTEGRALES DE**

COLOMBIA S.A.S y el señor **CARLOS FABIAN RODRIGUEZ BELTRÁN.**

4. En el evento de que el AD- QUEM decida condenar a mi representada, solicito se traslade la afectación patrimonial a la Aseguradora LA PREVISORA S.A. en virtud de la existencia del contrato de seguro bajo la póliza No. 3059802

9

NOTIFICACIONES. -

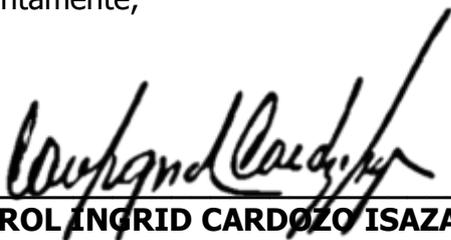
La suscrita apoderada, podrá ser notificada en la Transversal 84 B No. 24 F – 15, oficina 301, Barrio Bosques de Modelia de la ciudad de Bogotá D.C.

Correos electrónicos: asesorias@lexandinoabogados.com,
consultas@lexandinoabogados.com y carolcardozo@lexandinoabogados.com.

Teléfonos: 316 740 0458 – 317 403 1504.

De los Honorables Magistrados.

Atentamente,



CAROL INGRID CARDOZO ISAZA
C.C. No. 52.220.015 de Bogotá
T.P. No. 93.435 del C. S. de la J.
APODERADA GENERAL
SISTEMAS LOGÍSTICOS INTEGRALES DE COLOMBIA S.A.S

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR VALENZUELA VALBUENA RV: RECURSO REPOSICION - QUEJA PROCESO 1100131030072018-00618-02

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 11/04/2024 9:11

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 1 archivos adjuntos (117 KB)

REPOSICION TRIBUNAL BTA 20180061802.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR VALENZUELA VALBUENA

Atentamente,



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: CARLOS FERNANDO GOMEZ BUITRAGO <fergo2000@hotmail.com>**Enviado:** jueves, 11 de abril de 2024 8:30**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RECURSO REPOSICION - QUEJA PROCESO 1100131030072018-00618-02

No suele recibir correos electrónicos de fergo2000@hotmail.com. [Por qué esto es importante](#)

BUENOS DIAS**ADJUNTO RECURSO EN PDF PARA EL PROCESO**

**VERBAL REIVINDICATORIO DE MARIA DEL CARMEN CARVAJAL Y OTROS
CONTRA MARIA ELIBETH REYES.
PROCESO No. 1100131030072018-00618-02**

ASUNTO: RECURSO DE REPOSICION Y EN SU SUBSIDIO DE QUEJA

Carlos Fernando Gómez Buitrago

Abogado

CEL 301-468-53-77 · correo electrónico: fergo2000@hotmail.com

H. Magistrado
Dr. **GERMÁN VALENZUELA VALBUENA**
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. -
SALA CIVIL
E. S. D.

REF: VERBAL REIVINDICATORIO DE MARIA DEL CARMEN CARVAJAL Y OTROS CONTRA MARIA ELIBETH REYES.
PROCESO No. 110013103007**2018-00618-02**

ASUNTO: RECURSO DE REPOSICION Y EN SU SUBSIDIO DE QUEJA

CARLOS FERNANDO GOMEZ BUITRAGO, conocido en autos, obrando como apoderado de la demandada en el asunto de la referencia, frente al auto notificado el pasado lunes 8 de los corrientes y por el cual se deniega la concesión del RECURSO DE CASACIÓN, a través del presente escrito interpongo RECURSO DE REPOSICIÓN y en subsidio el de QUEJA a efecto de que se revoque y, en su lugar, se conceda el RECURSO EXTRAORDINARIO DE CASACION.

Se ha denegado la concesión del recurso y se fundamenta la decisión en que, el interés de la señora Reyes se circunscribe al valor del bien que se ordenó restituir a favor de la comunidad, pero como los elementos que obran en el expediente, como impone el artículo 339 C.G.P, no dan cuenta de que el avalúo de ese predio, comercial o catastral, ascienda a los mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

No obstante, del expediente se desprende que la pretensión de la demanda es una declarativa de acción de dominio que nada tiene que ver con pretensiones económicas.

De ahí que, al tenor del artículo 334 numeral 1 del CODIGO GENERAL DEL PROCESO, basta con que se trate de una sentencia netamente *declarativa, es decir, sin componente económico*, para que proceda el recurso. Nótese que al tenor del artículo 338 del CODIGO GENERAL DEL PROCESO se establece la expresión *esencialmente económicas*, en cuyo caso, *solamente, cuando se trata de pretensiones declarativas que tengan componente económico, es viable analizar la cuantía*.

En ese sentido, señor Magistrado, si se trata de proceso declarativo y no hay pretensión económica, en mi sentir procede el RECURSO DE CASACION dado que se trata de una sentencia de segunda instancia; recurso que procede, además, sin necesidad de que la cuantía sea superior a 1.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en las acciones populares y de grupo y las que versen sobre el estado civil.

En conclusión, Honorable Magistrado, existen, con respecto a los procesos declarativos varias circunstancias que implican la concesión del recurso:

1) Que es transversal a todos los juicios y que se trate de **sentencias proferidas por Tribunal Superior en segunda instancia**.

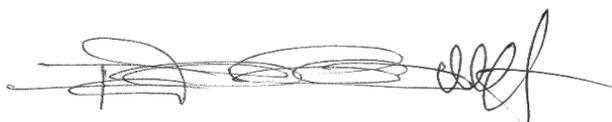
2) Que si la sentencia es proferida por colegiado y en proceso declarativo, que **tenga pretensiones** económicas, estas deben superar los mil salarios mínimos legales mensuales vigentes; si no tiene componente económico, será susceptible del recurso de casación, necesitándose únicamente que se trate de proceso declarativo y de sentencia declarativa, como claramente lo establece el numeral 1 del artículo 334 del CODIGO GENERAL DEL PROCESO, expedida por colegiado en segunda instancia. La norma invocada, a propósito, excluye la condición económica y permite la concesión del recurso en *toda* clase de procesos declarativos, como ciertamente es lo que se pide en la causa que nos ocupa. Tercera posibilidad de que se conceda el recurso de casación, es para aquellos procesos que tocan con los derechos colectivos- acciones populares y de grupo - y los que versan sobre el estado civil.

Por consiguiente, como en el caso que nos ocupa, no hay causa económica, sino meramente declarativa y la sentencia fue proferida en segunda instancia por el Tribunal Superior, por lo que se debe conceder el RECURSO DE CASACIÓN, independientemente de la cuantía.

En subsidio, si se decidiere no reponer el auto recurrido, interpongo RECURSO DE QUEJA para que la Sala Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia decida lo pertinente conforme a nuestra concepción del derecho.

Fundo el anterior recurso con fundamento en lo reglado por los artículos 352 y 353 del C. G. del P.

Atentamente,



CARLOS FERNANDO GOMEZ BUITRAGO

C.C. No.79.391.997654 de Bogotá

T.P. No. 206.721 del C.S. de la Jud.

MEMORIAL DR FERREIRA RV: MEMORIAL PARA LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ Exp: 024-2021-00123-01 Magistrado: Doctor Jorge Eduardo Ferreira Vargas

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secscripsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 11/04/2024 3:13 PM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 1 archivos adjuntos (110 KB)

MEMORIAL SALA CIVIL TRIBUNAL.pdf;

MEMORIAL DR FERREIRA

Atentamente,



República de Colombia
 Rama Judicial del Poder Público
 Secretaría Sala Civil
 Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
 PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
 Línea Nacional Gratuita 018000110194
 Email: secscripsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: Sebastián Velásquez Hoyos <svhoyos@hotmail.com>

Enviado el: jueves, 11 de abril de 2024 3:08 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secscripsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Sebastián Velásquez Hoyos <svhoyos@hotmail.com>; luisignacioquesada@hotmail.com

Asunto: MEMORIAL PARA LA SALA CIVIL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ Exp: 024-2021-00123-01 Magistrado: Doctor Jorge Eduardo Ferreira Vargas

No suele recibir correos electrónicos de svhoyos@hotmail.com. [Por qué esto es importante](#)

Buenas tardes,

Envió memorial para la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá.

Identificación Proceso:

Demandantes: Mark Thomas Murphy, Thomas Andrew Steinke y otros

Demandada: Grupo Gaitán Cuevas S.A.S.

Radicado: 2021-0123. Exp: 024-2021-00123-01

Magistrado: Doctor Jorge Eduardo Ferreira Vargas

Asunto: Reposición parcial y en subsidio solicitud de revocatoria

Por favor confirmar la recepción del memorial.

Atentamente,

SEBASTIÁN VELÁSQUEZ HOYOS

Abogado

Cenajuri S.A.S.

Cr. 41 No. 9 – 60. Oficina 402. Edificio Yavisa

Medellín, Colombia.

Teléfonos: (57-4) 2663756 - 3154925848



De: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

[<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>](mailto:secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Enviado: jueves, 11 de abril de 2024 11:50 a. m.

Para: Sebastián Velásquez Hoyos [<svhoyos@hotmail.com>](mailto:svhoyos@hotmail.com)

Asunto: RE: Consulta

Buen día.

Este es el único autorizado para procesos civiles excepto tutelas.

Atentamente,

-----Mensaje original-----

De: Sebastián Velásquez Hoyos [<svhoyos@hotmail.com>](mailto:svhoyos@hotmail.com)

Enviado el: jueves, 11 de abril de 2024 11:34 a. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

[<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>](mailto:secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)

CC: secsctsupbta@notificacionesrj.gov.co; Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. [<secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>](mailto:secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Asunto: Consulta

[Algunas personas que recibieron este mensaje no suelen recibir correo electrónico de svhoyos@hotmail.com. Descubra por qué esto es importante en <https://aka.ms/LearnAboutSenderIdentification>]

Buenos días,

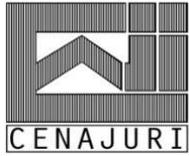
Por favor me confirma el correo electrónico para presentar un memorial a un proceso que conoce la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá. Tengo varios correos y no sé cuál es el correcto.

Atentamente,

Sebastián Velásquez

T.P. 156.769 CSJ

Enviado desde mi iPhone



CENTRO DE ASISTENCIA JURÍDICA INTEGRAL S.A.S.

Medellín, abril 11 de 2024

Señores
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Civil
Bogotá
E.S.D.

Demandantes: Mark Thomas Murphy, Thomas Andrew Steinke y otros
Demandada: Grupo Gaitán Cuevas S.A.S.
Radicado: 2021-0123. Exp: 024-2021-00123-01
Magistrado: Doctor Jorge Eduardo Ferreira Vargas
Asunto: Reposición parcial y en subsidio solicitud de revocatoria

Soy consciente de que el auto del 5 de abril de 2024, que decide el recurso de apelación, no es susceptible de recurso. Pero eso se refiere al fondo del asunto. Acato la decisión del Tribunal en cuanto confirmó la providencia de primera instancia.

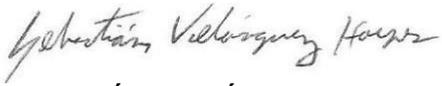
No obstante, tengo reparo frente a la condena en costas que, supongo, son por agencias en derecho, ya que no existe otro rubro que faculte a esa condena.

El num. 8 del art. 365 C.G.P., con respecto a la condena en costas, dispone que solo habrá condena en costas cuando aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación. Bajo ese entendimiento hay que entender el num. 3 del mismo artículo cuando señala que habrá condena en costas si en la segunda instancia se confirma la decisión de primera. En resumen: no puede haber condena en costas si ellas no se causaron ni probaron.

En el expediente no aparece ninguna actuación de la parte demandada, tampoco en el auto del tribunal se hace referencia a alguna, por lo que no procede la condena.

De considerarse que no procede el recurso de reposición parcial, solicito respetuosamente la revocatoria del auto por no guardar correspondencia con la ley.

Atentamente,



SEBASTIÁN VELÁSQUEZ HOYOS
C.C. 71.367.973
T.P. 156.769 C.S.J.

MEMORIAL DR ACOSTA RV: RAD: 11001310300720200021301 | RECURSO DE REPOSICIÓN AUTO 056 DEL 04 DE ABRIL 2024 - DUQUESA S.A. BIC

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 10/04/2024 16:33

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 1 archivos adjuntos (275 KB)

2024-04-10 - DUQUESA - Recurso auto declara desierto .pdf;

MEMORIAL DR ACOSTA

Atentamente,



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: Carlos Felipe Suárez <fsuarez@suarezduque.com>**Enviado el:** miércoles, 10 de abril de 2024 4:19 p. m.**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaría General Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<tsbtsgen@cendoj.ramajudicial.gov.co>; secsctsupbta@notificacionesrj.gov.co

CC: Sofía Cabana <sofiac@suarezduque.com>; Nicolás Maldonado Sierra <nmaldonado@suarezduque.com>**Asunto:** RAD: 11001310300720200021301 | RECURSO DE REPOSICIÓN AUTO 056 DEL 04 DE ABRIL 2024 - DUQUESA S.A. BICNo suele recibir correos electrónicos de fsuarez@suarezduque.com. [Por qué esto es importante](#)

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA CIVIL

E. S. D.

REFERENCIA: ACCIÓN POPULAR.
DEMANDANTE: LIBARDO MELO VEGA.
DEMANDADO: DUQUESA S.A. BIC
RADICADO NO. 11001310300720200021301.

ASUNTO: RECURSO DE REPOSICIÓN CONTRA EL AUTO 56 DEL 04 DE ABRIL 2024

CARLOS FELIPE SUÁREZ FRANCO, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía N.º 11.201.351 de Chía - Cundinamarca, portador de la tarjeta profesional N.º 124.370 del Consejo Superior de la Judicatura, en mi calidad de apoderado judicial de **DUQUESA S.A.**, sociedad comercial identificada con NIT. 860.501.145-1 y domiciliada principalmente en la ciudad de Bogotá D.C., de conformidad con el poder que obra en el expediente en los términos del poder especial que me ha sido otorgado, mediante este escrito me permito interponer **RECURSO DE REPOSICIÓN** contra el Auto No. 056 de fecha 04 de abril de 2024, en el término legalmente establecido con fundamento en los argumentos descritos en el memorial adjunto a este correo.

Por favor, remitirse al documento adjunto al correo.

--

Felipe Suárez Franco

Socio

Suárez & Cabana
ABOGADOS

www.suarezcabana.com

Carrera 14 # 94a - 44 Oficina 401

Bogotá D.C. - Colombia

Tel: 3143866252

Este e-mail, cualquier anexo y secuencia de respuestas, pueden contener datos o informaciones confidenciales y gozar de protección profesional. En caso que lo haya recibido por error, por favor (i) notifique al remitente inmediatamente mediante un e-mail, (ii) no lea, copie, imprima o repase este mensaje o cualquier anexo, o divulgue su(s) contenido(s) a terceros, y bórrelo inmediatamente de su sistema. Los mensajes electrónicos no son seguros y, por lo tanto, no nos responsabilizaremos por cualquier consecuencia relacionada al uso de este mensaje (inclusive daños causados por cualquier virus, sin restringirnos aquellos), ya que el mismo fue transmitido a través de la red pública.

This e-mail, any attachment and response string may contain confidential data or information and may be legally privileged. If you have received it in error, please (i) notify the sender immediately by reply e-mail, (ii) do not read, copy, print or forward this message or any attachment, or disclose its/their contents to any person, and (iii) delete it from your system immediately. Electronic communications are not secure and therefore we will not accept responsibility connected with the use of this message (including but not limited to damages sustained as a result of any viruses), as it has been transmitted over a public network. Thank you. Please don't print this e-mail unless you really need to, become environmentally friendly.

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA CIVIL

E. S. D.

REFERENCIA: ACCIÓN POPULAR
ACCIONANTE: LIBARDO MELO VEGA
ACCIONADA: DUQUESA S.A BIC
RADICADO NO.: 11001310300720200021301
ASUNTO: RECURSO DE REPOSICIÓN

CARLOS FELIPE SUÁREZ FRANCO identificado con cédula de ciudadanía No. 11.201.351 expedida en Chía y portador de la Tarjeta Profesional No. 124.370 del Consejo Superior de la Judicatura, con correo electrónico inscrito en el Registro Nacional de Abogados fsuarez@suarezduque.com obrando en mi condición de apoderado de **DUQUESA S.A BIC**, en los términos del poder especial que me ha sido otorgado, mediante este escrito me permito interponer **RECURSO DE REPOSICIÓN** contra el Auto No. 056 de fecha 04 de abril de 2024, en los siguientes términos:

I. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA

Mediante Auto No. 056 notificado por estado el 05 de abril de 2024, se notificó al extremo pasivo que resuelve “declara DESIERTO el recurso de apelación presentado por la parte demandada, admitido mediante auto de 7 de marzo de 2024”

Conforme a lo anterior, el término para recurrir el Auto vence el día 10 de abril de 2024, por lo que el presente escrito se presenta dentro del término legal.

Referente a la procedencia de la interposición de los recursos aquí expuestos es menester traer a colación el artículo 318 del Código General del Proceso el cual dispone:

“Salvo norma en contrario, el recurso de reposición procede contra los autos que dicte el juez (...)

El recurso deberá interponerse con expresión de las razones que lo sustenten, en forma verbal inmediatamente se pronuncie el auto. **Cuando el auto se pronuncie fuera de audiencia el recurso deberá interponerse por escrito dentro de los**

tres (3) días siguientes al de la notificación del auto. (...) (Énfasis fuera del texto original)

Puesto que no hay norma especial vigente que rece contrario a lo expuesto en el ibidem el recurso acá invocado es procedente en los términos de ley.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

1. Sobre la segunda instancia como derecho constitucional.

Sea lo primero poner de presente que el ordenamiento jurídico colombiano entiende como un derecho fundamental de los ciudadanos la facultad de apelar sentencias, lo cual eminentemente se debe observar en concordancia con el derecho al debido proceso. Los anteriores derechos están consagrados de manera expresa en la Constitución Política Colombiana de 1991 en sus artículos 29 y 31, veamos:

“ARTICULO 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. (...)

“ARTICULO 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.”

La Corte Constitucional en reiteradas ocasiones a puesto de presente la importancia de estos baluartes jurídicos, muestra de esto es la sentencia T-310 de 2023 Magistrado ponente: Juan Carlos Cortés González

“En este sentido, se estimó por este Tribunal que el derecho a la doble instancia, como derecho de rango constitucional, tiene una relación estrecha con el derecho de defensa, pues es a través de los recursos judiciales, como mecanismos idóneos que se «(i) garantiza la protección

de los derechos e intereses de quienes acceden al aparato estatal; (ii) permite que la decisión adoptada por una autoridad judicial sea revisada por otro funcionario de la misma naturaleza y de más alta jerarquía; (iii) amplía la deliberación sobre la controversia; y (iv) evita la configuración de yerros judiciales al incrementar la probabilidad de acierto de la justicia como servicio público» (Subrayas fuera del texto original)

En dicha sentencia en apartes posteriores expresa la honorable Corte que:

“Es preciso recordar que esta Corporación ha explicado que el recurso de apelación materializa la garantía de la doble instancia que supone un elemento cardinal del derecho al debido proceso que, a su vez, «tiene relevancia en el acceso a la administración de justicia, toda vez que permite la controversia de una decisión judicial por parte de quien tiene interés en ella o le resulta desfavorable, para que sea revisada por parte del superior jerárquico»”.

2. Sobre la prevalencia de lo material sobre lo sustancial.

Establecido la importancia que otorga constitucionalmente el ordenamiento jurídico a lo preceptuado para el desarrollo del debido proceso, se debe hacer mención para el correcto estudio de este recurso lo preceptuado en la Constitución Política de 1991 sobre la prevalencia de los sustancial sobre lo material, así:

“ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.”

La inoperancia de esta disposición cuando sea aplicable da lugar a los supuestos del exceso ritual manifiesto. La Corte Constitucional acertadamente define esta figura jurídica en sentencia SU 143 de 2020 cuyo magistrado ponente fue el Dr. CARLOS BERNAL PULIDO.

“Defecto procedimental por exceso ritual manifiesto. El defecto procedimental por exceso ritual manifiesto se presenta cuando el juez renuncia a conocer un caso de fondo y a proteger un derecho sustancial como resultado de una aplicación irreflexiva de las normas procedimentales. Este defecto encuentra su fundamento general en los artículos 29 y 228 de la Constitución (...), los cuales establecen la prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades como un principio orientador de los procedimientos judiciales y como una herramienta para la efectiva protección del derecho de acceso a la administración de justicia. La jurisprudencia constitucional ha señalado que el juez vulnera el derecho al debido proceso y de acceso a la administración de justicia siempre que: “(i) no tiene presente que el derecho procesal es un medio para la realización efectiva de los derechos de los ciudadanos, (ii) renuncia conscientemente a la verdad jurídica objetiva pese a los hechos probados en el caso concreto, (iii) por la aplicación en exceso rigurosa del derecho procesal, (iv) pese a que dicha actuación devenga en el desconocimiento de derechos fundamentales”(Subrayas fuera del texto original)

Posición reforzada por la Corte Constitucional mediante sentencia T-310 de 2023
Magistrado ponente: Dr. Juan Carlos Cortés González

“En este sentido, se reitera, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, con base en el principio de prevalencia del derecho sustancial, como garantía del derecho al debido proceso, “(...) por disposición del artículo 228 Superior, las formas no deben convertirse en un obstáculo para la efectividad del derecho sustancial, sino que deben propender por su realización. Es decir, que las normas procesales son un medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos y no fines en sí mismas. Ahora bien, con fundamento en el derecho de acceso a la administración de justicia y en el principio de la prevalencia del derecho sustancial, esta Corporación ha sostenido que en una providencia judicial puede configurarse un defecto procedimental por ‘exceso ritual manifiesto’ cuando hay una renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales”.

“Si bien las normas procesales han sido instituidas para garantizar el derecho al debido proceso, no pueden convertirse en un límite infranqueable para la consecución del derecho subjetivo en discusión. Por expresa disposición constitucional y legal, el principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal es una norma rectora de la ley procesal, y de obligatoria observancia para las autoridades judiciales. De manera que, cuando un juez adopta una decisión que desconoce el citado principio, viola el derecho fundamental al debido proceso de la parte.”

3. El Tribunal tiene elementos suficientes para decidir de fondo sobre el recurso.

En línea con la jurisprudencia y la ley se debe poner de presente que en el caso particular, el recurso de apelación se interpuso y se sustentó en debida forma ante el a quo, manifestando las inconformidades que se encontraron en la decisión de primera instancia. Posteriormente, el A quo envió la totalidad del expediente mediante Oficio No. 0161 *“por el cual se remite link del proceso al tribunal superior de Bogotá para surtir recurso de apelación contra sentencia”* actuación registrada el siete de marzo de 2024, al Tribunal. Así las cosas, el Tribunal contaba con la sustentación del recurso desde la remisión del expediente; en efecto tuvo que conocer del mencionado escrito para pronunciarse frente a la admisión del recurso de apelación y emitir el auto de fecha 7 de marzo de 2024.

Se pone de presente que en un caso similar la Corte Suprema de Justicia en sentencia STC5790-2021 que versa sobre el proceso Radicación nº 11001-02-03-000-2021-00975-00 cuyo magistrado ponente fue el Dr. OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE expreso que.

“«En efecto, en el panorama actual (escrito) la desatención de la parte en relación con el momento preliminar en que sustenta su inconformidad no muestra implicaciones mayores que justifiquen la abstención del ad- quem de decidir de fondo, ya que, como la misiva contentiva de dicha sustentación ya está al alcance del juez, resulta excesivo aplicar sin detenimiento la deserción. Dicho en otras palabras, sin duda cuando el recurrente aporta el escrito de sustentación antes de la oportunidad contemplada en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 actúa de forma deficiente, lo que es censurable en la medida en que desatiende el mandato legal; no obstante, dada la naturaleza del error y su eventual intrascendencia frente a la carga de

sustentar la alzada, es desproporcionado que se le sancione con la pérdida del derecho constitucional a impugnar la decisión que finiquitó la primera instancia. Ciertamente los falladores están llamados acatar y hacer cumplir las formas prescritas por el legislador, como las que se han impuesto para sustentar el recurso de apelación –por escrito y en un momento específico-, de modo que no pueden desconocerlas. Pero también lo es que no las pueden exigir irreflexivamente, pues no son simples ritualidades desprovistas de sentido, sino medios destinados para dotar de validez y eficacia de los actos procesales designados a hacer efectivos los derechos de las partes, en este caso, el de impugnar las providencias judiciales» (Subrayas fuera del texto original)

En igual sentido la Corte Constitucional en un caso de estudio muy similar al que nos atañe expreso mediante sentencia T-310 de 2023 Magistrado ponente: Dr. Juan Carlos Cortés González que:

“La Sala encontró configurado un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto en la decisión de declarar desierto el recurso de apelación y, concluyó que, aunque la interpretación del artículo 14 del Decreto 806 de 2020 resultaba correcta, el escrito contentivo del recurso de apelación presentado ante el a quo satisfacía la sustentación del recurso de apelación ante el ad quem, pues contenía reparos claros y concretos en contra de la decisión de primera instancia, razón por la cual debía hacerse prevalecer lo sustancial sobre lo formal, considerado además el régimen procesal específicamente aplicable al caso.” (Subrayas fuera del texto original)

Siendo que el Tribunal ha tenido en su poder las razones y fundamentos de hecho y de derecho que daban lugar a la presentación del recurso de apelación este incurre en el defecto procedimental de exceso ritual manifiesto, eligiendo la postura jurisprudencial más gravosa para el recurrente, la cual cabe resaltar, desconoce la postura de la Corte Constitucional, vulnerando de esta forma el derecho al debido proceso y la doble instancia junto al principio de prevalencia de lo sustancial sobre lo material.

Con base en lo anterior se eleva la siguiente

III. PETICIÓN

Con fundamento en lo anteriormente expuesto se solicita respetuosamente al Despacho se sirva:

- Revocar el auto de fecha 04 de abril de 2024, y en su lugar decidir de fondo sobre los argumentos presentados en el recurso de apelación radicado el 11 de diciembre de 2023.

Respetuosamente



CARLOS FELIPE SUÁREZ FRANCO

C.C. 11. 201.351 de Chía

T.P. 124.370 del C.S. de la J.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ACOSTA BUITRAGO RV: RADICACIÓN: NO. 11001310304420130008604 ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA PROFERIDA EN AUDIENCIA CELEBRADA EL 8 DE MARZO DE 2024.

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 08/04/2024 14:58

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 1 archivos adjuntos (3 MB)

Sustentación Apelación 11001310304420130008604.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ACOSTA BUITRAGO

Atentamente,



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: Adriana García Gama <adriana@garciagama.com>

Enviado: lunes, 8 de abril de 2024 13:52

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: MOGOLLON MARIN ANGELICA <mikemontanaabogado@gmail.com>

Asunto: RADICACIÓN: NO. 11001310304420130008604 ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA PROFERIDA EN AUDIENCIA CELEBRADA EL 8 DE MARZO DE 2024.

No suele recibir correos electrónicos de adriana@garciagama.com. [Por qué esto es importante](#)

Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

Magistrado Ponente: Dr. RICARDO ACOSTA BUITRAGO

E. S. D.

REF: PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD MÉDICA
DEMANDANTES: DHILAN SANTIAGO MACÍAS, NORMA YOLIMA RINCÓN, NÉSTOR ALONSO MACÍAS, PARMENIO MACÍAS, MARY LUZ BOLÍVAR, ALBA LILIANA MACÍAS Y CARLOS GERMÁN MACÍAS
DEMANDADOS: SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ –HOSPITAL DE SAN JOSÉ
RADICACIÓN: NO. 11001310304420130008604
ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA PROFERIDA EN AUDIENCIA CELEBRADA EL 8 DE MARZO DE 2024.

ADRIANA GARCÍA GAMA, mayor de edad, vecina de Bogotá, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.867.487 de Bogotá, abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No. 144.727 del Consejo Superior de la Judicatura en mi calidad de apoderada judicial de **SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ – HOSPITAL DE SAN JOSÉ**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 322 y 323 del Código General del Proceso, concurre en término a **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** contra la sentencia de primera instancia proferida dentro del presente asunto.

En consecuencia, adjunto el memorial en formato PDF en el que se encuentra el recurso, y solicito de manera respetuosa, **acceso al expediente digital del Tribunal**.

Atentamente,

ADRIANA GARCÍA GAMA
C.C. No. 52.867.487 de Bogotá
T.P. No. 144.727 del C. S. de la J.
adriana@garciagama.com



Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

Magistrado Ponente: Dr. RICARDO ACOSTA BUITRAGO

E. S. D.

REF: PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

DEMANDANTES: DHILAN SANTIAGO MACÍAS, NORMA YOLIMA RINCÓN, NÉSTOR ALONSO MACÍAS, PARMENIO MACÍAS, MARY LUZ BOLÍVAR, ALBA LILIANA MACÍAS Y CARLOS GERMÁN MACÍAS

DEMANDADOS: SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ – HOSPITAL DE SAN JOSÉ

RADICACIÓN: NO. 11001310304420130008604

ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA PROFERIDA EN AUDIENCIA CELEBRADA EL 8 DE MARZO DE 2024.

ADRIANA GARCÍA GAMA, mayor de edad, vecina de Bogotá, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.867.487 de Bogotá, abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No. 144.727 del Consejo Superior de la Judicatura en mi calidad de apoderada judicial de **SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ – HOSPITAL DE SAN JOSÉ**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 322 y 323 del Código General del Proceso, concurro en término a **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** contra la sentencia de primera instancia proferida dentro del presente asunto.

OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR EL ESCRITO DE SUSTENTACIÓN

Mediante auto del 22 de marzo de 2024, notificado en estado el 1 de abril del mismo año, se dispuso por el Magistrado Ponente admitir el recurso de apelación interpuesto en nombre de mi mandante.

El término de ejecutoria transcurrió los días 2, 3 y 4 de abril de 2024, de manera que el término para la sustentación iría hasta el **11 de abril** (5, 8, 9, 10, 11). Por lo tanto, al momento de radicar este documento lo hacemos en la oportunidad correcta.

SUSTENTACIÓN DE LOS REPAROS CONCRETOS FORMULADOS CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Iniciamos nuestro escrito haciendo un breve recuento (necesario en este caso) de la atención médica dispensada al paciente DHILAN SANTIAGO MACÍAS en la **SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ –HOSPITAL DE SAN JOSÉ**, con base en la historia clínica y el testimonio del médico a cargo de la atención en el servicio de urgencias, que va a servir de marco para la totalidad del análisis que se desarrollará con posterioridad:

1. Aun cuando la atención discutida no se llevó a cabo en el mes de julio de 2007 sino en el mes de octubre del mismo año, resulta necesario referirnos a esa atención previa, pues la misma hizo parte fundamental de los argumentos de la sentencia de primera instancia que debatimos.
2. De acuerdo con la historia clínica, el paciente DHILAN SANTIAGO MACÍAS RINCÓN ingresó el día 23 de julio de 2007 por el servicio de urgencias del **HOSPITAL DE SAN JOSÉ**. Sus acompañantes refirieron como motivo de consulta *“caída desde su propia altura con posterior trauma en el testículo izquierdo con gran dolor e inflamación”*.

Historia Clínica de Urgencias

DIA: 23 MES: 07 AÑO: 07
 H.C. No. 1243270

H.C. ANTIGUA SI NO		EDAD		SEXO	DOC. IDENT.
APELLIDOS: Macías Rincón		NOMBRES: Dilan Santiago		3 A	M.
TIPO EVENTO		TIPO DE AFILIACION		TRIAGE	EMPRESA ASEG.
E.G.	MAT	SOAT	ATEP	COT <input type="checkbox"/> BENEF <input type="checkbox"/> PENS <input type="checkbox"/>	2
No. AFILIACION		HORA DE LLEGADA		HORA DE ATENCION	
		21:00		21:30	

MOTIVO DE CONSULTA Y ENFERMEDAD ACTUAL

Cuadro clínico de 5 días de evolución de caída desde su propia altura con posterior trauma en testículo izq. con gran dolor e inflamación y motivo por el cual consultó a la Cruz Roja donde tomó ecografía que reporta testículo de posición usual, contorno regular y ecogenicidad paranequimatosas homogénea e importante engrosamiento de epidídimo izq. y dan salida con ibuprofeno y acetaminofen, cita por pediatría en donde dan cita espontánea por cirugía pediátrica mañana por Dx: 0 Trauma testicular 0 Epididimitis. Hace 1 hora dolor subido.

3. Al examen físico, el especialista encontró el testículo izquierdo "con edema, aumento de tamaño y doloroso a la palpación" por lo que consideró como sospecha de impresión diagnóstica interrogada "Torsión testicular?".

EXAMEN FISICO	PESO: 12.600	TALLA: 91	GLASGOW	Tº: 36. FR: 30x
T.A.: 94/58	FC: 87	PULSOXIMETRIA: 93-92%	PC:	

CABEZA		ABDOMEN		NEUROLOGICO	
<input type="checkbox"/>					
OJOS		GENITOURINARIO		PIEL	
<input type="checkbox"/>					
ORL		EXTREMIDADES		LINFATICO	
<input type="checkbox"/>					
CUELLO		OSTEOARTICULAR		PSIQUIATRICO	
<input type="checkbox"/>					
TORAX		CARDIOPULMONAR			
<input type="checkbox"/>					

DESCRIPCION DE LA ANORMALIDAD Paciente algado, alerta, activo-reactivo. C/C: normocefalo, conjuntivas normales, orofaringe normal. Torax: simétrico, sin dificultad respiratoria R5/C5 rítmicos sin soplos R5/R6 sin ruidos. Abd: blando, depresible, no doloroso. Ext: entropías, sin edema. GU: testículo izquierdo con edema, aumento de tamaño y doloroso a la palpación. Neurolog: sin deficit.

4. Según los registros clínicos en mención y considerando la posibilidad diagnóstica de una torsión testicular a confirmar o descartar, se ordenó por parte del profesional una ultrasonografía testicular con exploración doppler. La lectura de este examen indicó "un leve engrosamiento regular del epidídimo izquierdo sin evidencia de lesiones focales", por lo que el profesional del servicio descartó la presencia de una torsión testicular, realizando diagnóstico definitivo de orquiepididimitis (inflamación de los testículos y el epidídimo) por lo que se dio salida a las 23:30 del mismo día con medicamentos y control de urología pediátrica por consulta externa al día siguiente.

INFORME 1

NUMERO EXAMEN : 214046
NUMERO CARGO : 3092983
DESCRIPCION EXAMEN : ULTRASONOGRAFIA TESTICULAR CON TRANSDUCTORES DE 7 MHZ O MAS
FECHA Y HORA DE INGRESO A RX : 23/07/2007 22:35:27

LECTURA DIGITADA POR : FABIANC 23/07/2007. 23:41:32

Las dimensiones del testículo derecho son 15,3 x 7,9 x 13 mm. y las del izquierdo son 17 x 12,8 x 14,2 mm.

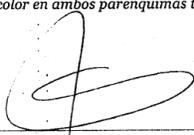
Ambos testículos presenta tamaño, contornos y ecogenicidad usuales, sin evidencia de lesiones focales intraparenquimatosas.
Hidrocele izquierdo

leve engrosamiento regular del epidídimo izquierdo sin evidencia de lesiones focales.

adecuado flujo evidenciado a la exploracion doppler color en ambos parenquimas testiculares.

Correlacionar hallazgos con datos clínicos.

CORDON


 LECTURA REALIZADA POR: **ALFONSO ALVAREZ**
 MEDICO RADIOLOGO

5. El 11 de octubre del mismo año, el paciente DHILAN SANTIAGO MACÍAS nuevamente ingresa por el servicio de urgencias al HOSPITAL DE SAN JOSÉ. El motivo de consulta, es decir, lo que narra la madre en aquel momento, fue un golpe contundente en el testículo izquierdo con posterior dolor persistente. Asistió unas horas antes a CRUZ ROJA, donde se le practicó una ecografía que reportó "no signos de torsión testicular" y "proceso inflamatorio epidídimo izquierdo postraumático".

Historia Clínica de Urgencias

Mónica
 12396
 con fiebre y vómito
 golpe en testículo

H.C. No. 1243270
 DIA 11 MES 10 AÑO 09

APELIDOS		NOMBRES		EDAD	SEXO	DCR. IDENT.
Nacia		Santiago		JANIO	M	
TIPO EVENTO		TIPO DE AFILIACION		TRIAGE	EMPRESA ASEG.	
E.G.	MAT	SOAT	ATEP	COT <input type="checkbox"/>	BENEF. <input type="checkbox"/>	PENS <input type="checkbox"/>
No. AFILIACION		HORA DE LLEGADA		HORA DE ATENCION		
		21:40:04		21:40		

MOTIVO DE CONSULTA Y ENFERMEDAD ACTUAL

pte con cuadro de
 amox 3 horas desde al recibir
 golpe en testículo izquierdo
 con posterior dolor persistente.
 Asido a ent roja blanda toma ecografía
 que reporta: (11/10/09) = leve hidobcele
 izquierdo fisiológico, no signos de torsión tes-
 ticular, proceso inflamatorio epididimitis izq
 postraumático. Niega uretrorragia
 Disuresis (+) normal.

6. En el examen físico realizado por el especialista en pediatría, se encontró "testículo palpable, no signos de inflamación ni que esta produzca dolor, marcha normal sin limitación para caminar", como consta en la historia clínica, realizando un diagnóstico de epididimitis postraumática. Es evidente, que el cuadro clínico encontrado en el mes de julio es completamente diferente de los hallazgos evidenciados el 11 de octubre de 2007.
7. Respecto de la valoración médica en mención y los hallazgos consignados en la historia clínica, señaló el doctor JOSÉ GUILLERMO FORERO LEÓN en su testimonio lo siguiente:

2:44 "En el momento en que reviso al niño, pues el niño está muy tranquilo, se hace toda la anamnesis, se revisan los signos vitales, se hace un examen físico y el niño permite el examen físico, o sea está tranquilo. Se realiza el examen cardíaco, el examen pulmonar, el examen abdominal y pues posteriormente realizo el examen genitourinario. **El niño permite el examen genitourinario. El testículo se encontraba en tamaño, forma adecuada, tanto que en el examen físico yo coloqué que el niño permitió el examen sin presentar ningún tipo de molestia.** Por el antecedente de haber presentado la caída, dentro del examen neurológico se pone también que se valora la marcha del niño y también la marcha me está demostrando a mí que la marcha es normal, no tiene ninguna limitación. Posterior al examen físico que se realiza, evalúo la ecografía que se había realizado ese mismo día, y la ecografía era compatible con una epididimitis del testículo. **Entonces la conclusión que saqué fue que el niño tenía una epididimitis y que probablemente era postraumática"**

Respecto del hallazgo al examen físico de una epididimitis y su diferencia con la torsión testicular, el doctor JOSÉ GUILLERMO FORERO LEÓN explicó:

2:55 "La torsión testicular es una patología que hace parte de lo que nosotros llamamos síndrome escrotal agudo. Dentro del síndrome escrotal agudo, se puede encontrar la epididimitis, se puede encontrar el estallido testicular y se puede encontrar la torsión testicular. Lo más catastrófico que puede suceder después de un trauma testicular es el estallido testicular (...). **También es catastrófica la torsión testicular (...).** Estas dos cosas producen un dolor exorbitante, es una de las patologías más dolorosas en urología y en medicina. No suele cesar con analgésicos, produce otros cambios sintomáticos: vómito, náuseas, irritabilidad, alteración persistente y aparte de todo, el testículo se aumenta de tamaño, se vuelve rojo, se vuelve con calor, se asciende en comparación al otro, el tamaño del escroto aumenta, la sensibilidad del mismo, no se permite la palpación, es una patología que tiene síntomas muy claros, **o sea, no hay una torsión testicular sin inflamación, sin dolor, sin edema y sin síntomas generales, eso es algo que tenemos claro en medicina.** No puede haber una torsión sin manifestaciones. Pero la epididimitis es una patología que es más benigna, no tiene síntomas sistémicos, no se va a ver el vómito, no va a haber síntomas gastrointestinales, no va a haber aumento del tamaño del testículo, no hay aumento del escroto, no hay cambios en la coloración del escroto, la marcha es normal, y la epididimitis (...) puede producir

molestias, puede producir dolor, pero no presenta ninguna otra sintomatología tan marcada como la torsión testicular".

8. Por lo anterior, a las 21:45 del 11 de octubre de 2007 se registra en la historia clínica la salida del menor, con remisión por consulta externa a urología pediátrica.
9. Al día siguiente, el 12 de octubre de 2007, el menor es llevado por su madre a cita prioritaria con pediatría en COMPENSAR. El médico que lo atendió concluyó que el paciente tenía dificultades respiratorias, razón por la cual le ordenó terapias de esa naturaleza para el 13 de octubre.
10. El 13 de octubre de 2007, el paciente DHILAN SANTIAGO MACÍAS se encontraba en una terapia respiratoria ordenada el día inmediatamente anterior por COMPENSAR en la CLÍNICA SAN RAFAEL, cuando una profesional de la salud lo nota con intenso dolor, por lo que decide llamar a la especialista de turno en urgencias.

De acuerdo con la historia clínica, el paciente es ingresado a urgencias refiriendo *"desde anoche aumento del tamaño testicular y eritema con aumento de dolor, razón por la cual consulta"*. Esto significa que el aumento del tamaño testicular y del dolor se dio apenas en la noche del 12 de octubre del 2007, casi 24 horas después de haber sido dado de alta en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ.

EPICRISIS	
HISTORIAS CLINICAS	
Historia Urgencias	
Número de Registro :	410123
Tipo de Consulta :	Historia Urgencias
Médico :	Ivan Bermejo
Fecha de Atención :	oct 13 2007
Hora de Atención :	10:36:00
Causa Externa :	ENFERMEDAD GENERAL
Motivo de Consulta :	"Golpe testicular"
Finalidad :	NO APLICA
Ambito Realización:	URGENCIAS
Enfermedad Actual : Cuadro de 2 días de evolución de trauma testicular, consulta a su EPS en donde toman Ecografía testicular que reporta proceso inflamatorio epididimario izquierdo dan de alta con analgésicos, reconsultó ayer a su EPS pediatría en donde continúan analgesia, desde anoche aumento de tamaño testicular y eritema con aumento del dolor, razón por la cual consulta.	

11. De acuerdo con los registros clínicos en cuestión, la doctora ANDREA XIMENA DUARTE SANABRIA de la CLÍNICA SAN RAFAEL, al examinar al paciente, encuentra *"aumento del contenido en el hemiescrotos izquierdo, con edema eritema, dolor, testículo indurado, aumentado de tamaño y doloroso a la palpación"*. Por lo anterior, concluye que existe la probabilidad de torsión, así como de necrosis testicular.

EVOLUCION	
Fecha Evolución	2007/10/13 11:27
Subjetivo : CIRUGIA PEDIATRICA DUARTE
Objetivo :	Paciente de 3 años quien presenta de 2 días de evolución posterior a trauma en genitales, dolor en hemiescrotos izquierdo ha recibido manejo con naproxeno sin mejoría. Abdomen, blando, depresible, sin masas Genitales, masculinos, aumento del contenido en hemiescrotos izquierdo, con edema eritema, dolor, testículo indurado, aumentado de tamaño, doloroso a la palpación.
Analisis :	Paciente con síndrome inguinoescrotal agudo izquierdo, en quien existe la posibilidad de torsión testicular que coincide con trauma aparente, sin embargo por el tiempo de evolución existe la posibilidad de necrosis testicular y de requerir orquidectomía y fijación testicular contralateral, no se descarta sin embargo otras causas de escrotos agudo. Se explica a la mamá se firma consentimiento, se prepara para cirugía.

12. Respecto de la valoración médica en mención y los hallazgos consignados en la historia clínica, señaló la doctora ANDREA XIMENA DUARTE SANABRIA en su testimonio lo siguiente:

4:35 "tuve unos hallazgos de un síndrome inguinoescrotal agudo, por el dolor, por el aumento del contenido, por los cambios de coloración, el dolor a la palpación y la induración a la palpación (...) me sugería una patología aguda, una de las causas podría ser la torsión testicular".

4:35 Despacho: *¿qué decisión adopta usted habiendo hallado estos síntomas en el menor Dhilan Santiago?*

4:36 Contestó: “ (...) **tomé una conducta quirúrgica**, ese mismo día a las 3:41 llevo el paciente a cirugía, hago una exploración escrotal, una orquiectomía radical y una fijación testicular profiláctica (...). **Encuentro que el testículo presentaba 3 giros sobre su eje, causando necrosis del testículo, se realiza detorsión del testículo izquierdo sin lograrse mejoría en la perfusión por lo cual se realiza orquiectomía**”

13. Frente a su diagnóstico, consideramos relevante traer a colación varios apartes de la declaración de la doctora ANDREA XIMENA DUARTE SANABRIA ante el despacho de primera instancia:

4:38 Despacho: *¿Cuánto tiempo se pudo haber presentado esa torsión testicular?*

4:38 Contestó:” *Realmente es muy difícil de precisar, pero el hecho de que haya encontrado que hay 3 giros, hace que muy probablemente el tiempo de evolución para llevar a una necrosis sea mucho menor a si encontrara un giro (...).*

4:39 Despacho: *cuando ya se han presentado esos 3 giros, ¿esos giros se pueden presentar de manera inmediata o con algún término de interrupción?*

4:39 Contestó: **es una patología aguda, súbita, aguda, de pocas horas de evolución, que obligan por la sintomatología tan severa, consultar. Eso es algo absolutamente evidente, te obliga a consultar porque es bastante intenso el dolor.**

14. En el curso de su declaración en el trámite de instancia, se le puso de presente a la doctora DUARTE SANABRIA la historia clínica del HOSPITAL DE SAN JOSÉ, con el fin de contrastar el cuadro clínico con el que ingresó el menor a la CLÍNICA SAN RAFAEL. Así, explicó en su declaración lo siguiente:

4:49 Pregunta apoderada del Hospital San José: *“Con base en las dos notas que usted acaba de revisar doctora, indíquenos por favor si el paciente Dhilan Santiago cursaba con una torsión testicular durante la valoración realizada al ingreso del San José”*

4:49 Contestó: *“La nota acá en el Hospital San José, es muy clara en que dice que asistió a la Cruz Roja donde toman ecografía que reporta, eso fue el 11 de octubre, leve hidrocele izquierdo fisiológico, no signos de torsión testicular, un proceso inflamatorio de epidídimo izquierdo postraumático, niega uretrorragia, y **al examen físico, encuentran testículo palpable, no signos de inflamación, ni que esta produzca dolor.** Marcha normal, sin limitación para orinar. **Con esta descripción, realmente es un examen físico de los genitales normal, y con esa ecografía realmente pues no hay un síndrome inguinoescrotal agudo en esta valoración, lo que describen en la historia clínica”.***

5:00 Pregunta apoderada del Hospital San José: *“¿Qué diferencia encuentra ahora con el ingreso en la Clínica San Rafael, en la que usted nos manifestaba que se diagnosticó un síndrome inguinoescrotal con una sospecha de torsión testicular?*

5:00 Contestó: *“Lo que noto diferente es que el motivo de consulta, en la enfermedad actual, dice que anoche presenta un aumento de tamaño testicular y eritema con aumento del dolor, lo que obliga a reconsultar al paciente y al examen físico hay un aumento del tamaño del testículo izquierdo con eritema, que es un color rojo escrotal, aumento de la consistencia, no está móvil y es dolorosa la palpación. **Son dos cuadros totalmente diferentes, aquí** -refiriéndose al cuadro clínico con el que ingresó el menor al San Rafael- **ya hay un síndrome escrotal agudo, aquí en la descripción** -refiriéndose al cuadro con el que ingresó el menor a San José- **no hay síndrome escrotal agudo.***

15. Se logró demostrar que en el momento en el que se le realizó el examen físico al menor DHILAN SANTIAGO MACÍAS en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ, no presentaba una torsión testicular. Adicionalmente, se demostró con suficiencia, que el cuadro clínico con el que llegó el menor DHILAN SANTIAGO MACÍAS al HOSPITAL DE SAN JOSÉ el 11 de octubre de 2007, era un cuadro totalmente diferente al que presentó el menor al ser admitido en urgencias en la CLÍNICA SAN RAFAEL el 13 del mismo mes y año.

Luego de este breve recuento fáctico que permite entender la atención médica objeto del debate procesal a cargo de la SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ –HOSPITAL DE SAN JOSÉ, procederemos en detalle a estudiar individualmente cada uno de los reparos efectuados en contra de la decisión judicial de cierre de la primera instancia, con base en las pruebas legalmente recaudadas en la etapa procesal correspondiente.

Con el objetivo de demostrar que la sentencia de primera instancia debe ser revocada en su totalidad, pero con el debido respeto a la labor de la Juez, se analizará cómo la providencia pretermitió, de manera sesgada, parcializada e infundada, el material probatorio. Esto llevó a inferir hechos y a llegar a conclusiones que no se ajustan a la verdad procesal ni científica.

Se observa, con respeto, que no se apreció de forma imparcial el tema médico de fondo. A partir de una mera prueba documental, dedujo la responsabilidad de la demandada sin otorgar valor probatorio alguno a las explicaciones brindadas por los profesionales de la medicina sobre la base, pertinencia y racionalidad técnico-científica de sus actuaciones y decisiones.

- 1. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO – MODIFICACIÓN DE LA NATURALEZA DE LAS PRUEBAS APORTADAS AL PROCESO POR LA PARTE DEMANDANTE – DESCONOCIMIENTO DE LA DEMANDA Y DEL AUTO DE PRUEBAS – INADECUADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL DE MANERA CONJUNTA CON EL ACERVO PROBATORIO – DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL SOBRE EL MISMO ASUNTO – FALTA DE IDONEIDAD DEL CONCEPTO ALLEGADO – FALTA DE VALORACIÓN ADECUADA DE LAS PRUEBAS TÉCNICAS PRACTICADAS EN EL PROCESO**

La sentencia objeto de nuestra inconformidad, fundamentó su decisión únicamente en una presunta prueba pericial que nunca fue aportada, decretada e incluida en el proceso como una prueba técnica.

Como consta en el folio 230 del cuaderno principal digital en el proceso contractual, la parte actora solicitó dicha prueba como DOCUMENTAL:

G. PRUEBAS

Solicito Señor Juez, se tengan como medios probatorios, además de los que su señoría decreta de oficio y de los que la parte demandada pidiera en cuanto conduzcan a la verdad, los siguientes:

G.1. DOCUMENTALES QUE SE APORTAN

(...)

Como complemento, la parte demandante solicitó oficiar al INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES para que allegara copia auténtica del mencionado documento, ratificando con ello su carácter de prueba documental.

En ningún momento del proceso la parte solicitante adujo que se trataba de una prueba pericial bajo lo señalado por la ley 1395 de 2010, sin embargo, sin ningún tipo de sustento jurídico o fáctico, la sentencia apelada sí le dio el carácter de pericial a tal prueba.

De hecho, la parte actora solicitó seis dictámenes periciales en las respectivas oportunidades probatorias, lo que demuestra que en ningún momento se adujo la prueba documental en cuestión como prueba pericial; pues de ser así, sería innecesaria la solicitud probatoria que consta en el folio 230.

Como si lo anterior no fuera suficiente, el auto que decretó las pruebas **NUNCA DECRETÓ EL INFORME DE MEDICINA LEGAL COMO PERICIAL**, sino únicamente como una prueba documental. En consecuencia, la perito legista que suscribió el informe nunca compareció al proceso para poder controvertir sus afirmaciones y conclusiones. Tampoco se aportaron documentos que acreditaran su idoneidad, ni siquiera se incluyeron las supuestas consultas y preguntas que realizó a presuntos profesionales. En este sentido, la ponderación probatoria que realizó la señora Juez en la sentencia de primera instancia es completamente vulneratoria del debido proceso, pues dicha providencia mutó la naturaleza de la prueba en cuestión, dándole un valor que ni la parte, ni el curso del proceso le habían conferido.

Bajo esta perspectiva, el auto del 2 de octubre de 2018 decretó en favor de la parte actora:

4. **DECRETAR** como pruebas en favor de los demandantes:

4.1. **Documentos**

Los documentos aportados en las debidas oportunidades probatorias, cuyo mérito y valor probatorio se discernirá al tiempo de proferir sentencia.

4.2. **Dictamen Pericial**

Se concede al apoderado de la parte demandante el plazo de 2 meses contados desde la notificación de la presente decisión por estado para que aporte el dictamen pericial que solicitó rindiéndose la Universidad Nacional y/o el Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

El apoderado de la demandante interpuso recurso en contra de la mencionada providencia, con los siguientes argumentos:

Respecto al acápite de DICTAMEN PERICIAL, me permito señalar que la parte demandante solicito seis (6) pruebas periciales, y el Juez dentro del Auto de 2 de octubre de 2018, únicamente decretó una (1) prueba pericial, la cual, al parecer es de la Lex artis, sin embargo, no está claramente determinado dentro del referido Auto, por lo tanto, solicito respetuosamente al Despacho reponga el auto y decrete las seis (6) pruebas solicitadas en la demanda contractual, no obstante lo anterior, y de conformidad con el tránsito de legislación, solicito se nos permita la posibilidad de aportar dictamen pericial particular de Lex artis por médico especialista en PEDIATRÍA, ya que el periodo otorgado es muy corto y se duda incluso, que la Universidad Nacional de Colombia, lo realice en dicho lapso.

De acuerdo con lo que se puede constatar, la parte actora resaltó que había solicitado seis dictámenes periciales y solicitó que se le permitiera aportar un “*dictamen pericial de Lex artis por médico especialista en PEDIATRÍA*”, reconociendo las falencias de la prueba documental en comento. Nuevamente se observa que en ningún momento pretendió que el informe de MEDICINA LEGAL tuviese el carácter de prueba pericial.

El auto que desató el anterior recurso concluyó:

3. Asiste razón al demandante cuándo indica que pidió 6 Dictámenes periciales con finalidades diferentes, pero, al respecto, el auto adiado 2 de octubre de 2018, en el punto 4.2 indicó conferirle el plazo de 2 meses para que los aportase, con lo cual, cada una de dichas pericias quedaron decretadas y en cabeza suya aportarlas. Por tal motivo, la providencia no se **adiciona, corrige o repone.**

5. Se amplía el plazo para rendir los dictámenes periciales decretados, y solicitados por la demandante, por el lapso de 30 días, contados desde la notificación de la presente decisión por estado (fl. 1185, cdno. 1 T. II, exp. 2013 - 086).

Como es evidente, nunca se otorgó -hasta el momento de la sentencia-, el carácter de prueba pericial a la prueba documental contentiva del concepto realizado por la médico legista LILIANA MARCELA TÁMARA PATIÑO, quien suscribe el documento como Forense Especialista en Bioética.

Lo anterior vulnera gravemente el derecho al debido proceso de la parte demandada, pues como ya se mencionó, en ningún momento se permitió el correspondiente ejercicio de contradicción del que trata el artículo 228 del Código General del Proceso. Este precepto legal garantiza la contradicción del dictamen pericial allegado por una de las partes, otorgando a aquella contra quien se aduce la experticia tres posibilidades: (i) solicitar la comparecencia del perito a audiencia, (ii) aportar otro dictamen, o (iii) realizar ambas actuaciones. Dado que la prueba fue decretada y tratada como documental, no se tuvo la necesidad de solicitar la comparecencia de la supuesta perito a la audiencia.

No obstante, mi mandante si aportó un dictamen pericial, realizado por un experto en Urología Pediátrica, que fue objeto de contradicción en la audiencia de instrucción y juzgamiento, el cual fue desconocido en la sentencia de primera instancia, dotando de mayor valor de manera inexplicable, a una prueba documental que como se demostró y se analizará con posterioridad, fue completamente desacreditada tanto en el proceso civil que nos ocupa, como en el proceso penal para el cual fue realizado.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-274 de 2012 fue enfática al señalar que *“la prueba pericial tendrá valor probatorio, y por consiguiente, podrá ser apreciada por el juez solamente si corresponde a un acto procesal que fue sometido al principio de contradicción y fue regular y legalmente practicado en el proceso, conforme a las reglas previstas en la ley para el efecto. Dicho de otro modo, si el dictamen pericial no ha sido decretado por un Juez, o no ha sido controvertido en el proceso, carece de mérito probatorio y no puede ser valorado judicialmente porque no es una prueba legalmente practicada”* (subrayado fuera del texto original).

Bajo esa premisa, el concepto realizado por el INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES en cuestión, al no haber sido controvertido en el proceso conforme al artículo 228 del CGP, carece de mérito probatorio y no puede ser valorado judicialmente como prueba pericial.

No obstante, la sentencia de primera instancia se fundamentó exclusivamente en tal informe, incluso cuando todas las **pruebas técnicas recaudadas** -así como las restantes pruebas documentales- desvirtuaron las conclusiones de dicho documento.

En ese sentido, la declaración del perito CARLOS ALBERTO LARIOS GARCÍA, médico especialista en **Urología pediátrica**, fue contundente al desvirtuar las aseveraciones de la perito legista en la audiencia de contradicción del dictamen. Al respecto, el despacho le preguntó explícitamente qué podía manifestar respecto de la conclusión del informe de MEDICINA LEGAL en cuestión, según la cual, el menor no tuvo un diagnóstico debido a que ni en CRUZ ROJA ni en el HOSPITAL SAN

JOSÉ le practicaron exámenes especializados (3:44). En respuesta a lo anterior, el Doctor LARIOS indicó en su experticia lo siguiente:

3:44 - Uno, el diagnóstico de torsión testicular es un diagnóstico clínico, dos, tanto médico general como un pediatra y obviamente un urólogo, un cirujano pediatra están los tres capacitados en hacer el diagnóstico de torsión testicular de escroto agudo. O sea, no tiene que ser valorado un paciente por un urólogo para saber si hay torsión testicular o no hay torsión testicular. Eso es como decir que para que exista el diagnóstico de asma de un niño tiene que ser valorado por un neumólogo pediatra. El pediatra está absolutamente en las capacidades para hacer el diagnóstico y el médico general también está (capacitado) en hacer el diagnóstico (...). Básicamente lo que ellos están diciendo ahí - haciendo referencia al informe de medicina legal- es que, si yo tengo una sospecha de torsión testicular, tengo que operar, completamente de acuerdo, de eso no hay ninguna duda. El punto es que EN ESTE CASO NO HABÍA DIAGNÓSTICO DE TORSIÓN TESTICULAR, sino que la etiología del escroto agudo era una epididimitis, por eso no consideraron ... un procedimiento quirúrgico. Entonces son dos cosas (...), cuando llegó a San Rafael, el diagnóstico fue torsión testicular y por eso lo llevaron a cirugía, que son dos momentos diferentes en el testículo del paciente”.

En cuanto al reproche del informe de MEDICINA LEGAL al HOSPITAL DE SAN JOSÉ por no haber realizado la remisión a especialista en urología por interconsulta en Urgencias, el doctor LARIOS indicó que:

3:47 - “El pediatra y el médico general tienen todas las capacidades en su formación para hacer un diagnóstico de torsión testicular, especialmente el pediatra (...), es la persona que ve al niño como un todo y como un todo lo sabe manejar (...).

Acto seguido, el despacho le preguntó al galeno si, en los exámenes médicos practicados al menor DHILAN tanto por CRUZ ROJA como por HOSPITAL DE SAN JOSÉ, se pudo haber equivocado el médico, a lo que LARIOS contestó que:

3:49 - “En el examen, en San José no hicieron ecografía. En Cruz Roja hicieron la ecografía, lo único que les puedo decir es que la persona que hizo la ecografía yo creo que es de las personas que más sabe hacer ecografía en este país, el doctor Molano es profesor de muchos de nosotros de radiología de hace muchos años, es una persona que tiene todas las capacidades para hacer ese diagnóstico (...). En cuanto al examen físico, Dhilan tiene dos exámenes físicos, uno por el médico general y otro por el pediatra, donde ambos exámenes físicos están descartando la torsión testicular”

Tanto la sentencia de primera instancia como el documento de MEDICINA LEGAL en cuestión indican que, el hecho de que el menor DHILAN SANTIAGO hubiese consultado en el mes de julio de 2007 por un golpe testicular y se le hubiese practicado en ese momento una ecografía Doppler, era presuntamente indicativo de un error en la valoración en los hechos de octubre de 2007.

Sin embargo, esta conclusión fue completamente desvirtuada. Puntualmente el doctor LARIOS indicó que se trataba de dos cuadros completamente diferentes, que en octubre no debía sospecharse una torsión testicular y que, de acuerdo con la ciencia médica, no era mandatorio realizar un examen Doppler por el dolor testicular.

Al encontrarse signos clínicos de un examen testicular dentro de los límites normales y al no encontrar ningún síntoma de torsión testicular, NINGUNA DE LAS CONCLUSIONES DE LA LEGISTA DE MEDICINA LEGAL serían aplicables al caso en concreto.

No sólo la declaración del perito LARIOS GARCÍA desvirtuó las conclusiones del informe de MEDICINA LEGAL en cuestión. También el testimonio del doctor

EDUARDO MOLANO MATA LLANA, **radiólogo con más de 40 años de experiencia** y quien le practicó a DHILAN SANTIAGO la ecografía, permitió demostrar que tales aseveraciones no se ajustan a la realidad médica. El despacho le preguntó al profesional expresamente por tal informe y el Dr. MOLANO respondió que:

“Todas estas son conclusiones a posteriori, pero en el momento en que uno recibe el paciente, el dictamen depende de los hallazgos en el momento, uno no puede librar cosas a futuro, cómo va a evolucionar, porque es en ese momento actual que se hace la ecografía. En esa ecografía no había ningún indicio para pensar que hubiera torsión testicular, ni siquiera se sospechaba la posibilidad (...)”.

La Jurisprudencia Nacional ha resaltado que el análisis del proceso diagnóstico debe ser realizado *ex ante*, atendiendo las circunstancias que en su momento afrontó el médico. En ese sentido y de la mano con lo mencionado por el Dr. MOLANO, las conclusiones a las que llega el informe de MEDICINA LEGAL, así como la sentencia de primera instancia, se realizaron siempre de manera retrospectiva. Como se argumenta más adelante, esta valoración inadecuada llevó a la conclusión errónea de que la torsión testicular debió haberse sospechado.

Por su parte, el testimonio del Dr. JOSÉ GUILLERMO FORERO, quien atendió al menor DHILAN en urgencias en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ, también fue coincidente en que dicho documento del INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL parte de un supuesto erróneo. Lo anterior, por cuanto el paciente no tenía sospecha de una torsión testicular, dado que clínica y radiológicamente no tenía hallazgos de tal condición. En este sentido, el Dr. FORERO señaló:

3:30 *“(...) ni los signos ni los síntomas que presentaba el paciente eran compatibles con torsión testicular. El peso para un diagnóstico está mayoritariamente en el examen físico y la clínica del paciente, la clínica del paciente es una epididimitis, no hay clínica de torsión testicular. Si la clínica hubiera cambiado, si en el examen físico se hubiera encontrado algo que fuese compatible con una torsión testicular, el manejo hubiera sido otro.”*

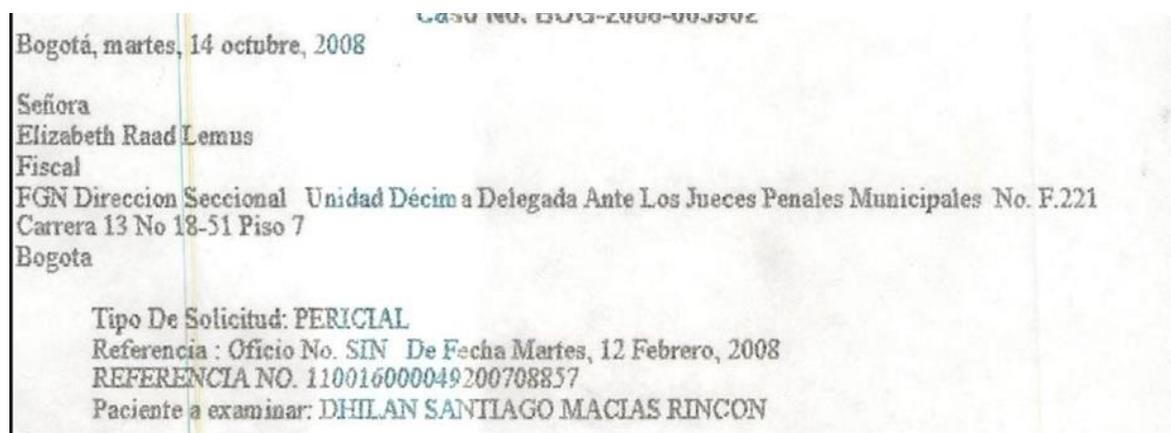
Cuando el despacho le preguntó expresamente por las conclusiones del Informe de Medicina Legal en cuestión, el Dr. FORERO indicó en su declaración lo siguiente:

3:23 *“Señora juez, vuelvo a retomar el tema, la clínica es muy importante dentro de la torsión testicular, si yo tengo un cuadro de clínica, de torsión testicular y tomé una ecografía y la ecografía no me incluye Doppler, pero sigo pensando que es una torsión testicular, lo que debo hacer es una exploración quirúrgica. Si la clínica a mí me dice, que tengo una epididimitis y por clínica no tengo nada que me refuerce el diagnóstico, ni que me haga pensar, el diagnóstico de una torsión testicular y aparte de eso tengo una ecografía, así no tenga Doppler, que es compatible con una epididimitis, mi diagnóstico es una epididimitis. Entonces, lo que yo me refiero es que si este paciente hubiera tenido el diagnóstico de torsión testicular en algún momento, este paciente toca explorarlo con o sin ecografía, eso es lo que se debería hacer, pero este paciente no tenía el diagnóstico, ni la sospecha diagnóstica de torsión testicular, la torsión testicular es un episodio catastrófico, produce edema, dolor, cambio de coloración, limitación para la marcha, náuseas, vómito, es algo catastrófico, en el momento que yo lo vi a él no tenía ningún signo ni síntoma de torsión testicular.”*

Así, la conclusión a la que llega el Dr. FORERO en su testimonio es la siguiente:

3:45 *“Es lamentable que un muchacho pierda un testículo. Pero yo concluyo que cuando salió el niño el día 11 no tenía la torsión testicular y se concluye que muy seguramente la torsión testicular, no puedo decir la hora exacta, pero se tuvo que haber presentado entre la noche del 12 y la madrugada del 13 de octubre”*

En este punto, es fundamental traer a colación la decisión de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal de absolver al Dr. FORERO de cualquier responsabilidad por el delito de lesiones personales culposas, así como la decisión del Tribunal de Ética Médica respecto de la actuación ajustada a la *lex artis* por parte del Dr. FORERO en la atención suministrada al paciente DHILAN SANTIAGO en el Hospital de San José. La providencia que se cuestiona en el presente recurso señaló que no podía considerar la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema por cuanto “no se aportó al expediente el proceso penal” pero contradictoriamente si le da valor probatorio al documento del INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, el cual hace parte de dicho proceso penal:



Entonces, no resulta adecuado que se pretenda incluir dicha actuación del proceso penal, pese a no haberse aportado el proceso penal en la cual se realizó la contradicción, pero pretenda desconocer la decisión de la Corte Suprema de Justicia, como se puso de presente en las alegaciones de conclusión, en la cual se desestimaron las conclusiones a las que arribó la médica legista en su documento.

En ese sentido, al revisar la sentencia de Casación No. 46766 de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL, Magistrado Ponente JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA SP1315-2019, Radicación N° 46766 (Aprobado Acta No. 95) del 10 de abril de 2019, dentro del proceso penal adelantado por los mismos hechos aquí debatidos, señala la Corte dentro de sus consideraciones lo siguiente¹:

“Al juicio compareció también la doctora Liliana Marcela Támara Patiño, perito de Medicina Legal. El dictamen, entre otros aspectos, aborda el trauma testicular y las lesiones que puede generar (ruptura testicular, torsión testicular). En general, refiere el síndrome de escroto agudo, el cual, dice, presenta tres diagnósticos en orden de importancia: i) torsión testicular, ii) Torsión de Hidátide de Morgagni, y iii) epididimitis (subrayado fuera del texto original).

(...) Al interrogatorio respondió que no existe protocolo del manejo en urgencias para la torsión testicular, aunque se acogen los lineamientos internacionales que propenden por lograr la certeza diagnóstica con procedimientos encaminados a descartarla.

En el contrainterrogatorio de la defensa, precisó que, para el 11 de octubre de 2007, cuando el segundo galeno valoró al menor, la sintomatología que presentaba no registraba signos de torsión sino de epididimitis, pues exhibía marcha normal, sin dificultades para caminar, el testículo era palpable, y no había signos de inflamación ni dolor, manifestación infaltable en la diagnosis de torsión. Con esos hallazgos clínicos,

¹ Dicha sentencia se encuentra disponible en el repositorio de la Corte Suprema de Justicia, como consta en el siguiente vínculo, consultado al momento de la presentación de este escrito: <https://consultaprovidencias.cortesuprema.gov.co/busqueda#/visualizador/L3Zhci93d3cvaHRtbC9Jb mRleC9QRU5BTC8yMDE5L0RyLiBKb3PpIEZyYW5jaXNjbyBBY3XxYSBWaXpjYXlhL1NlbnRlbnNp YXMvU1AxMzE1LTItvMTkoNDY3NjYpLmRvYw==/Penal/Casaci%C3%B3n%20No.%2046766>

continúo al contrainterrogatorio, no era posible hacer un diagnóstico diferente a la referencia que se tenía de la ecografía (subrayado fuera del texto original).

Respondió además que, si se trata de un diagnóstico de epididimitis postraumática en un menor de 3 años, se le puede remitir al urólogo pediatra para que haga seguimiento a la forma como se trató la enfermedad, esto es, si la epididimitis se resolvió en forma adecuada. La situación es diferente si la diagnosis arroja escroto agudo o posible torsión testicular que deban descartarse, para lo cual debe remitirse el paciente al urólogo. En el presente caso, agregó, al menor se le remitió al especialista indicado (subrayado fuera del texto original).

Con lo anterior, es evidente que las conclusiones que interpretó la sentencia de primera instancia objeto del presente recurso, van incluso en contravía de las aseveraciones de la médica legista en el proceso penal – en el cual la prueba en comento podría tener validez – pues en el contrainterrogatorio realizado en dicho proceso, señaló que **no había signos de torsión testicular y que la atención médica suministrada era la adecuada para el diagnóstico de epididimitis.**

Ya en lo que respecta a la ausencia de responsabilidad del Dr. JOSÉ GUILLERMO FORERO LEÓN concluyó la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

“En esencia, el proceder del acusado Forero León se orientó a excluir la torsión testicular, según lo declaró en el juicio. En caso de trauma testicular, dijo, debe descartarse el síndrome escrotal agudo, ya que el estallido, la torsión o la hemorragia testicular, son patologías catastróficas. En el caso específico lo descartó a través de la entrevista, el examen físico y con ayuda diagnóstica. Como el menor presentaba unos signos específicos (condición cardiopulmonar normal, estaba tranquilo, podía caminar, no presentaba dolor), era innecesario un nuevo examen diagnóstico, al descartarse manifestaciones de escroto agudo. De haber tenido la sintomatología (febril, inflamado, imposibilitado en el andar, dolor, etc.), habría diagnosticado escroto agudo y, en ese caso, no hubiera ordenado nueva ecografía, sino la hospitalización del paciente, por requerir urgente valoración por urología [33]. [31: Minuto 24 disco 12-14] [32: 43’40’’ Ib.] [33: 44’19’’ Ib.] (subrayado fuera del texto original).

Como viene de verse, de las pruebas practicadas en el juicio y consideradas en el fallo recurrido, surge probable que, cuando el acusado Forero León examinó a DSMR, el diagnóstico fuera de epididimitis, por lo que además de hacerle las recomendaciones del caso a la madre del menor acerca de los signos de alarma, ordenó la remisión por consulta externa con el urólogo. La posibilidad de que ese diagnóstico no hubiere mutado se ratifica en el testimonio de la experta de Medicina Legal, quien precisó que los hallazgos del 11 de octubre, en horas de la noche, cuando el acusado valoró al menor, coincidían con la epididimitis establecida en la mañana en la sede de la Cruz Roja, enfermedad corroborada a través de ecografía.” (Negrita nuestra)

Entonces, afirmar -como lo hace la sentencia de primera instancia- que “sorprende que se haya desestimado de tajo la torsión del testículo” o que “es claro que existió una omisión en el diagnóstico del menor, ya que se descartó la torsión del testículo cuando conforme al mismo especialista del Hospital San José, referenciado en el informe de Medicina Legal, señala que no se puede descartar de tajo” desconoce por completo que no había sospecha de torsión testicular, ni clínica ni paraclínicamente.

Sin embargo, la mayor preocupación derivada de la sentencia apelada, y en la que sustentamos la violación al debido proceso de la entidad que represento, surge del hecho que la única prueba que sustentó el fallo fue la supuesta prueba pericial realizada por el INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL –que nunca fue objeto de contradicción, explicación o desarrollo en este proceso– y todas las restantes pruebas que efectivamente fueron practicadas dentro del debate procesal, fueron pretermitidas en el análisis probatorio, sin mayor explicación.

En ese sentido, se allegó al expediente la totalidad del proceso ético disciplinario adelantado en contra de los profesionales que atendieron la paciente DHILAN SANTIAGO MACÍAS, del cual tenemos que resaltar las siguientes pruebas documentales:

- a. Versión libre del Dr. JOSÉ GUILLERMO LEÓN FORERO en el año 2011, completamente coincidente con su declaración en este proceso.
- b. Dictamen pericial rendido por el Dr. JAIRO HUMBERTO CORREA MEJÍA, médico especialista en Urología quien concluyó en su dictamen:

6. En el caso de la referencia, cuando el paciente fue atendido por el pediatra en el hospital universitario e encuentran criterios clínicos o de ecografía para hacer el Dx de torsión testicular?

Respuesta: definitivamente no hay clínica de torsión testicular, pues en la historia es claro que el pediatra no encontró dolor en el momento del examen, condición sin la cual no puede hablarse de una torsión testicular, tampoco encontró induración del parénquima testicular ni del epidídimo, y sólo hay un hallazgo ecográfico de inflamación del epidídimo y ligero hidrocele fisiológico reactivo, lo cual concuerda con un proceso inflamatorio agudo post traumático, sin estar ante la clínica de una torsión aguda del cordón espermático. Por eso dio salida con fórmula de analgésico y anti inflamatorio orales y recomendaciones sobre signos de alarma para consultar por urgencias, principalmente exacerbación del dolor testicular y/o cambios de tamaño, o consistencia del contenido escrotal, o del color y temperatura del escroto.

- c. Decisión de archivo de la investigación ético disciplinaria en la cual se indica por el Tribunal lo siguiente, respecto de la atención suministrada por el doctor FORERO en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ:

En segundo lugar, el Doctor GUILLERMO FORERO, en su calidad de pediatra de urgencias, valoró a menor DHILAN SANTIAGO MACIAS, en cuya actuación se destaca el resultado de una ecografía sin evidencia de torsión testicular, que se percató que el paciente caminaba sin dificultad y que había dolor a la palpación del testículo. Considera el Despacho que el Doctor FORERO descartó razonablemente que se tratara de una torsión testicular y describió perfectamente como al examen físico pudo palpar el testículo sin registrar retracciones ni dolor. Adicionalmente, el médico en su versión libre explicó como dedicó el tiempo necesario para evaluar al paciente y en la historia clínica describió claramente los hallazgos del examen físico que le permitieron orientar al diagnóstico de orquiepididimitis post traumática. Por esto, en el concepto de esta Corporación, el análisis de la información, los hallazgos del examen físico y la interpretación de los paraclínicos, fue ajustada al *Lex Artis*, descartó una torsión testicular en una forma lógica y coherente, además de que su actuación fue benéfica o en busca de lo más conveniente para el paciente. Nunca ni por acción o por omisión quiso poner en riesgo el testículo del paciente y por el contrario procuró descartar una patología quirúrgica.

No se logra comprender porque la sentencia da valor a un supuesto dictamen pericial de una médica legista del INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL, pero descarta los dictámenes periciales realizados por especialistas en urología (tanto el practicado en el proceso, como el practicado ante el Tribunal de Ética Médica), así como los testimonios técnicos de los doctores DUARTE, MOLANO y FORERO, cuyas conclusiones de manera coincidente apuntan a una actuación adecuada por parte de mi mandante, y a la ausencia del error diagnóstico por el cual se condenó mi representada.

Después de considerar todos los elementos presentados, se concluye que la sentencia de primera instancia erró al otorgarle a una prueba que se había decretado como documental, el valor probatorio de un dictamen pericial. Además, desestimó el valor

probatorio al dictamen pericial del Dr. LARIOS, así como a las declaraciones de los doctores MOLANO y FORERO, argumentando que sus explicaciones no contradecían lo establecido por MEDICINA LEGAL en su informe. No obstante, podemos concluir que estas pruebas invalidan por completo las conclusiones del documento de MEDICINA LEGAL, por las siguientes razones:

En primer lugar, el informe en cuestión señala una supuesta falta de oportunidad en el diagnóstico, lo que habría resultado en la pérdida del testículo. Sin embargo, las pruebas ya expuestas refutan tal información: en el momento en el que se llevó a cabo el examen físico en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ, el menor no presentaba una torsión testicular pues *“ni los signos ni los síntomas que presentaba el paciente eran compatibles con torsión testicular”*. La clínica del menor indicaba que presentaba una epididimitis y además se contaba con una ecografía que reforzaba tal impresión, por lo que no hubo una falta de oportunidad en el diagnóstico. La torsión testicular se presentó posiblemente entre la noche del 12 y la madrugada del 13 de octubre, casi 24 horas después de haber consultado en el HOSPITAL SAN JOSÉ.

En segundo lugar, el documento de MEDICINA LEGAL reprocha la ausencia de una ecografía con doppler en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ. No obstante, de acuerdo con la *lex artis* esta no era necesaria, pues la orden de *“la ecografía doppler depende de la impresión diagnóstica que se tenga en el momento de examinar al paciente”* y en el caso que nos ocupa, el menor no tenía una clínica que indicara siquiera duda de encontrarse ante una torsión testicular, por el contrario, su impresión diagnóstica descartaba esta condición y se encuadraba perfectamente en la de una epididimitis.

En tercer lugar, el informe de MEDICINA LEGAL concluye que el HOSPITAL DE SAN JOSÉ infringió la *lex artis* al no realizar evaluaciones especializadas, específicamente la valoración por un urólogo. Sin embargo, las declaraciones previamente expuestas han dejado claro que tanto el pediatra como el médico general están totalmente capacitados para diagnosticar una posible torsión testicular, la cual en este caso fue descartada. Todos los procedimientos médicos recomendados para este tipo de casos, fueron seguidos, teniendo en cuenta que la sintomatología del paciente indicaba una epididimitis.

En cuarto lugar, la misma médica legista que suscribió el documento de MEDICINA LEGAL en cuestión, durante su interrogatorio en el proceso penal que cursó por los mismos hechos, afirmó explícitamente que la sintomatología observada no indicaba signos de torsión, sino más bien de epididimitis. Explicó que el paciente caminaba con normalidad, que el testículo era palpable y no mostraba signos de inflamación ni dolor, los cuales son indicadores cruciales en el diagnóstico de torsión testicular.

2. AUSENCIA DE ANÁLISIS Y DESCONOCIMIENTO DE LAS NORMAS DE ORDEN PÚBLICO QUE REGULAN LA ATENCIÓN DE URGENCIAS EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - FALTA DE VALORACIÓN ADECUADA DE LAS PRUEBAS RELACIONADAS CON LA ATENCIÓN BRINDADA AL PACIENTE EN EL SERVICIO DE URGENCIAS – CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES LEGALES EN CABEZA DE MI MANDANTE RESPECTO DE LOS SERVICIOS URGENCIAS.

La sentencia desconoció por completo que la atención médica suministrada al menor DHILAN SANTIAGO MACÍAS fue brindada en el servicio de urgencias, el cual se encuentra ampliamente regulado y tiene, como se demostró con suficiencia, una *lex artis ad hoc* específica, en cuanto a la forma en que se realiza la prestación de los servicios y las decisiones médicas para la continuidad de la atención de manera ambulatoria.

En ese sentido, la sentencia indicó: *“Para el despacho es claro que existió una omisión en el diagnóstico del menor, ya que se descartó la torsión del testículo cuando conforme al mismo*

especialista del Hospital San José, referenciado en el informe de Medicina legal, señala que no se puede descartar de tajo. De hecho, lo que manifiesta es que se deben practicar los exámenes a que haya lugar con el fin de descartar la torsión. Aunado a ello se resalta que el Hospital San José cuenta con una infraestructura robusta y de especialistas, los cuales pudieron ser consultados.

Así las cosas, contrario a lo señalado por el Hospital en sus alegatos de conclusión, el Despacho evidencia que existieron dos omisiones determinantes que generaron el daño. La primera, que el menor no fue remitido de manera inmediata a urgencias para que fuera atendido de forma inmediata por un urólogo pediatra. En este caso se debe tener en cuenta que las 24 horas siguientes a la caída son determinantes para confirmar o descartar la torsión del testículo.

Segundo, que no se le ordenaron al menor todos los exámenes del caso, es decir, una ecografía y/o doppler ni se valoró por cirugía la posibilidad de una, valga la redundancia, cirugía exploratoria como lo señala el dictamen. Para el despacho, es claro que dichas omisiones fueron determinantes para la desafortunada situación que sufrió Dhilan. A más que no se le hizo un seguimiento después de la cita que tuvo en Hospital San José.” (subrayado fuera del texto original).

En primer lugar, la lectura de la historia clínica permite evidenciar que la atención del menor se llevó a cabo en el servicio de urgencias, por lo que resultaría extraño señalar que debía ser remitido a ese servicio. Lo cierto es, que los hallazgos clínicos no evidenciaban una torsión testicular, ni mucho menos indicaban una exploración quirúrgica de urgencia, como se afirma en la sentencia, sino que, por el contrario, la conducta adoptada por el médico pediatra se ajustó a la *lex artis ad hoc*, **incluso impartiendo orden de valoración por urología pediatra para el día siguiente.**

Al respecto, el decreto 412 de 1992 define la atención inicial de urgencia como “*todas las acciones realizadas a una persona con patología de urgencia y que **tiendan a estabilizarla en sus signos vitales, realizar un diagnóstico de impresión y definirle el destino inmediato**, tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud” (resaltado fuera del texto original).*

Por su parte, el decreto 3380 de 1981 señala que “*frente a los casos de emergencia o urgencia, entiéndase por ésta, todo tipo de afección que ponga en peligro la vida o la integridad de la persona y que requiera atención médica de acuerdo con el dictamen médico”.*

Tomando como referencia lo anterior, el propósito del servicio de urgencias es resolver asuntos que puedan poner en peligro la vida o integridad del paciente, que requieran de una atención inmediata, comprendiendo esa atención la estabilización de signos vitales, la proposición de un diagnóstico de impresión y la definición de un destino inmediato, sin que se pretenda agotar la totalidad de los requerimientos en salud de un paciente en el servicio de urgencias.

Es por ello por lo que la actividad probatoria de mi mandante se enfocó en demostrar -cómo en efecto se hizo- que esa atención médica se ajustó por completo a la *lex artis* propia de aquellos servicios, sin pretender con ello agotar la totalidad del proceso de atención en salud, pues adecuada y oportunamente se derivó al paciente a consulta externa con urología para continuar con el seguimiento de su patología.

Con base en lo anterior, reiteramos que la atención brindada en el servicio de urgencias se ajustó a los dictados de la ciencia médica aplicables al momento de la atención, realizando las valoraciones requeridas con base en su cuadro clínico.

Ahora bien, respecto de los hallazgos en la atención en el servicio de urgencias, señaló el Dr. FORERO en su testimonio lo siguiente:

3:33: (...) *Desde el ingreso hasta el egreso, la clínica del niño era de una epididimitis izquierda, no tenía ni clínica ni diagnóstico ni nada que hiciese pensar, en ese momento, de una torsión testicular, por lo tanto, el diagnóstico de la torsión testicular no se sospecha en este caso, no tiene clínica de torsión testicular (...) con el diagnóstico de epididimitis, estaba indicado el egreso del paciente".*

3:46 *"En ese momento, de presentarse los hechos, el diagnóstico de epididimitis se maneja ambulatoriamente con analgesia y se le dan los signos de alarma porque la gran mayoría de epididimitis se deben resolver solas".*

De los fragmentos expuestos y en general del testimonio del Dr. FORERO se concluye que el galeno tuvo en consideración los hallazgos clínicos, que la torsión testicular no era una sospecha y que el diagnóstico acertado era una epididimitis, por lo que estaba indicado el egreso del paciente, considerando que la gran mayoría de epididimitis deben resolverse solas.

Con el propósito de llevar un control de la sintomatología presentada por el menor, decidió remitir a DHILAN por consulta externa a urología, siendo esta la conducta adecuada.

Sumado a lo anterior, es impreciso asumir -como lo realizó la sentencia-, que el hecho de que al menor se le hubiera ordenado una ecografía e interconsulta con urología durante una visita a urgencias en el mes de julio, implicaba que, al acudir nuevamente a urgencias en octubre, se debía repetir dicho procedimiento.

Frente al reproche de la sentencia de instancia respecto a que no se le ordenaron al menor todos los exámenes necesarios, consideramos relevante traer a colación varios apartes de la declaración del especialista en urología pediátrica CARLOS ALBERTO GARCÍA LARIOS:

2:45 *"El diagnóstico de torsión de escroto agudo es un diagnóstico de predominio clínico, no paraclínico, o sea los exámenes paraclínicos son una herramienta adicional a la sospecha que yo tengo del diagnóstico. ¿Qué quiere decir eso? Si la clínica predomina en lo que es una torsión testicular, yo no tengo por qué pedirle exámenes adicionales, yo con eso ya lo tengo diagnosticado. Si tengo dudas diagnósticas, si puedo pedirle algún examen adicional"*

3:11 *Pregunta el despacho: ¿Qué exámenes además de la ecografía que ya se le practicó al menor, se deben volver a practicar o ordenarse su práctica para detectar cualquier otra enfermedad importante?*

3:12 *contesta: "Los exámenes que uno pide en ese momento depende de lo que uno encuentre en el examen físico. Si uno encuentra un examen físico donde hay sospecha de torsión testicular o tumor o que por el golpe haya ruptura de un testículo o un trauma epidídimo más severo, habría que repetir una ecografía (...) pero era del mismo día, no creo que me vaya a cambiar el resultado de la ecografía en menos de 24 horas, no va a cambiar absolutamente nada. Ahí lo que prima es el hallazgo al examen físico, viendo lo que el pediatra encontró, que era un examen físico donde el testículo estaba normal, no era doloroso, no había inflamación, pues se queda uno con el diagnóstico de que fue un proceso inflamatorio secundario".*

3:13 *"En general en medicina, la clínica es la que define cuales son los exámenes a solicitar. No el diagnóstico etiológico. (...) uno en medicina no se puede volver mecánico de decir, me duele el testículo - ecografía, me duele la cabeza - resonancia, sino que tiene que tener un principio clínico para solicitar los exámenes. En este caso, como el hallazgo al examen*

físico era normal, y tenía una ecografía de menos de 48 horas, de 24 horas, pues no consideró el pediatra ningún examen adicional y por lo anotado en la historia clínica, no lo ameritaba".

De lo anterior se concluye que, de acuerdo con la *lex artis*, no era necesario practicarle una ecografía nueva al menor DHILAN SANTIAGO, toda vez que ya contaba con una no mayor a 24 horas de practicada, sus síntomas no habían evolucionado y su examen físico era normal.

3. ERROR EN LA VALORACIÓN DEL ACTO MÉDICO – VALORACIÓN Y CONDUCCIÓN DE LAS PRUEBAS A PARTIR DE UN RESULTADO CONOCIDO Y NO CONSIDERANDO LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO Y LUGAR EN QUE SE DESARROLLA EL ACTO MÉDICO – INDEBIDA VALORACIÓN DEL PROCESO DIAGNÓSTICO COMO UN ACTO MÉDICO COMPLEJO – SESGO DE RETROSPECTIVA

Como ya se mencionó previamente, ha señalado la Jurisprudencia Nacional que el proceso diagnóstico es un acto médico complejo, cuyo análisis debe ser realizado por el Juez *ex ante*, "es decir, atendiendo a 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.

Tomando en consideración lo anterior, la sentencia apelada e incluso la conducción de las pruebas por parte de la señora Juez se realizó siempre de manera retrospectiva, partiendo del resultado obtenido en el procedimiento quirúrgico realizado el día 13 de octubre de 2007, esto es dos días después de la atención médica suministrada por el HOSPITAL DE SAN JOSÉ.

Se ha asumido que el desenlace ha debido ser anticipado por los profesionales de la medicina que atendieron al menor en los días previos, cuando los síntomas del paciente no apuntaban en esa dirección, no por descuido e inobservancia de protocolos sino porque efectivamente no eran indicativos de una torsión testicular.

Esta valoración inadecuada del contexto fáctico en que se desarrolló el acto médico llevó a la conclusión errónea de que la torsión testicular debió haberse sospechado previamente, desconociendo el cuadro clínico que presentaba el paciente, la historia clínica, los testimonios técnicos y los dictámenes periciales con base en los cuales se demuestra, sin lugar a duda, que no había evidencia alguna de torsión testicular en la atención suministrada por mi mandante.

En ese sentido, se logró demostrar que los signos y síntomas presentados en la atención médica del HOSPITAL DE SAN JOSÉ eran coincidentes con un diagnóstico de epididimitis, siendo entonces la conducta médica ajustada a la *lex artis ad hoc*.

Consideramos entonces relevante traer a colación la declaración del galeno perito CARLOS ALBERTO LARIOS GARCÍA ante el despacho de primera instancia:

Apoderada Hospital de San José: "¿Manifiéstele al despacho por favor si unos hallazgos clínicos consistentes en: paciente consciente, en buen estado general, C/C normal, C/P normal, GU testículo palpable, no signos de inflamación ni que esta produzca dolor, marcha normal; son o no compatibles con una torsión testicular?"

3:51 Contestó: "Esos signos clínicos son de un examen testicular dentro de límites normales, porque dentro de los signos clínicos que hay de torsión, no están. Entonces

² Sentencia Corte Suprema de Justicia del 26 de noviembre 2010. Ref.: Expediente No. 11001 3103 013 1999 0866701. MP: Pedro Octavio Munar Cadena

es un escroto agudo, porque el paciente consulta por dolor, pero su etiología en ese momento, con ese examen físico, no quiere decir que tenga una torsión testicular."

En la misma línea, el Dr. EDUARDO MOLANO MATAALLANA, radiólogo con más de 40 años de experiencia y quien le practicó a DHILAN SANTIAGO la ecografía el mismo día que acudió al HOSPITAL DE SAN JOSÉ, aclaró en su testimonio lo siguiente:

1:50 Despacho: *¿Qué indica la ecografía del 11 de octubre de 2007?*

1:50 responde: *"Lo único que nos dice es que tenía unos cambios inflamatorios en el epidídimo izquierdo, por el trauma que tenía como antecedente. No más. No había explosión del testículo, no había torsión testicular, no había ruptura de los órganos que están adyacentes, entonces hasta ahí se concluía que no se trataba de nada más que una inflamación del epidídimo secundaria a un trauma".*

1:52 Despacho: *Sírvase informar a la audiencia si esta inflamación del epidídimo era una voz de alerta o de alarma de que se podría producir una torsión testicular*

1:52 responde: *"De ninguna manera. Porque no solamente se afecta el epidídimo en una torsión testicular, el testículo es el más afectado, y los cambios que hay en una torsión testicular son muy evidentes, más si hay un tiempo de evolución. Ese niño seguramente llevaba unas horas después de haber sido llevado para el examen y ya tenían que ser muy evidentes, muy patentes los cambios en el supuesto caso de que existiere en ese momento una torsión testicular"*

1:54 *"(...) un testículo torcido, tiene una posición diferente a la que convencionalmente normalmente se debe encontrar. Debe estar aumentado de tamaño, debe estar alterada la ecogenicidad, es decir, la imagen del testículo está completamente diferente en una forma muy evidente, muy clara. (...) En este caso, el cordón espermático no tenía ninguna aversión en esa ecografía, que eso ayuda para dictaminar en forma muy clara de que en ese momento no había torsión testicular".*

De lo anterior podemos concluir:

1. Las probabilidades de que el paciente presentara una torsión testicular eran mínimas, ya que no presentaba los síntomas característicos de esta patología. No mostraba dolor a la palpación, no presentaba inflamación en el escroto y no experimentaba dolor. Por lo tanto, la probabilidad de una torsión testicular era muy baja.
2. Los resultados de la ecografía practicada no eran indicativos de una torsión testicular, por el contrario, la inflamación del epidídimo no era indicativa de tal patología, ya que en este caso el testículo debe ser el más afectado, lo que no se observaba de ninguna manera en el examen en cuestión.
3. No era necesario de acuerdo con la *lex artis* realizar una nueva ultrasonografía en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ, ya que se había realizado una menos de 24 horas antes y no se observaron cambios en la sintomatología. Además, no todos los pacientes con escroto agudo requieren una ultrasonografía con Doppler, esta se realiza solo en casos de duda, el cual no era el caso, dado que no había induración, inflamación, edema, náuseas, vómitos o pérdida de reflejos. En este caso ocurría lo contrario, el examen físico -que es el de mayor relevancia- realizado en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ arrojó resultados normales, lo que sugiere descarta una torsión testicular en ese momento.

Al analizarse por parte de la señora Juez de manera retrospectiva la atención médica suministrada, conllevó a que hubiese echado de menos la realización de un examen

adicional y la remisión a urología en el servicio de urgencias del HOSPITAL DE SAN JOSÉ y a concluir erradamente que *“existieron dos omisiones determinantes que generaron el daño. La primera, que el menor no fue remitido de manera inmediata a urgencias para que fuera atendido de forma inmediata por un urólogo pediatra (...). Segundo, que no se le ordenaron al menor todos los exámenes del caso (...)”*.

Con base en las pruebas recaudadas, dichas aseveraciones no encuentran sustento científico, y, por el contrario, no existen argumentos médicos que hubiesen permitido sospechar en el servicio de urgencias la existencia de una torsión testicular. En este asunto, no existía forma de prever que el paciente iba a presentar, dos días después, un evento súbito como el que se presentó. Dado que la torsión testicular involucraba tres giros, como señaló la Dra. XIMENA DUARTE SANABRIA, se trata de una condición *“aguda, súbita, de pocas horas de evolución”*. Por lo tanto, era imposible para el HOSPITAL SAN JOSÉ, donde el menor fue atendido dos días antes, prever que días después, de manera repentina y aguda, desarrollaría una torsión testicular.

En ese sentido, señaló el Dr. LARIOS, que es imposible de prever cuándo puede girar un testículo, *“eso puede pasar desde el momento que uno cruza la portería del hospital”*. Para ilustrar al despacho respecto de lo súbitas que son este tipo de patologías en medicina, el Dr. LARIOS trajo a colación un ejemplo: *“ahorita a todos nos pueden hacer acá un electrocardiograma y todos podemos tener un electrocardiograma completamente normal. Y en la esquina, me puede dar un infarto. El examen físico del momento y los laboratorios del momento no me prevén ni me van a prevenir que es lo que me puede pasar en las próximas horas”*. Por lo anterior era imposible sospechar la condición que días después causó la necrosis del testículo, máxime cuando el paciente no contaba con la sintomatología de tal condición.

De hecho, muchas de las preguntas formuladas por la Juez de primera instancia se basaron en el diagnóstico de torsión testicular, el cual claramente fue un hecho posterior y oculto para los médicos del servicio de urgencias durante su intervención profesional. En este sentido, al analizar la atención médica a partir del lamentable resultado de la torsión testicular, la jueza llegó a la conclusión de que se debieron realizar exámenes adicionales en el servicio de urgencias y dedujo de este evento súbito y posterior, que la patología ya existía durante la atención proporcionada en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ, desconociendo que, según el examen físico, no era posible sospechar la condición que días después causó la necrosis del testículo.

Basándonos en las pruebas recopiladas en la etapa procesal correspondiente, ni el cuadro clínico reportado por el paciente en el servicio de urgencias del HOSPITAL SAN JOSÉ ni el examen físico al que fue sometido en dicha institución indicaban o permitían sospechar la torsión testicular que presentó el 13 de octubre de 2007, como se concluyó erróneamente en la sentencia apelada. Este argumento es suficiente para revocar íntegramente la providencia.

4. INADECUADA VALORACIÓN DEL NEXO DE CAUSALIDAD – INEXISTENCIA DE PRUEBA DEL NEXO CAUSAL Y DESCONOCIMIENTO DE LAS PRUEBAS RECAUDADAS DENTRO DEL PROCESO

Consideramos respetuosamente que la sentencia no realizó una adecuada valoración del nexo de causalidad, a pesar de considerar que debía *“echar mano de las leyes de la probabilidad para establecer los hechos que jurídicamente pueden tener alguna implicación”*.

Al respecto, conviene precisar que *“el vínculo causal es una condición necesaria para la configuración de la responsabilidad, el cual sólo puede ser develado a partir de las reglas de la vida, el sentido común y la lógica de lo razonable, pues estos criterios permiten particularizar, de los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un*

resultado, cuál de ellos tiene la categoría de causa". Para tal fin, "debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que sólo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos per se para producirlos, y se detecte aquél o aquellos que tienen esa aptitud"³.

No obstante, "cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia -no conocidos por el común de las personas y de suyo sólo familiar en menor o mayor medida a aquellos que la practican- y que a fin de cuentas dan, con carácter general, las pautas que ha de tener en cuenta el juez para atribuir a un antecedente la categoría jurídica de causa. En otras palabras, un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga. Así, con base en la información suministrada, podrá el juez, ahora sí aplicando las reglas de la experiencia común y las propias de la ciencia, dilucidar con mayor margen de certeza si uno o varios antecedentes son causas o, como decían los escolásticos, meras condiciones que coadyuvan, pero no ocasionan"⁴

En el caso que nos ocupa, la sentencia de primera instancia estableció el nexo de causalidad basándose en una ecografía realizada meses antes de los eventos discutidos, en donde se registró:

NOMBRE DEL PACIENTE : MACIAS RINCON DILAN SANTIAGO
DOCUMENTO : 1073070047 **HISTORIA CLINICA :** 1243270
EDAD : 3 **SEXO :** M
SERVICIO : PEDIATRIA

INFORME 1

NUMERO EXAMEN : 214046
NUMERO CARGO : 3092983
DESCRIPCION EXAMEN : ULTRASONOGRAFIA TESTICULAR CON TRANSDUCTORES DE 7 MHZ O MAS
FECHA Y HORA DE INGRESO A RX : 23/07/2007 22:35:27
LECTURA DIGITADA POR : FABIANC 23/07/2007. 23:41:32

Las dimensiones del testículo derecho son 15,3 x 7,9 x 13 mm. y las del izquierdo son 17 x 12,8 x 14,2 mm.

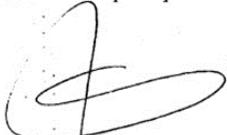
Ambos testículos presenta tamaño, contornos y ecogenicidad usuales, sin evidencia de lesiones focales intraparenquimatosas.
Hidrocele izquierdo

leve engrosamiento regular del epididimo izquierdo sin evidencia de lesiones focales.

adecuado flujo evidenciado a la exploracion doppler color en ambos parenquimas testiculares.

Correlacionar hallazgos con datos clínicos.

CORDON


 LECTURA REALIZADA POR: **ALFONSO ALVAREZ**
MEDICO RADIOLOGO

Sin embargo, como ya se había mencionado en acápites anteriores, se logró demostrar que los síntomas presentados en octubre diferían completamente de los síntomas que el menor experimentó en julio, como lo afirmó el médico perito LARIOS en su declaración:

³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 15 en. 2008, rad. 2000-673-00-01; en el mismo sentido SC, 6 sep. 2011, rad. 2002-00445-01

⁴ STC 2836 - 2021, rad. T 1100102030002021-00562-00

“Si uno compara la diferencia de motivo de consulta en julio y los hallazgos de julio, con el motivo de consulta en octubre y los hallazgos en octubre, se dan cuenta que son dos cuadros completamente diferentes. En julio es un paciente que llega con dolor e inflamación y al examen físico se evidencia dolor e inflamación, por eso la ecografía. (...) El hallazgo de julio del examen físico es positivo. El hallazgo de octubre es negativo, por lo que refieren las historias clínicas, es lo que está anotado”

En este sentido, tal y como consta en la historia clínica, el 23 de julio de 2007 cuando el médico le realizó el examen físico a DHILAN en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ, contaba en el testículo izquierdo con edema, aumento de tamaño y dolor a la palpación.

EXAMEN FÍSICO		PESO <u>12.600</u>	TALLA <u>91</u>	GLASGOW	Tº <u>36</u>	FR <u>30x</u>
T.A. <u>99/58</u>	FC <u>67</u>	PULSOXIMETRIA <u>93-92%</u>		PC		
CABEZA	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	ABDOMEN	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	NEUROLOGICO	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	
OJOS	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	GENITOURINARIO	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	PIEL	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	
ORL	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	EXTREMIDADES	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	LINFATICO	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	
CUELLO	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	OSTEOARTICULAR	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	PSIQUIATRICO	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	
TORAX	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	CARDIOPULMONAR	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal			
DESCRIPCION DE LA ANORMALIDAD <u>Paciente algado, alerta, activo - reactivo</u>						
<u>CC: normocéfalo, conjuntivas normales, orofaringe normal.</u>						
<u>Torax: simétrico, sin dificultad respiratoria R₂/S rítmicos</u>						
<u>sin suplos R₂/R₂ sin ruidos. AS: blando, depresible, no doloroso</u>						
<u>Ext: entofíticas, sin edema GU: testículo izquierdo con edema, aumento de tamaño y dolorosa a la palpación. Neurolog. sin deficit.</u>						
<u>24</u>						

Mientras que, cuando el menor regresó al HOSPITAL DE SAN JOSÉ en octubre del mismo año, no contaba con ninguno de los síntomas anteriores en el momento del examen físico. Así, en la descripción de la anormalidad, la historia clínica narra que el testículo se encuentra palpable, no hay signos de inflamación ni de que esté produciendo dolor; además no reporta limitaciones a la marcha.

EXAMEN FÍSICO		PESO <u>12.400</u>	TALLA <u>91</u>	GLASGOW <u>15/15</u>	Tº <u>3</u>	FR <u>34x</u>
T.A. <u>105/110</u>	FC <u>104</u>	PULSOXIMETRIA <u>97%</u>		PC		
CABEZA	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	ABDOMEN	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	NEUROLOGICO	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	
OJOS	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	GENITOURINARIO	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	PIEL	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	
ORL	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	EXTREMIDADES	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	LINFATICO	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	
CUELLO	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	OSTEOARTICULAR	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	PSIQUIATRICO	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	
TORAX	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	CARDIOPULMONAR	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal			
DESCRIPCION DE LA ANORMALIDAD <u>pte conciente, activo, en</u>						
<u>buen estado general. CC normal</u>						
<u>EP normal Abdomen no doloroso. GU:</u>						
<u>Testículo palpable no signos de inflamación, ni que está produciendo dolor.</u>						
<u>Marcha normal sin limitación para caminar</u>						

Considerando tanto el testimonio del Dr. LARIOS como las historias clínicas, es evidente que cuando se le realizó el examen físico en julio, el paciente sí presentaba síntomas que sugerían una posible torsión testicular, como inflamación, dolor a la palpación y edema. No obstante, en octubre, al ser revisado nuevamente, no presentaba ninguno de estos síntomas; no había dolor, edema ni inflamación. Por lo tanto, no era necesario desde la *lex artis* ordenar una ecografía Doppler dado que no existían signos que sugirieran una torsión testicular. Además, ya se contaba con una ecografía del mismo día desde la cual no se había observado cambio de síntomas.

En ese sentido, de acuerdo con la citada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la Juez no solo estaba obligada a aplicar las reglas de la experiencia común al momento de determinar la causalidad, sino también las normas propias de la ciencia, que fueron detalladamente explicadas en el proceso por el galeno perito LARIOS GARCÍA.

Estas reglas científicas que la Juez debía considerar indicaban que no era apropiado solicitar una nueva ecografía, como se hizo en la atención en julio, dado que la clínica en octubre era diferente a la de esa ocasión. Por lo tanto, si la jueza hubiera tenido en cuenta estas reglas propias de la medicina, no habría interpretado los hechos de julio como una razón para determinar la causalidad de los hechos de octubre.

Se insiste que en el debate se aportaron y practicaron diversas pruebas con el objetivo de informar al proceso sobre las reglas técnicas de la ciencia pertinentes aplicables al caso en concreto. La juez mostró un alto grado de participación al realizar preguntas directas tanto a los testigos como al galeno perito. Así que, resulta sorprendente que no se hayan considerado estas máximas de la ciencia para determinar la causalidad.

Los verdaderos síntomas de la torsión testicular empezaron la noche del 12 de octubre del 2007, esto es, casi 24 horas después de haber sido dado de alta en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ. Esto consta claramente en la historia clínica de la CLÍNICA SAN RAFAEL, pues refiere como motivo de consulta *“desde anoche aumento de tamaño testicular y eritema con aumento de dolor”*

EPICRISIS	
HISTORIAS CLINICAS	
Historia Urgencias	
Número de Registro :	410123
Tipo de Consulta :	Historia Urgencias
Médico :	Ivan Bermejo
Fecha de Atención :	oct 13, 2007
Hora de Atención :	10:36:00
Causa Externa :	ENFERMEDAD GENERAL
Motivo de Consulta :	"Golpe testicular"
Finalidad :	NO APLICA
Ambito Realización :	URGENCIAS
Enfermedad Actual :	Cuadro de 2 días de evolución de trauma testicular, consulta a su EPS en donde toman Ecografía testicular que reporta proceso inflamatorio epididimario izquierdo dan de alta con analgésicos, reconsult ayer a su EPS pediatría en donde continúan analgesia, desde anoche aumento de tamaño testicular y eritema con aumento del dolor, razon por la cual consulta.

Al HOSPITAL DE SAN JOSÉ no le era posible prever que el paciente iba a presentar días después una torsión testicular.

Aunado a esto, la torsión testicular que presentó el menor DHILAN SANTIAGO fue de tres giros, por lo que de acuerdo con la Dra. XIMENA DUARTE se trata de una condición *“aguda, SÚBITA, de pocas horas de evolución”*.

Al respecto, precisó la Dra. DUARTE en su testimonio que *“el hecho de que haya encontrado que hay 3 giros, hace que muy probablemente el tiempo de evolución para llevar a una necrosis sea mucho menor a si encontrara un giro (...)”*. Por consiguiente, no es consistente con las máximas de la experiencia médica que, cuando el paciente fue atendido en el servicio de urgencias del HOSPITAL SAN JOSÉ dos días antes, estuviese cursando con una torsión testicular.

En conclusión, no se encuentra acreditada la relación de causalidad -de acuerdo con las máximas de la ciencia- que el despacho consideró probada. Por el contrario, las pruebas practicadas y allegadas al proceso indican que en el momento en el que el menor fue atendido en el HOSPITAL SAN JOSÉ, no presentaba torsión testicular y, además, no le era posible predecir si en el futuro el menor iba a sufrir o no de esta condición.

5. INDEBIDA ESTIMACIÓN DE LOS PERJUICIOS DEPRECADOS – INADECUADA VALORACIÓN PROBATORIA – DESCONOCIMIENTO DE LAS PRUEBAS LEGALMENTE RECAUDADAS DENTRO DEL PROCESO – RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS INJUSTIFICADOS – DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL SOBRE EL PERJUICIO Y SU CUANTIFICACIÓN EN PESOS Y NO EN SALARIOS

MÍNIMOS – RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES NO RECONOCIDOS POR LA JURISDICCIÓN CIVIL Y NO SOLICITADOS POR LA PARTE ACTORA – DOBLE INDEMNIZACIÓN DE UN MISMO DAÑO – RECONOCIMIENTO DE INDEMNIZACIÓN SIN HABERSE DEMOSTRADO UN DAÑO CIERTO RESPECTO DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL

En relación con los perjuicios reconocidos por el despacho, es importante destacar en primer lugar que la demanda presentada por DHILAN SANTIAGO MACÍAS nunca solicitó la indemnización por daño a la salud ni por daño a la vida de relación, aspectos que sí fueron reconocidos por la sentencia. Esta omisión constituye una clara violación al debido proceso y, evidentemente, conduce a una sentencia incongruente y extrapetita.

Así, el artículo 281 del Código General del Proceso contempla tres reglas a seguir por el Juez al momento de proferir sentencias: (i) no se pueden emitir fallos ultra petita, es decir, sentencias en las que se condene al demandado por una cantidad superior a la solicitada en la demanda o conceder más cuestiones de las pedidas; (ii) no es válido emitir fallos extra petita, es decir, aquellos en los cuales se condena al demandado con base a pretensiones distintas a la demanda; y (iii) no se puede proferir sentencias por causas distintas a las de la demanda.

En ese sentido, las condenas pretendidas en la demanda son:

3. Que se condene a la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA Y BOGOTÁ y/o la SOCIEDAD DE CIRUGIA DE BOGOTA HOSPITAL DE SAN JOSÉ y/o la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR y/o el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL a pagar por concepto de PERJUICIOS MORALES al menor DHILAN SANTIAGO MACIAS RINCON cuando menos 100 SMMLV, sin perjuicio de un mayor valor que resulte de las reglas de la equidad, la ley o la jurisprudencia.
4. Que se condene a la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA Y BOGOTÁ y/o la SOCIEDAD DE CIRUGIA DE BOGOTA HOSPITAL DE SAN JOSÉ y/o la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR y/o el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL a pagar, por concepto de PERJUICIO PSICOLÓGICO al menor DHILAN SANTIAGO MACIAS RINCON cuando menos 100 SMMLV, sin perjuicio de un mayor valor que resulte de las reglas de la equidad, la ley o la jurisprudencia.
5. Que se condene a la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA Y BOGOTÁ y/o la SOCIEDAD DE CIRUGIA DE BOGOTA HOSPITAL DE SAN JOSÉ y/o la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR y/o el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL, a pagar, por concepto de PERJUICIOS POR ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA Y DESARROLLO al menor DHILAN SANTIAGO MACIAS RINCON cuando menos 100 SMMLV, sin perjuicio de un mayor valor que resulte de las reglas de la equidad, la ley o la jurisprudencia.
6. Que se condene a la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA Y BOGOTÁ y/o la SOCIEDAD DE CIRUGIA DE BOGOTA HOSPITAL DE SAN JOSÉ y/o la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR y/o el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL, a pagar por concepto de PERJUICIO ANATÓMICO FUNCIONAL al menor DHILAN SANTIAGO MACIAS RINCON cuando menos 100 SMMLV, sin perjuicio de un mayor valor que resulte de las reglas de la equidad, la ley o la jurisprudencia.
7. Que se condene a la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA Y BOGOTÁ y/o la SOCIEDAD DE CIRUGIA DE BOGOTA HOSPITAL DE SAN JOSÉ y/o la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR y/o el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL a pagar por concepto de PERJUICIOS ESTETICO al menor DHILAN SANTIAGO MACIAS RINCON cuando menos 100 SMMLV, sin perjuicio de un mayor valor que resulte de las reglas de la equidad, la ley o la jurisprudencia.

Si bien la ley consagra ciertas excepciones al principio de congruencia en cuestión, como en ciertos procesos de familia, en procesos laborales favorables al trabajador, o aquellos en los que se protejan los intereses de la comunidad; en el caso que nos ocupa no nos encontramos dentro de ninguna de estas circunstancias. Por lo tanto, la estimación de las pretensiones debe hacerse basándose en la demanda, en lugar de reconocer en la sentencia la indemnización de perjuicios que nunca fueron solicitados por la parte actora.

De igual modo, consideramos que la tasación del daño moral resulta excesiva considerando los topes máximos reconocidos, pues los falladores deben atender a

la orientación proporcionada en los precedentes sobre la materia⁵. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha concedido en términos de daño moral las siguientes sumas:

“(...) en SC 30 jun. 2005, rad. 1998-00650-01 la suma de \$20.000.000 por el fallecimiento de madre en accidente de tránsito; Sent. sustitutiva 20 ene. 2009 – rad.1993-00215-01 la suma de \$40.000.000 a persona con lesiones cerebrales por disparo imprudente de arma de fuego; Sent. sustitutiva 17- nov. 2011, rad. 1999-00533-01 la suma de \$53.000.000 a los familiares de persona fallecida en cirugía de septoplastia; SC 12 jul. 2012 rad. 2002-00101-01 la suma de \$55.000.000 por fallecimiento de padre; SC 8 ago. 2013 rad. 2001-01402-01 la suma de \$55.000.000 por fallecimiento de padre; SC12994-2016 la suma de \$56.670.000 confirma decisión del a quo (...). SC21898-2017 la suma de \$40.000.000 daño por extracción de ojo; SC5686-2018 la suma de \$72.000.000 a familiares de personas fallecidas en tragedia de Machuca (se otorgó un mayor valor ante la magnitud, alcance y gravedad del hecho); SC665-2019 la suma de \$60.000.000 por muerte de peatón en accidente de tránsito; SC562-2020 la suma de \$60.000.000 a víctima y padres por ceguera total, extracción globo ocular, parálisis medio lado corporal y retraso mental por mala atención médica a neonato; SC780-2020 la suma de \$30.000.000 para víctima y familiares por lesiones de mediana gravedad en accidente de tránsito; SC 5125-2020 la suma de \$55.000.000 Fallecimiento del padre; SC3943-2020 la suma de \$40.000.000 A favor del menor y padres por parálisis cerebral por negligencia en la atención médica a neonato (...)”⁶.

La sentencia en cuestión reconoce en favor de DHILAN SANTIAGO MACÍAS por daño moral 20 SMMLV, por daño a la vida en relación 20 SMMLV y por daño a la salud 20 SMMLV, para un total de 60 SMMLV.

Referente a NORMA YOLIMA RINCÓN, la providencia reconoce 15 SMMLV a título de daño moral, al igual que para NÉSTOR ALONSO MACÍAS. En relación con MARILUZ BOLÍVAR y PARMENIO MARICAS RINCÓN, se les concedió indemnización por 10 SMMLV a cada uno por daño moral. Por último, a CARLOS GERMÁN MACÍAS BOLÍVAR y ALBA LILIANA MACÍAS BOLÍVAR se les reconoció una indemnización a cada uno por daño moral de 5 SMMLV.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien el tope en materia de daño moral ha estado entre \$60.000.000 y \$72.000.000 para cada una de las víctimas, estas cifras están generalmente reservadas para eventos dañosos muy graves, como lo es el fallecimiento de un descendiente⁷. En este escenario, sin embargo, no estamos frente a una situación de esta naturaleza. Como se demostró en el proceso, la pérdida del testículo no genera secuelas; de hecho, tal y como lo mencionó el perito galeno LARIOS en su declaración, no afecta la fertilidad: *“se puede tener un equipo de fútbol de hijos”*.

Específicamente, el Dr. LARIOS señaló en su declaración lo siguiente: 4:12 - **“Un solo testículo no tiene ningún inconveniente. La función de los testículos son dos: uno, producir testosterona para los caracteres secundarios sexuales y dos producir los espermatozoides para la fertilidad. La naturaleza es sabia, cuando un paciente se queda con un solo testículo y es un niño menor de 7-8 años, el testículo que queda empieza a cumplir las funciones del testículo contralateral, eso tiene un nombre que se llama una hipertrofia compensatoria (...)”** *“ese testículo puede cumplir las funciones del que se perdió”*.

⁵ Corte Suprema de Justicia, SC AC2923-2017, 11 may., rad. 2017-00405-00; CSJ AC3265-2019, 12 ago., rad. 2019-02385-00; CSJ AC1323-2020, 6 jul., rad. 2020-00686-00; CSJ AC188-2021, 1º feb., rad. 2020-02990-00

⁶ SC4703-2021, Radicación: 11001-31-03-037-2001-01048-01. Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

⁷ SC4703-2021, Radicación: 11001-31-03-037-2001-01048-01. Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Además, respecto de la incontinencia urinaria de la cual sufrió DHILAN después de los hechos en cuestión, señaló el perito galeno LARIOS que no había ninguna relación con la torsión testicular:

4:13 - *“Es como si hoy me tronchara un pie, me ponen una vendita, me dan acetaminofén y a las 24 horas empiezo a tener un pitico en el oído, no tiene absolutamente ninguna correlación. Es muy frecuente que todo lo genital se piense que va todo de la mano (...), entonces uno dice, si me golpee el testículo puedo quedar con impotencia o problemas en los riñones, por poner un ejemplo. No, acá solamente fue el testículo que se afectó, pero toda la parte urinaria, del funcionamiento es otro camino completamente diferente, ni se cruzan nunca, no tienen ninguna relación”.*

En sentido similar declaró ANDREA XIMENA DUARTE SANABRIA: *“la incontinencia urinaria no tiene relación y no la manejan los testículos, o sea es un mecanismo fisiológico completamente diferente”.*

Considerando todo lo expuesto anteriormente, era imperativo que la Juez en la sentencia evaluara los aspectos indemnizatorios del daño moral en función con las verdaderas experiencias de sufrimiento de los demandantes, considerando las pocas consecuencias que puede tener la pérdida de un testículo a una corta edad para una persona y para sus familiares.

En cuanto a los daños otorgados en el marco de la acción extracontractual a favor de los señores Parmenio Macías Rincón (abuelo paterno), Mary Luz Bolívar (abuela paterna), Alba Liliana Macías Bolívar (tía) y Carlos Germán Macías Bolívar (tío), no se demostró la afectación sufrida por ellos. Es importante señalar que en este caso se trata de una afectación de índole íntima y privada, como lo indicó en su testimonio la doctora ANDREA XIMENA DUARTE SANABRIA, la cual, en principio, solo sería discutida con las personas con las que DHILAN SANTIAGO pudiera tener una relación de intimidad. Según las reglas de la experiencia, los temas relativos a las partes íntimas de una persona no forman parte de las conversaciones habituales con miembros de la familia, como abuelos o tíos.

Adicionalmente, de las declaraciones de ALBA LILIANA MACÍAS y MARILUZ BOLÍVAR se deriva que no era un tema que se tratara directamente con el menor o que fuese discutido por su naturaleza privada, señalando la primera que vivió los hechos desde lo que a ella le contaban y la segunda aseveró que estos acontecimientos fortalecieron la unión familiar.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, si bien el daño moral es indemnizable *“ello no significa que para que haya lugar a su reparación, esté eximida la exigencia de que el mismo sea cierto, esto es, **que obre la prueba, tanto de su existencia como de la intensidad que lo resalta**”*⁸. Por lo anterior, según la Corte, cuando se examina el daño causado a la víctima *“lo que a final de cuentas se examina es **si hay o no prueba del mismo**, sin perjuicio de los casos en los que opera la presunción de causación, como, por ejemplo, en el daño moral producido por la muerte de un familiar próximo”*⁹.

Para el caso en concreto, no hay pruebas en el expediente que otorguen certidumbre absoluta del dolor, padecimiento o congoja de aquellos actores como consecuencia de los hechos. Como lo señaló la Corte, para el reconocimiento de perjuicios en estos eventos, debe haber prueba del mismo, por lo que no se puede partir de presunciones o inferencias -como se realizó en la sentencia objeto de recurso-. Por consiguiente, la Juez no debió haber condenado a mi mandante a

⁸ SC3255 de 2021, Radicación n.º 23001-31-03-003-2014-00116-01

⁹ ibídem

indemnizar a estos actores por daño moral, al no encontrarse ninguna prueba que acreditara el dolor, sufrimiento o congoja de éstos.

Además, la Juez no tuvo presente uno de los pilares fundamentales de las indemnizaciones en responsabilidad civil: *“una condena excesiva puede ser fuente de riqueza o ganancia injustificada”*¹⁰. En este caso particular, como se discutirá en el próximo acápite, la condena excesiva efectivamente se traduce en una fuente de riqueza injustificada para los demandantes, máxime cuando estos ya habían sido indemnizados por las demás entidades demandadas en el proceso.

Igualmente cuestionamos el hecho de que la condena por perjuicios extrapatrimoniales se haya realizado en salarios mínimos y no en pesos, como de manera reiterada lo ha indicado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Por último, es importante señalar que el Consejo de Estado ha unificado todas las consecuencias provenientes de una afectación a la integridad psicofísica de las personas bajo la denominación de *“daño a la salud”*. Lo anterior, debido a que el concepto de salud abarca múltiples aspectos de la persona, no solo internos, sino también físicos, psicológicos y sociales. En consecuencia, ya no es factible desglosar o subdividir el daño a la salud en diversas categorías como el daño estético o daño social¹¹.

En ese sentido, consideramos redundante indemnizar el daño a la vida de relación y el daño a la salud como independientes, pues el daño a la salud debe subsumir esa otra categoría de perjuicio extrapatrimonial.

6. DESCONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN PREVIA RECIBIDA POR LA PARTE ACTORA – CARÁCTER INDEMNIZATORIO DE LOS PAGOS REALIZADOS POR LOS DEUDORES SOLIDARIOS DENTRO DE LA ACCIÓN – CARÁCTER RESARCITORIO DE LOS PAGOS REALIZADOS CON OCASIÓN DE LA CONCILIACIÓN JUDICIAL – ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA – DOBLE INDEMNIZACIÓN.

Consideramos también problemático que la sentencia de primera instancia haya desconocido sin justificación alguna la suma de \$90.000.000 que fue reconocida por los deudores solidarios también demandados dentro del proceso -CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR, LIBERTY SEGUROS S.A., CRUZ ROJA COLOMBIANA Y PREVISORA S.A.-, como consta en las actas correspondientes de las audiencias en las que se llevó a cabo el acuerdo conciliatorio:

Hospital San José en los términos del poder conferido. Acto seguido se invitó a las partes a conciliar sus diferencias, llegando al siguiente acuerdo parcial: CAJA DE CPOMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR se compromete a: i) pagar o consignar a la parte demandante la suma de \$40.000.000,00 Mda. Cte., en la cuenta de ahorros No. 451400018979 de Banco Davivienda a nombre de Dilhan Santiago Macías Rincón , dentro de los 8 días hábiles siguientes contados a partir de la entrega de la certificación

¹⁰ SC10297 de 2014, Radicación n. 11001-31-03-003-2003-00660-01

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de enero de 2015, radicación: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912), Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

de vigencia de la cuenta de ahorros en mención. ii) Otorgar a Dilhan Santiago un plan complementario de salud por 3 años, contados a partir del 1º. De junio de 20º18, con el compromiso que durante este mismo tiempo el menor siga afiliado al POS se Compensar. ii) Cuando el niño tenga la edad correspondiente y el médico tratante así lo disponga, se le implante al aludido menor la prótesis testicular , aclarando que Compensar acarrearía con los gastos de la prótesis y de todos los procedimientos pre, intra y post-operatorios, aclarando que los servicios y los médicos serán de la red de prestadores de Compensar. Por su parte la llamada en garantía Liberty seguros ofrece a la parte demandante la suma de \$10.000.000,00, (para completar la suma de \$50.000.000,00), suma que se consignará en la cuenta en la cuenta de ahorros No. 451400018979 de Banco Davivienda a nombre de Dilhan Santiago Macías Rincón, dentro de los 15 días hábiles siguientes al diligenciamiento de los documentos pertinentes. Teniendo en cuenta que la parte demandante aceptó la propuesta, y las otras demandadas, en especial las aseguradoras tienen la intención de conciliar el resto de las pretensiones que fueron tasadas por la parte demandante en \$70.000.000,00, se solicitó la suspensión del presente proceso hasta el día 26 de junio de 2018, por lo cual el Despacho DISPUSO:1.

JUZGADO 29 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.

Bogotá D. C., veintisiete (27) de junio de 2018

RADICACIÓN: 1100131030029201300000008600000
Expedientes: 2013 0086 Y 2013-111 ACUMULADOS
DEMANDANTES: DILHAN SANTIAGO MACIAS
REPRESENTADO POR SU SRA MADRE NORMA YOLIMA RINCON,
NESTOR ALONSO MACIAS Y OTROS
DEMANDADOS DIRECTOS: CRUZ ROJA COLOMBIANA, SOCIEDAD
DE CIRUGÍA BOGOTA, HOSPITAL SAN JOSE, CAJA DE
COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR Y HOSPITAL
UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL
LLAMADAS EN GARANTIA:
IPS CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA Y
BOGOTA, SOCIEDAD DE CIRUGIA DE BOGOTA- HOSPITAL SAN
JOSE, LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, ALLIANZ
SEGUROS S.A. Y LIBERTY SEGUROS
PROCESO: DECLARATIVO (RCC Y RCE)
ASUNTO: AUDIENCIA ART. 101 C.P.C. CONCILIACION
PARCIAL, SANEAMIENTO DEL PROCESO Y
FIJACION DEL LITIGIO.

Hospital de San José. Se hizo un receso, luego de lo cual, se llegó al siguiente acuerdo parcial: CRUZ ROJA COLOMBIANA y su llamada en garantía La Previsora S.A., se comprometen a pagar a los demandantes la suma de CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$40.000.000,00) así: La compañía aseguradora La Previsora S.A., con cargo a la póliza No. 1009823, vigente para la época de los hechos, cancelará \$20.000.000,00 mediante transferencia electrónica en la cuenta de ahorros No. 451400018979 de Banco Davivienda a nombre de Dilhan Santiago Macías Rincón, el día 30 de julio de 2018, siempre y cuando la parte demandante presente los documentos respectivos, que fueron enunciados en la audiencia el día 29 de Junio del avante año, o a los treinta días siguientes a la presentación de los documentos por parte del extremo actor. Por su parte Cruz Roja Colombiana se compromete a cancelar a la parte demandante mediante transferencia electrónica, en la misma fecha y en la misma cuenta de ahorros del menor Dilhan la suma de \$20.000.000,00, previa presentación de los documentos señalados por la Cruz Roja Colombiana. Así las cosas, el Despacho DISPUSO:1. DECLARAR FRACASADA LA CONCILIACIÓN por parte de las demandadas Hospital Universitario Clínica San Rafael y Sociedad de Cirugía de Bogotá, Hospital de San José, por falta de ánimo conciliatorio.

1. Aprobar en todas y cada una de sus partes el acuerdo parcial a que llegaron los demandantes con CRUZ ROJA COLOMBIANA y su llamada en garantía LA PREVISORA S.A. en la presente audiencia.
2. Como corolario de lo anterior, se Termina el presente proceso entre las partes en mención, por conciliación.

Es evidente, tal y como se desprende de las demandas, que el daño deprecado por los demandantes en las dos acciones **es exactamente el mismo** que se debate en la sentencia, y que la indemnización de éste por parte de las entidades codemandadas, debe ser considerado al momento de la tasación de los perjuicios, pues el daño sería insubsistente al haber sido indemnizado.

Referente a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que *“un daño sólo puede ser indemnizado una sola vez, sin que sea posible recibir o acumular varias prestaciones con funciones indemnizatorias que excedan la reparación total del daño, en tanto que son admisibles las que carezcan de esta función (v, gr. donaciones).”*¹²

La jurisprudencia ha acogido este concepto denominado por la doctrina como *compensatio lucri cum damno*, el cual implica la necesidad de equilibrar las ventajas que el afectado recibe a raíz del evento, con los perjuicios realmente sufridos. De no hacerlo así, *“el resarcimiento desorbitaría su función equilibradora de los intereses*

¹² Sentencia N° 198 de 3 de septiembre de 1991.

perjudicados, dado que una vez producido el daño, el perjudicado quedaría restituido a una situación mejor que la que con anterioridad tenía”¹³.

Así pues, la Corte ha señalado que uno de los criterios para determinar la posibilidad de acumular o no una determinada prestación ha sido el de la naturaleza indemnizatoria de los pagos. En palabras de la Corte, *“el problema se reduce a determinar la naturaleza de las prestaciones que la víctima recibe de terceros con ocasión del hecho dañoso, aún cuando éste constituya la única causa de tales beneficios; de suerte que lo que realmente importa es si lo que se recibe constituye o no una reparación o indemnización del daño irrogado. En caso afirmativo, el cúmulo es inadmisibles porque un daño no puede ser reparado dos veces; pero si las prestaciones no tienen ese carácter, es decir si su esencia no es resarcitoria, el cúmulo sería procedente”¹⁴.*

En otra sentencia, la Corte negó la excepción de *compensatio lucri cum damno*, concluyendo que *“no hay lugar a reducir la indemnización porque las prestaciones derivadas de los distintos regímenes no son excluyentes, pues emanan de títulos distintos y no cumplen la misma función”¹⁵.*

En el caso en concreto, los mismos demandantes reconocieron el carácter indemnizatorio de los dineros recibidos por CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR, LIBERTY SEGUROS S.A., CRUZ ROJA COLOMBIANA Y PREVISORA S.A., como consta en la comunicación obrante en el expediente, a folio 357 y 358 del Cuaderno Principal Tomo II:

Señores:

JUZGADO VEINTINUEVE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Atn. Martha Inés Díaz Romero
Juez 2
Bogotá D.C



JUZGADO 29 CIVI CTO. 8

Referencia: Destino Recursos recibidos en Proceso 2013 – 0086 y 2013 – 011 Menor Dhilan Santiago Macías Rincón.

Cordial saludo. NORMA YOLIMA RINCON BORRAY identificada con cedula de ciudadanía número 39.812.638, Y NESTOR ALONSO MACIAS BOLIVAR identificado con cedula de ciudadanía número 79.650.794 obrando en representación legal de nuestro hijo DHILAN SANTIAGO MACIAS RINCON, y dando respuesta al oficio número 0612 del 21 febrero 2019 ref.- Declarativo nro. 2013-0086 y 2013-011.

Queremos comunicarles que en mutuo acuerdo y en decisión pactada de juramento entre nosotros padres del menor, **nos rehusamos de manera contundente a utilizar** el dinero hasta al momento recibido por indemnizaciones en el proceso que se adelanta en los daños ocasionados al menor por negligencia médica. Para aportar pruebas al proceso, debido a que estos recursos serán utilizados única y exclusivamente para estudio y exámenes médicos de nuestro hijo.

Y continúa:

Reiteramos nuestra decisión de manifestar que los recursos recibidos no serán utilizados en aporte de pruebas, ya que nada nos garantiza su devolución y en cierta medida representan un beneficio económico a los daños causados en el menor. **Estos dineros serán solo utilizados en estudio y exámenes médicos.**

Buen día, y ofrecemos disculpas por la demora en la respuesta a su oficio, no conocemos mucho de los trámites judiciales y no tenemos un abogado que nos brinde ayuda.

Dicha comunicación se encuentra suscrita por los padres de DHILAN SANTIAGO, como consta en el mencionado documento, y reconocen – como en efecto sucedió – que los dineros recibidos tenían una finalidad indemnizatoria.

¹³ SC407-2023 Radicación n.º 11001-31-03-026-2013-00022-01 citando a DE CUPIS, Adriano. El Daño. Ediciones Arkhé, Barcelona, 1975, pág. 330.

¹⁴ Sentencia 9 de Julio de 2012 - Exp. 11001-3103-006-2002-00101-01

¹⁵ SC780-2020, Radicación n.º 18001-31-03-001-2010-00053-01.

Adicionalmente, a ello, el menor DHILAN SANTIAGO también recibió como beneficio la afiliación al plan complementario de Compensar EPS, y la futura realización de la cirugía para la colocación de prótesis testicular, lo cual refuerza la naturaleza indemnizatoria del acuerdo suscrito, en virtud del cual se finalizó el proceso para las entidades a cargo de la prestación.

A partir de lo expuesto, se concluye que las indemnizaciones otorgadas por CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR, LIBERTY SEGUROS S.A., CRUZ ROJA COLOMBIANA Y PREVISORA, al cumplir la función de reparar el mismo daño causado, de acuerdo con la figura de la *compensatio lucri cum damno*, le imponen a la Juez reducir la indemnización, considerando los pagos previamente realizados.

Contrario a lo anterior, la Juez decidió no descontar las sumas pagadas por las otras demandadas argumentando que *“la fuente de la obligación es distinta, es decir, para el caso del Hospital San José, la fuente es el daño y para los demás la fuente fue un negocio jurídico, como fue la conciliación”*.

No obstante, el criterio para definir la aplicación de la *compensatio lucri cum damno* en el caso concreto no es la fuente de la obligación -como lo señaló erróneamente la sentencia-, sino el hecho de que las sumas recibidas constituyan una reparación del daño¹⁶. Como ya se expuso, los mismos demandantes reconocieron ante el despacho que las sumas recibidas en efecto constituían reparación del daño causado, por lo que la Juez debió haber descontado tales sumas pagadas.

7. INSUFICIENTE ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES FORMULADAS EN REPRESENTACIÓN DE MI MANDANTE

Para concluir, señala la sentencia apelada lo siguiente en relación con las excepciones formuladas: *“Respecto de las excepciones planteadas, se debe mencionar que las mismas quedaron desvirtuadas con el anterior análisis, es decir, al acreditarse la culpa y los otros elementos que fue en los que se centró la Sociedad de Cirugía de Bogotá - Hospital de San José, desvirtúan las excepciones y estas están llamadas al fracaso”*.

El anterior análisis al que hace referencia el fragmento citado de la sentencia plantea que se encuentra acreditada la culpa por existir una demora en la atención, ya que no se remitió al especialista a tiempo ni se ordenaron los exámenes especializados.

Sin embargo, como se pudo demostrar y se ha analizado a lo largo del presente escrito, los síntomas que presentaba el menor cuando fue examinado en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ, no permitían sospechar una torsión testicular. Por el contrario, dichos hallazgos eran concordantes, de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, con una epididimitis y no permitían prever la torsión testicular, como se pudo demostrar con las pruebas técnicas e incluso puede ser corroborado con la literatura médica disponible.

Es claro que la providencia apelada no analizó en detalle las excepciones formuladas, solo se limitó a señalar que quedaron desvirtuadas. No obstante, si se hubiera realizado una evaluación exhaustiva de estas, habrían sido debidamente acreditadas, como se procederá a analizar brevemente:

En primer lugar, se formuló la excepción de *“Inexistencia de una actuación culposa y/o negligente por parte de la Sociedad de Cirugía de Bogotá - Hospital de San José”*. No puede desconocerse que, para estos asuntos, la culpa debe ser analizada bajo los parámetros de la *lex artis ad hoc*, es decir, comparándola con las recomendaciones científicas propias del estado de la ciencia aplicables al momento de los hechos. Tal

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, SC Sentencia 9 de Julio de 2012 - Exp. 11001-3103-006-2002-00101-01

y como se acreditó a lo largo de este proceso, la actuación de mi mandante fue en todo momento adecuada, oportuna, diligente y acorde con las directrices científicas.

De hecho, como ya se ha mencionado, la actuación del especialista en pediatría que valoró al paciente en el Hospital de San José, Dr. JOSÉ GUILLERMO FORERO, fue analizada por el Tribunal de Ética Médica de Bogotá, el cual concluyó que su conducta se encontró plenamente ajustada a la *lex artis ad hoc*.

La sentencia en cuestión desestimó la providencia del Tribunal de Ética Médica por considerar que esta no constituía cosa juzgada. Sin embargo, este no es motivo suficiente para restarle todo mérito probatorio. De haber valorado correctamente las conclusiones de este tribunal, habría concluido que no existió culpa ni actuación negligente por parte de la SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ - HOSPITAL DE SAN JOSÉ.

En segundo lugar, en relación con la excepción "*Inexistencia de los restantes elementos de la responsabilidad*" formulada, el daño y el nexo tampoco se encontraron acreditados en el proceso. Como ya se mencionó, aunque no hay una actuación culposa de mi mandante, no se demostró ni existe un nexo causal entre la conducta desplegada por mi mandante y los daños deprecados, pues para la fecha en la que el paciente recibió atención en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ no se había presentado la torsión testicular aludida. El examen físico y la ecografía lo demuestran, así como la evolución del cuadro clínico ya expuesto en este escrito. En consecuencia, lo más probable es que el trauma sufrido por el menor le haya ocasionado una epididimitis inicial y sólo con posterioridad se haya presentado una torsión testicular. Pretender una vinculación causal unívoca es desacertado y desconoce las múltiples variables que pueden derivar en este tipo de desenlace.

En tercer lugar, también se formuló la excepción "*naturaleza de las obligaciones médico - sanitarias*". Las obligaciones médicas son mayoritariamente de medio y solo en casos excepcionales de resultado, bajo el entendido de que no siempre está en las manos del médico detectar precozmente lo que con baja probabilidad podría ocurrir en el futuro, ni anticipar todos los posibles desenlaces.

Como se acreditó en el proceso, ningún galeno, ni institución de salud puede ser culpado de no haber detectado una patología que no existía al momento de la valoración médica. El paciente DHILAN, al momento de ser valorado por los especialistas de turno en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ, no tenía una torsión testicular, tenía una epididimitis. Casi dos días después presenta una sintomatología diferente, la cual era imposible de prever o anticipar por parte del personal médico.

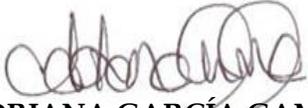
En cuarto lugar, respecto de la excepción "*cumplimiento de los estándares en la prestación del servicio de salud*", se logró acreditar en el curso del proceso que la atención prestada se dio en el marco de las instalaciones adecuadas y por los profesionales idóneos. Como ya se expuso en este escrito, el pediatra está plenamente capacitado para diagnosticar una torsión testicular, por lo que no había una razón médica para remitir al paciente por interconsulta en urgencias a un especialista en urología. De todas maneras, este habría llegado a la misma conclusión: epididimitis.

En conclusión, de haber realizado una evaluación exhaustiva de estas excepciones, la sentencia apelada hubiese llegado a una conclusión diametralmente opuesta.

Basándome en las consideraciones expuestas y, excusándome por su extensión, la cual se justifica en la gravedad de los defectos que presenta la sentencia impugnada, solicito respetuosamente al HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA CIVIL que revoque íntegramente la sentencia de primera instancia. En su lugar, pido que se

desestimen las pretensiones de la demanda y se exima a mi representada de la responsabilidad civil que se le imputa.

De los Honorables Magistrados, con toda atención,



ADRIANA GARCÍA GAMA
C.C. No. 52.867.487 de Bogotá
T.P. No. 144.727 del C. S. de la J.
adriana@garciagama.com

MEMORIAL DR ACOSTA RV: RADICACIÓN: NO. 11001310304420130008600 (PROCESO PRINCIPAL) 11001310303920130011100 (PROCESO ACUMULADO) ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA PROFERIDA EN AUDIENCIA CELEBRADA EL 8 DE MARZO DE 2024.

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 08/04/2024 10:44

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 1 archivos adjuntos (3 MB)

Sustentación Apelación - Proceso de Dhilan Santiago Macias y otros.pdf;

MEMORIAL DR ACOSTA

Atentamente,



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: Adriana García Gama <adriana@garciagama.com>

Enviado el: lunes, 8 de abril de 2024 9:30 a. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: MOGOLLON MARIN ANGELICA <mikemontanaabogado@gmail.com>; Jean Pierre Camargo - Oficina Juridica - Hospital de San José <jefaturajuridica@hospitaldesanjose.org.co>

Asunto: RADICACIÓN: NO. 11001310304420130008600 (PROCESO PRINCIPAL) 11001310303920130011100 (PROCESO ACUMULADO) ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA PROFERIDA EN AUDIENCIA CELEBRADA EL 8 DE MARZO DE 2024.

No suele recibir correos electrónicos de adriana@garciagama.com. [Por qué esto es importante](#)

Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

Magistrado Ponente: Dr. RICARDO ACOSTA BUITRAGO

E. S. D.

REF: PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

DEMANDANTES: DHILAN SANTIAGO MACÍAS, NORMA YOLIMA RINCÓN, NÉSTOR ALONSO MACÍAS, PARMENIO MACÍAS, MARY LUZ BOLÍVAR, ALBA LILIANA MACÍAS Y CARLOS GERMÁN MACÍAS
DEMANDADOS: SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ –HOSPITAL DE SAN JOSÉ

RADICACIÓN: NO. 11001310304420130008600 (PROCESO PRINCIPAL)
11001310303920130011100 (PROCESO ACUMULADO)

ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA PROFERIDA EN AUDIENCIA CELEBRADA EL 8 DE MARZO DE 2024.

ADRIANA GARCÍA GAMA, mayor de edad, vecina de Bogotá, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.867.487 de Bogotá, abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No. 144.727 del Consejo Superior de la Judicatura en mi calidad de apoderada judicial de **SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ – HOSPITAL DE SAN JOSÉ**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 322 y 323 del Código General del Proceso, concurre en término a **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** contra la sentencia de primera instancia proferida dentro del presente asunto.

En consecuencia, adjunto el memorial en formato PDF en el que se encuentra el recurso, y solicito de manera respetuosa, **acceso al expediente digital del Tribunal**.

Atentamente,

ADRIANA GARCÍA GAMA
C.C. No. 52.867.487 de Bogotá
T.P. No. 144.727 del C. S. de la J.
adriana@garciagama.com



Honorables Magistrados

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

Magistrado Ponente: Dr. RICARDO ACOSTA BUITRAGO

E. S. D.

REF: PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD MÉDICA

DEMANDANTES: DHILAN SANTIAGO MACÍAS, NORMA YOLIMA RINCÓN, NÉSTOR ALONSO MACÍAS, PARMENIO MACÍAS, MARY LUZ BOLÍVAR, ALBA LILIANA MACÍAS Y CARLOS GERMÁN MACÍAS

DEMANDADOS: SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ – HOSPITAL DE SAN JOSÉ

RADICACIÓN: NO. 11001310304420130008600 (PROCESO PRINCIPAL) 11001310303920130011100 (PROCESO ACUMULADO)

ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA LA SENTENCIA PROFERIDA EN AUDIENCIA CELEBRADA EL 8 DE MARZO DE 2024.

ADRIANA GARCÍA GAMA, mayor de edad, vecina de Bogotá, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.867.487 de Bogotá, abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No. 144.727 del Consejo Superior de la Judicatura en mi calidad de apoderada judicial de **SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ – HOSPITAL DE SAN JOSÉ**, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 322 y 323 del Código General del Proceso, concurro en término a **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN** contra la sentencia de primera instancia proferida dentro del presente asunto.

OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR EL ESCRITO DE SUSTENTACIÓN

Mediante auto del 22 de marzo de 2024, notificado en estado el 1 de abril del mismo año, se dispuso por el Magistrado Ponente admitir el recurso de apelación interpuesto en nombre de mi mandante.

El término de ejecutoria transcurrió los días 2, 3 y 4 de abril de 2024, de manera que el término para la sustentación iría hasta el **11 de abril** (5, 8, 9, 10, 11). Por lo tanto, al momento de radicar este documento lo hacemos en la oportunidad correcta.

SUSTENTACIÓN DE LOS REPAROS CONCRETOS FORMULADOS CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Iniciamos nuestro escrito haciendo un breve recuento (necesario en este caso) de la atención médica dispensada al paciente DHILAN SANTIAGO MACÍAS en la SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ –HOSPITAL DE SAN JOSÉ, con base en la historia clínica y el testimonio del médico a cargo de la atención en el servicio de urgencias, que va a servir de marco para la totalidad del análisis que se desarrollará con posterioridad:

1. Aun cuando la atención discutida no se llevó a cabo en el mes de julio de 2007 sino en el mes de octubre del mismo año, resulta necesario referirnos a esa atención previa, pues la misma hizo parte fundamental de los argumentos de la sentencia de primera instancia que debatimos.
2. De acuerdo con la historia clínica, el paciente DHILAN SANTIAGO MACÍAS RINCÓN ingresó el día 23 de julio de 2007 por el servicio de urgencias del HOSPITAL DE SAN JOSÉ. Sus acompañantes refirieron como motivo de consulta *“caída desde su propia altura con posterior trauma en el testículo izquierdo con gran dolor e inflamación”*.

Historia Clínica de Urgencias

DIA: 23 MES: 07 AÑO: 07
H.C. No. 1243270

APELLIDOS: Macías Rincón		NOMBRES: Dilan Santiago		EDAD: 3 A	SEXO: M.	DOC. IDENT.:
TIPO EVENTO:		TIPO DE AFILIACION:		TRIAGE: 2	EMPRESA ASEG.:	
E.G.:	MAT:	SOAT:	ATEP:	COT:	BENEF:	PENS:
No. AFILIACION:		HORA DE LLEGADA: 21:00		HORA DE ATENCION: 21:30		DEPARTAMENTO DE UROLOGIA

MOTIVO DE CONSULTA Y ENFERMEDAD ACTUAL:
Cuadro clínico de 5 días de evolución de caída desde su propia altura con posterior trauma en testículo izq. con gran dolor e inflamación y motivo por el cual consultó a la Cruz Roja donde tomaron ecografía que reporta testículo de posición usual, contorno regular y ecogenicidad parenquimatosa homogénea e importante engrosamiento de epidídimo izq. y dan salida con ibuprofeno y acetaminofen, cita por pediatría en donde dan cita espontánea por cirugía pediátrica mañana por Dx: 0 Trauma testicular 0 Epididimitis. Hace 1 hora dolor subido.

3. Al examen físico, el especialista encontró el testículo izquierdo "con edema, aumento de tamaño y doloroso a la palpación" por lo que consideró como sospecha de impresión diagnóstica interrogada "Torsión testicular?".

EXAMEN FISICO	PESO: 12.600	TALLA: 91	GLASGOW:	Tº: 36. FR: 30x
T.A.: 94/58	FC: 87	PULSOXIMETRIA: 93-92%	PC:	

CABEZA	<input type="checkbox"/>	ABDOMEN	<input type="checkbox"/>	NEUROLOGICO	<input type="checkbox"/>
OJOS	<input type="checkbox"/>	GENITOURINARIO	<input type="checkbox"/>	PIEL	<input type="checkbox"/>
ORL	<input type="checkbox"/>	EXTREMIDADES	<input type="checkbox"/>	LINFATICO	<input type="checkbox"/>
CUELLO	<input type="checkbox"/>	OSTEOARTICULAR	<input type="checkbox"/>	PSIQUIATRICO	<input type="checkbox"/>
TORAX	<input type="checkbox"/>	CARDIOPULMONAR	<input type="checkbox"/>		

DESCRIPCION DE LA ANORMALIDAD: Paciente algado, alerta, activo-reactivo. C/C: normocefalo, conjuntivas normales, orofaringe normal. Torax: simétrico, sin dificultad respiratoria R5/C5 rítmicos sin soplos R5/R6 sin ruidos. Abd: blando, depresible, no doloroso. Ext: entropías, sin edema. GU: testículo izquierdo con edema, aumento de tamaño y doloroso a la palpación. Neurolog: sin deficit.

4. Según los registros clínicos en mención y considerando la posibilidad diagnóstica de una torsión testicular a confirmar o descartar, se ordenó por parte del profesional una ultrasonografía testicular con exploración doppler. La lectura de este examen indicó "un leve engrosamiento regular del epidídimo izquierdo sin evidencia de lesiones focales", por lo que el profesional del servicio descartó la presencia de una torsión testicular, realizando diagnóstico definitivo de orquiepididimitis (inflamación de los testículos y el epidídimo) por lo que se dio salida a las 23:30 del mismo día con medicamentos y control de urología pediátrica por consulta externa al día siguiente.

INFORME 1

NUMERO EXAMEN : 214046

NUMERO CARGO : 3092983

DESCRIPCION EXAMEN : ULTRASONOGRAFIA TESTICULAR CON TRANSDUCTORES DE 7 MHZ O MAS

FECHA Y HORA DE INGRESO A RX : 23/07/2007 22:35:27

LECTURA DIGITADA POR : FABIANC 23/07/2007. 23:41:32

Las dimensiones del testículo derecho son 15,3 x 7,9 x 13 mm. y las del izquierdo son 17 x 12,8 x 14,2 mm.

Ambos testículos presenta tamaño, contornos y ecogenicidad usuales, sin evidencia de lesiones focales intraparenquimatosas.
Hidrocele izquierdo

leve engrosamiento regular del epidídimo izquierdo sin evidencia de lesiones focales.

adecuado flujo evidenciado a la exploracion doppler color en ambos parenquimas testiculares.

Correlacionar hallazgos con datos clínicos.

CORDON

LECTURA REALIZADA POR: ALFONSO ALVAREZ
MEDICO RADIOLOGO

5. El 11 de octubre del mismo año, el paciente DHILAN SANTIAGO MACÍAS nuevamente ingresa por el servicio de urgencias al HOSPITAL DE SAN JOSÉ. El motivo de consulta, es decir, lo que narra la madre en aquel momento, fue un golpe contundente en el testículo izquierdo con posterior dolor persistente. Asistió unas horas antes a CRUZ ROJA, donde se le practicó una ecografía que reportó "no signos de torsión testicular" y "proceso inflamatorio epidídimo izquierdo postraumático".

Historia Clínica de Urgencias

Mónica
 12396
 con fiebre y vómito
 golpe en testículo

H.C. No. 1243270
 DIA 11 MES 10 AÑO 09

APELLIDOS		NOMBRES		EDAD	SEXO	DCR. IDENT.
Nacia		Santiago		3 años	M	
TIPO EVENTO		TIPO DE AFILIACION		TRIAGE	EMPRESA ASEG.	
E.G.	MAT	SOAT	ATEP	COT <input type="checkbox"/> BENEF. <input type="checkbox"/> PENS <input type="checkbox"/>	III	
No. AFILIACION		HORA DE LLEGADA		HORA DE ATENCION		
		21:40:04		21:40		

MOTIVO DE CONSULTA Y ENFERMEDAD ACTUAL

ple con cuadro de
 amox 3 horas desde al recibir
 golpe en testículo izquierdo
 con posterior dolor persistente.
 Asido a ent roja blanda toma ecografía
 que reporta: (11/10/09) = leve hidobcele
 izquierdo fisiológico, no signos de torsión tes-
 ticular, proceso inflamatorio epididimitis izq
 postraumático. Niega uretrorragia
 Disuresis (+) normal.

6. En el examen físico realizado por el especialista en pediatría, se encontró "testículo palpable, no signos de inflamación ni que esta produzca dolor, marcha normal sin limitación para caminar", como consta en la historia clínica, realizando un diagnóstico de epididimitis postraumática. Es evidente, que el cuadro clínico encontrado en el mes de julio es completamente diferente de los hallazgos evidenciados el 11 de octubre de 2007.
7. Respecto de la valoración médica en mención y los hallazgos consignados en la historia clínica, señaló el doctor JOSÉ GUILLERMO FORERO LEÓN en su testimonio lo siguiente:

2:44 "En el momento en que reviso al niño, pues el niño está muy tranquilo, se hace toda la anamnesis, se revisan los signos vitales, se hace un examen físico y el niño permite el examen físico, o sea está tranquilo. Se realiza el examen cardíaco, el examen pulmonar, el examen abdominal y pues posteriormente realizo el examen genitourinario. **El niño permite el examen genitourinario. El testículo se encontraba en tamaño, forma adecuada, tanto que en el examen físico yo coloqué que el niño permitió el examen sin presentar ningún tipo de molestia.** Por el antecedente de haber presentado la caída, dentro del examen neurológico se pone también que se valora la marcha del niño y también la marcha me está demostrando a mí que la marcha es normal, no tiene ninguna limitación. Posterior al examen físico que se realiza, evalúo la ecografía que se había realizado ese mismo día, y la ecografía era compatible con una epididimitis del testículo. **Entonces la conclusión que saqué fue que el niño tenía una epididimitis y que probablemente era postraumática"**

Respecto del hallazgo al examen físico de una epididimitis y su diferencia con la torsión testicular, el doctor JOSÉ GUILLERMO FORERO LEÓN explicó:

2:55 "La torsión testicular es una patología que hace parte de lo que nosotros llamamos síndrome escrotal agudo. Dentro del síndrome escrotal agudo, se puede encontrar la epididimitis, se puede encontrar el estallido testicular y se puede encontrar la torsión testicular. Lo más catastrófico que puede suceder después de un trauma testicular es el estallido testicular (...). **También es catastrófica la torsión testicular (...). Estas dos cosas producen un dolor exorbitante, es una de las patologías más dolorosas en urología y en medicina. No suele cesar con analgésicos, produce otros cambios sintomáticos: vómito, náuseas, irritabilidad, alteración persistente y aparte de todo, el testículo se aumenta de tamaño, se vuelve rojo, se vuelve con calor, se asciende en comparación al otro, el tamaño del escroto aumenta, la sensibilidad del mismo, no se permite la palpación, es una patología que tiene síntomas muy claros, o sea, no hay una torsión testicular sin inflamación, sin dolor, sin edema y sin síntomas generales, eso es algo que tenemos claro en medicina.** No puede haber una torsión sin manifestaciones. Pero la epididimitis es una patología que es más benigna, no tiene síntomas sistémicos, no se va a ver el vómito, no va a haber síntomas gastrointestinales, no va a haber aumento del tamaño del testículo, no hay aumento del escroto, no hay cambios en la coloración del escroto, la marcha es normal, y **la epididimitis (...) puede producir**

molestias, puede producir dolor, pero no presenta ninguna otra sintomatología tan marcada como la torsión testicular".

8. Por lo anterior, a las 21:45 del 11 de octubre de 2007 se registra en la historia clínica la salida del menor, con remisión por consulta externa a urología pediátrica.
9. Al día siguiente, el 12 de octubre de 2007, el menor es llevado por su madre a cita prioritaria con pediatría en COMPENSAR. El médico que lo atendió concluyó que el paciente tenía dificultades respiratorias, razón por la cual le ordenó terapias de esa naturaleza para el 13 de octubre.
10. El 13 de octubre de 2007, el paciente DHILAN SANTIAGO MACÍAS se encontraba en una terapia respiratoria ordenada el día inmediatamente anterior por COMPENSAR en la CLÍNICA SAN RAFAEL, cuando una profesional de la salud lo nota con intenso dolor, por lo que decide llamar a la especialista de turno en urgencias.

De acuerdo con la historia clínica, el paciente es ingresado a urgencias refiriendo *"desde anoche aumento del tamaño testicular y eritema con aumento de dolor, razón por la cual consulta"*. Esto significa que el aumento del tamaño testicular y del dolor se dio apenas en la noche del 12 de octubre del 2007, casi 24 horas después de haber sido dado de alta en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ.

EPICRISIS	
HISTORIAS CLINICAS	
Historia Urgencias	
Número de Registro :	410123
Tipo de Consulta :	Historia Urgencias
Médico :	Ivan Bermejo
Fecha de Atención :	oct 13 2007
Hora de Atención :	10:36:00
Causa Externa :	ENFERMEDAD GENERAL
Motivo de Consulta :	"Golpe testicular"
Finalidad :	NO APLICA
Ambito Realización:	URGENCIAS
Enfermedad Actual : Cuadro de 2 días de evolución de trauma testicular, consulta a su EPS en donde toman Ecografía testicular que reporta proceso inflamatorio epididimario izquierdo dan de alta con analgésicos, reconsultó ayer a su EPS pediatría en donde continúan analgesia, desde anoche aumento de tamaño testicular y eritema con aumento del dolor, razón por la cual consulta.	

11. De acuerdo con los registros clínicos en cuestión, la doctora ANDREA XIMENA DUARTE SANABRIA de la CLÍNICA SAN RAFAEL, al examinar al paciente, encuentra *"aumento del contenido en el hemiescrotos izquierdo, con edema eritema, dolor, testículo indurado, aumentado de tamaño y doloroso a la palpación"*. Por lo anterior, concluye que existe la probabilidad de torsión, así como de necrosis testicular.

EVOLUCION	
Fecha Evolución	2007/10/13 11:27
Subjetivo : CIRUGIA PEDIATRICA DUARTE
Objetivo :	Paciente de 3 años quien presenta de 2 días de evolución posterior a trauma en genitales, dolor en hemiescrotos izquierdo ha recibido manejo con naproxeno sin mejoría. Abdomen, blando, depresible, sin masas Genitales, masculinos, aumento del contenido en hemiescrotos izquierdo, con edema eritema, dolor, testículo indurado, aumentado de tamaño, doloroso a la palpación.
Analisis :	Paciente con síndrome inguinoescrotal agudo izquierdo, en quien existe la posibilidad de torsión testicular que coincide con trauma aparente, sin embargo por el tiempo de evolución existe la posibilidad de necrosis testicular y de requerir orquidectomía y fijación testicular contralateral, no se descarta sin embargo otras causas de escrotos agudo. Se explica a la mamá se firma consentimiento, se prepara para cirugía.

12. Respecto de la valoración médica en mención y los hallazgos consignados en la historia clínica, señaló la doctora ANDREA XIMENA DUARTE SANABRIA en su testimonio lo siguiente:

4:35 "tuve unos hallazgos de un síndrome inguinoescrotal agudo, por el dolor, por el aumento del contenido, por los cambios de coloración, el dolor a la palpación y la induración a la palpación (...) me sugería una patología aguda, una de las causas podría ser la torsión testicular".

4:35 Despacho: *¿qué decisión adopta usted habiendo hallado estos síntomas en el menor Dhilan Santiago?*

4:36 Contestó: “ (...) **tomé una conducta quirúrgica**, ese mismo día a las 3:41 llevo el paciente a cirugía, hago una exploración escrotal, una orquiectomía radical y una fijación testicular profiláctica (...). **Encuentro que el testículo presentaba 3 giros sobre su eje, causando necrosis del testículo, se realiza detorsión del testículo izquierdo sin lograrse mejoría en la perfusión por lo cual se realiza orquiectomía**”

13. Frente a su diagnóstico, consideramos relevante traer a colación varios apartes de la declaración de la doctora ANDREA XIMENA DUARTE SANABRIA ante el despacho de primera instancia:

4:38 Despacho: *¿Cuánto tiempo se pudo haber presentado esa torsión testicular?*

4:38 Contestó:” *Realmente es muy difícil de precisar, pero el hecho de que haya encontrado que hay 3 giros, hace que muy probablemente el tiempo de evolución para llevar a una necrosis sea mucho menor a si encontrara un giro (...).*

4:39 Despacho: *cuando ya se han presentado esos 3 giros, ¿esos giros se pueden presentar de manera inmediata o con algún término de interrupción?*

4:39 Contestó: **es una patología aguda, súbita, aguda, de pocas horas de evolución, que obligan por la sintomatología tan severa, consultar. Eso es algo absolutamente evidente, te obliga a consultar porque es bastante intenso el dolor.**

14. En el curso de su declaración en el trámite de instancia, se le puso de presente a la doctora DUARTE SANABRIA la historia clínica del HOSPITAL DE SAN JOSÉ, con el fin de contrastar el cuadro clínico con el que ingresó el menor a la CLÍNICA SAN RAFAEL. Así, explicó en su declaración lo siguiente:

4:49 Pregunta apoderada del Hospital San José: *“Con base en las dos notas que usted acaba de revisar doctora, indíquenos por favor si el paciente Dhilan Santiago cursaba con una torsión testicular durante la valoración realizada al ingreso del San José”*

4:49 Contestó: *“La nota acá en el Hospital San José, es muy clara en que dice que asistió a la Cruz Roja donde toman ecografía que reporta, eso fue el 11 de octubre, leve hidrocele izquierdo fisiológico, no signos de torsión testicular, un proceso inflamatorio de epidídimo izquierdo postraumático, niega uretrorragia, y **al examen físico, encuentran testículo palpable, no signos de inflamación, ni que esta produzca dolor.** Marcha normal, sin limitación para orinar. **Con esta descripción, realmente es un examen físico de los genitales normal, y con esa ecografía realmente pues no hay un síndrome inguinoescrotal agudo en esta valoración, lo que describen en la historia clínica”.***

5:00 Pregunta apoderada del Hospital San José: *“¿Qué diferencia encuentra ahora con el ingreso en la Clínica San Rafael, en la que usted nos manifestaba que se diagnosticó un síndrome inguinoescrotal con una sospecha de torsión testicular?*

5:00 Contestó: *“Lo que noto diferente es que el motivo de consulta, en la enfermedad actual, dice que anoche presenta un aumento de tamaño testicular y eritema con aumento del dolor, lo que obliga a reconsultar al paciente y al examen físico hay un aumento del tamaño del testículo izquierdo con eritema, que es un color rojo escrotal, aumento de la consistencia, no está móvil y es dolorosa la palpación. **Son dos cuadros totalmente diferentes, aquí** -refiriéndose al cuadro clínico con el que ingresó el menor al San Rafael- **ya hay un síndrome escrotal agudo, aquí en la descripción** -refiriéndose al cuadro con el que ingresó el menor a San José- **no hay síndrome escrotal agudo.***

15. Se logró demostrar que en el momento en el que se le realizó el examen físico al menor DHILAN SANTIAGO MACÍAS en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ, no presentaba una torsión testicular. Adicionalmente, se demostró con suficiencia, que el cuadro clínico con el que llegó el menor DHILAN SANTIAGO MACÍAS al HOSPITAL DE SAN JOSÉ el 11 de octubre de 2007, era un cuadro totalmente diferente al que presentó el menor al ser admitido en urgencias en la CLÍNICA SAN RAFAEL el 13 del mismo mes y año.

Luego de este breve recuento fáctico que permite entender la atención médica objeto del debate procesal a cargo de la SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ –HOSPITAL DE SAN JOSÉ, procederemos en detalle a estudiar individualmente cada uno de los reparos efectuados en contra de la decisión judicial de cierre de la primera instancia, con base en las pruebas legalmente recaudadas en la etapa procesal correspondiente.

Con el objetivo de demostrar que la sentencia de primera instancia debe ser revocada en su totalidad, pero con el debido respeto a la labor de la Juez, se analizará cómo la providencia pretermitió, de manera sesgada, parcializada e infundada, el material probatorio. Esto llevó a inferir hechos y a llegar a conclusiones que no se ajustan a la verdad procesal ni científica.

Se observa, con respeto, que no se apreció de forma imparcial el tema médico de fondo. A partir de una mera prueba documental, dedujo la responsabilidad de la demandada sin otorgar valor probatorio alguno a las explicaciones brindadas por los profesionales de la medicina sobre la base, pertinencia y racionalidad técnico-científica de sus actuaciones y decisiones.

1. VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO – MODIFICACIÓN DE LA NATURALEZA DE LAS PRUEBAS APORTADAS AL PROCESO POR LA PARTE DEMANDANTE – DESCONOCIMIENTO DE LA DEMANDA Y DEL AUTO DE PRUEBAS – INADECUADA VALORACIÓN DE LA PRUEBA DOCUMENTAL DE MANERA CONJUNTA CON EL ACERVO PROBATORIO – DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL SOBRE EL MISMO ASUNTO – FALTA DE IDONEIDAD DEL CONCEPTO ALLEGADO – FALTA DE VALORACIÓN ADECUADA DE LAS PRUEBAS TÉCNICAS PRACTICADAS EN EL PROCESO

La sentencia objeto de nuestra inconformidad, fundamentó su decisión únicamente en una presunta prueba pericial que nunca fue aportada, decretada e incluida en el proceso como una prueba técnica.

Como consta en el folio 230 del cuaderno principal digital en el proceso contractual, la parte actora solicitó dicha prueba como DOCUMENTAL:

G. PRUEBAS

Solicito Señor Juez, se tengan como medios probatorios, además de los que su señoría decreta de oficio y de los que la parte demandada pidiera en cuanto conduzcan a la verdad, los siguientes:

G.1. DOCUMENTALES QUE SE APORTAN

(...)

Como complemento, la parte demandante solicitó oficiar al INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES para que allegara copia auténtica del mencionado documento, ratificando con ello su carácter de prueba documental.

En ningún momento del proceso la parte solicitante adujo que se trataba de una prueba pericial bajo lo señalado por la ley 1395 de 2010, sin embargo, sin ningún tipo de sustento jurídico o fáctico, la sentencia apelada sí le dio el carácter de pericial a tal prueba.

De hecho, la parte actora solicitó seis dictámenes periciales en las respectivas oportunidades probatorias, lo que demuestra que en ningún momento se adujo la prueba documental en cuestión como prueba pericial; pues de ser así, sería innecesaria la solicitud probatoria que consta en el folio 230.

Como si lo anterior no fuera suficiente, el auto que decretó las pruebas **NUNCA DECRETÓ EL INFORME DE MEDICINA LEGAL COMO PERICIAL**, sino únicamente como una prueba documental. En consecuencia, la perito legista que suscribió el informe nunca compareció al proceso para poder controvertir sus afirmaciones y conclusiones. Tampoco se aportaron documentos que acreditaran su idoneidad, ni siquiera se incluyeron las supuestas consultas y preguntas que realizó a presuntos profesionales. En este sentido, la ponderación probatoria que realizó la señora Juez en la sentencia de primera instancia es completamente vulneratoria del debido proceso, pues dicha providencia mutó la naturaleza de la prueba en cuestión, dándole un valor que ni la parte, ni el curso del proceso le habían conferido.

Bajo esta perspectiva, el auto del 2 de octubre de 2018 decretó en favor de la parte actora:

4. **DECRETAR** como pruebas en favor de los demandantes:

4.1. **Documentos**

Los documentos aportados en las debidas oportunidades probatorias, cuyo mérito y valor probatorio se discernirá al tiempo de proferir sentencia.

4.2. **Dictamen Pericial**

Se concede al apoderado de la parte demandante el plazo de 2 meses contados desde la notificación de la presente decisión por estado para que aporte el dictamen pericial que solicitó rindiéndose la Universidad Nacional y/o el Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

El apoderado de la demandante interpuso recurso en contra de la mencionada providencia, con los siguientes argumentos:

Respecto al acápite de DICTAMEN PERICIAL, me permito señalar que la parte demandante solicito seis (6) pruebas periciales, y el Juez dentro del Auto de 2 de octubre de 2018, únicamente decretó una (1) prueba pericial, la cual, al parecer es de la Lex artis, sin embargo, no está claramente determinado dentro del referido Auto, por lo tanto, solicito respetuosamente al Despacho reponga el auto y decrete las seis (6) pruebas solicitadas en la demanda contractual, no obstante lo anterior, y de conformidad con el tránsito de legislación, solicito se nos permita la posibilidad de aportar dictamen pericial particular de Lex artis por médico especialista en PEDIATRÍA, ya que el periodo otorgado es muy corto y se duda incluso, que la Universidad Nacional de Colombia, lo realice en dicho lapso.

De acuerdo con lo que se puede constatar, la parte actora resaltó que había solicitado seis dictámenes periciales y solicitó que se le permitiera aportar un “*dictamen pericial de Lex artis por médico especialista en PEDIATRÍA*”, reconociendo las falencias de la prueba documental en comento. Nuevamente se observa que en ningún momento pretendió que el informe de MEDICINA LEGAL tuviese el carácter de prueba pericial.

El auto que desató el anterior recurso concluyó:

3. Asiste razón al demandante cuándo indica que pidió 6 Dictámenes periciales con finalidades diferentes, pero, al respecto, el auto adiado 2 de octubre de 2018, en el punto 4.2 indicó conferirle el plazo de 2 meses para que los aportase, con lo cual, cada una de dichas pericias quedaron decretadas y en cabeza suya aportarlas. Por tal motivo, la providencia no se **adiciona, corrige o repone.**

5. Se amplía el plazo para rendir los dictámenes periciales decretados, y solicitados por la demandante, por el lapso de 30 días, contados desde la notificación de la presente decisión por estado (fl. 1185, cdno. 1 T. II, exp. 2013 - 086).

Como es evidente, nunca se otorgó -hasta el momento de la sentencia-, el carácter de prueba pericial a la prueba documental contentiva del concepto realizado por la médico legista LILIANA MARCELA TÁMARA PATIÑO, quien suscribe el documento como Forense Especialista en Bioética.

Lo anterior vulnera gravemente el derecho al debido proceso de la parte demandada, pues como ya se mencionó, en ningún momento se permitió el correspondiente ejercicio de contradicción del que trata el artículo 228 del Código General del Proceso. Este precepto legal garantiza la contradicción del dictamen pericial allegado por una de las partes, otorgando a aquella contra quien se aduce la experticia tres posibilidades: (i) solicitar la comparecencia del perito a audiencia, (ii) aportar otro dictamen, o (iii) realizar ambas actuaciones. Dado que la prueba fue decretada y tratada como documental, no se tuvo la necesidad de solicitar la comparecencia de la supuesta perito a la audiencia.

No obstante, mi mandante si aportó un dictamen pericial, realizado por un experto en Urología Pediátrica, que fue objeto de contradicción en la audiencia de instrucción y juzgamiento, el cual fue desconocido en la sentencia de primera instancia, dotando de mayor valor de manera inexplicable, a una prueba documental que como se demostró y se analizará con posterioridad, fue completamente desacreditada tanto en el proceso civil que nos ocupa, como en el proceso penal para el cual fue realizado.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-274 de 2012 fue enfática al señalar que *“la prueba pericial tendrá valor probatorio, y por consiguiente, podrá ser apreciada por el juez solamente si corresponde a un acto procesal que fue sometido al principio de contradicción y fue regular y legalmente practicado en el proceso, conforme a las reglas previstas en la ley para el efecto. Dicho de otro modo, si el dictamen pericial no ha sido decretado por un Juez, o no ha sido controvertido en el proceso, carece de mérito probatorio y no puede ser valorado judicialmente porque no es una prueba legalmente practicada”* (subrayado fuera del texto original).

Bajo esa premisa, el concepto realizado por el INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES en cuestión, al no haber sido controvertido en el proceso conforme al artículo 228 del CGP, carece de mérito probatorio y no puede ser valorado judicialmente como prueba pericial.

No obstante, la sentencia de primera instancia se fundamentó exclusivamente en tal informe, incluso cuando todas las **pruebas técnicas recaudadas** -así como las restantes pruebas documentales- desvirtuaron las conclusiones de dicho documento.

En ese sentido, la declaración del perito CARLOS ALBERTO LARIOS GARCÍA, médico especialista en **Urología pediátrica**, fue contundente al desvirtuar las aseveraciones de la perito legista en la audiencia de contradicción del dictamen. Al respecto, el despacho le preguntó explícitamente qué podía manifestar respecto de la conclusión del informe de MEDICINA LEGAL en cuestión, según la cual, el menor no tuvo un diagnóstico debido a que ni en CRUZ ROJA ni en el HOSPITAL SAN

JOSÉ le practicaron exámenes especializados (3:44). En respuesta a lo anterior, el Doctor LARIOS indicó en su experticia lo siguiente:

3:44 - Uno, el diagnóstico de torsión testicular es un diagnóstico clínico, dos, tanto médico general como un pediatra y obviamente un urólogo, un cirujano pediatra están los tres capacitados en hacer el diagnóstico de torsión testicular de escroto agudo. O sea, no tiene que ser valorado un paciente por un urólogo para saber si hay torsión testicular o no hay torsión testicular. Eso es como decir que para que exista el diagnóstico de asma de un niño tiene que ser valorado por un neumólogo pediatra. El pediatra está absolutamente en las capacidades para hacer el diagnóstico y el médico general también está (capacitado) en hacer el diagnóstico (...). Básicamente lo que ellos están diciendo ahí - haciendo referencia al informe de medicina legal- es que, si yo tengo una sospecha de torsión testicular, tengo que operar, completamente de acuerdo, de eso no hay ninguna duda. El punto es que EN ESTE CASO NO HABÍA DIAGNÓSTICO DE TORSIÓN TESTICULAR, sino que la etiología del escroto agudo era una epididimitis, por eso no consideraron ... un procedimiento quirúrgico. Entonces son dos cosas (...), cuando llegó a San Rafael, el diagnóstico fue torsión testicular y por eso lo llevaron a cirugía, que son dos momentos diferentes en el testículo del paciente”.

En cuanto al reproche del informe de MEDICINA LEGAL al HOSPITAL DE SAN JOSÉ por no haber realizado la remisión a especialista en urología por interconsulta en Urgencias, el doctor LARIOS indicó que:

3:47 - “El pediatra y el médico general tienen todas las capacidades en su formación para hacer un diagnóstico de torsión testicular, especialmente el pediatra (...), es la persona que ve al niño como un todo y como un todo lo sabe manejar (...).

Acto seguido, el despacho le preguntó al galeno si, en los exámenes médicos practicados al menor DHILAN tanto por CRUZ ROJA como por HOSPITAL DE SAN JOSÉ, se pudo haber equivocado el médico, a lo que LARIOS contestó que:

3:49 - “En el examen, en San José no hicieron ecografía. En Cruz Roja hicieron la ecografía, lo único que les puedo decir es que la persona que hizo la ecografía yo creo que es de las personas que más sabe hacer ecografía en este país, el doctor Molano es profesor de muchos de nosotros de radiología de hace muchos años, es una persona que tiene todas las capacidades para hacer ese diagnóstico (...). En cuanto al examen físico, Dhilan tiene dos exámenes físicos, uno por el médico general y otro por el pediatra, donde ambos exámenes físicos están descartando la torsión testicular”

Tanto la sentencia de primera instancia como el documento de MEDICINA LEGAL en cuestión indican que, el hecho de que el menor DHILAN SANTIAGO hubiese consultado en el mes de julio de 2007 por un golpe testicular y se le hubiese practicado en ese momento una ecografía Doppler, era presuntamente indicativo de un error en la valoración en los hechos de octubre de 2007.

Sin embargo, esta conclusión fue completamente desvirtuada. Puntualmente el doctor LARIOS indicó que se trataba de dos cuadros completamente diferentes, que en octubre no debía sospecharse una torsión testicular y que, de acuerdo con la ciencia médica, no era mandatorio realizar un examen Doppler por el dolor testicular.

Al encontrarse signos clínicos de un examen testicular dentro de los límites normales y al no encontrar ningún síntoma de torsión testicular, NINGUNA DE LAS CONCLUSIONES DE LA LEGISTA DE MEDICINA LEGAL serían aplicables al caso en concreto.

No sólo la declaración del perito LARIOS GARCÍA desvirtuó las conclusiones del informe de MEDICINA LEGAL en cuestión. También el testimonio del doctor

EDUARDO MOLANO MATA LLANA, radiólogo con más de 40 años de experiencia y quien le practicó a DHILAN SANTIAGO la ecografía, permitió demostrar que tales aseveraciones no se ajustan a la realidad médica. El despacho le preguntó al profesional expresamente por tal informe y el Dr. MOLANO respondió que:

“Todas estas son conclusiones a posteriori, pero en el momento en que uno recibe el paciente, el dictamen depende de los hallazgos en el momento, uno no puede librar cosas a futuro, cómo va a evolucionar, porque es en ese momento actual que se hace la ecografía. En esa ecografía no había ningún indicio para pensar que hubiera torsión testicular, ni siquiera se sospechaba la posibilidad (...)”.

La Jurisprudencia Nacional ha resaltado que el análisis del proceso diagnóstico debe ser realizado *ex ante*, atendiendo las circunstancias que en su momento afrontó el médico. En ese sentido y de la mano con lo mencionado por el Dr. MOLANO, las conclusiones a las que llega el informe de MEDICINA LEGAL, así como la sentencia de primera instancia, se realizaron siempre de manera retrospectiva. Como se argumenta más adelante, esta valoración inadecuada llevó a la conclusión errónea de que la torsión testicular debió haberse sospechado.

Por su parte, el testimonio del Dr. JOSÉ GUILLERMO FORERO, quien atendió al menor DHILAN en urgencias en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ, también fue coincidente en que dicho documento del INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL parte de un supuesto erróneo. Lo anterior, por cuanto el paciente no tenía sospecha de una torsión testicular, dado que clínica y radiológicamente no tenía hallazgos de tal condición. En este sentido, el Dr. FORERO señaló:

3:30 *“(...) ni los signos ni los síntomas que presentaba el paciente eran compatibles con torsión testicular. El peso para un diagnóstico está mayoritariamente en el examen físico y la clínica del paciente, la clínica del paciente es una epididimitis, no hay clínica de torsión testicular. Si la clínica hubiera cambiado, si en el examen físico se hubiera encontrado algo que fuese compatible con una torsión testicular, el manejo hubiera sido otro.”*

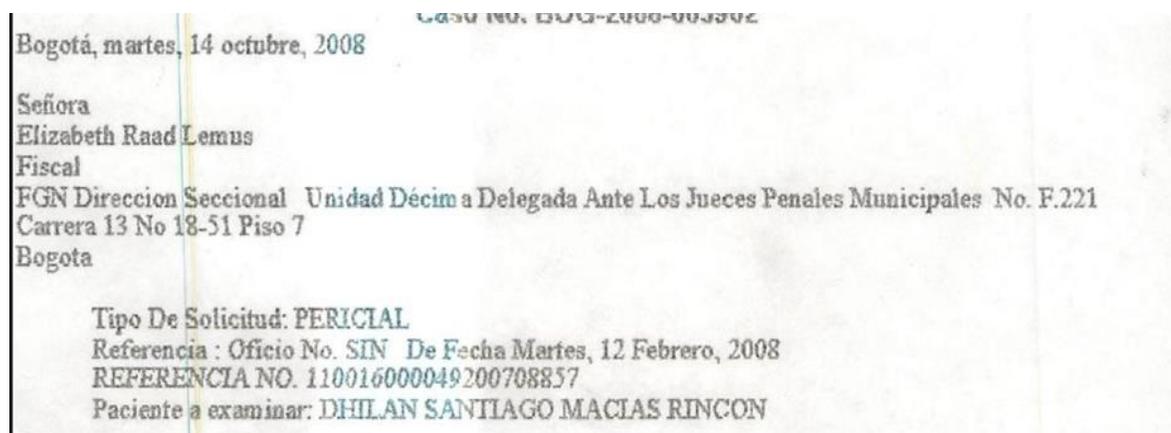
Cuando el despacho le preguntó expresamente por las conclusiones del Informe de Medicina Legal en cuestión, el Dr. FORERO indicó en su declaración lo siguiente:

3:23 *“Señora juez, vuelvo a retomar el tema, la clínica es muy importante dentro de la torsión testicular, si yo tengo un cuadro de clínica, de torsión testicular y tomé una ecografía y la ecografía no me incluye Doppler, pero sigo pensando que es una torsión testicular, lo que debo hacer es una exploración quirúrgica. Si la clínica a mí me dice, que tengo una epididimitis y por clínica no tengo nada que me refuerce el diagnóstico, ni que me haga pensar, el diagnóstico de una torsión testicular y aparte de eso tengo una ecografía, así no tenga Doppler, que es compatible con una epididimitis, mi diagnóstico es una epididimitis. Entonces, lo que yo me refiero es que si este paciente hubiera tenido el diagnóstico de torsión testicular en algún momento, este paciente toca explorarlo con o sin ecografía, eso es lo que se debería hacer, pero este paciente no tenía el diagnóstico, ni la sospecha diagnóstica de torsión testicular, la torsión testicular es un episodio catastrófico, produce edema, dolor, cambio de coloración, limitación para la marcha, náuseas, vómito, es algo catastrófico, en el momento que yo lo vi a él no tenía ningún signo ni síntoma de torsión testicular.”*

Así, la conclusión a la que llega el Dr. FORERO en su testimonio es la siguiente:

3:45 *“Es lamentable que un muchacho pierda un testículo. Pero yo concluyo que cuando salió el niño el día 11 no tenía la torsión testicular y se concluye que muy seguramente la torsión testicular, no puedo decir la hora exacta, pero se tuvo que haber presentado entre la noche del 12 y la madrugada del 13 de octubre”*

En este punto, es fundamental traer a colación la decisión de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Penal de absolver al Dr. FORERO de cualquier responsabilidad por el delito de lesiones personales culposas, así como la decisión del Tribunal de Ética Médica respecto de la actuación ajustada a la *lex artis* por parte del Dr. FORERO en la atención suministrada al paciente DHILAN SANTIAGO en el Hospital de San José. La providencia que se cuestiona en el presente recurso señaló que no podía considerar la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema por cuanto “no se aportó al expediente el proceso penal” pero contradictoriamente si le da valor probatorio al documento del INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES, el cual hace parte de dicho proceso penal:



Entonces, no resulta adecuado que se pretenda incluir dicha actuación del proceso penal, pese a no haberse aportado el proceso penal en la cual se realizó la contradicción, pero pretenda desconocer la decisión de la Corte Suprema de Justicia, como se puso de presente en las alegaciones de conclusión, en la cual se desestimaron las conclusiones a las que arribó la médica legista en su documento.

En ese sentido, al revisar la sentencia de Casación No. 46766 de la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN PENAL, Magistrado Ponente JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA SP1315-2019, Radicación N° 46766 (Aprobado Acta No. 95) del 10 de abril de 2019, dentro del proceso penal adelantado por los mismos hechos aquí debatidos, señala la Corte dentro de sus consideraciones lo siguiente¹:

“Al juicio compareció también la doctora Liliana Marcela Támara Patiño, perito de Medicina Legal. El dictamen, entre otros aspectos, aborda el trauma testicular y las lesiones que puede generar (ruptura testicular, torsión testicular). En general, refiere el síndrome de escroto agudo, el cual, dice, presenta tres diagnósticos en orden de importancia: i) torsión testicular, ii) Torsión de Hidátide de Morgagni, y iii) epididimitis (subrayado fuera del texto original).

(...) Al interrogatorio respondió que no existe protocolo del manejo en urgencias para la torsión testicular, aunque se acogen los lineamientos internacionales que propenden por lograr la certeza diagnóstica con procedimientos encaminados a descartarla.

En el conainterrogatorio de la defensa, precisó que, para el 11 de octubre de 2007, cuando el segundo galeno valoró al menor, la sintomatología que presentaba no registraba signos de torsión sino de epididimitis, pues exhibía marcha normal, sin dificultades para caminar, el testículo era palpable, y no había signos de inflamación ni dolor, manifestación infaltable en la diagnosis de torsión. Con esos hallazgos clínicos,

¹ Dicha sentencia se encuentra disponible en el repositorio de la Corte Suprema de Justicia, como consta en el siguiente vínculo, consultado al momento de la presentación de este escrito: <https://consultaprovidencias.cortesuprema.gov.co/busqueda#/visualizador/L3Zhci93d3cvaHRtbC9Jb mRleC9QRU5BTC8yMDE5L0RyLiBKb3PpIEZyYW5jaXNjbyBBY3XxYSBWaXpjYXlhL1NlbnRlbnNp YXMvU1AxMzE1LTItvMTkoNDY3NjYpLmRvYw==/Penal/Casaci%C3%B3n%20No.%2046766>

continúo al contrainterrogatorio, no era posible hacer un diagnóstico diferente a la referencia que se tenía de la ecografía (subrayado fuera del texto original).

Respondió además que, si se trata de un diagnóstico de epididimitis postraumática en un menor de 3 años, se le puede remitir al urólogo pediatra para que haga seguimiento a la forma como se trató la enfermedad, esto es, si la epididimitis se resolvió en forma adecuada. La situación es diferente si la diagnosis arroja escroto agudo o posible torsión testicular que deban descartarse, para lo cual debe remitirse el paciente al urólogo. En el presente caso, agregó, al menor se le remitió al especialista indicado (subrayado fuera del texto original).

Con lo anterior, es evidente que las conclusiones que interpretó la sentencia de primera instancia objeto del presente recurso, van incluso en contravía de las aseveraciones de la médica legista en el proceso penal – en el cual la prueba en comento podría tener validez – pues en el contrainterrogatorio realizado en dicho proceso, señaló que **no había signos de torsión testicular y que la atención médica suministrada era la adecuada para el diagnóstico de epididimitis.**

Ya en lo que respecta a la ausencia de responsabilidad del Dr. JOSÉ GUILLERMO FORERO LEÓN concluyó la Corte Suprema de Justicia lo siguiente:

“En esencia, el proceder del acusado Forero León se orientó a excluir la torsión testicular, según lo declaró en el juicio. En caso de trauma testicular, dijo, debe descartarse el síndrome escrotal agudo, ya que el estallido, la torsión o la hemorragia testicular, son patologías catastróficas. En el caso específico lo descartó a través de la entrevista, el examen físico y con ayuda diagnóstica. Como el menor presentaba unos signos específicos (condición cardiopulmonar normal, estaba tranquilo, podía caminar, no presentaba dolor), era innecesario un nuevo examen diagnóstico, al descartarse manifestaciones de escroto agudo. De haber tenido la sintomatología (febril, inflamado, imposibilitado en el andar, dolor, etc.), habría diagnosticado escroto agudo y, en ese caso, no hubiera ordenado nueva ecografía, sino la hospitalización del paciente, por requerir urgente valoración por urología [33]. [31: Minuto 24 disco 12-14] [32: 43’40’’ Ib.] [33: 44’19’’ Ib.] (subrayado fuera del texto original).

Como viene de verse, de las pruebas practicadas en el juicio y consideradas en el fallo recurrido, surge probable que, cuando el acusado Forero León examinó a DSMR, el diagnóstico fuera de epididimitis, por lo que además de hacerle las recomendaciones del caso a la madre del menor acerca de los signos de alarma, ordenó la remisión por consulta externa con el urólogo. La posibilidad de que ese diagnóstico no hubiere mutado se ratifica en el testimonio de la experta de Medicina Legal, quien precisó que los hallazgos del 11 de octubre, en horas de la noche, cuando el acusado valoró al menor, coincidían con la epididimitis establecida en la mañana en la sede de la Cruz Roja, enfermedad corroborada a través de ecografía.” (Negrita nuestra)

Entonces, afirmar –como lo hace la sentencia de primera instancia– que “sorprende que se haya desestimado de tajo la torsión del testículo” o que “es claro que existió una omisión en el diagnóstico del menor, ya que se descartó la torsión del testículo cuando conforme al mismo especialista del Hospital San José, referenciado en el informe de Medicina Legal, señala que no se puede descartar de tajo” desconoce por completo que no había sospecha de torsión testicular, ni clínica ni paraclínicamente.

Sin embargo, la mayor preocupación derivada de la sentencia apelada, y en la que sustentamos la violación al debido proceso de la entidad que represento, surge del hecho que la única prueba que sustentó el fallo fue la supuesta prueba pericial realizada por el INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL –que nunca fue objeto de contradicción, explicación o desarrollo en este proceso– y todas las restantes pruebas que efectivamente fueron practicadas dentro del debate procesal, fueron pretermitidas en el análisis probatorio, sin mayor explicación.

En ese sentido, se allegó al expediente la totalidad del proceso ético disciplinario adelantado en contra de los profesionales que atendieron la paciente DHILAN SANTIAGO MACÍAS, del cual tenemos que resaltar las siguientes pruebas documentales:

- a. Versión libre del Dr. JOSÉ GUILLERMO LEÓN FORERO en el año 2011, completamente coincidente con su declaración en este proceso.
- b. Dictamen pericial rendido por el Dr. JAIRO HUMBERTO CORREA MEJÍA, médico especialista en Urología quien concluyó en su dictamen:

6. En el caso de la referencia, cuando el paciente fue atendido por el pediatra en el hospital universitario e encuentran criterios clínicos o de ecografía para hacer el Dx de torsión testicular?

Respuesta: definitivamente no hay clínica de torsión testicular, pues en la historia es claro que el pediatra no encontró dolor en el momento del examen, condición sin la cual no puede hablarse de una torsión testicular, tampoco encontró induración del parénquima testicular ni del epidídimo, y sólo hay un hallazgo ecográfico de inflamación del epidídimo y ligero hidrocele fisiológico reactivo, lo cual concuerda con un proceso inflamatorio agudo post traumático, sin estar ante la clínica de una torsión aguda del cordón espermático. Por eso dio salida con fórmula de analgésico y anti inflamatorio orales y recomendaciones sobre signos de alarma para consultar por urgencias, principalmente exacerbación del dolor testicular y/o cambios de tamaño, o consistencia del contenido escrotal, o del color y temperatura del escroto.

- c. Decisión de archivo de la investigación ético disciplinaria en la cual se indica por el Tribunal lo siguiente, respecto de la atención suministrada por el doctor FORERO en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ:

En segundo lugar, el Doctor GUILLERMO FORERO, en su calidad de pediatra de urgencias, valoró a menor DHILAN SANTIAGO MACIAS, en cuya actuación se destaca el resultado de una ecografía sin evidencia de torsión testicular, que se percató que el paciente caminaba sin dificultad y que había dolor a la palpación del testículo. Considera el Despacho que el Doctor FORERO descartó razonablemente que se tratara de una torsión testicular y describió perfectamente como al examen físico pudo palpar el testículo sin registrar retracciones ni dolor. Adicionalmente, el médico en su versión libre explicó como dedicó el tiempo necesario para evaluar al paciente y en la historia clínica describió claramente los hallazgos del examen físico que le permitieron orientar al diagnóstico de orquiepididimitis post traumática. Por esto, en el concepto de esta Corporación, el análisis de la información, los hallazgos del examen físico y la interpretación de los paraclínicos, fue ajustada al *Lex Artis*, descartó una torsión testicular en una forma lógica y coherente, además de que su actuación fue benéfica o en busca de lo más conveniente para el paciente. Nunca ni por acción o por omisión quiso poner en riesgo el testículo del paciente y por el contrario procuró descartar una patología quirúrgica.

No se logra comprender porque la sentencia da valor a un supuesto dictamen pericial de una médica legista del INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL, pero descarta los dictámenes periciales realizados por especialistas en urología (tanto el practicado en el proceso, como el practicado ante el Tribunal de Ética Médica), así como los testimonios técnicos de los doctores DUARTE, MOLANO y FORERO, cuyas conclusiones de manera coincidente apuntan a una actuación adecuada por parte de mi mandante, y a la ausencia del error diagnóstico por el cual se condenó mi representada.

Después de considerar todos los elementos presentados, se concluye que la sentencia de primera instancia erró al otorgarle a una prueba que se había decretado como documental, el valor probatorio de un dictamen pericial. Además, desestimó el valor

probatorio al dictamen pericial del Dr. LARIOS, así como a las declaraciones de los doctores MOLANO y FORERO, argumentando que sus explicaciones no contradecían lo establecido por MEDICINA LEGAL en su informe. No obstante, podemos concluir que estas pruebas invalidan por completo las conclusiones del documento de MEDICINA LEGAL, por las siguientes razones:

En primer lugar, el informe en cuestión señala una supuesta falta de oportunidad en el diagnóstico, lo que habría resultado en la pérdida del testículo. Sin embargo, las pruebas ya expuestas refutan tal información: en el momento en el que se llevó a cabo el examen físico en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ, el menor no presentaba una torsión testicular pues *“ni los signos ni los síntomas que presentaba el paciente eran compatibles con torsión testicular”*. La clínica del menor indicaba que presentaba una epididimitis y además se contaba con una ecografía que reforzaba tal impresión, por lo que no hubo una falta de oportunidad en el diagnóstico. La torsión testicular se presentó posiblemente entre la noche del 12 y la madrugada del 13 de octubre, casi 24 horas después de haber consultado en el HOSPITAL SAN JOSÉ.

En segundo lugar, el documento de MEDICINA LEGAL reprocha la ausencia de una ecografía con doppler en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ. No obstante, de acuerdo con la *lex artis* esta no era necesaria, pues la orden de *“la ecografía doppler depende de la impresión diagnóstica que se tenga en el momento de examinar al paciente”* y en el caso que nos ocupa, el menor no tenía una clínica que indicara siquiera duda de encontrarse ante una torsión testicular, por el contrario, su impresión diagnóstica descartaba esta condición y se encuadraba perfectamente en la de una epididimitis.

En tercer lugar, el informe de MEDICINA LEGAL concluye que el HOSPITAL DE SAN JOSÉ infringió la *lex artis* al no realizar evaluaciones especializadas, específicamente la valoración por un urólogo. Sin embargo, las declaraciones previamente expuestas han dejado claro que tanto el pediatra como el médico general están totalmente capacitados para diagnosticar una posible torsión testicular, la cual en este caso fue descartada. Todos los procedimientos médicos recomendados para este tipo de casos, fueron seguidos, teniendo en cuenta que la sintomatología del paciente indicaba una epididimitis.

En cuarto lugar, la misma médica legista que suscribió el documento de MEDICINA LEGAL en cuestión, durante su interrogatorio en el proceso penal que cursó por los mismos hechos, afirmó explícitamente que la sintomatología observada no indicaba signos de torsión, sino más bien de epididimitis. Explicó que el paciente caminaba con normalidad, que el testículo era palpable y no mostraba signos de inflamación ni dolor, los cuales son indicadores cruciales en el diagnóstico de torsión testicular.

2. AUSENCIA DE ANÁLISIS Y DESCONOCIMIENTO DE LAS NORMAS DE ORDEN PÚBLICO QUE REGULAN LA ATENCIÓN DE URGENCIAS EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - FALTA DE VALORACIÓN ADECUADA DE LAS PRUEBAS RELACIONADAS CON LA ATENCIÓN BRINDADA AL PACIENTE EN EL SERVICIO DE URGENCIAS – CUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES LEGALES EN CABEZA DE MI MANDANTE RESPECTO DE LOS SERVICIOS URGENCIAS.

La sentencia desconoció por completo que la atención médica suministrada al menor DHILAN SANTIAGO MACÍAS fue brindada en el servicio de urgencias, el cual se encuentra ampliamente regulado y tiene, como se demostró con suficiencia, una *lex artis ad hoc* específica, en cuanto a la forma en que se realiza la prestación de los servicios y las decisiones médicas para la continuidad de la atención de manera ambulatoria.

En ese sentido, la sentencia indicó: *“Para el despacho es claro que existió una omisión en el diagnóstico del menor, ya que se descartó la torsión del testículo cuando conforme al mismo*

especialista del Hospital San José, referenciado en el informe de Medicina legal, señala que no se puede descartar de tajo. De hecho, lo que manifiesta es que se deben practicar los exámenes a que haya lugar con el fin de descartar la torsión. Aunado a ello se resalta que el Hospital San José cuenta con una infraestructura robusta y de especialistas, los cuales pudieron ser consultados.

Así las cosas, contrario a lo señalado por el Hospital en sus alegatos de conclusión, el Despacho evidencia que existieron dos omisiones determinantes que generaron el daño. La primera, que el menor no fue remitido de manera inmediata a urgencias para que fuera atendido de forma inmediata por un urólogo pediatra. En este caso se debe tener en cuenta que las 24 horas siguientes a la caída son determinantes para confirmar o descartar la torsión del testículo.

Segundo, que no se le ordenaron al menor todos los exámenes del caso, es decir, una ecografía y/o doppler ni se valoró por cirugía la posibilidad de una, valga la redundancia, cirugía exploratoria como lo señala el dictamen. Para el despacho, es claro que dichas omisiones fueron determinantes para la desafortunada situación que sufrió Dhilan. A más que no se le hizo un seguimiento después de la cita que tuvo en Hospital San José.” (subrayado fuera del texto original).

En primer lugar, la lectura de la historia clínica permite evidenciar que la atención del menor se llevó a cabo en el servicio de urgencias, por lo que resultaría extraño señalar que debía ser remitido a ese servicio. Lo cierto es, que los hallazgos clínicos no evidenciaban una torsión testicular, ni mucho menos indicaban una exploración quirúrgica de urgencia, como se afirma en la sentencia, sino que, por el contrario, la conducta adoptada por el médico pediatra se ajustó a la *lex artis ad hoc*, **incluso impartiendo orden de valoración por urología pediatra para el día siguiente.**

Al respecto, el decreto 412 de 1992 define la atención inicial de urgencia como “*todas las acciones realizadas a una persona con patología de urgencia y que **tiendan a estabilizarla en sus signos vitales, realizar un diagnóstico de impresión y definirle el destino inmediato**, tomando como base el nivel de atención y el grado de complejidad de la entidad que realiza la atención inicial de urgencia, al tenor de los principios éticos y las normas que determinan las acciones y el comportamiento del personal de salud” (resaltado fuera del texto original).*

Por su parte, el decreto 3380 de 1981 señala que “*frente a los casos de emergencia o urgencia, entiéndase por ésta, todo tipo de afección que ponga en peligro la vida o la integridad de la persona y que requiera atención médica de acuerdo con el dictamen médico”.*

Tomando como referencia lo anterior, el propósito del servicio de urgencias es resolver asuntos que puedan poner en peligro la vida o integridad del paciente, que requieran de una atención inmediata, comprendiendo esa atención la estabilización de signos vitales, la proposición de un diagnóstico de impresión y la definición de un destino inmediato, sin que se pretenda agotar la totalidad de los requerimientos en salud de un paciente en el servicio de urgencias.

Es por ello por lo que la actividad probatoria de mi mandante se enfocó en demostrar -cómo en efecto se hizo- que esa atención médica se ajustó por completo a la *lex artis* propia de aquellos servicios, sin pretender con ello agotar la totalidad del proceso de atención en salud, pues adecuada y oportunamente se derivó al paciente a consulta externa con urología para continuar con el seguimiento de su patología.

Con base en lo anterior, reiteramos que la atención brindada en el servicio de urgencias se ajustó a los dictados de la ciencia médica aplicables al momento de la atención, realizando las valoraciones requeridas con base en su cuadro clínico.

Ahora bien, respecto de los hallazgos en la atención en el servicio de urgencias, señaló el Dr. FORERO en su testimonio lo siguiente:

3:33: (...) *Desde el ingreso hasta el egreso, la clínica del niño era de una epididimitis izquierda, no tenía ni clínica ni diagnóstico ni nada que hiciese pensar, en ese momento, de una torsión testicular, por lo tanto, el diagnóstico de la torsión testicular no se sospecha en este caso, no tiene clínica de torsión testicular (...) con el diagnóstico de epididimitis, estaba indicado el egreso del paciente".*

3:46 *"En ese momento, de presentarse los hechos, el diagnóstico de epididimitis se maneja ambulatoriamente con analgesia y se le dan los signos de alarma porque la gran mayoría de epididimitis se deben resolver solas".*

De los fragmentos expuestos y en general del testimonio del Dr. FORERO se concluye que el galeno tuvo en consideración los hallazgos clínicos, que la torsión testicular no era una sospecha y que el diagnóstico acertado era una epididimitis, por lo que estaba indicado el egreso del paciente, considerando que la gran mayoría de epididimitis deben resolverse solas.

Con el propósito de llevar un control de la sintomatología presentada por el menor, decidió remitir a DHILAN por consulta externa a urología, siendo esta la conducta adecuada.

Sumado a lo anterior, es impreciso asumir -como lo realizó la sentencia-, que el hecho de que al menor se le hubiera ordenado una ecografía e interconsulta con urología durante una visita a urgencias en el mes de julio, implicaba que, al acudir nuevamente a urgencias en octubre, se debía repetir dicho procedimiento.

Frente al reproche de la sentencia de instancia respecto a que no se le ordenaron al menor todos los exámenes necesarios, consideramos relevante traer a colación varios apartes de la declaración del especialista en urología pediátrica CARLOS ALBERTO GARCÍA LARIOS:

2:45 *"El diagnóstico de torsión de escroto agudo es un diagnóstico de predominio clínico, no paraclínico, o sea los exámenes paraclínicos son una herramienta adicional a la sospecha que yo tengo del diagnóstico. ¿Qué quiere decir eso? Si la clínica predomina en lo que es una torsión testicular, yo no tengo por qué pedirle exámenes adicionales, yo con eso ya lo tengo diagnosticado. Si tengo dudas diagnósticas, si puedo pedirle algún examen adicional"*

3:11 *Pregunta el despacho: ¿Qué exámenes además de la ecografía que ya se le practicó al menor, se deben volver a practicar o ordenarse su práctica para detectar cualquier otra enfermedad importante?*

3:12 *contesta: "Los exámenes que uno pide en ese momento depende de lo que uno encuentre en el examen físico. Si uno encuentra un examen físico donde hay sospecha de torsión testicular o tumor o que por el golpe haya ruptura de un testículo o un trauma epidídimo más severo, habría que repetir una ecografía (...) pero era del mismo día, no creo que me vaya a cambiar el resultado de la ecografía en menos de 24 horas, no va a cambiar absolutamente nada. Ahí lo que prima es el hallazgo al examen físico, viendo lo que el pediatra encontró, que era un examen físico donde el testículo estaba normal, no era doloroso, no había inflamación, pues se queda uno con el diagnóstico de que fue un proceso inflamatorio secundario".*

3:13 *"En general en medicina, la clínica es la que define cuales son los exámenes a solicitar. No el diagnóstico etiológico. (...) uno en medicina no se puede volver mecánico de decir, me duele el testículo - ecografía, me duele la cabeza - resonancia, sino que tiene que tener un principio clínico para solicitar los exámenes. En este caso, como el hallazgo al examen*

físico era normal, y tenía una ecografía de menos de 48 horas, de 24 horas, pues no consideró el pediatra ningún examen adicional y por lo anotado en la historia clínica, no lo ameritaba”.

De lo anterior se concluye que, de acuerdo con la *lex artis*, no era necesario practicarle una ecografía nueva al menor DHILAN SANTIAGO, toda vez que ya contaba con una no mayor a 24 horas de practicada, sus síntomas no habían evolucionado y su examen físico era normal.

3. ERROR EN LA VALORACIÓN DEL ACTO MÉDICO – VALORACIÓN Y CONDUCCIÓN DE LAS PRUEBAS A PARTIR DE UN RESULTADO CONOCIDO Y NO CONSIDERANDO LAS CIRCUNSTANCIAS DE TIEMPO, MODO Y LUGAR EN QUE SE DESARROLLA EL ACTO MÉDICO – INDEBIDA VALORACIÓN DEL PROCESO DIAGNÓSTICO COMO UN ACTO MÉDICO COMPLEJO – SESGO DE RETROSPECTIVA

Como ya se mencionó previamente, ha señalado la Jurisprudencia Nacional que el proceso diagnóstico es un acto médico complejo, cuyo análisis debe ser realizado por el Juez *ex ante*, “es decir, atendiendo a 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.

Tomando en consideración lo anterior, la sentencia apelada e incluso la conducción de las pruebas por parte de la señora Juez se realizó siempre de manera retrospectiva, partiendo del resultado obtenido en el procedimiento quirúrgico realizado el día 13 de octubre de 2007, esto es dos días después de la atención médica suministrada por el HOSPITAL DE SAN JOSÉ.

Se ha asumido que el desenlace ha debido ser anticipado por los profesionales de la medicina que atendieron al menor en los días previos, cuando los síntomas del paciente no apuntaban en esa dirección, no por descuido e inobservancia de protocolos sino porque efectivamente no eran indicativos de una torsión testicular.

Esta valoración inadecuada del contexto fáctico en que se desarrolló el acto médico llevó a la conclusión errónea de que la torsión testicular debió haberse sospechado previamente, desconociendo el cuadro clínico que presentaba el paciente, la historia clínica, los testimonios técnicos y los dictámenes periciales con base en los cuales se demuestra, sin lugar a duda, que no había evidencia alguna de torsión testicular en la atención suministrada por mi mandante.

En ese sentido, se logró demostrar que los signos y síntomas presentados en la atención médica del HOSPITAL DE SAN JOSÉ eran coincidentes con un diagnóstico de epididimitis, siendo entonces la conducta médica ajustada a la *lex artis ad hoc*.

Consideramos entonces relevante traer a colación la declaración del galeno perito CARLOS ALBERTO LARIOS GARCÍA ante el despacho de primera instancia:

Apoderada Hospital de San José: “¿Manifiéstele al despacho por favor si unos hallazgos clínicos consistentes en: paciente consciente, en buen estado general, C/C normal, C/P normal, GU testículo palpable, no signos de inflamación ni que esta produzca dolor, marcha normal; son o no compatibles con una torsión testicular?”

3:51 Contestó: “Esos signos clínicos son de un examen testicular dentro de límites normales, porque dentro de los signos clínicos que hay de torsión, no están. Entonces

² Sentencia Corte Suprema de Justicia del 26 de noviembre 2010. Ref.: Expediente No. 11001 3103 013 1999 0866701. MP: Pedro Octavio Munar Cadena

es un escroto agudo, porque el paciente consulta por dolor, pero su etiología en ese momento, con ese examen físico, no quiere decir que tenga una torsión testicular.”

En la misma línea, el Dr. EDUARDO MOLANO MATAALLANA, radiólogo con más de 40 años de experiencia y quien le practicó a DHILAN SANTIAGO la ecografía el mismo día que acudió al HOSPITAL DE SAN JOSÉ, aclaró en su testimonio lo siguiente:

1:50 Despacho: *¿Qué indica la ecografía del 11 de octubre de 2007?*

1:50 responde: *“Lo único que nos dice es que tenía unos cambios inflamatorios en el epidídimo izquierdo, por el trauma que tenía como antecedente. No más. No había explosión del testículo, no había torsión testicular, no había ruptura de los órganos que están adyacentes, entonces hasta ahí se concluía que no se trataba de nada más que una inflamación del epidídimo secundaria a un trauma”.*

1:52 Despacho: *Sírvase informar a la audiencia si esta inflamación del epidídimo era una voz de alerta o de alarma de que se podría producir una torsión testicular*

1:52 responde: *“De ninguna manera. Porque no solamente se afecta el epidídimo en una torsión testicular, el testículo es el más afectado, y los cambios que hay en una torsión testicular son muy evidentes, más si hay un tiempo de evolución. Ese niño seguramente llevaba unas horas después de haber sido llevado para el examen y ya tenían que ser muy evidentes, muy patentes los cambios en el supuesto caso de que existiere en ese momento una torsión testicular”*

1:54 *“(…) un testículo torcido, tiene una posición diferente a la que convencionalmente normalmente se debe encontrar. Debe estar aumentado de tamaño, debe estar alterada la ecogenicidad, es decir, la imagen del testículo está completamente diferente en una forma muy evidente, muy clara. (...) En este caso, el cordón espermático no tenía ninguna aversión en esa ecografía, que eso ayuda para dictaminar en forma muy clara de que en ese momento no había torsión testicular”.*

De lo anterior podemos concluir:

1. Las probabilidades de que el paciente presentara una torsión testicular eran mínimas, ya que no presentaba los síntomas característicos de esta patología. No mostraba dolor a la palpación, no presentaba inflamación en el escroto y no experimentaba dolor. Por lo tanto, la probabilidad de una torsión testicular era muy baja.
2. Los resultados de la ecografía practicada no eran indicativos de una torsión testicular, por el contrario, la inflamación del epidídimo no era indicativa de tal patología, ya que en este caso el testículo debe ser el más afectado, lo que no se observaba de ninguna manera en el examen en cuestión.
3. No era necesario de acuerdo con la *lex artis* realizar una nueva ultrasonografía en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ, ya que se había realizado una menos de 24 horas antes y no se observaron cambios en la sintomatología. Además, no todos los pacientes con escroto agudo requieren una ultrasonografía con Doppler, esta se realiza solo en casos de duda, el cual no era el caso, dado que no había induración, inflamación, edema, náuseas, vómitos o pérdida de reflejos. En este caso ocurría lo contrario, el examen físico -que es el de mayor relevancia- realizado en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ arrojó resultados normales, lo que sugiere descarta una torsión testicular en ese momento.

Al analizarse por parte de la señora Juez de manera retrospectiva la atención médica suministrada, conllevó a que hubiese echado de menos la realización de un examen

adicional y la remisión a urología en el servicio de urgencias del HOSPITAL DE SAN JOSÉ y a concluir erradamente que *“existieron dos omisiones determinantes que generaron el daño. La primera, que el menor no fue remitido de manera inmediata a urgencias para que fuera atendido de forma inmediata por un urólogo pediatra (...). Segundo, que no se le ordenaron al menor todos los exámenes del caso (...).”*

Con base en las pruebas recaudadas, dichas aseveraciones no encuentran sustento científico, y, por el contrario, no existen argumentos médicos que hubiesen permitido sospechar en el servicio de urgencias la existencia de una torsión testicular. En este asunto, no existía forma de prever que el paciente iba a presentar, dos días después, un evento súbito como el que se presentó. Dado que la torsión testicular involucraba tres giros, como señaló la Dra. XIMENA DUARTE SANABRIA, se trata de una condición *“aguda, súbita, de pocas horas de evolución”*. Por lo tanto, era imposible para el HOSPITAL SAN JOSÉ, donde el menor fue atendido dos días antes, prever que días después, de manera repentina y aguda, desarrollaría una torsión testicular.

En ese sentido, señaló el Dr. LARIOS, que es imposible de prever cuándo puede girar un testículo, *“eso puede pasar desde el momento que uno cruza la portería del hospital”*. Para ilustrar al despacho respecto de lo súbitas que son este tipo de patologías en medicina, el Dr. LARIOS trajo a colación un ejemplo: *“ahorita a todos nos pueden hacer acá un electrocardiograma y todos podemos tener un electrocardiograma completamente normal. Y en la esquina, me puede dar un infarto. El examen físico del momento y los laboratorios del momento no me prevén ni me van a prevenir que es lo que me puede pasar en las próximas horas”*. Por lo anterior era imposible sospechar la condición que días después causó la necrosis del testículo, máxime cuando el paciente no contaba con la sintomatología de tal condición.

De hecho, muchas de las preguntas formuladas por la Juez de primera instancia se basaron en el diagnóstico de torsión testicular, el cual claramente fue un hecho posterior y oculto para los médicos del servicio de urgencias durante su intervención profesional. En este sentido, al analizar la atención médica a partir del lamentable resultado de la torsión testicular, la jueza llegó a la conclusión de que se debieron realizar exámenes adicionales en el servicio de urgencias y dedujo de este evento súbito y posterior, que la patología ya existía durante la atención proporcionada en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ, desconociendo que, según el examen físico, no era posible sospechar la condición que días después causó la necrosis del testículo.

Basándonos en las pruebas recopiladas en la etapa procesal correspondiente, ni el cuadro clínico reportado por el paciente en el servicio de urgencias del HOSPITAL SAN JOSÉ ni el examen físico al que fue sometido en dicha institución indicaban o permitían sospechar la torsión testicular que presentó el 13 de octubre de 2007, como se concluyó erróneamente en la sentencia apelada. Este argumento es suficiente para revocar íntegramente la providencia.

4. INADECUADA VALORACIÓN DEL NEXO DE CAUSALIDAD – INEXISTENCIA DE PRUEBA DEL NEXO CAUSAL Y DESCONOCIMIENTO DE LAS PRUEBAS RECAUDADAS DENTRO DEL PROCESO

Consideramos respetuosamente que la sentencia no realizó una adecuada valoración del nexo de causalidad, a pesar de considerar que debía *“echar mano de las leyes de la probabilidad para establecer los hechos que jurídicamente pueden tener alguna implicación”*.

Al respecto, conviene precisar que *“el vínculo causal es una condición necesaria para la configuración de la responsabilidad, el cual sólo puede ser develado a partir de las reglas de la vida, el sentido común y la lógica de lo razonable, pues estos criterios permiten particularizar, de los antecedentes y condiciones que confluyen a la producción de un*

resultado, cuál de ellos tiene la categoría de causa". Para tal fin, "debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que sólo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos per se para producirlos, y se detecte aquél o aquellos que tienen esa aptitud"³.

No obstante, "cuando de asuntos técnicos se trata, no es el sentido común o las reglas de la vida los criterios que exclusivamente deben orientar la labor de búsqueda de la causa jurídica adecuada, dado que no proporcionan elementos de juicio en vista del conocimiento especial que se necesita, por lo que a no dudarlo cobra especial importancia la dilucidación técnica que brinde al proceso esos elementos propios de la ciencia -no conocidos por el común de las personas y de suyo sólo familiar en menor o mayor medida a aquellos que la practican- y que a fin de cuentas dan, con carácter general, las pautas que ha de tener en cuenta el juez para atribuir a un antecedente la categoría jurídica de causa. En otras palabras, un dictamen pericial, un documento técnico científico o un testimonio de la misma índole, entre otras pruebas, podrán ilustrar al juez sobre las reglas técnicas que la ciencia de que se trate tenga decantadas en relación con la causa probable o cierta de la producción del daño que se investiga. Así, con base en la información suministrada, podrá el juez, ahora sí aplicando las reglas de la experiencia común y las propias de la ciencia, dilucidar con mayor margen de certeza si uno o varios antecedentes son causas o, como decían los escolásticos, meras condiciones que coadyuvan, pero no ocasionan"⁴

En el caso que nos ocupa, la sentencia de primera instancia estableció el nexo de causalidad basándose en una ecografía realizada meses antes de los eventos discutidos, en donde se registró:

NOMBRE DEL PACIENTE : MACIAS RINCON DILAN SANTIAGO
DOCUMENTO : 1073070047 **HISTORIA CLINICA :** 1243270
EDAD : 3 **SEXO :** M
SERVICIO : PEDIATRIA

INFORME 1

NUMERO EXAMEN : 214046
NUMERO CARGO : 3092983
DESCRIPCION EXAMEN : ULTRASONOGRAFIA TESTICULAR CON TRANSDUCTORES DE 7 MHZ O MAS
FECHA Y HORA DE INGRESO A RX : 23/07/2007 22:35:27

LECTURA DIGITADA POR : FABIANC 23/07/2007. 23:41:32

Las dimensiones del testículo derecho son 15,3 x 7,9 x 13 mm. y las del izquierdo son 17 x 12,8 x 14,2 mm.

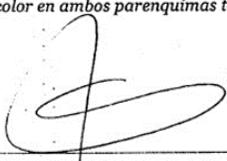
Ambos testículos presenta tamaño, contornos y ecogenicidad usuales, sin evidencia de lesiones focales intraparenquimatosas.
Hidrocele izquierdo

leve engrosamiento regular del epididimo izquierdo sin evidencia de lesiones focales.

adecuado flujo evidenciado a la exploracion doppler color en ambos parenquimas testiculares.

Correlacionar hallazgos con datos clínicos.

CORDON


 LECTURA REALIZADA POR: **ALFONSO ALVAREZ**
MEDICO RADIOLOGO

Sin embargo, como ya se había mencionado en acápites anteriores, se logró demostrar que los síntomas presentados en octubre diferían completamente de los síntomas que el menor experimentó en julio, como lo afirmó el médico perito LARIOS en su declaración:

³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 15 en. 2008, rad. 2000-673-00-01; en el mismo sentido SC, 6 sep. 2011, rad. 2002-00445-01

⁴ STC 2836 - 2021, rad. T 1100102030002021-00562-00

“Si uno compara la diferencia de motivo de consulta en julio y los hallazgos de julio, con el motivo de consulta en octubre y los hallazgos en octubre, se dan cuenta que son dos cuadros completamente diferentes. En julio es un paciente que llega con dolor e inflamación y al examen físico se evidencia dolor e inflamación, por eso la ecografía. (...) El hallazgo de julio del examen físico es positivo. El hallazgo de octubre es negativo, por lo que refieren las historias clínicas, es lo que está anotado”

En este sentido, tal y como consta en la historia clínica, el 23 de julio de 2007 cuando el médico le realizó el examen físico a DHILAN en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ, contaba en el testículo izquierdo con edema, aumento de tamaño y dolor a la palpación.

EXAMEN FÍSICO		PESO <u>12.600</u>	TALLA <u>91</u>	GLASGOW	Tº <u>36</u>	FR <u>30x</u>
T.A. <u>99/58</u>	FC <u>67</u>	PULSOXIMETRIA <u>93-92%</u>		PC		
CABEZA	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	ABDOMEN	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	NEUROLOGICO	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	
OJOS	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	GENITOURINARIO	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	PIEL	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	
ORL	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	EXTREMIDADES	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	LINFATICO	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	
CUELLO	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	OSTEOARTICULAR	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	PSIQUIATRICO	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	
TORAX	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	CARDIOPULMONAR	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal			
DESCRIPCION DE LA ANORMALIDAD <u>Paciente algado, alerta, activo - reactivo</u>						
<u>CC: normocéfalo, conjuntivas normales, orofaringe normal.</u>						
<u>Torax: simétrico, sin dificultad respiratoria R₂/S rítmicos</u>						
<u>sin soplos R₂/R₂ sin ruidos. AS: blando, depresible, no doloroso</u>						
<u>Ext: entofíticas, sin edema GU: testículo izquierdo</u>						
<u>con edema, aumento de tamaño y dolorosa a la palpación. Neurolog. sin deficit.</u>						
<u>24</u>						

Mientras que, cuando el menor regresó al HOSPITAL DE SAN JOSÉ en octubre del mismo año, no contaba con ninguno de los síntomas anteriores en el momento del examen físico. Así, en la descripción de la anormalidad, la historia clínica narra que el testículo se encuentra palpable, no hay signos de inflamación ni de que esté produciendo dolor; además no reporta limitaciones a la marcha.

EXAMEN FÍSICO		PESO <u>12.600</u>	TALLA <u>91</u>	GLASGOW <u>15/15</u>	Tº <u>3</u>	FR <u>34x</u>
T.A. <u>105/110</u>	FC <u>104</u>	PULSOXIMETRIA <u>97%</u>		PC		
CABEZA	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	ABDOMEN	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	NEUROLOGICO	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	
OJOS	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	GENITOURINARIO	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	PIEL	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	
ORL	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	EXTREMIDADES	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	LINFATICO	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	
CUELLO	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	OSTEOARTICULAR	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	PSIQUIATRICO	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	
TORAX	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal	CARDIOPULMONAR	<input type="checkbox"/> Normal <input type="checkbox"/> Anormal			
DESCRIPCION DE LA ANORMALIDAD <u>pte conciente, activo, en</u>						
<u>buen estado general. CC normal</u>						
<u>EP normal Abdomen no doloroso. GU:</u>						
<u>Testículo palpable no signos de inflamación, ni</u>						
<u>que está produciendo dolor.</u>						
<u>Marcha normal sin limitación para caminar</u>						

Considerando tanto el testimonio del Dr. LARIOS como las historias clínicas, es evidente que cuando se le realizó el examen físico en julio, el paciente sí presentaba síntomas que sugerían una posible torsión testicular, como inflamación, dolor a la palpación y edema. No obstante, en octubre, al ser revisado nuevamente, no presentaba ninguno de estos síntomas; no había dolor, edema ni inflamación. Por lo tanto, no era necesario desde la *lex artis* ordenar una ecografía Doppler dado que no existían signos que sugirieran una torsión testicular. Además, ya se contaba con una ecografía del mismo día desde la cual no se había observado cambio de síntomas.

En ese sentido, de acuerdo con la citada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la Juez no solo estaba obligada a aplicar las reglas de la experiencia común al momento de determinar la causalidad, sino también las normas propias de la ciencia, que fueron detalladamente explicadas en el proceso por el galeno perito LARIOS GARCÍA.

Estas reglas científicas que la Juez debía considerar indicaban que no era apropiado solicitar una nueva ecografía, como se hizo en la atención en julio, dado que la clínica en octubre era diferente a la de esa ocasión. Por lo tanto, si la jueza hubiera tenido en cuenta estas reglas propias de la medicina, no habría interpretado los hechos de julio como una razón para determinar la causalidad de los hechos de octubre.

Se insiste que en el debate se aportaron y practicaron diversas pruebas con el objetivo de informar al proceso sobre las reglas técnicas de la ciencia pertinentes aplicables al caso en concreto. La juez mostró un alto grado de participación al realizar preguntas directas tanto a los testigos como al galeno perito. Así que, resulta sorprendente que no se hayan considerado estas máximas de la ciencia para determinar la causalidad.

Los verdaderos síntomas de la torsión testicular empezaron la noche del 12 de octubre del 2007, esto es, casi 24 horas después de haber sido dado de alta en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ. Esto consta claramente en la historia clínica de la CLÍNICA SAN RAFAEL, pues refiere como motivo de consulta *“desde anoche aumento de tamaño testicular y eritema con aumento de dolor”*

EPICRISIS	
HISTORIAS CLINICAS	
Historia Urgencias	
Número de Registro :	410123
Tipo de Consulta :	Historia Urgencias
Médico :	Ivan Bermejo
Fecha de Atención :	oct 13, 2007
Hora de Atención :	10:36:00
Causa Externa :	ENFERMEDAD GENERAL
Motivo de Consulta :	"Golpe testicular"
Finalidad :	NO APLICA
Ambito Realización :	URGENCIAS
Enfermedad Actual :	Cuadro de 2 días de evolución de trauma testicular, consulta a su EPS en donde toman Ecografía testicular que reporta proceso inflamatorio epididimario izquierdo dan de alta con analgésicos, reconsult ayer a su EPS pediatría en donde continúan analgesia, desde anoche aumento de tamaño testicular y eritema con aumento del dolor, razon por la cual consulta.

Al HOSPITAL DE SAN JOSÉ no le era posible prever que el paciente iba a presentar días después una torsión testicular.

Aunado a esto, la torsión testicular que presentó el menor DHILAN SANTIAGO fue de tres giros, por lo que de acuerdo con la Dra. XIMENA DUARTE se trata de una condición *“aguda, SÚBITA, de pocas horas de evolución”*.

Al respecto, precisó la Dra. DUARTE en su testimonio que *“el hecho de que haya encontrado que hay 3 giros, hace que muy probablemente el tiempo de evolución para llevar a una necrosis sea mucho menor a si encontrara un giro (...)”*. Por consiguiente, no es consistente con las máximas de la experiencia médica que, cuando el paciente fue atendido en el servicio de urgencias del HOSPITAL SAN JOSÉ dos días antes, estuviese cursando con una torsión testicular.

En conclusión, no se encuentra acreditada la relación de causalidad -de acuerdo con las máximas de la ciencia- que el despacho consideró probada. Por el contrario, las pruebas practicadas y allegadas al proceso indican que en el momento en el que el menor fue atendido en el HOSPITAL SAN JOSÉ, no presentaba torsión testicular y, además, no le era posible predecir si en el futuro el menor iba a sufrir o no de esta condición.

5. INDEBIDA ESTIMACIÓN DE LOS PERJUICIOS DEPRECADOS – INADECUADA VALORACIÓN PROBATORIA – DESCONOCIMIENTO DE LAS PRUEBAS LEGALMENTE RECAUDADAS DENTRO DEL PROCESO – RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS INJUSTIFICADOS – DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL SOBRE EL PERJUICIO Y SU CUANTIFICACIÓN EN PESOS Y NO EN SALARIOS

MÍNIMOS – RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES NO RECONOCIDOS POR LA JURISDICCIÓN CIVIL Y NO SOLICITADOS POR LA PARTE ACTORA – DOBLE INDEMNIZACIÓN DE UN MISMO DAÑO – RECONOCIMIENTO DE INDEMNIZACIÓN SIN HABERSE DEMOSTRADO UN DAÑO CIERTO RESPECTO DE LA ACCIÓN CONTRACTUAL

En relación con los perjuicios reconocidos por el despacho, es importante destacar en primer lugar que la demanda presentada por DHILAN SANTIAGO MACÍAS nunca solicitó la indemnización por daño a la salud ni por daño a la vida de relación, aspectos que sí fueron reconocidos por la sentencia. Esta omisión constituye una clara violación al debido proceso y, evidentemente, conduce a una sentencia incongruente y extrapetita.

Así, el artículo 281 del Código General del Proceso contempla tres reglas a seguir por el Juez al momento de proferir sentencias: (i) no se pueden emitir fallos ultra petita, es decir, sentencias en las que se condene al demandado por una cantidad superior a la solicitada en la demanda o conceder más cuestiones de las pedidas; (ii) no es válido emitir fallos extra petita, es decir, aquellos en los cuales se condena al demandado con base a pretensiones distintas a la demanda; y (iii) no se puede proferir sentencias por causas distintas a las de la demanda.

En ese sentido, las condenas pretendidas en la demanda son:

3. Que se condene a la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA Y BOGOTÁ y/o la SOCIEDAD DE CIRUGIA DE BOGOTA HOSPITAL DE SAN JOSÉ y/o la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR y/o el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL a pagar por concepto de PERJUICIOS MORALES al menor DHILAN SANTIAGO MACIAS RINCON cuando menos 100 SMMLV, sin perjuicio de un mayor valor que resulte de las reglas de la equidad, la ley o la jurisprudencia.
4. Que se condene a la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA Y BOGOTÁ y/o la SOCIEDAD DE CIRUGIA DE BOGOTA HOSPITAL DE SAN JOSÉ y/o la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR y/o el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL a pagar, por concepto de PERJUICIO PSICOLÓGICO al menor DHILAN SANTIAGO MACIAS RINCON cuando menos 100 SMMLV, sin perjuicio de un mayor valor que resulte de las reglas de la equidad, la ley o la jurisprudencia.
5. Que se condene a la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA Y BOGOTÁ y/o la SOCIEDAD DE CIRUGIA DE BOGOTA HOSPITAL DE SAN JOSÉ y/o la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR y/o el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL, a pagar, por concepto de PERJUICIOS POR ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA Y DESARROLLO al menor DHILAN SANTIAGO MACIAS RINCON cuando menos 100 SMMLV, sin perjuicio de un mayor valor que resulte de las reglas de la equidad, la ley o la jurisprudencia.
6. Que se condene a la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA Y BOGOTÁ y/o la SOCIEDAD DE CIRUGIA DE BOGOTA HOSPITAL DE SAN JOSÉ y/o la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR y/o el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL, a pagar por concepto de PERJUICIO ANATÓMICO FUNCIONAL al menor DHILAN SANTIAGO MACIAS RINCON cuando menos 100 SMMLV, sin perjuicio de un mayor valor que resulte de las reglas de la equidad, la ley o la jurisprudencia.
7. Que se condene a la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA Y BOGOTÁ y/o la SOCIEDAD DE CIRUGIA DE BOGOTA HOSPITAL DE SAN JOSÉ y/o la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR y/o el HOSPITAL UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL a pagar por concepto de PERJUICIOS ESTETICO al menor DHILAN SANTIAGO MACIAS RINCON cuando menos 100 SMMLV, sin perjuicio de un mayor valor que resulte de las reglas de la equidad, la ley o la jurisprudencia.

Si bien la ley consagra ciertas excepciones al principio de congruencia en cuestión, como en ciertos procesos de familia, en procesos laborales favorables al trabajador, o aquellos en los que se protejan los intereses de la comunidad; en el caso que nos ocupa no nos encontramos dentro de ninguna de estas circunstancias. Por lo tanto, la estimación de las pretensiones debe hacerse basándose en la demanda, en lugar de reconocer en la sentencia la indemnización de perjuicios que nunca fueron solicitados por la parte actora.

De igual modo, consideramos que la tasación del daño moral resulta excesiva considerando los topes máximos reconocidos, pues los falladores deben atender a

la orientación proporcionada en los precedentes sobre la materia⁵. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha concedido en términos de daño moral las siguientes sumas:

“(...) en SC 30 jun. 2005, rad. 1998-00650-01 la suma de \$20.000.000 por el fallecimiento de madre en accidente de tránsito; Sent. sustitutiva 20 ene. 2009 – rad.1993-00215-01 la suma de \$40.000.000 a persona con lesiones cerebrales por disparo imprudente de arma de fuego; Sent. sustitutiva 17- nov. 2011, rad. 1999-00533-01 la suma de \$53.000.000 a los familiares de persona fallecida en cirugía de septoplastia; SC 12 jul. 2012 rad. 2002-00101-01 la suma de \$55.000.000 por fallecimiento de padre; SC 8 ago. 2013 rad. 2001-01402-01 la suma de \$55.000.000 por fallecimiento de padre; SC12994-2016 la suma de \$56.670.000 confirma decisión del a quo (...). SC21898-2017 la suma de \$40.000.000 daño por extracción de ojo; SC5686-2018 la suma de \$72.000.000 a familiares de personas fallecidas en tragedia de Machuca (se otorgó un mayor valor ante la magnitud, alcance y gravedad del hecho); SC665-2019 la suma de \$60.000.000 por muerte de peatón en accidente de tránsito; SC562-2020 la suma de \$60.000.000 a víctima y padres por ceguera total, extracción globo ocular, parálisis medio lado corporal y retraso mental por mala atención médica a neonato; SC780-2020 la suma de \$30.000.000 para víctima y familiares por lesiones de mediana gravedad en accidente de tránsito; SC 5125-2020 la suma de \$55.000.000 Fallecimiento del padre; SC3943-2020 la suma de \$40.000.000 A favor del menor y padres por parálisis cerebral por negligencia en la atención médica a neonato (...)”⁶.

La sentencia en cuestión reconoce en favor de DHILAN SANTIAGO MACÍAS por daño moral 20 SMMLV, por daño a la vida en relación 20 SMMLV y por daño a la salud 20 SMMLV, para un total de 60 SMMLV.

Referente a NORMA YOLIMA RINCÓN, la providencia reconoce 15 SMMLV a título de daño moral, al igual que para NÉSTOR ALONSO MACÍAS. En relación con MARILUZ BOLÍVAR y PARMENIO MARICAS RINCÓN, se les concedió indemnización por 10 SMMLV a cada uno por daño moral. Por último, a CARLOS GERMÁN MACÍAS BOLÍVAR y ALBA LILIANA MACÍAS BOLÍVAR se les reconoció una indemnización a cada uno por daño moral de 5 SMMLV.

Teniendo en cuenta lo anterior, si bien el tope en materia de daño moral ha estado entre \$60.000.000 y \$72.000.000 para cada una de las víctimas, estas cifras están generalmente reservadas para eventos dañosos muy graves, como lo es el fallecimiento de un descendiente⁷. En este escenario, sin embargo, no estamos frente a una situación de esta naturaleza. Como se demostró en el proceso, la pérdida del testículo no genera secuelas; de hecho, tal y como lo mencionó el perito galeno LARIOS en su declaración, no afecta la fertilidad: *“se puede tener un equipo de fútbol de hijos”*.

Específicamente, el Dr. LARIOS señaló en su declaración lo siguiente: 4:12 - **“Un solo testículo no tiene ningún inconveniente. La función de los testículos son dos: uno, producir testosterona para los caracteres secundarios sexuales y dos producir los espermatozoides para la fertilidad. La naturaleza es sabia, cuando un paciente se queda con un solo testículo y es un niño menor de 7-8 años, el testículo que queda empieza a cumplir las funciones del testículo contralateral, eso tiene un nombre que se llama una hipertrofia compensatoria (...)”** *“ese testículo puede cumplir las funciones del que se perdió”*.

⁵ Corte Suprema de Justicia, SC AC2923-2017, 11 may., rad. 2017-00405-00; CSJ AC3265-2019, 12 ago., rad. 2019-02385-00; CSJ AC1323-2020, 6 jul., rad. 2020-00686-00; CSJ AC188-2021, 1º feb., rad. 2020-02990-00

⁶ SC4703-2021, Radicación: 11001-31-03-037-2001-01048-01. Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

⁷ SC4703-2021, Radicación: 11001-31-03-037-2001-01048-01. Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Además, respecto de la incontinencia urinaria de la cual sufrió DHILAN después de los hechos en cuestión, señaló el perito galeno LARIOS que no había ninguna relación con la torsión testicular:

4:13 - *“Es como si hoy me tronchara un pie, me ponen una vendita, me dan acetaminofén y a las 24 horas empiezo a tener un pitico en el oído, no tiene absolutamente ninguna correlación. Es muy frecuente que todo lo genital se piense que va todo de la mano (...), entonces uno dice, si me golpee el testículo puedo quedar con impotencia o problemas en los riñones, por poner un ejemplo. No, acá solamente fue el testículo que se afectó, pero toda la parte urinaria, del funcionamiento es otro camino completamente diferente, ni se cruzan nunca, no tienen ninguna relación”.*

En sentido similar declaró ANDREA XIMENA DUARTE SANABRIA: *“la incontinencia urinaria no tiene relación y no la manejan los testículos, o sea es un mecanismo fisiológico completamente diferente”.*

Considerando todo lo expuesto anteriormente, era imperativo que la Juez en la sentencia evaluara los aspectos indemnizatorios del daño moral en función con las verdaderas experiencias de sufrimiento de los demandantes, considerando las pocas consecuencias que puede tener la pérdida de un testículo a una corta edad para una persona y para sus familiares.

En cuanto a los daños otorgados en el marco de la acción extracontractual a favor de los señores Parmenio Macías Rincón (abuelo paterno), Mary Luz Bolívar (abuela paterna), Alba Liliana Macías Bolívar (tía) y Carlos Germán Macías Bolívar (tío), no se demostró la afectación sufrida por ellos. Es importante señalar que en este caso se trata de una afectación de índole íntima y privada, como lo indicó en su testimonio la doctora ANDREA XIMENA DUARTE SANABRIA, la cual, en principio, solo sería discutida con las personas con las que DHILAN SANTIAGO pudiera tener una relación de intimidad. Según las reglas de la experiencia, los temas relativos a las partes íntimas de una persona no forman parte de las conversaciones habituales con miembros de la familia, como abuelos o tíos.

Adicionalmente, de las declaraciones de ALBA LILIANA MACÍAS y MARILUZ BOLÍVAR se deriva que no era un tema que se tratara directamente con el menor o que fuese discutido por su naturaleza privada, señalando la primera que vivió los hechos desde lo que a ella le contaban y la segunda aseveró que estos acontecimientos fortalecieron la unión familiar.

Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que, si bien el daño moral es indemnizable *“ello no significa que para que haya lugar a su reparación, esté eximida la exigencia de que el mismo sea cierto, esto es, **que obre la prueba, tanto de su existencia como de la intensidad que lo resalta**”*⁸. Por lo anterior, según la Corte, cuando se examina el daño causado a la víctima *“lo que a final de cuentas se examina es **si hay o no prueba del mismo**, sin perjuicio de los casos en los que opera la presunción de causación, como, por ejemplo, en el daño moral producido por la muerte de un familiar próximo”*⁹.

Para el caso en concreto, no hay pruebas en el expediente que otorguen certidumbre absoluta del dolor, padecimiento o congoja de aquellos actores como consecuencia de los hechos. Como lo señaló la Corte, para el reconocimiento de perjuicios en estos eventos, debe haber prueba del mismo, por lo que no se puede partir de presunciones o inferencias -como se realizó en la sentencia objeto de recurso-. Por consiguiente, la Juez no debió haber condenado a mi mandante a

⁸ SC3255 de 2021, Radicación n.º 23001-31-03-003-2014-00116-01

⁹ ibídem

indemnizar a estos actores por daño moral, al no encontrarse ninguna prueba que acreditara el dolor, sufrimiento o congoja de éstos.

Además, la Juez no tuvo presente uno de los pilares fundamentales de las indemnizaciones en responsabilidad civil: *“una condena excesiva puede ser fuente de riqueza o ganancia injustificada”*¹⁰. En este caso particular, como se discutirá en el próximo acápite, la condena excesiva efectivamente se traduce en una fuente de riqueza injustificada para los demandantes, máxime cuando estos ya habían sido indemnizados por las demás entidades demandadas en el proceso.

Igualmente cuestionamos el hecho de que la condena por perjuicios extrapatrimoniales se haya realizado en salarios mínimos y no en pesos, como de manera reiterada lo ha indicado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

Por último, es importante señalar que el Consejo de Estado ha unificado todas las consecuencias provenientes de una afectación a la integridad psicofísica de las personas bajo la denominación de *“daño a la salud”*. Lo anterior, debido a que el concepto de salud abarca múltiples aspectos de la persona, no solo internos, sino también físicos, psicológicos y sociales. En consecuencia, ya no es factible desglosar o subdividir el daño a la salud en diversas categorías como el daño estético o daño social¹¹.

En ese sentido, consideramos redundante indemnizar el daño a la vida de relación y el daño a la salud como independientes, pues el daño a la salud debe subsumir esa otra categoría de perjuicio extrapatrimonial.

6. DESCONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN PREVIA RECIBIDA POR LA PARTE ACTORA – CARÁCTER INDEMNIZATORIO DE LOS PAGOS REALIZADOS POR LOS DEUDORES SOLIDARIOS DENTRO DE LA ACCIÓN – CARÁCTER RESARCITORIO DE LOS PAGOS REALIZADOS CON OCASIÓN DE LA CONCILIACIÓN JUDICIAL – ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA – DOBLE INDEMNIZACIÓN.

Consideramos también problemático que la sentencia de primera instancia haya desconocido sin justificación alguna la suma de \$90.000.000 que fue reconocida por los deudores solidarios también demandados dentro del proceso -CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR, LIBERTY SEGUROS S.A., CRUZ ROJA COLOMBIANA Y PREVISORA S.A.-, como consta en las actas correspondientes de las audiencias en las que se llevó a cabo el acuerdo conciliatorio:

Hospital San José en los términos del poder conferido. Acto seguido se invitó a las partes a conciliar sus diferencias, llegando al siguiente acuerdo parcial: CAJA DE CPOMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR se compromete a: i) pagar o consignar a la parte demandante la suma de \$40.000.000,00 Mda. Cte., en la cuenta de ahorros No. 451400018979 de Banco Davivienda a nombre de Dilhan Santiago Macías Rincón , dentro de los 8 días hábiles siguientes contados a partir de la entrega de la certificación

¹⁰ SC10297 de 2014, Radicación n. 11001-31-03-003-2003-00660-01

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de enero de 2015, radicación: 05 001 23 31 000 2002 03487 01 (32912), Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

de vigencia de la cuenta de ahorros en mención. ii) Otorgar a Dilhan Santiago un plan complementario de salud por 3 años, contados a partir del 1º. De junio de 20º18, con el compromiso que durante este mismo tiempo el menor siga afiliado al POS se Compensar. ii) Cuando el niño tenga la edad correspondiente y el médico tratante así lo disponga, se le implante al aludido menor la prótesis testicular , aclarando que Compensar acarrearía con los gastos de la prótesis y de todos los procedimientos pre, intra y post-operatorios, aclarando que los servicios y los médicos serán de la red de prestadores de Compensar. Por su parte la llamada en garantía Liberty seguros ofrece a la parte demandante la suma de \$10.000.000,00, (para completar la suma de \$50.000.000,00), suma que se consignará en la cuenta en la cuenta de ahorros No. 451400018979 de Banco Davivienda a nombre de Dilhan Santiago Macías Rincón, dentro de los 15 días hábiles siguientes al diligenciamiento de los documentos pertinentes. Teniendo en cuenta que la parte demandante aceptó la propuesta, y las otras demandadas, en especial las aseguradoras tienen la intención de conciliar el resto de las pretensiones que fueron tasadas por la parte demandante en \$70.000.000,00, se solicitó la suspensión del presente proceso hasta el día 26 de junio de 2018, por lo cual el Despacho DISPUSO:1.

JUZGADO 29 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.

Bogotá D. C., veintisiete (27) de junio de 2018

RADICACIÓN: 1100131030029201300000008600000
Expedientes: 2013 0086 Y 2013-111 ACUMULADOS
DEMANDANTES: DILHAN SANTIAGO MACIAS
REPRESENTADO POR SU SRA MADRE NORMA YOLIMA RINCON,
NESTOR ALONSO MACIAS Y OTROS
DEMANDADOS DIRECTOS: CRUZ ROJA COLOMBIANA, SOCIEDAD
DE CIRUGÍA BOGOTA, HOSPITAL SAN JOSE, CAJA DE
COMPENSACION FAMILIAR COMPENSAR Y HOSPITAL
UNIVERSITARIO CLINICA SAN RAFAEL
LLAMADAS EN GARANTIA:
IPS CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA Y
BOGOTA, SOCIEDAD DE CIRUGIA DE BOGOTA- HOSPITAL SAN
JOSE, LA PREVISORA S.A. COMPAÑÍA DE SEGUROS, ALLIANZ
SEGUROS S.A. Y LIBERTY SEGUROS
PROCESO: DECLARATIVO (RCC Y RCE)
ASUNTO: AUDIENCIA ART. 101 C.P.C. CONCILIACION
PARCIAL, SANEAMIENTO DEL PROCESO Y
FIJACION DEL LITIGIO.

Hospital de San José. Se hizo un receso, luego de lo cual, se llegó al siguiente acuerdo parcial: CRUZ ROJA COLOMBIANA y su llamada en garantía La Previsora S.A., se comprometen a pagar a los demandantes la suma de CUARENTA MILLONES DE PESOS (\$40.000.000,00) así: La compañía aseguradora La Previsora S.A., con cargo a la póliza No. 1009823, vigente para la época de los hechos, cancelará \$20.000.000,00 mediante transferencia electrónica en la cuenta de ahorros No. 451400018979 de Banco Davivienda a nombre de Dilhan Santiago Macías Rincón, el día 30 de julio de 2018, siempre y cuando la parte demandante presente los documentos respectivos, que fueron enunciados en la audiencia el día 29 de Junio del avante año, o a los treinta días siguientes a la presentación de los documentos por parte del extremo actor. Por su parte Cruz Roja Colombiana se compromete a cancelar a la parte demandante mediante transferencia electrónica, en la misma fecha y en la misma cuenta de ahorros del menor Dilhan la suma de \$20.000.000,00, previa presentación de los documentos señalados por la Cruz Roja Colombiana. Así las cosas, el Despacho DISPUSO:1. DECLARAR FRACASADA LA CONCILIACIÓN por parte de las demandadas Hospital Universitario Clínica San Rafael y Sociedad de Cirugía de Bogotá, Hospital de San José, por falta de ánimo conciliatorio.

1. Aprobar en todas y cada una de sus partes el acuerdo parcial a que llegaron los demandantes con CRUZ ROJA COLOMBIANA y su llamada en garantía LA PREVISORA S.A. en la presente audiencia.
2. Como corolario de lo anterior, se Termina el presente proceso entre las partes en mención, por conciliación.

Es evidente, tal y como se desprende de las demandas, que el daño deprecado por los demandantes en las dos acciones **es exactamente el mismo** que se debate en la sentencia, y que la indemnización de éste por parte de las entidades codemandadas, debe ser considerado al momento de la tasación de los perjuicios, pues el daño sería insubsistente al haber sido indemnizado.

Referente a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que *“un daño sólo puede ser indemnizado una sola vez, sin que sea posible recibir o acumular varias prestaciones con funciones indemnizatorias que excedan la reparación total del daño, en tanto que son admisibles las que carezcan de esta función (v, gr. donaciones).”*¹²

La jurisprudencia ha acogido este concepto denominado por la doctrina como *compensatio lucri cum damno*, el cual implica la necesidad de equilibrar las ventajas que el afectado recibe a raíz del evento, con los perjuicios realmente sufridos. De no hacerlo así, *“el resarcimiento desorbitaría su función equilibradora de los intereses*

¹² Sentencia N° 198 de 3 de septiembre de 1991.

*perjudicados, dado que una vez producido el daño, el perjudicado quedaría restituido a una situación mejor que la que con anterioridad tenía*¹³.

Así pues, la Corte ha señalado que uno de los criterios para determinar la posibilidad de acumular o no una determinada prestación ha sido el de la naturaleza indemnizatoria de los pagos. En palabras de la Corte, *“el problema se reduce a determinar la naturaleza de las prestaciones que la víctima recibe de terceros con ocasión del hecho dañoso, aún cuando éste constituya la única causa de tales beneficios; de suerte que lo que realmente importa es si lo que se recibe constituye o no una reparación o indemnización del daño irrogado. En caso afirmativo, el cúmulo es inadmisibles porque un daño no puede ser reparado dos veces; pero si las prestaciones no tienen ese carácter, es decir si su esencia no es resarcitoria, el cúmulo sería procedente*¹⁴.

En otra sentencia, la Corte negó la excepción de *compensatio lucri cum damno*, concluyendo que *“no hay lugar a reducir la indemnización porque las prestaciones derivadas de los distintos regímenes no son excluyentes, pues emanan de títulos distintos y no cumplen la misma función*¹⁵.

En el caso en concreto, los mismos demandantes reconocieron el carácter indemnizatorio de los dineros recibidos por CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR, LIBERTY SEGUROS S.A., CRUZ ROJA COLOMBIANA Y PREVISORA S.A., como consta en la comunicación obrante en el expediente, a folio 357 y 358 del Cuaderno Principal Tomo II:

Señores:

JUZGADO VEINTINUEVE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
Atn. Martha Inés Díaz Romero
Juez 2
Bogotá D.C



JUZGADO 29 CIVI CTO. 8

Referencia: Destino Recursos recibidos en Proceso 2013 – 0086 y 2013 – 011 Menor Dhilan Santiago Macías Rincón.

Cordial saludo. NORMA YOLIMA RINCON BORRAY identificada con cedula de ciudadanía número 39.812.638, Y NESTOR ALONSO MACIAS BOLIVAR identificado con cedula de ciudadanía número 79.650.794 obrando en representación legal de nuestro hijo DHILAN SANTIAGO MACIAS RINCON, y dando respuesta al oficio número 0612 del 21 febrero 2019 ref.- Declarativo nro. 2013-0086 y 2013-011.

Queremos comunicarles que en mutuo acuerdo y en decisión pactada de juramento entre nosotros padres del menor, **nos rehusamos de manera contundente a utilizar** el dinero hasta al momento recibido por indemnizaciones en el proceso que se adelanta en los daños ocasionados al menor por negligencia médica. Para aportar pruebas al proceso, debido a que estos recursos serán utilizados única y exclusivamente para estudio y exámenes médicos de nuestro hijo.

Y continúa:

Reiteramos nuestra decisión de manifestar que los recursos recibidos no serán utilizados en aporte de pruebas, ya que nada nos garantiza su devolución y en cierta medida representan un beneficio económico a los daños causados en el menor. **Estos dineros serán solo utilizados en estudio y exámenes médicos.**

Buen día, y ofrecemos disculpas por la demora en la respuesta a su oficio, no conocemos mucho de los trámites judiciales y no tenemos un abogado que nos brinde ayuda.

Dicha comunicación se encuentra suscrita por los padres de DHILAN SANTIAGO, como consta en el mencionado documento, y reconocen – como en efecto sucedió – que los dineros recibidos tenían una finalidad indemnizatoria.

¹³ SC407-2023 Radicación n.º 11001-31-03-026-2013-00022-01 citando a DE CUPIS, Adriano. El Daño. Ediciones Arkhé, Barcelona, 1975, pág. 330.

¹⁴ Sentencia 9 de Julio de 2012 - Exp. 11001-3103-006-2002-00101-01

¹⁵ SC780-2020, Radicación n.º 18001-31-03-001-2010-00053-01.

Adicionalmente, a ello, el menor DHILAN SANTIAGO también recibió como beneficio la afiliación al plan complementario de Compensar EPS, y la futura realización de la cirugía para la colocación de prótesis testicular, lo cual refuerza la naturaleza indemnizatoria del acuerdo suscrito, en virtud del cual se finalizó el proceso para las entidades a cargo de la prestación.

A partir de lo expuesto, se concluye que las indemnizaciones otorgadas por CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR, LIBERTY SEGUROS S.A., CRUZ ROJA COLOMBIANA Y PREVISORA, al cumplir la función de reparar el mismo daño causado, de acuerdo con la figura de la *compensatio lucri cum damno*, le imponen a la Juez reducir la indemnización, considerando los pagos previamente realizados.

Contrario a lo anterior, la Juez decidió no descontar las sumas pagadas por las otras demandadas argumentando que *“la fuente de la obligación es distinta, es decir, para el caso del Hospital San José, la fuente es el daño y para los demás la fuente fue un negocio jurídico, como fue la conciliación”*.

No obstante, el criterio para definir la aplicación de la *compensatio lucri cum damno* en el caso concreto no es la fuente de la obligación -como lo señaló erróneamente la sentencia-, sino el hecho de que las sumas recibidas constituyan una reparación del daño¹⁶. Como ya se expuso, los mismos demandantes reconocieron ante el despacho que las sumas recibidas en efecto constituían reparación del daño causado, por lo que la Juez debió haber descontado tales sumas pagadas.

7. INSUFICIENTE ANÁLISIS DE LAS EXCEPCIONES FORMULADAS EN REPRESENTACIÓN DE MI MANDANTE

Para concluir, señala la sentencia apelada lo siguiente en relación con las excepciones formuladas: *“Respecto de las excepciones planteadas, se debe mencionar que las mismas quedaron desvirtuadas con el anterior análisis, es decir, al acreditarse la culpa y los otros elementos que fue en los que se centró la Sociedad de Cirugía de Bogotá - Hospital de San José, desvirtúan las excepciones y estas están llamadas al fracaso”*.

El anterior análisis al que hace referencia el fragmento citado de la sentencia plantea que se encuentra acreditada la culpa por existir una demora en la atención, ya que no se remitió al especialista a tiempo ni se ordenaron los exámenes especializados.

Sin embargo, como se pudo demostrar y se ha analizado a lo largo del presente escrito, los síntomas que presentaba el menor cuando fue examinado en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ, no permitían sospechar una torsión testicular. Por el contrario, dichos hallazgos eran concordantes, de acuerdo con la *lex artis ad hoc*, con una epididimitis y no permitían prever la torsión testicular, como se pudo demostrar con las pruebas técnicas e incluso puede ser corroborado con la literatura médica disponible.

Es claro que la providencia apelada no analizó en detalle las excepciones formuladas, solo se limitó a señalar que quedaron desvirtuadas. No obstante, si se hubiera realizado una evaluación exhaustiva de estas, habrían sido debidamente acreditadas, como se procederá a analizar brevemente:

En primer lugar, se formuló la excepción de *“Inexistencia de una actuación culposa y/o negligente por parte de la Sociedad de Cirugía de Bogotá - Hospital de San José”*. No puede desconocerse que, para estos asuntos, la culpa debe ser analizada bajo los parámetros de la *lex artis ad hoc*, es decir, comparándola con las recomendaciones científicas propias del estado de la ciencia aplicables al momento de los hechos. Tal

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, SC Sentencia 9 de Julio de 2012 - Exp. 11001-3103-006-2002-00101-01

y como se acreditó a lo largo de este proceso, la actuación de mi mandante fue en todo momento adecuada, oportuna, diligente y acorde con las directrices científicas.

De hecho, como ya se ha mencionado, la actuación del especialista en pediatría que valoró al paciente en el Hospital de San José, Dr. JOSÉ GUILLERMO FORERO, fue analizada por el Tribunal de Ética Médica de Bogotá, el cual concluyó que su conducta se encontró plenamente ajustada a la *lex artis ad hoc*.

La sentencia en cuestión desestimó la providencia del Tribunal de Ética Médica por considerar que esta no constituía cosa juzgada. Sin embargo, este no es motivo suficiente para restarle todo mérito probatorio. De haber valorado correctamente las conclusiones de este tribunal, habría concluido que no existió culpa ni actuación negligente por parte de la SOCIEDAD DE CIRUGÍA DE BOGOTÁ - HOSPITAL DE SAN JOSÉ.

En segundo lugar, en relación con la excepción "*Inexistencia de los restantes elementos de la responsabilidad*" formulada, el daño y el nexo tampoco se encontraron acreditados en el proceso. Como ya se mencionó, aunque no hay una actuación culposa de mi mandante, no se demostró ni existe un nexo causal entre la conducta desplegada por mi mandante y los daños deprecados, pues para la fecha en la que el paciente recibió atención en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ no se había presentado la torsión testicular aludida. El examen físico y la ecografía lo demuestran, así como la evolución del cuadro clínico ya expuesto en este escrito. En consecuencia, lo más probable es que el trauma sufrido por el menor le haya ocasionado una epididimitis inicial y sólo con posterioridad se haya presentado una torsión testicular. Pretender una vinculación causal unívoca es desacertado y desconoce las múltiples variables que pueden derivar en este tipo de desenlace.

En tercer lugar, también se formuló la excepción "*naturaleza de las obligaciones médico - sanitarias*". Las obligaciones médicas son mayoritariamente de medio y solo en casos excepcionales de resultado, bajo el entendido de que no siempre está en las manos del médico detectar precozmente lo que con baja probabilidad podría ocurrir en el futuro, ni anticipar todos los posibles desenlaces.

Como se acreditó en el proceso, ningún galeno, ni institución de salud puede ser culpado de no haber detectado una patología que no existía al momento de la valoración médica. El paciente DHILAN, al momento de ser valorado por los especialistas de turno en el HOSPITAL DE SAN JOSÉ, no tenía una torsión testicular, tenía una epididimitis. Casi dos días después presenta una sintomatología diferente, la cual era imposible de prever o anticipar por parte del personal médico.

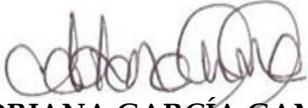
En cuarto lugar, respecto de la excepción "*cumplimiento de los estándares en la prestación del servicio de salud*", se logró acreditar en el curso del proceso que la atención prestada se dio en el marco de las instalaciones adecuadas y por los profesionales idóneos. Como ya se expuso en este escrito, el pediatra está plenamente capacitado para diagnosticar una torsión testicular, por lo que no había una razón médica para remitir al paciente por interconsulta en urgencias a un especialista en urología. De todas maneras, este habría llegado a la misma conclusión: epididimitis.

En conclusión, de haber realizado una evaluación exhaustiva de estas excepciones, la sentencia apelada hubiese llegado a una conclusión diametralmente opuesta.

Basándome en las consideraciones expuestas y, excusándome por su extensión, la cual se justifica en la gravedad de los defectos que presenta la sentencia impugnada, solicito respetuosamente al HONORABLE TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA CIVIL que revoque íntegramente la sentencia de primera instancia. En su lugar, pido que se

desestimen las pretensiones de la demanda y se exima a mi representada de la responsabilidad civil que se le imputa.

De los Honorables Magistrados, con toda atención,



ADRIANA GARCÍA GAMA
C.C. No. 52.867.487 de Bogotá
T.P. No. 144.727 del C. S. de la J.
adriana@garciagama.com

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA GALVIS VERGARA RV: Ejecutivo singular No.11001310305020210046800, EDITH TRUJILLO PORTELA y otros contra PATRICIA POSADA PALOMARES Asunto: sustentación recurso apelación sentencia 1ª instancia

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 23/01/2024 2:37 PM

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (306 KB)

patriciaposadasustentacapelactribunsalaciv.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA GALVIS VERGARA

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA

Secretario Sala Civil

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305

Teléfono 423 33 90 Extensión 8349

Email: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Franklin García Rodríguez <franklinabogado126@gmail.com>

Enviado: martes, 23 de enero de 2024 14:13

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: danielandres.muñozbello@gmail.com <danielandres.muñozbello@gmail.com>; marioferleon@hotmail.com

<marioferleon@hotmail.com>; edgaracostaabogado@yahoo.com.co <edgaracostaabogado@yahoo.com.co>;

Rueben Acosta <rubenacosta.abogado@gmail.com>; patriciaposadap@gmail.com <patriciaposadap@gmail.com>

Asunto: Ejecutivo singular No.11001310305020210046800, EDITH TRUJILLO PORTELA y otros contra PATRICIA

POSADA PALOMARES Asunto: sustentación recurso apelación sentencia 1ª instancia

Doctora

RUTH ELENA GALVIS VERGARA

Magistrada Ponente

Sala Civil

Tribunal Superior Distrito Judicial Bogotá D.C.

E.

S.

D.

Ref.: *Ejecutivo singular No.11001310305020210046800, EDITH TRUJILLO PORTELA y otros contra PATRICIA POSADA PALOMARES*

Asunto: sustentación recurso apelación sentencia 1ª instancia

Como apoderado de la ejecutada en este proceso, comedidamente dentro del término legal, me permito *sustentar el recurso de apelación* cursante contra la *sentencia* dictada el 29 de noviembre/2023, buscando su revocatoria según el pdf adjunto.

Atentamente,

Franklin García Rodríguez
Apoderado

Doctora
RUTH ELENA GALVIS VERGARA
Magistrada Ponente
Sala Civil
Tribunal Superior Distrito Judicial Bogotá D.C.
E. S. D.

Ref.: *Ejecutivo singular No.11001310305020210046800, EDITH TRUJILLO PORTELA y otros contra PATRICIA POSADA PALOMARES*
Asunto: sustentación recurso apelación sentencia 1ª instancia

Como apoderado de la ejecutada en este proceso, comedidamente dentro del término legal, me permito *sustentar el recurso de apelación* cursante contra la *sentencia* dictada el 29 de noviembre/2023, buscando su revocatoria tal como sigue:

I. INEXISTENCIA DE TÍTULO EJECUTIVO POR PÉRDIDA DE LA PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD

Sin controversia alguna la sentencia de 1ª instancia que resultara condenatoria es manifiestamente desacertada, ya que el despacho no tuvo en cuenta que *la letra de cambio fue desconocida por nosotros*, debido a que no fue aceptada por la mandante en la cuantía de \$210.000.000oo sino por \$10.000.000oo, *desconocimiento* que de plano le quitó autenticidad a este título valor. En efecto, no era prescindible el artículo 272 del CGP, que al respecto ordena:

“DESCONOCIMIENTO DEL DOCUMENTO. En la oportunidad para formular la tachada de falsedad la parte a quien se atribuya un documento no firmado, ni manuscrito por ella podrá desconocerlo, expresando los motivos del desconocimiento. La misma regla se aplicará a los documentos dispositivos y representativos emanados de terceros”.

Inesperadamente fue omitido este precepto con el argumento de que la figura del desconocimiento del documento sólo procede frente a documentos provenientes de terceros, interpretación que va contra *legem*, pues *esta norma permite que sea frente a las partes o los terceros*, como lee sin ningún esfuerzo.

De manera que ese error condujo a desconocer el artículo 244 del CGP, que señala:

“DOCUMENTO AUTÉNTICO. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.
Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso”.

Por lo tanto, *dicha letra quedó sin el amparo de la presunción de autenticidad que impedía tenerla como título ejecutivo para fallar*, en claro desacato a lo contenido en el artículo 422 del

CGP:

“TÍTULO EJECUTIVO. Pueden demandarse ejecutivamente las obligaciones expresas, claras y exigibles que consten en documentos que provengan del deudor o de su causante, y **constituyan plena prueba contra él”.**

Únicamente constituía plena prueba contra mi poderdante si gozaba de la *presunción de autenticidad*, perdida justamente por aquel desconocimiento, razón por la cual, debió darse aplicación al referido artículo 272:

“No se tendrá en cuenta el desconocimiento que se presente fuera de la oportunidad prevista en el inciso anterior, ni el que omita los requisitos indicados en el inciso anterior.

*De la manifestación de desconocimiento se correrá traslado a la otra parte, **quien podrá solicitar que se verifique la autenticidad del documento en la forma establecida para la tacha.***

La verificación de autenticidad también procederá de oficio, cuando el juez considere que el documento es fundamental para su decisión.

Si no se establece la autenticidad del documento desconocido carecerá de eficacia probatoria”.

De haberse corrido traslado a la contraparte de nuestro *desconocimiento del título valor*, ella ha podido pedir que se observara lo indicado por el artículo 273 del CGP:

“COTEJO DE LETRAS O FIRMAS. Para demostrar la autenticidad o la falsedad podrá solicitarse un cotejo con las letras o firmas de los siguientes documentos:

1. Escrituras públicas firmadas por la persona a quien se atribuye el documento.
 2. Documentos privados reconocidos expresamente o declarados auténticos por decisión judicial en que aparezca la firma, la letra, la voz o la imagen de la persona a quien se atribuye el documento.
 3. Las firmas y los manuscritos firmados que aparezcan en actuaciones judiciales o administrativas.
 4. Las firmas puestas en cheques girados contra una cuenta corriente bancaria, siempre que hayan sido cobrados sin objeción del cuentahabiente.
 5. Otros documentos que las partes reconozcan como idóneos para la confrontación.
- A falta de estos medios, o adicionalmente, el juez podrá ordenar que la persona a quien se atribuye el escrito o firma materia del cotejo escriba lo que le dicte y ponga su firma al pie, para los fines probatorios a que haya lugar”.*

Al respecto, la solución la tiene el mismo artículo 272 en cita, al estatuir:

“Si no se establece la autenticidad del documento desconocido carecerá de eficacia probatoria”.

Consiguientemente, sin contemplaciones esa letra de cambio *“carecerá de eficacia probatoria”*, en su esquema de título ejecutivo. ¡Murió este título ejecutivo”.

Enfocados así, es de bulto el yerro del Juzgado al haber condenado a mi cliente sin título ejecutivo auténtico, es decir, en realidad sin título ejecutivo como tal.

No es fantasía lo que declara la jurisprudencia para avalar lo nuestro:

“La tacha o exteriorización del desconocimiento se imponen para quebrar la autenticidad documental porque por disposición legal se presumen auténticos”, los documentos públicos y privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso. (artículo 244 del Código General del Proceso)...

(...)

El desconocimiento, no es tacha de su existencia legal, sino cuestionar y poner en entredicho; es desconfiar y censurar o rechazar la autoría que se imputa porque no le consta que a quien se atribuye sea el autor, expresándolo y explicándolo en la solicitud, con la particularidad de que invierte la carga de la prueba a quien lo presentó para que demuestre su veracidad, autenticidad o procedencia, so pena de que si no se (...) establece la autenticidad del documento desconocido carecerá de eficacia probatoria (artículo 272 del Código General del Proceso), por cuanto su propósito es aniquilar la presunción de autenticidad para que no produzca efectos...”, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Mag. Ponente Luís Armando Tolosa Villabona, Radicación: 73001-31-03-004-2011-00313-01, Sentencia de 17 de noviembre de 2020.*

II. LA MANDANTE FUE SANCIONADA POR UNA TACHA DE FALSEDAD NO PROPUESTA

Sorprende por decir lo menos, que sin fundamento alguno *el a quo tomó nuestro desconocimiento del título valor como tacha de falsedad*, lo que recurrimos oportunamente, con el resultado de improsperidad, empero nunca fue abierto el incidente de la tacha -o el trámite respectivo, artículo 270 CGP- en mención; esto brilla por su ausencia. Al no haberse dado el trámite legal correspondiente, se quitó toda posibilidad de defensa de la poderdante.

Quedamos estupefactos, por cuanto, contra todo sentido de legalidad y justicia, en el fallo se impone en su contra una sanción por \$42.000.000oo

Miremos que sin el trámite de esa tacha se irroga tamaña decisión, que contraviene el derecho de contradicción. ¡Sanción sin haber sido escuchada y vencida en el incidente o trámite especial! ¿Arbitrariedad? ¿Vía de hecho?

Comprobamos que *por sí y ante sí*, el a quo creó esa tacha de falsedad y castiga a la cliente sin oírla.

1. Trámite especial de la tacha de falsedad

Sin menoscabo de lo hasta aquí manifestado, nada impediría que si el Despacho llega a considerar que por la forma como se propuso el desconocimiento de la letra de cambio, por la prevalencia del derecho sustancial y la confianza legítima, se deba dar *trámite a la tacha de falsedad*, pues no nos oponemos a estas alturas porque lo que importa es la verdad de los hechos tal cual como acontecieron y, mucho favor se le haría al proceso y a las partes, para dilucidar de una vez por todas el aparente misterio de lo sucedido.

En tal directriz, entiéndase aquí reproducido todo lo señalado en precedencia porque importa la materia y no solamente la fría formalidad por la forma misma en *aras* de la justicia material y efectiva.

Tanto más cuanto, hemos solicitado en esta instancia al Despacho, ordenar la continuidad de la práctica de la prueba pericial decretada por el *a quo* al Instituto de Medicina Legal, en lo referente a la autenticidad del contenido de la letra de cambio base de la presente ejecución, pues esta prueba es la única e idónea que podría establecer si las grafías de la letra - título valor-, fueron o no adulteradas o adicionadas-.

III. HUBO INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA Y DECISIÓN EQUIVOCADA SOBRE MEDIOS DEMOSTRATIVOS

1.- Rememoremos que la audiencia de fallo se llevó a cabo sin haber decidido nuestros recursos de reposición y en subsidio el de apelación contra el auto de pruebas, que en esencia consistía:

- “No es cierto que solamente aplique para la prueba pericial el deber de aportarla, según el artículo 227 del CGP, toda vez cuando se requiera del apoyo de las entidades oficiales como en este caso, es posible solicitar al despacho que ordene a la correspondiente institución que colabore con alguno de sus funcionarios para observar esta misión. No otra cosa, es lo regulado por el artículo 234 del CGP, que advierte:

“Peritaciones de entidades y dependencias oficiales. Los jueces podrán solicitar, de oficio o a petición de parte los servicios de entidades y dependencias oficiales para peritaciones que versen sobre materias propias de la actividad de aquellas. Con tal fin las decretará y ordenará librar el oficio respectivo para que el director de las mismas designe el funcionario o los funcionarios que deben rendir el dictamen.

La contradicción de tales dictámenes se someterá a las reglas establecidas en este capítulo”.

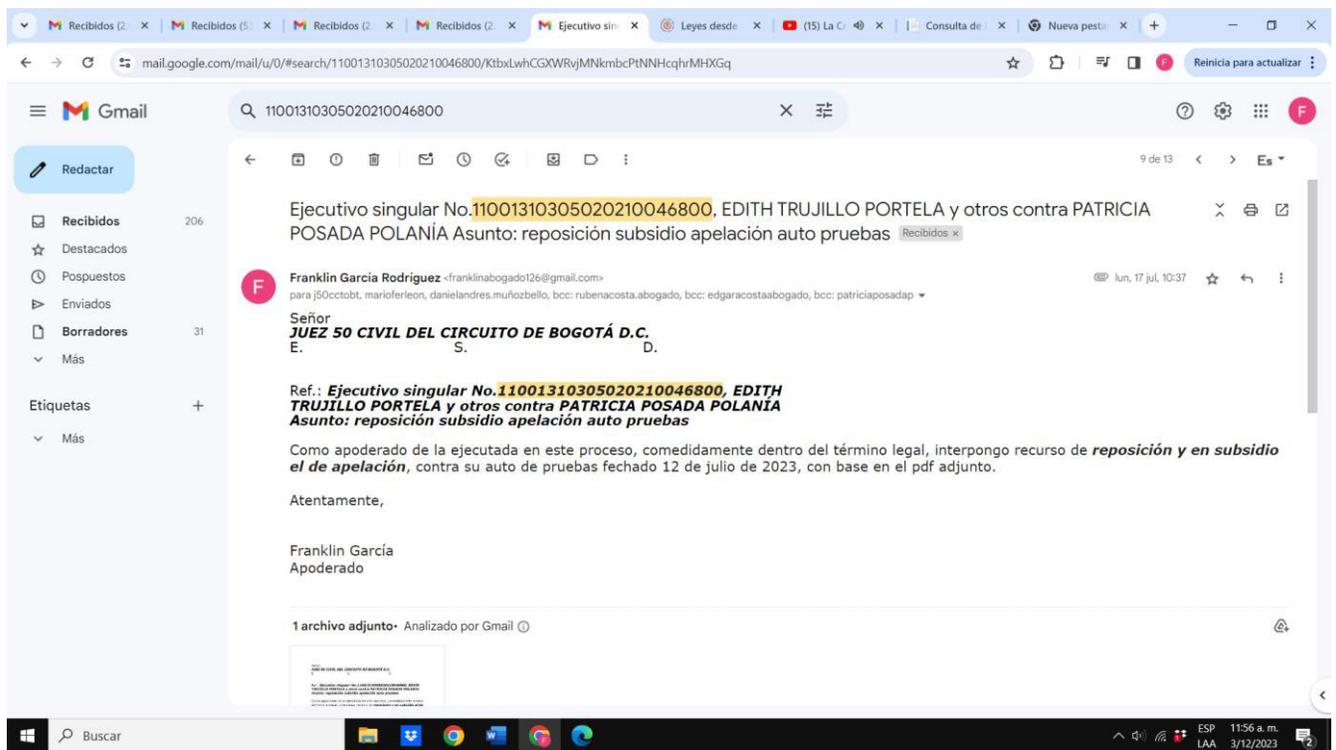
- Luego, sí era procedente solicitar la experticia a practicarse por el Instituto de Medicina Legal -según la información que nos había suministrado a los abogados la poderdante-, como se petitionó y a lo que de oficio respondió dicha entidad con fecha 30 de noviembre del 2023 -después de llevarse a cabo la audiencia de que tratan los artículos 372 y 373 del CGP-.
- Con este entendido, ordenarle a la ejecutada que la contrate y aporte, era hacerle más onerosa sus cargas económicas, que no podría soportar puesto que su poco dinero se lo prestó al ejecutante, quien a la postre resultó obrando de mala fe, tal como se explicó en las excepciones.
- Aunque el despacho enfoca el desconocimiento de la letra de cambio por el lado de la tacha de falsedad, lo cierto es que en nuestro concepto se enmarca con mayor claridad en el desconocimiento del documento, por lo que hemos de insistir en esta figura, a la manera expresada en las excepciones de fondo. Esto porque mi mandate desconoce la procedencia de dicha letra, debido a que una vez revisó la letra incorporada en el expediente, se impresionó con lo ocurrido, ya que jamás firmó dicha letra por \$210.000.000oo sino únicamente por \$10.000.000oo como lo aclaró en su interrogatorio; por eso no proviene de ella con semejante monto, por lo que teníamos que desconocer dicho documento conforme con lo establecido en el artículo 272 del CGP, con lo efectos legales que implicaba para la defensa.

- Procedía oficiar a la ETB, habida consideración de que se adjuntó con las excepciones de fondo la copia del derecho de petición elevado a esta entidad, luego, cumplimos con lo ordenado por el artículo 173 del CGP. En efecto, no tiene razón el despacho cuando manifiesta que no allegamos esta pieza procesal. Bastará con revisar cuidadosamente el expediente para confirmar la aportación.
- Igualmente no es de poca monta lo relativo al auto que decretara la caución se dictara el 17 de noviembre del 2023, es decir cuatro (4) días antes de fijar fecha y hora de la audiencia; adicionalmente la caución se dio por un porcentaje del 5% que *motu proprio* consideró el despacho que era lo necesario y proporcional, conociendo que podía imponerla hasta por el 10%, por la gravedad del asunto, toda vez que es lo único con lo que cuenta la ejecutada a sus 75 años de edad, y por la cuantía que pretenden convalidar los ejecutantes.

Lo anterior a habida cuenta de que la solicitud de esa caución fue radicada en los termino procesales, es decir el día 19 de agosto del año 2022. Prácticamente un año y medio después se accedió a la misma. ¿Celeridad?, por cuanto menos notamos presunta desigualdad procesal y probatoria en contra de la ejecutada, en el fallo acelerado que dicto la *a quo*.

2.- Destaquemos que la letra de cambio fue el fundamento del fallo, pese a haber perdido la presunción de autenticidad y, sin la oportunidad de probar en contrario como lo denotan los recursos no resueltos previo a la audiencia, lo cual carece de eficacia probatoria para dictar dicho fallo anticipado, ya que cuando menos debía haber tan siquiera esperado a que Medicinal Legal hiciera su labor, dado que el deseo de dicha entidad quedó a las claras demostrado en el comunicado que ofició al despacho.

3.- Insólitamente, tales recursos se resolvieron minutos antes de la audiencia de fallo, sin que hubiésemos siquiera conocido lo motivado por el despacho; se habían radicado con seis meses de anticipación. ¿Por qué la demora para garantizar el debido proceso?



4.- En el interrogatorio, desarrollo de la declaración de parte, mi mandante nítidamente explicó la adulteración cometida en la letra, que era por \$10.000.000oo pero que alguien le agregó un “2” antes del “10”, con lo que la convirtió en contentiva del aparente capital de \$210.000.000oo, de ahí el desconocimiento señalado, puesto que la firmada inicialmente era por diez. Por supuesto, que el crédito finalmente ascendió a \$50.000.000oo, treinta de capital y veinte por intereses, a la tasa mensual del 20%, fue saldado por la ejecutada con un préstamo obtenido de Sudameris y algunos pocos ahorros que tenía la señora. Ella nada debe a los ejecutantes". En las excepciones habíamos dado otras cifras pagadas, incluso superiores, empero obedecieron solamente a los asuntos de memoria de la mandante que no recordaba con claridad sobre ellas; sin embargo, con el paso del tiempo el asunto se aclaró y quedó como aquí se indica.

5.- La señora Patricia explicó con la total prescindencia del despacho ese agregado y, además que el valor en manuscrito también había sido adicionado con la expresión “doscientos”, en minúscula, habida consideración que si se observa la letra a simple vista, tendríamos nítidas diferencias en cuanto a las grafías del número “2” y la letra/numero “doscientos”.

Lo anterior violenta la **Literalidad del título valor**, tal como lo indica el artículo 619 del Código de Comercio, el cual a la letra señala:

“Los títulos-valores son documentos necesarios para legitimar el ejercicio del derecho literal y autónomo que en ellos se incorpora. Pueden ser de contenido crediticio, corporativos o de participación y de tradición o representativos de mercancías”. En consecuencia, el tenedor del título no puede esperar más del derecho literal que emerge del título valor, y el deudor no debe pagar más de lo indicado en él”.

6.- Nada de esto le llamó la atención al despacho, triunfando únicamente el hecho de que el documento contenía la firma de mi cliente y, sin poner atención en lo atinente a la cuantía falsificada claramente. ¿Por qué esto?

7.- Resultó sin ninguna importancia todo lo aseverado con sana lógica y en rigor a la verdad, por parte de la señora. Venció el formalismo frío sobre la *prevalencia del derecho sustancial*, en contravía de lo que ordena el artículo 228 constitucional:

*“La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas **prevalecerá el derecho sustancial**”.*

8.- De la misma forma, el artículo 11 del CGP, indica:

*“INTERPRETACIÓN DE LAS NORMAS PROCESALES. Al interpretar la ley procesal el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la **ley sustancial**”.*

9.- Inadecuadamente en el fallo se afirma que doña Patricia no probó nada de lo afirmado, desconociendo el valor de prueba de su interrogatorio, el cual conserva por mandato del artículo 165 del CGP -complementado por el artículo 191 y ss. del igual código-, que regula:

*“**MEDIOS DE PRUEBA.** Son medios de prueba **la declaración de parte**, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez”.*

10.- Sumado a lo dicho, el despacho calificó al testigo Carlos Henry López Herrera, como de oídas, siendo que este señor manifestó *“que había escuchado cuando el señor Alfonso, comisionista había hablado con la demandante Edith Trujillo, sobre el préstamo inicial por \$10.000.000oo junto con los intereses del 20% mensual”*. Alfonso fue quien hizo el engranaje entre la prestamista y mi cliente y, no eran amigos como lo quisieron hacer ver los ejecutantes.

11.- *Se confunde al testigo **presencial** con uno de **oídas***, solamente porque dijo haber *“oído”* a Alfonso con Edith sobre el pequeño crédito, lo que riñe contra la lógica y la ley, habida consideración de que *el testigo puede percibir presencialmente el hecho por medio de sus órganos de los sentido: oído, vista, gusto...* Aquí él *oyó*, no le contaron, evento en el cual sí habría sido de oídas.

12.- Carlos Henry López, es testigo presencial a quien le consta la modesta obligación tomada por la demandada con intereses de gota-gota, y que deja al descubierto la adulteración anotada, sin saberse quien la haya cometido pero que sí aprovecharon los ejecutantes.

13.- Para el despacho este testigo sí demostró la solvencia económica de la señora Edith, contradicción insostenible, ya que cómo entender que no le da credibilidad a favor de la ejecutada pero sí a favor de los ejecutantes, *no obstante que lo tiene como de oídas*.

14.- Por el lado de las otras pruebas, podemos mencionar:

- Reiteramos que la letra de cambio, título ejecutivo, dejó de serlo por el desconocimiento hecho, puesto que le restó el mérito ejecutivo, esto es, que *“no constituyó plena prueba contra el deudor”* como lo establece el artículo 422 del CGP. Le faltó este requisito sustancial o esencial, lo que adujimos y recurrimos durante todo el proceso, sin eco alguno por el juzgado.
- Los interrogatorios de parte de los ejecutantes fueron contradictorios y frágiles. Veamos:

No coincidieron en la fecha en que supuestamente se firmó la letra; dieron razones diferentes para haber entregado el dinero de la manera extraña como lo denotaron; dejaron claro, según ellos, que Edith era muy amiga de la ejecutada Patricia y, que *“entraba como Pedro por su casa”* al apartamento de esta señora, sin embargo, decidieron de manera rara entregarle el dinero *“\$210.000.000oo”* en una caja incómoda en la calle, cuando Edith lo pudo, acorde con su dicho, haberlo llevado al apartamento de la mandante *“pues entraba como Pedro por su casa”*; inexplicablemente ese supuesto dinero lo obtuvieron con pago de intereses pero a la ejecutada se lo prestaron en forma gratuita, y semejante suma, contra el mismo texto de la letra en la que figuran intereses a la tasa máxima legal *-se evidencia la mentira-*; no desvirtuaron el dicho de la ejecutada, en el sentido de que a la letra de \$10.000.000oo, real préstamo inicial, le hubiesen agregado un *“2”* para dejar aparentemente la suma adulterada, e igualmente, sobre la expresión de *“doscientos”* en letras, antes de la anotación inicial de *“Diez”*, situación que desajusta la verdad pues aquella *“d”* minúscula deja en serias dudas su legitimidad; si tenemos en cuenta que en enseguida está la palabra *‘Diez’*, por lo que ¿tenía sentido que *“doscientos”* se incluyera en minúscula?; *“Diez”* con mayúscula significa que ahí había empezado la frase cuando se originó la letra y, que el *“doscientos”* se adicionó *a posteriori*; adujeron que en pocos días después del suministro del dinero, Edith había ido al apartamento de doña Patricia con la letra de cambio y, si así fue, porque no hizo lo propio con el dinero que era lo más importante, sin que hubiese puesto en riesgo la vida de todos ellos, incluyendo la de Patricia y, ni qué decir si la Policía los hubiese detenido con la grúa donde dicen que transportaron el dinero en pleno comienzo de la pandemia, época de total restricción; jamás precisaron que la letra no tenía espacios en blanco, pues sí los tenía, los que fueron aprovechados por quien la haya adulterado; curiosamente ninguno de los tres ejecutantes supo a ciencia cierta la cuantía de su participación en el préstamo; el esposo de Edith, también ejecutante dijo saber todo sobre los negocios de su esposa, empero en este crédito si poco conocía sin importarle la cuantía, que según dijeron todos ellos, representaba sus verdaderos ahorros; si todo lo tenían en juego no le interesó conocer a fondo lo de su esposa, a fin de que todo saliera bien y no se echaran a perder esos supuestos ahorros. De igual forma indicaron que alguna parte del dinero había sido de un crédito que habían solicitado a una entidad Bancaria; ¿será real el hecho de que una persona

solicite un crédito, pague intereses, lo preste y a quien le presta no le cobre ningún tipo de interés?, pues lógicamente nadie hace este tipo de obras con la gente, es claro que los ejecutantes están faltando a la verdad.

V. LA FORMA INSÓLITA DEL SUPUESTO CRÉDITO

No importó al despacho que en violación de las normas de bioseguridad, recientes para la época por cierto, los ejecutantes afirmaran haber entregado el dinero a mi mandante en la calle. Esto equivale a legitimar aquella transgresión normativa, que envolvía cuestiones de salubridad pública con serias implicaciones para la vida de ellos y la de los demás, incluida doña Patricia persona cercana a los 80 años de edad, porque podían ser transmisores del virus de moda y, claro, las normas bancarias que violaban con sus comportamientos para no cumplir con las cargas impositivas o tributarias. Recordemos que ellos confesaron no sólo esto sino que no habían incluido el asunto en su declaración de renta.

Rememoremos que, la letra de cambio tiene fecha 13 de abril de 2020, días después a la presunta entrega del dinero, cuando nadie se podía movilizar por las calles de la ciudad, luego bajo ningún respecto los ejecutantes estaban autorizados por la ley y las reglamentaciones, para circular por las vías públicas como si nada pasara, habida consideración de que los controles eran estrictos y, menos aún, cargando entre varias personas esa considerable suma de dinero. La señora Patricia el día de la supuesta entrega del dinero, se encontraba confinada y con todas las medidas de bioseguridad por su edad y sus antecedentes serios de salud.

Tuvimos la oportunidad de averiguar con personas conocedoras sobre el tema de dineros, en cuanto al espacio y peso que ocuparía esa suma, quienes nos explicaron que el fenómeno implicaría haberlo introducido en una caja de por lo menos un metro al cuadrado, con varias arrobas de peso, por lo que no creemos que la señora Patricia, con la edad descrita hubiese tenido la fuerza física suficiente para cargarla en el largo trayecto aducido por los ejecutantes. ¿Alguno de ellos fue a ayudarla? ¿Cómo lo hizo? ¿Cómo cargó la señora el dinero? ¿Qué les consta al respecto? ¿Por qué creyó el Juzgado algo insólito como esto?

En efecto, la entrega del abundante dinero en la vía pública, por un lado y, por otro, la letra de cambio sí firmada en el apartamento de la señora días después, son fenómenos que se caen por su peso y, que nos dejan estupefactos. La falta de lógica aflora por todas partes.

¿Cómo podría pasar inadvertido todo lo examinado frente a los ojos de la justicia?

Es menester recordar al despacho que los ejecutados en el interrogatorio de parte indicaron también que la letra fue firmada primero por la señora Edith Trujillo y su esposo no supo indicar con certeza el día que el firmó, sin embargo si les consta que entregaron el dinero y luego si recibieron la letra firmada por la ejecutada, ¿Quién se atreve a ser tan condescendiente con una suma tan desproporcionada?

VII.NO HAY RAZÓN PAARA LA IMPOSICION DE LAS COSTAS Y OTROS

Siendo evidente que la ejecutada ha obrado de buena fe, era apenas esperable que no se le impusiera ninguna erogación, por pequeña que fuera, a título de costas procesales y agencias en derecho.

La ley claramente es lo que ordena tanto que es lo jurisprudencialmente pacífico en toda la extensión de la rama judicial.

SOLCITUDES ESPECIALES

Suplicamos a la Honorable Magistrada ponente y Magistrados/a, **REVOCAR** el fallo de primera instancia, en aras de proteger los derechos y la buena fe de la ejecutada, así como la prevalencia del derecho sustancial, y por supuesto conforme al artículo 365 del CGP, sean condenados en costas y agencias en derecho los ejecutantes, con la reparación del daño a que hace referencia el artículo 643 del CGP.

De la Honorable Magistrada,

FRANKLIN GARCÍA RODRÍGUEZ
C.C. N° 18'261.002
T.P. N° 51.547 del C.S.J.
frasegar@gmail.com, 3107797042, 3366629

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA RODRIGUEZ ESLAVA RV: RAD. 110013103032 -2022 -00064 -01 JUZGADO 32 C.C.

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Vie 05/04/2024 14:32

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (99 KB)

sustentacion de recurso de APELACION.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA RODRIGUEZ ESLAVA

Atentamente,



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: SERVICIOS Y ASESORIAS JURIDICAS L&M <servi.asejur@gmail.com>**Enviado:** viernes, 5 de abril de 2024 14:25**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; andinajuridica@hotmail.com <andinajuridica@hotmail.com>

Asunto: RAD. 110013103032 -2022 -00064 -01 JUZGADO 32 C.C.No suele recibir correos electrónicos de servi.asejur@gmail.com. [Por qué esto es importante](#)

Honorable

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA CIVIL**M.P. DRA. SANDRA CECILIA RODRIGUEZ**

E.S.D

REF. PROCESO VERBAL DE NULIDAD ABSOLUTA
DEMANDANTE: MARIA HERSILIA LÓPEZ DE PACHÓN Y OTROS
DEMANDADOS: BLANCA CECILIA PACHÓN DE CHAPARRO, MARÍA EMMA PACHÓN GARZÓN Y ALFONSO
PACHÓN GARZÓN
RAD. 110013103032 -2022 -00064 -01 JUZGADO 32 C.C.
ASUNTO: Sustentación al recurso de apelación

Luisa Fernanda Aristizábal Aristizábal, me permito allegar sustentación del recurso de apelación solicitado contra fallo proferido por el Juzgado 32 Civil Circuito de Bogotá.

De Usted

LUISA FERNANDA ARISTIZABAL ARISTIZABAL

C.C. 52121354

T.P. 144936

Cr 9 No. 12 b 12 of. 707 Ed Robledo

tel 3002323854



Remitente notificado con
[Mailtrack](#)

Honorable

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ-SALA CIVIL

M.P. DRA. SANDRA CECILIA RODRIGUEZ

E.S.D

REF. PROCESO VERBAL DE NULIDAD ABSOLUTA
DEMANDANTE: MARÍA HERSILIA LÓPEZ DE PACHÓN Y OTROS
DEMANDADOS: BLANCA CECILIA PACHÓN DE CHAPARRO, MARÍA EMMA PACHÓN GARZÓN Y
ALFONSO PACHÓN GARZÓN
RAD. 110013103032 -2022 -00064 -01 JUZGADO 32 C.C.
ASUNTO: Sustentación al recurso de apelación

Luisa Fernanda Aristizábal Aristizábal, mayor y vecina de esta ciudad, identificada con la C.C. 52.121.354 de Bogotá y TP 144.936 del C.S.J., con domicilio profesional en la cr 9 No. 12 B 12 of 707 Ed Robledo, Tel. 3002323854 email servi.asejur@gmail.com / luisaferar@gmail.com de conformidad con el Registro Nacional de Abogados, obrando en mi calidad de apoderada judicial de la demandante dentro del asunto de la referencia con el debido respeto me permito dar cumplimiento al auto de fecha 22 de marzo del 2024, mediante el cual se ordena la sustentación al recurso interpuesto, contra el fallo proferido por el Juzgado 32 civil circuito en los siguientes términos:

Fundamentos del recurso

La suscrita dentro de la solicitud de apelación, argumento no estar de acuerdo con el fallo en cuanto a la prescripción elevada por la pasiva, pues esta debe analizarse teniendo en cuenta que se debe acceder a un derecho previo al pronunciamiento sobre el particular, es decir para predicar si prospera la excepción o no.

En el caso en particular tenemos que el señor Carlos Julio Pachón Garzón (qepd) instauró proceso de petición de herencia, que cursó y finalizó en el juzgado 19 de Familia del Circuito de Bogotá en este asunto se declaró la partición de su progenitor Milcíades Pachón Castañeda ineficaz mediante fallo del 31 de mayo de 1991 y se ordenó remitir al Juzgado 25 civil del circuito para adelantar la partición correspondiente.

Luego los herederos del causante Milcíades Pachón Castañeda (qepd), iniciaron la partición del bien vía notarial, segregando el predio de mayor extensión en dos predios como se encuentra actualmente el inmueble mediante la escritura pública No.3367 de 1984 de la Notaria 15 del Círculo Notarial de Bogotá, mediante la cual se realizó la división del predio identificado con el folio de matrícula 50C.564030 quedando subdividido en dos lotes identificados con los folios Nos. 50C.-853855 y 50C-853857

Posteriormente se protocolizo la sucesión de su progenitora Ana Garzón Vda. de Pachón (qepd). Ambos actos escriturarios fueron atacados por vía de esta nulidad escritura No. 3817 de 1992 de la notaría 15 del círculo notarial de Bogotá.

Sin embargo dentro del juicio de valor se olvidó por parte del Juzgado analizar que el

asunto de la petición de herencia había quedado suspendido en el tiempo sujeto a una condición futura para acceder a su derecho, esta condición futura precisamente es la de rehacer la partición de la herencia una vez fue reconocido el fallecido Carlos Julio Pachón Garzón, situación que nunca se consolido por parte de los herederos, ahora bien, de igual forma todos los causahabientes del sr Milcíades (...) realizaron un acuerdo de transacción en el cual se obligaban a desistir de realizar la partición correspondiente, razón suficiente para que de buena fe se tuviera dicho acuerdo como válido por parte de mis poderdantes y herederos del sr Carlos Julio (...) razón por la cual los demandantes se acogieron a los términos señalados en la Ley 791 de 2002 esto es a los 10 años de la prescripción contabilizados después del fallecimiento del sr Carlos Julio, y para el momento de la radicación de la demanda no habían transcurrido los 10 años que puntualiza la norma.

Dado que los herederos o este caso fueron dejados sin legitimación en la causa para actuar queda la cesionaria de los derechos herenciales y a su vez cónyuge del sr Carlos Julio Pachón Garzón (qepd) hijo del fallecido Milcíades Pachón Castañeda, quien podrá ejercitar su derecho antes de que prescriba el derecho, es así como la acción se encuentra interpuesta en los términos del ley y antes del vencimiento de los 10 años como prescripción extraordinaria, pero vemos que la cesión de derechos herenciales no es la transmisión de bienes ciertos si no precisamente de un derecho que deviene es de hacer la partición de los bienes que conforman el patrimonio del causante así que su facultad es iure proprio no hereditaris como se dispone para los propios herederos del causante que es intransferible, y la cesión o venta de los derechos herenciales no produce el traspaso de la condición de heredera dado su carácter de personal e intransmisible, una razón más por lo que habrá de modificarse el fallo de primera instancia y conceder el derecho pretendido.

Así las cosas, el derecho nunca se consolido en favor del sr Carlos Julio, por el contrario, quedo suspendido en el tiempo en espera de una promesa que nunca se cumplió -esto pues por el contrato de transacción – arrimado al proceso- y por qué, nunca se pudo materializar el derecho que invocó como pretensión en su demanda de petición de herencia, cual era realizar la partición sobre los bienes de su progenitor (Milcíades). Situación que sigue inconclusa hasta el día de hoy pues no se ha logrado rehacer la partición ordenada, pese a varios intentos de acercamiento entre las partes interesadas.

El artículo 2530 del CC inc. 5°. Indica que no se contará el tiempo de prescripción en contra de quien se encuentre en imposibilidad absoluta de hacer valer su derecho, mientras dicha imposibilidad subsista lo cual aconteció en nuestro caso, primero nunca se adelantó la partición correspondiente por parte de los herederos y segundo se llegó a una transacción que finiquito el inicio de la partición, lo que imposibilito el aprehender un derecho herencial.

Mencionando los aportes jurisprudenciales sobre el particular la suscrita hizo resumen de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Civil, en sentencia del MP OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE Magistrado Ponente SC2362-2022 Radicación n° 41001-31- 03-002-2013-00116-01 (Aprobada en sesión del 27 de mayo de 2021) indica el articulo2535 inciso final que (..) erige la prohibición de comienza a contabilizar el periodo extintivo mientras subsistan circunstancias impositivas para que el titular reclame su

derecho (v.gr. plazo, modo, condición) en virtud del principio que la doctrina denomina «*actioni non natae non praescribitur*».

Atinente a esta previsión establecida en favor del acreedor, la jurisprudencia ha explicado que «es contrario a la moral y a la equidad que un derecho pueda extinguirse antes de que su titular pudiera normalmente hacer uso de él» (CSJ SC, 7 nov. 1977), lo cual permite observar que el fenómeno que se analiza no se impone de manera ineluctable, en tanto el estudio de su acaecimiento tiene en cuenta las vicisitudes del derecho sobre el que se cierne. Siguiendo esta misma línea argumentativa, es preciso advertir que la prescripción extintiva recae sobre «derechos y acciones», por lo que declararla supone necesariamente verificar el nacimiento y vigencia de estos. Si no es admisible contabilizar el lapso extintivo de derechos inexigibles, menos de los que no existen. Es en ese sentido que la Sala ha dicho que a la hora de dictar sentencia el fallador debe examinar si el derecho controvertido existe, y solamente cuando la respuesta es afirmativa es procedente que se adentre en el estudio de las excepciones de mérito, preceptiva que resulta aplicable cuando la defensa consiste en la prescripción extintiva, que el demandado debe alegar si quiere beneficiarse de ella (art. 282, C.G.P.).

En torno a este tópico expuso que (...) la subsidiaridad de la excepción es pues manifiesta o que no se concibe con vida sino conforme exista un derecho, de lo contrario se queda literalmente sin contendor, por modo que de ordinario en los eventos en los que el derecho no alcanza a tener vida jurídica o para decirlo más elípticamente, en los que el actor carece de derecho porque éste nunca se estructuró, la excepción no tiene viabilidad, de ahí que la decisión de todo litigio deba empezar por el estudio del derecho pretendido, y por indagar si al demandante le asiste, cuando está sujeta a la prescripción inicial es respondida negativamente la absolución del demandado se impone, pero cuando se halle que la acción existe y que le asiste al actor entonces si es procedente estudiar si hay excepciones que la emboten, enerven o infirmen (CSJ SC de 11 de junio de 2001, rad. 6343) En el mismo orden de ideas, también es útil recordar que los «derechos» que dan aliento a las acciones en concreto (v.gr. de nulidad, petición de herencia, rescisión) no brotan de la nada, sino que encuentran venero en los hechos jurídicos, los actos jurídicos o en la ley, en una relación de causa-efecto.

En esa medida, cuando se invoca un acto (v. gr. contrato) que por razones jurídicas y/o fácticas no existe, tampoco es posible identificar algún derecho en relación con el mismo, y mientras ese vacío subsista resulta un imposible lógico-jurídico predicar consecuencia alguna.

Esa inexistencia puede ser originaria o sobreviniente, dependiendo de si nunca hubo convención o si después de ella, v.g.r., por orden judicial o de autoridad administrativa, desapareció. Mientras dicho estado se mantenga inalterado tampoco se le puede asignar efecto alguno, sin perjuicio de las situaciones consolidadas durante su vigencia. Ahora, si por alguna circunstancia excepcional el negocio jurídico revive surgen las preguntas ¿qué sucede con la institución la prescripción en cada uno de esos períodos y cómo debe aplicarse?

En relación con el primer lapso, la Corte advierte que dependiendo su duración, puede o no consolidarse el fenómeno extintivo, caso en el cual el interesado estará facultado para alegarlo por vía de acción o de excepción, de acuerdo con las circunstancias y según lo estime pertinente. Con el advenimiento de la segunda etapa, es decir, cuando el acto ha perdido efectos jurídicos por cuenta de una decisión administrativa o judicial, no puede predicarse nada positivo o negativo de él. La prescripción carece de sustrato alguno sobre el que desarrollarse; su existencia es un imposible ontológico.

En este punto, es necesario aclarar que no se trata de una suspensión de la prescripción, por cuanto esta supone la latencia de un derecho en tanto el acto jurídico que le da sustento continúa en vigor, pero no puede ser ejercido debido a que ciertas circunstancias personales del titular reconocidas en la ley se lo impiden. Aquí, se reitera, no hay derecho alguno sobre el que el fenómeno extintivo pudiera erigirse.
(file:///C:/Users/Luisa/Downloads/CSJ_SCC_SC2362-2022_2013-00116-01_2022.pdf)

De igual forma

De usted,



Luisa Fernanda Aristizábal Aristizábal

C.C. 52121354 Bogotá

TP 144936 CSJ

MEMORIAL DRA RODRIGUEZ RV: 11001310303520190063402 - SUSTENTACIÓN RECURSO APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA EN AUDIENCIA DE FECHA 8 DE MARZO DE 2024

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.

<secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 11/04/2024 12:32

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 1 archivos adjuntos (460 KB)

Memorial Apelacion - 11001310303520190063402 VF_1712786300-f-f.pdf;

MEMORIAL DRA RODRIGUEZ

Atentamente,



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: Nicolás Fernández de Castro <nfernandez@integracgl.com>

Enviado el: jueves, 11 de abril de 2024 12:31 p. m.

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: Notificación Litigios <notificacionlitigios@pgplegal.com>; Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: 11001310303520190063402 - SUSTENTACIÓN RECURSO APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA EN AUDIENCIA DE FECHA 8 DE MARZO DE 2024

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Civil
E. S. D.

RADICADO ÚNICO:
11001310303520190063402

DEMANDANTE:
CLAUDIA PATRICIA ESPARZA ALVARADO

DEMANDADO:
CORTEX ANDINO SAS – CORTEX DENTAL INDUSTRIES IMPLANTS LTD

PROCESO:
VERBAL

ASUNTO:
SUSTENTACIÓN RECURSO APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA EN AUDIENCIA DE FECHA 8 DE MARZO DE 2024

NICOLÁS FERNÁNDEZ DE CASTRO, mayor de edad, identificado con C.C. No. 80.205.337 de Bogotá y portador de la T.P. No. 157.632 del C.S. de la J., actuando en mi calidad de apoderado especial de la demandada CORTEX ANDINO SAS, me dirijo de la forma más respetuosa a ustedes dentro del término legal con el fin de **SUSTENTAR RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA EN AUDIENCIA DE FECHA 8 DE MARZO DE 2024 POR EL JUZGADO 35 CIVIL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, en los términos del documento adjunto.

Cordialmente,



Nicolás Fernández de Castro P.

Socio

Tel: +57 (601) 7943646

Cel: +57 (310) 485-0145

integracgl.com

Este mensaje y cualquier documento adjunto es de uso exclusivo de los destinatarios y puede contener información privilegiada y/o confidencial, protegida por la ley. Si el lector del presente mensaje no es el destinatario, se le notifica que está expresamente prohibida su distribución, copia o comunicación. Si recibió este mensaje por error, por favor notifíquenos inmediatamente contestando el mensaje, y bórralo junto con sus copias. Gracias

This message and any attached document are of addressees' exclusive use and can contain privileged and/or confidential information, which is protected by law. If the reader of the present message is not the addressee, it is notified to him/her that its distribution is specifically banned. If you received this message erroneously, please let us know as soon as possible, by replying it, and please erase it along with its copies. Thanks

Honorables Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
Sala de Decisión Civil
E. S. D.

RADICADO ÚNICO: 11001310303520190063402

DEMANDANTE: CLAUDIA PATRICIA ESPARZA ALVARADO

DEMANDADO: CORTEX ANDINO SAS – CORTEX DENTAL INDUSTRIES
IMPLANTS LTD

PROCESO: VERBAL

ASUNTO: **SUSTENTACIÓN RECURSO APELACIÓN EN CONTRA DE
LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA EN
AUDIENCIA DE FECHA 8 DE MARZO DE 2024**

NICOLÁS FERNÁNDEZ DE CASTRO, mayor de edad, identificado con C.C. No. 80.205.337 de Bogotá y portador de la T.P. No. 157.632 del C.S. de la J., actuando en mi calidad de apoderado especial de la demandada CORTEX ANDINO SAS, me dirijo de la forma más respetuosa a ustedes dentro del término legal con el fin de **SUSTENTAR RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA EN AUDIENCIA DE FECHA 8 DE MARZO DE 2024 POR EL JUZGADO 35 CIVIL CIRCUITO DE BOGOTÁ**. Para el efecto me permito hacer las siguientes manifestaciones:

El fallo proferido en primera instancia por el JUZGADO 35 CIVIL CIRCUITO DE BOGOTÁ dentro del proceso civil 2019-634, **de ninguna manera es congruente** con las motivaciones que fueron expuestas por el Juez durante la providencia que se dictó en la audiencia del 8 de marzo de 2024.

En este proceso, el Juez se apartó de las motivaciones que lo largo de la audiencia expuso, para al final declarar que CLAUDIA ESPARZA se había subrogado en los derechos de los acreedores de CORTEX ANDINO SAS, lo cual no tiene ninguna congruencia con los argumentos de hecho y de derecho que tuvo en cuenta el despacho para resolver este proceso judicial.

El despacho reconoció que los acuerdos privados suscritos por CLAUDIA ESPARZA y CORTEX DENTAL INDUSTRIES LTD (en adelante CORTEX ISRAEL)¹ **tuvieron plenos**

¹ Entre CLAUDIA ESPARZA y CORTEX DENTAL INDUSTRIES LTD se suscribió un acuerdo de accionistas (en adelante "SHA") y un contrato de compraventa de acciones (en adelante "SPA") ambos del 6 de diciembre de 2017, que hacen parte del material probatorio documental que obra en el proceso.

efectos vinculantes para las partes, admitiendo que estos acuerdos son ley para las partes y sus cláusulas son de obligatorio cumplimiento, conforme lo dispone el artículo 1602 del Código Civil, y que, por lo tanto, cualquier diferencia que hubiere podido surgir o en cuyo caso, alguna de las partes hubiere pretendido su terminación, esta debió contemplar el procedimiento que ambos eligieron para que se declarara la terminación de dichos acuerdos. *(escuchar minuto 26:50 de la audiencia)*

Estos acuerdos privados están perfeccionados y los mismos siempre han sido aceptados por las partes, tal como consta en los interrogatorios de parte que fueron practicados en la audiencia inicial. De manera que, aun los acuerdos privados no sean objeto de discusión en este proceso, lo cierto es que estos son prueba fundamental de la relación contractual existente entre la demandante y los demandados, a fin de que pueda tomarse una decisión congruente y ajustada a derecho con base en las pretensiones, excepciones y pruebas que obran en el expediente.

Es preciso mencionar que **el desarrollo de un proceso judicial se limita a los términos establecidos por las partes involucradas, ya sea en la demanda inicial o en las excepciones presentadas**², por lo que las decisiones que tome el Juez en el proceso deben estar sometidas al principio de congruencia. Este principio es una restricción al poder de decisión del Juez y, por tanto, asegura que exista coherencia entre lo resuelto y lo planteado por las partes en disputa como objeto de la controversia³, tal como lo establece el artículo 281 del Código General del Proceso⁴.

Sobre el particular, autores como Devís Echandía han dicho que la congruencia es una garantía constitucional que alude a un principio normativo que exige identidad jurídica entre lo resuelto y las pretensiones y excepciones planteadas por las partes⁵, por lo que, la sentencia que tome el Juez debe ser congruente.

También en reiteradas jurisprudencias, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la congruencia de la sentencia es un:

«principio cardinal del conjunto de garantías del debido proceso, que evita el exceso o el defecto de esa decisión respecto del marco jurídico de lo que compete resolver, previsto en el artículo 305 del citado estatuto, bajo cuyo tenor el juez debe sujetar la solución del conflicto a los hechos y las pretensiones de la demanda o demás oportunidades autorizadas, así como las defensas frente a esta última, sin desmedro de lo que ha de resolverse de oficio. De acuerdo con la jurisprudencia consolidada

² Corte Suprema de Justicia, SC3663-2022.

³ Corte Suprema de Justicia, SC4257-2020.

⁴ Artículo 281. Congruencias. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio. (...)

⁵ HERNANDO DEVIS ECHANDÍA, Teoría General del proceso, t. 1. Editorial Universidad, Buenos Aires, tercera edición, pág. 49.

de esta corporación, acatar la congruencia implica que debe haber armonía entre lo pedido y lo resistido» (Corte Suprema de Justicia, SC3663-2022).

Visto lo anterior, el fallo proferido por el Juez de primera instancia es incongruente al reconocer que CLAUDIA ESPARZA se subrogó en los derechos de los acreedores de CORTEX ANDINO SAS, cuando este despacho le ha otorgado plenos efectos jurídicos a los acuerdos privados suscritos por las partes, en particular, al aplicar la Sección 10 del SHA (*escuchar minuto 27:45 de la audiencia*) en su decisión, pero no observar íntegramente estos acuerdos y omitir las disposiciones de la Sección 18, apartado que prevé una reglas específicas para atender las disputas, controversias o reclamaciones que estuvieran relacionadas con la interpretación, incumplimiento, terminación o validez de los acuerdos existentes entre CLAUDIA ESPARZA y CORTEX ISRAEL:

SECCIÓN 18 ARBITRAMENTO.

Toda disputa, controversia o reclamación que surja de o en relación con este contrato, o la interpretación, incumplimiento, terminación o validez del mismo, o transacciones contempladas en el mismo, se someterán a procedimiento de arbitramento de carácter definitivo en concordancia con las normas de arbitramento de la cámara de comercio de Bogotá. El arbitramento estará regido por la ley 1563 de 2012, y según los estatutos, leyes o decretos que pudiesen reemplazar, modificar o derogar dicha ley 1563.

- a) El tribunal estará conformado por un (1) árbitro en caso de que el monto no exceda una suma equivalente a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes en Colombia, o tres (3) árbitros si el monto excede la suma equivalente a cuatrocientos (400) salarios mínimos legales mensuales vigentes para Colombia.
- b) El árbitro o árbitros serán nombrados mediante consentimiento mutuo entre las partes, durante los siguientes treinta (30) días calendario a partir de la solicitud de arbitramento presentada por cualquiera de las partes otorgantes. Si las partes no están en condiciones de acordar sobre el nombramiento del árbitro o árbitros, entonces el árbitro o árbitros serán nombrados por el centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio de Bogotá, a partir de la lista que reposa en dicha cámara.
- c) El arbitramento será efectuado en la ciudad de Bogotá, Colombia en donde pronunciará un laudo arbitral.
- d) El idioma utilizado para el arbitramento será el español.
- e) La organización interna del tribunal estará sujeta a las normas señaladas por el centro de arbitraje y conciliación de la cámara de comercio de Bogotá.
- f) El tribunal decidirá en derecho.
- g) El tribunal tendrá su sede en la ciudad de Bogotá D.C., en el centro de arbitramento y conciliación de la cámara de comercio de esta ciudad;

Este fue el procedimiento al que se debió ceñir la demandante, quien tenía que acudir a la justicia arbitral a efectos de que se le declarara si existió o no incumplimiento de las obligaciones de mi representada para perseguir las sumas de dinero que hoy en este proceso se reclaman.

No es posible que el Juez de instancia reconozca como pretensión la subsidiaria propuesta por la demandante como “subrogación”, cuando en la parte motiva de esta providencia el despacho ha decidido aplicar la Sección 10 del SHA pero omite aplicar otras disposiciones, entre ellas, la Sección 18 en la que se trata la forma en que las partes han de haber resuelto sus diferencias.

En el proceso, no hay elementos de juicio que impidan que el Juez aplique íntegramente estos documentos contractuales (que fueron base del negocio de las partes), como quiera que estos corresponden a una plena manifestación de la voluntad de los contratantes y dichos documentos, no han sido viciados por alguna nulidad o tacha de falsedad. Por el contrario, en el transcurso de todo el proceso CLAUDIA ESPARZA ha reconocido la aceptación y adhesión a dichas condiciones iniciales, las cuales dieron lugar a que ella como futura accionista realizara sus aportes de inversión a CORTEX ANDINO SAS.

Ahora bien, no puede hablarse de que existe rescisión por mutuo incumplimiento de las obligaciones de ambas partes (*escuchar minuto 28:52 de la audiencia*), en vista de que el litigio no se centró en determinar si en el presente caso existió un incumplimiento por alguna de las partes. Tal como se encuentra acreditado en el proceso, CLAUDIA ESPARZA no adquirió su calidad de accionista de la sociedad CORTEX ANDINO toda vez que **no realizó sus aportes de inversión como futura socia de CORTEX ANDINO SAS dentro de los tiempos establecidos en los acuerdos privados**, como sí lo hizo CORTEX ISRAEL, quien es actual accionista de la sociedad.

El mismo Código Civil plantea una solución a este tipo de conflictos, y expresamente, el artículo 1456 indica que solo la parte cumplida podrá pedir, a su arbitrio, la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios. Es decir, que si ambas partes incumplieron sus compromisos como obligados según las manifestaciones hechas por el despacho, entre dichos acuerdos iría envuelta la condición resolutoria (bien sea tácita o expresa).

En ese caso, si CLAUDIA ESPARZA pretendía reclamar las sumas de dinero que tuvieron como origen el incumplimiento de los acuerdos privados suscritos con la demandada, esta debió acudir a tal disposición para iniciar la acción judicial correspondiente, a efectos de que se declarara la responsabilidad contractual en contra de las sociedades involucradas, en vez de proponer como pretensiones (i) si existía un contrato de mutuo comercial; (ii) si la demandante pagó obligaciones en las que el deudor era CORTEX ANDINO SAS; (iii) si CLAUDIA ESPARZA se subrogó en los derechos de los acreedores de CORTEX ANDINO SAS.

Pues, está claro que estos acuerdos privados son los documentos que dieron origen a la obligación que hoy el Juez de instancia está reconociendo como un supuesto “pago por subrogación”. Esto lo señaló expresamente el despacho, y es que, los aportes de inversión hechos por CLAUDIA ESPARZA se justifican en la efectividad del SPA y SHA (*escuchar*

minuto 29:25 de la audiencia), **pretensiones que no fueron invocadas en el escrito de demanda ni en su reforma.**

Al reconocer el *aquo* que la entrega de dinero se efectuó a título de INVERSIÓN, según los acuerdos privados antes mencionados, previo a determinar si existe la obligación para los demandados de devolver suma alguna de dinero debería discutirse antes si el mencionado contrato se cumplió o no y sí, a partir de esto, surge la obligación de reembolsar alguna suma de dinero. La sección 18 del SHA establece unos mecanismos especiales de solución de conflictos (lo mismo sucede con la sección 9.06 del SPA); no podía el despacho de primera instancia, a través de este proceso, indagar esta situación en la medida que no formó parte de las pretensiones de la demanda, ni principales como subsidiarias.

Hizo bien este despacho en desestimar la existencia de un contrato de mutuo, pero reconocer que la demandante se subrogó en los derechos de los acreedores de CORTEX ANDINO SAS, claramente resulta contrario a lo probado en el proceso, principalmente, las mismas documentales aportadas por la demandante como Comprobantes de Egreso y Recibos de Caja, con sus respectivos soportes.

El despacho toma esta decisión con fundamento en la sentencia CSJ SC, 14 en. 2015, rad. 2007-00144-01 (que no comparte los mismos fundamentos fácticos o similares al caso que nos ocupa), la cual indica que para que sea válida la subrogación deben concurrir un mínimo de requisitos:

*“7.1. Salvo el caso del artículo 1579 del C.C., **la obligación que se satisface debe ser ajena**, es decir, quien paga ostentará, de manera diáfana, la calidad de tercero; no resulta posible, entonces, que quien satisfaga el derecho de crédito sostenga vínculo alguno con la prestación debida; menos que aparezca como deudor, mandante o representante de éste. En otros términos, la solución brindada por esa persona ajena al crédito no será en respuesta a compromisos legales o convencionales, pues, en tal hipótesis, no estaría extinguiendo deuda ajena o por cuenta suya.”*

*“7.2. También, como requisito para que opere la subrogación, se ha establecido que aquella persona por cuyo actuar se satisface el derecho de crédito insoluto, al proceder en tal sentido, **afecte su propio patrimonio**; por tanto, el pago realizado no develará una recepción previa de dineros cuyo destino tienda a esa finalidad, en cuanto que, de acaecer tal evento, comportaría una representación, mandato, agencia oficiosa, etc., en fin, desnaturalizaría el cumplimiento de la obligación a instancia del tercero”.*

*“7.3. A lo anterior corresponde agregar que la obligación que se transmite bajo esa modalidad de pago, **debe aparecer como susceptible de ser trasladada a persona diferente de quien era acreedor**; en otras palabras, el crédito satisfecho será de aquellos que admita ser trasferido. Exigencia esta que permitirá radicar en*

cabeza de quien efectúa el pago la posibilidad de vindicar el cobro pendiente; de no albergarse esa prerrogativa, por obvias razones, no procede la subrogación”

Aunado lo anterior, es importante advertir que, dicha providencia citada por el Juez de instancia no resuelve un caso similar, y esta, solo establece los parámetros que deben cumplirse para que se pueda reconocer la figura de la subrogación.

La subrogación es una modalidad de pago, en perspectiva del crédito, que transmite los derechos del acreedor inicial a la otra nueva persona que se subroga a pagar, de tal modo que quien entra a la relación jurídica paga al acreedor lo que debe al deudor, para asumir la nueva condición de deudor.⁶

El pago con subrogación tiene el efecto de transferir los derechos, acciones y privilegios a un “tercero que paga”, según las reglas contempladas en los artículos 1666 y 1670 del Código Civil, existiendo dos tipos de subrogación, por una parte, la subrogación convencional en la que se requiere que el acreedor acepte voluntariamente el pago que efectúa un tercero⁷ y la subrogación legal, en la que hay una transmisión de derechos por el hecho de que un tercero haga el pago⁸.

Sin embargo, para que la figura de la subrogación legal opere, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1669 del Código Civil, es necesario que concurren los siguientes requisitos⁹:

- (a) La obligación que se satisface debe ser ajena, esto es, quien realice el pago debe ser un tercero sin vínculo con la prestación debida.

Esta condición no se cumple en el caso sub examine, ya que CLAUDIA ESPARZA no es un tercero sin vínculo con la prestación debida. Todo lo contrario, CLAUDIA ESPARZA acordó con CORTEX ISRAEL realizar unos aportes de inversión para la constitución, operación y puesta en marcha de CORTEX ANDINO SAS, que son los dineros que a hoy reclama.

Es inexplicable, que CLAUDIA ESPARZA se haya subrogado en los derechos de los acreedores de CORTEX ANDINO SAS, cuando los aportes que ella realizó iban encaminados a satisfacer sus propias obligaciones como interesada en adquirir la calidad de accionista de la sociedad.

La obligación de pago no es ajena a la demandante, CLAUDIA ESPARZA tiene directa relación con la prestación que dice adeudarle CORTEX ANDINO SAS.

⁶ Corte Suprema de Justicia, SC5569-2019.

⁷ Corte Suprema de Justicia, SC5569-2019.

⁸ Artículo 1666 Código Civil.

⁹ Corte Suprema de Justicia, SC5698-2021 y SC407-2023.

- (b) Al satisfacer la obligación ajena, el tercero debe afectar su propio patrimonio. Si quien soluciona el débito lo hace con unas sumas que previamente ha recibido con ese fin, lo que hace no es pagar por otro sino cumplir con su propio compromiso, sin derecho a reembolso.

Del material probatorio aportado, no se evidencia que el patrimonio personal de CLAUDIA ESPARZA haya sido el directamente afectado en la totalidad de las erogaciones reclamadas. Por el contrario, existen elementos probatorios que, de manera categórica demuestran que la demandante NO realizó dicha erogación, tal como se demostrará más adelante.

Además, se insiste, que, de acuerdo con lo indicado por este despacho, las erogaciones de la demandante se generaron en cumplimiento de los acuerdos privados suscritos con CORTEX ISRAEL.

- (c) La obligación debe ser susceptible de ser transmitida a persona diferente de quien era acreedor, pues la subrogación implica el traslado de los derechos, acciones y privilegios de aquel al tercero que paga.

Los aportes de inversión que realizó CLAUDIA ESPARZA y que están siendo reclamados en este proceso, no pueden ser transmitidos a persona diferente.

CLAUDIA ESPARZA celebró unos acuerdos privados con CORTEX ISRAEL en los que se comprometió realizar una inversión de capital para la constitución, operación y puesta en marcha de CORTEX ANDINO SAS en COLOMBIA.

En ese sentido, los derechos, acciones y privilegios como futura accionista de CORTEX ANDINO SAS eran intuitio personae, facultades que no pueden ser trasladadas a un tercero diferente cuando el acreedor principal es ella misma.

El juez de primera instancia generaliza que TODOS los valores condenados con la presente demanda corresponden a PAGOS DE OBLIGACIONES en las que era deudor mi poderdante. Como lo podrá evidenciar este Honorable Tribunal, muchos de los comprobantes de egreso y recibos de caja adjuntados con la demanda, y que forman parte de la relación de “pagos” que están siendo exigidos por la demandante en virtud de subrogación, NO CORRESPONDEN a pagos a favor de acreedores de la sociedad.

En esta oportunidad, quisiera hacer referencia específica a los comprobantes de egreso y recibos de caja presentados con la demanda, y base del dictamen pericial.

FECHA	VALOR	COMPROBANTE	COMENTARIOS
17-08-18	\$ 9.445.460	Comprobante de Egreso N° 0193	<ul style="list-style-type: none"> • Tiquete aéreo fue expedido a favor de Claudia Esparza. • No hay factura emitida a cargo de CORTEX ANDINO SAS. • La dirección indicada en la información del tiquete NO corresponde a la del domicilio social de CORTEX ANDINO SAS.
30-08-18	\$ 43.439.220	Comprobante de Egreso N° 192	<ul style="list-style-type: none"> • Los pagos están generados por parte de una empresa peruana a los terceros y no se evidencia que CLAUDIA ESPARZA haya demostrado que ella giró directamente esas sumas. • Lo mismo sucede con los pagos que se indican a Carolina Beltrán. Mediante certificación emitida por Lida Ann Sanz, presentada por la demandante, se deja claro que estos pagos también fueron generados por parte de la sociedad IMPLANTOLOGIA PERU SAC. • Además, en el interrogatorio y del material probatorio documental, se evidencia que en este negocio de Perú no intervendría directamente CORTEX ANDINO SAS.
31-07-18	\$ 4.845.000	Recibo de Caja No. R-7-673	<ul style="list-style-type: none"> • No se realiza ningún pago a tercero. Se trata de una consignación a la cuenta bancaria de CORTEX ANDINO SAS.
31-07-18	\$ 36.088.350	Recibo de Caja No. R-7-675	<ul style="list-style-type: none"> • No se realiza ningún pago a tercero. Se trata de una consignación a la cuenta bancaria de CORTEX ANDINO SAS.
26-07-18	\$ 1.082.214	Comprobante de Egreso N° 188	<ul style="list-style-type: none"> • No hay evidencia que el pago lo haya efectuado CLAUDIA ESPARZA, ni que se haya facturado a favor de CORTEX ANDINO SAS. • Además, en el interrogatorio y del material probatorio documental, se evidencia que en este negocio de Perú no intervendría directamente CORTEX ANDINO SAS.

06-06-18	\$ 126.112	Comprobante de Egreso No. 185.	<ul style="list-style-type: none"> • Se solicita el reembolso de un saldo por unos gastos realizados en la ciudad de Cartagena. Sin embargo, ni en el comprobante, ni en los soportes presentados hay claridad del objeto o motivo del gasto, es decir, si de trató de un gasto relacionado con una actividad propia del giro ordinario de los negocios de CORTEX ANDINO SAS. • Tampoco hay certeza de si, efectivamente, fue la demandante quien desembolsó el dinero de esos restaurantes. • No se evidencia que los soportes estén a nombre de la sociedad CORTEX ANDINO SAS.
31-05-18	\$ 1.879.424	Comprobante de Egreso No. 183	<ul style="list-style-type: none"> • En el interrogatorio y del material probatorio documental, se evidencia que en este negocio de Perú no intervendría directamente CORTEX ANDINO SAS. • Parte de los soportes presentados indican que se facturaron a IMPLANTES DENTALES MIS SAC y no a CORTEX ANDINO SAS.
27-05-18	\$ 1.430.130	Comprobante de Egreso No. 182	<ul style="list-style-type: none"> • En el interrogatorio y del material probatorio documental, se evidencia que en este negocio de Perú no intervendría directamente CORTEX ANDINO SAS. • Tampoco hay certeza de si, efectivamente, fue la demandante quien desembolsó el dinero.
24-05-18	\$ 200.000.000	Recibo de caja No. 5-0337 o 0180	<ul style="list-style-type: none"> • No se realiza ningún pago a tercero. Se trata de una consignación a la cuenta bancaria de CORTEX ANDINO SAS.
23-05-18	\$ 435.000	Comprobante de Egreso No. 0179	<ul style="list-style-type: none"> • No se identifica la realización de un pago a favor de un tercero.
19-05-18	\$ 2.439.934	Comprobante de Egreso No. 0178	<ul style="list-style-type: none"> • En el interrogatorio y del material probatorio documental, se evidencia que en este negocio de Perú no intervendría directamente CORTEX ANDINO SAS.
17-05-18	\$ 1.971.249	Comprobante de Egreso No. 0177	<ul style="list-style-type: none"> • No hay factura emitida a cargo de CORTEX ANDINO SAS.
15-05-18	\$ 667.639	RESUMEN DE	

		PAGO N° VCO-0629717	<ul style="list-style-type: none"> No hay factura emitida a cargo de CORTEX ANDINO SAS.
10-05-18	\$ 16.079.505	Comprobante de Egreso No. 0176	<ul style="list-style-type: none"> No hay soporte que la Sra. Alvarado haya pagado la suma de \$500.000 en efectivo. En relación con el pago de los \$15.000.000 mediante cheque, sólo existe una copia del cheque emitido por parte de la Sra. Esparza Alvarado al proveedor, pero no existe certeza de que efectivamente el mismo haya sido cobrado por el proveedor y, por tanto, que la Sra. Esparza efectivamente haya desembolsado dicho dinero como parte de la inversión.
10-05-18	\$ 1.093.910	Comprobante de Egreso No. 0175	<ul style="list-style-type: none"> De los soportes del comprobante presentado no se confirma que efectivamente la Sra. Esparza Alvarado haya efectuado el pago. Aunque se indica que se trata de un pago en efectivo (según el comprobante), el soporte presentado indica que se trata de un pago con tarjeta de crédito. No hay soporte que indique que haya sido CLAUDIA ESPARZA quien realizó el pago (con un soporte de la aprobación de la transacción), cómo tampoco que ella haya reembolsado en efectivo al titular del tiquete dicho dinero.
04-05-18	\$ 90.000.000	Recibo de caja No. 5-233 o 0174	<ul style="list-style-type: none"> No se realiza ningún pago a tercero. Se trata de una consignación a la cuenta bancaria de CORTEX ANDINO SAS.
05-05-18	\$ 254.898	Comprobante de Egreso No. 0173.	<ul style="list-style-type: none"> Corresponde a una Póliza de Responsabilidad Civil Profesional Médica cuyo asegurado es la Sra. Esparza Alvarado. Es decir, es una póliza que SÓLO LE GENERA BENEFICIO A LA DEMANDANTE.
05-04-18	\$ 174.440.249	Comprobante de Egreso No. 171	<ul style="list-style-type: none"> Según consta en el material probatorio aportado, ESTE COMPOBRANTE SE ENCUENTRA ANULADO POR ESTAR DUPLICADO. El valor ya se había registrado en otro comprobante (RC-4018).
16-03-18	\$ 351.813	Comprobante de	

		Egreso No. 0167	<ul style="list-style-type: none"> • Ni en el comprobante, ni en los soportes presentados hay claridad del objeto o motivo del gasto, es decir, si de trató de un gasto relacionado con una actividad propia del giro ordinario de los negocios de CORTEX ANDINO SAS. • Tampoco hay certeza de si, efectivamente, fue la Sra. Esparza Alvarado quien desembolsó el dinero de esos restaurantes
14-03-18	\$ 448.047	Comprobante de Egreso No. 0166	<ul style="list-style-type: none"> • Ni en el comprobante, ni en los soportes presentados hay claridad del objeto o motivo del gasto, es decir, si de trató de un gasto relacionado con una actividad propia del giro ordinario de los negocios de CORTEX ANDINO SAS. • Tampoco hay certeza de si, efectivamente, fue la Sra. Esparza Alvarado quien desembolsó el dinero de esos restaurantes
14-03-18	\$ 102.700	Comprobante de egreso No. 0165	<ul style="list-style-type: none"> • Ni en el comprobante, ni en los soportes presentados hay claridad del objeto o motivo del gasto, es decir, si de trato de un gasto relacionado con una actividad propia del giro ordinario de los negocios de CORTEX ANDINO SAS. • Tampoco hay certeza de si, efectivamente, fue la Sra. Esparza Alvarado quien desembolsó el dinero de esos restaurantes
14-03-18	\$ 22.280	Comprobante de Egreso No. 164	<ul style="list-style-type: none"> • Ni en el comprobante, ni en los soportes presentados hay claridad del objeto o motivo del gasto, es decir, si de trato de un gasto relacionado con una actividad propia del giro ordinario de los negocios de CORTEX ANDINO SAS. • Tampoco hay certeza de si, efectivamente, fue la Sra. Esparza Alvarado quien desembolsó el dinero.
09-03-18	\$ 2.272.955	Comprobante de Egreso No. 0163	<ul style="list-style-type: none"> • No hay ningún documento que soporte el pago indicado en el comprobante. • Por lo anterior, no hay certeza de si, efectivamente, fue la Sra. Esparza Alvarado quien desembolsó el dinero.
08-03-18	\$ 148.593	Comprobante de Egreso No. 0161	<ul style="list-style-type: none"> • Ni en el comprobante, ni en los soportes presentados hay claridad del objeto o motivo del gasto, es decir, si de trató de un gasto relacionado con una actividad propia

			<p>del giro ordinario de los negocios de CORTEX ANDINO SAS.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tampoco hay certeza de si, efectivamente, fue la Sra. Esparza Alvarado quien desembolsó el dinero de ese restaurante
05-03-18	\$ 144.100	Comprobante de Egreso No. 0158	<ul style="list-style-type: none"> • Ni en el comprobante, ni en los soportes presentados hay claridad del objeto o motivo del gasto, es decir, si de trato de un gasto relacionado con una actividad propia del giro ordinario de los negocios de CORTEX ANDINO SAS. • Tampoco hay certeza de si, efectivamente, fue la Sra. Esparza Alvarado quien desembolsó el dinero de ese restaurante.
02-03-18	\$ 199.859	Comprobante de Egreso No. 0156	<ul style="list-style-type: none"> • Corresponde a un tiquete aéreo del Sr. Alvaro José Ordoñez. Según los soportes presentados, el tiquete se factura a nombre del Sr. Ordoñez para viajar de Bogotá a Cartagena el 3 de marzo de 2018 y el voucher de pago (que al parecer se hizo con un datáfono de Cortex Andino SAS) es firmado por el Sr. Álvaro, comprobando que fue éste quien realizó el pago y no CLAUDIA ESPARZA.
16-03-18	\$ 5.000.000	Comprobante de Egreso No. 0154	<ul style="list-style-type: none"> • Soporte Documental no válido (cuenta de cobro sin firma). La copia de la consignación no coincide con la cuenta indicada por el proveedor (cuenta de ahorros 006200687157) cuenta de consignación (Cuenta corriente 006260034100).
23-02-18	\$ 64.400	Comprobante de Egreso No. 149	<ul style="list-style-type: none"> • Ni en el comprobante, ni en los soportes presentados hay claridad del objeto o motivo del gasto, es decir, si de trató de un gasto relacionado con una actividad propia del giro ordinario de los negocios de CORTEX ANDINO SAS. • Tampoco hay certeza de si, efectivamente, fue la Sra. Esparza Alvarado quien desembolsó el dinero de ese restaurante. • Comprobante ilegible.
26-02-18	\$ 90.000	Comprobante de Egreso No. 148	<ul style="list-style-type: none"> • Según los soportes del comprobante, el gasto en tiquetes corresponde a la suma de \$80.000.
28-02-18	\$ 52.010	Comprobante de	

		Egreso No. 110	<ul style="list-style-type: none"> • Comprobante ilegible. • Por lo anterior, no hay certeza de si, efectivamente, fue la Sra. Esparza Alvarado quien desembolsó el dinero.
28-02-18	\$ 73.800	Comprobante de Egreso No. 109	<ul style="list-style-type: none"> • Ni en el comprobante, ni en los soportes presentados hay claridad del objeto o motivo del gasto, es decir, si de trato de un gasto relacionado con una actividad propia del giro ordinario de los negocios de CORTEX ANDINO SAS. • Tampoco hay certeza de si, efectivamente, fue la Sra. Esparza Alvarado quien desembolsó el dinero de ese restaurante
28-02-18	\$ 121.715	Comprobante de Egreso No. 106	<ul style="list-style-type: none"> • Comprobante ilegible. • Por lo anterior, no hay certeza de si, efectivamente, fue la Sra. Esparza Alvarado quien desembolsó el dinero.
28-02-18	\$ 667.633	Comprobante de Egreso No. 101	<ul style="list-style-type: none"> • Se indica en el comprobante que se trató de hospedaje pero la factura sólo hace referencia a servicios de alimentación, para 5 personas sin que haya claridad si se trató de una reunión.
28-02-18	\$ 1.903.789	Comprobante de Egreso No. 100	<ul style="list-style-type: none"> • No se trata de un pago a favor de un tercero; ni de un desembolso de dinero por parte de CLAUDIA ESPARZA. • Por el contrario, corresponde a una cuenta de cobro emitida por la demandante a cargo de CORTEX ANDINO SAS.
28-02-18	\$ 911.113	Comprobante de Egreso No. 97	<ul style="list-style-type: none"> • Hace referencia a servicios de alimentación, para 5 personas sin que haya claridad si se trató de una reunión. • Tampoco hay certeza de si, efectivamente, fue la Sra. Esparza Alvarado quien desembolsó el dinero de ese restaurante
28-02-18	\$ 414.000	Comprobante de Egreso No. 96	<ul style="list-style-type: none"> • No se puede pretender que se incluya este gasto como "Artículos de Cafetería" teniendo en cuenta que se trata de una compra por \$414.000 para cápsulas de café Nespresso. • Si se observa el soporte que, por cierto, no hay certeza que efectivamente la Sra. Esparza Alvarado haya sido quien efectuó dicha erogación, corresponde a una

			compra abundante de cápsulas de café que sólo pueden ser utilizadas en una máquina específica la cual nunca ha habido en las instalaciones de la empresa.
28-02-18	\$ 23.300	Comprobante de Egreso No. 94	<ul style="list-style-type: none"> Ni en el comprobante, ni en los soportes presentados hay claridad del objeto o motivo del gasto, es decir, si de trató de un gasto relacionado con una actividad propia del giro ordinario de los negocios de CORTEX ANDINO SAS. Tampoco hay certeza de si, efectivamente, fue la Sra. Esparza Alvarado quien desembolsó el dinero de ese restaurante
15-02-18	\$ 516.000	Comprobante de Egreso No. 0078	<ul style="list-style-type: none"> No hay prueba que indique que el pago fue efectuado por parte de CLAUDIA ESPARZA.
15-02-18	\$ 30.000.000	Comprobante de Egreso No. 76 del mes de febrero de 2018.	Certificación de pago de Edgar Rojas, Cédula de ciudadanía 91.450.113
28-02-18	\$ 57.500.000	Comprobante de Egreso No. 0075 del 28 de febrero de 2018	Transacción Bancolombia formato No. 25529556 al número de producto 00193317105
12-02-18	\$ 10.000.000	Comprobante de Egreso No. 0072 del 12 de febrero de 2018	Manifestación de recibo de dinero el 12 de febrero de 2018
10-02-18	\$ 2.900.000	Comprobante de Egreso No. 071	<ul style="list-style-type: none"> No hay prueba que indique que el pago fue efectuado por parte de CLAUDIA ESPARZA.
10-02-18	\$ 24.624.107	Comprobante de Egreso No. 070	<ul style="list-style-type: none"> Correo del proveedor que indica que no entregó el producto y que, por tanto, no recibió dinero de CLAUDIA ESPARZA.
28-02-18	\$ 243.500	Comprobante de Egreso No. 059	<ul style="list-style-type: none"> Según consta en el material probatorio aportado, ESTE COMPROBANTE SE ENCUENTRA ANULADO POR ESTAR DUPLICADO. El valor ya se había registrado en otro comprobante (CE-051) .
06-02-18	\$ 11.468.900	Comprobante de Egreso No. 051	<ul style="list-style-type: none"> Aun cuando se tiene soporte documental correcto por compra a un almacén de Grandes Superficies (TUGO SAS), y se

			<p>registró como Activo Fijos, en el inventario físico y paqueteado no se encontraron 4 sillas (1 Silla Giratoria Wonker Negra y 3 Sillas Dima Plástico Blanco).</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se tiene Reporte de la Mercancía Recibida pero no se conocer el destino de la mercancía perdida ni su uso.
01-01-18	\$ 22.000	Valores Varios	<ul style="list-style-type: none"> • Estos gastos cobrados son anteriores a la constitución de la sociedad CORTEX ANDINO SAS; por lo anterior, no se trata del pago de una deuda de la sociedad, porque NO EXISTÍA para ese momento.
	\$ 8.500		
	\$ 1.150		
	\$ 22.000		
	\$ 22.000		
	\$ 5.000		
	\$ 3.700		
	\$ 6.000		
	\$ 1.400		
	\$ 17.000		
	\$ 50.000		
	\$ 8.400		
	\$ 22.000		
	\$ 6.200		
\$ 158.000			
\$ 241.706			

Con lo anterior, es evidente que el despacho no realizó una valoración completa del material probatorio pues, por lo menos, una suma equivalente a \$736.577.964 corresponden a erogaciones que en ningún caso corresponde a una acreencia de CORTEX ANDINO SAS a favor de un tercero; razón por la cual no se generan los presupuestos de un pago por subrogación.

De hecho, en la declaración dada por parte del perito Wilson Lenis (quien en su declaración afirmó que no recordaba de los valores por él tabulados incluía pagos o erogaciones cuyo beneficiario fuera CORTEX DENTAL IMPLTANS LTD), se informa que las erogaciones revisadas por parte de este eran de varios tipos.

Además, se deja en evidencia ante este despacho, que, si se efectúa un análisis profundo del material documental presentado como soporte de erogaciones, en casi la totalidad NO EXISTE prueba que indique o demuestre que el pago haya sido efectuado por la parte demandante y, por tanto, que se haya afectado su patrimonio.

No son entendibles los argumentos que tuvo en cuenta el *aquo* para reconocer la exigibilidad de estas sumas de dinero, cuando bien podría decirse, que, sin tener en cuenta el material probatorio aportado y sin realizar un análisis sobre las circunstancias de donde emergen tales obligaciones dinerarias, habilita a que cualquier interesado que pretenda el pago de una suma de dinero, acuda a la justicia para que le sea reconocido por intermedio de la pretensión “pago por subrogación”, cualquier tipo de erogación económica que este presuntamente alegue que se le adeuda.

Finalmente, no sobra advertir a este Honorable Tribunal, que tampoco es dable que el juez de primera instancia condene por la totalidad de las sumas reclamadas por los Estados Financieros de CORTEX ANDINO SAS. Tanto en el testimonio de la Sra. Yaneth Aldana, como en el interrogatorio del Representante Legal de CORTEX ANDINO SAS y las pruebas documentales aportadas, existe una nota en los Estados Financieros desde los emitidos con corte diciembre 2018, hasta la fecha, en donde de manera expresa se indica que estos valores por pagar SE ENCUENTRAN EN DISCUSIÓN, es decir, que no se está reconociendo su valor en la medida que presentan una serie de inconsistencias y se discute si las mismas i) existieron; ii) si realmente corresponden al pago de obligaciones a favor de CORTEX ANDINO SAS y; iii) si cuentan realmente con los soportes contables completos o necesarios para determinar si efectivamente se realizó dicha erogación.

Así está registrado en las notas a los Estados Financieros con corte 2018 y 2019, respectivamente.

2018:

NOTA No.10. PASIVO NO CORRIENTE LARGO PLAZO

El saldo a 31 de Diciembre de 2018 corresponde a cuenta por pagar con Corte Dental Industrial Implant \$ 399.010.955 con plazo de pago año 2020 y a la cuenta por pagar a Claudia Patricia Esparza Alvarado \$ \$ 1.108.259.372,00 Se aclara que la totalidad de los valores registrados en la cuenta 23551001 como créditos a favor de la Sra. CLAUDIA PATRICIA ESPARZA ALVARADO, aun cuando se encuentran registrados en la contabilidad presentan algún tipo de inconsistencia como duplicidad, un mayor valor respecto de lo realmente contratado, corresponden a bienes / servicios no recibidos a favor de la empresa o no cuentan con los soportes necesarios. Adicionalmente, muchos de esos bienes y/o servicios contratados en favor de la empresa fueron contratados sin tener en cuenta el cumplimiento de requisitos estatutarios (Art. 31).

2019:

NOTA No.10. PASIVO NO CORRIENTE LARGO PLAZO

El saldo a 31 de Diciembre de 2018 corresponde a cuenta por pagar con Corte Dental Industrial Implant \$ 913.153.522 con plazo de pago año 2020 como socios únicos de Cortex Andino SAS.

La cuenta por pagar a Claudia Patricia Esparza Alvarado \$ \$ 1.108.259.372,00 Se aclara que la totalidad de los valores registrados en la cuenta 23809501 como créditos a favor de la Sra. CLAUDIA PATRICIA ESPARZA ALVARADO, aun cuando se encuentran registrados en la contabilidad presentan algún tipo de inconsistencia como duplicidad, un mayor valor respecto de lo realmente contratado, corresponden a bienes / servicios no recibidos a favor de la empresa o no cuentan con los soportes necesarios. Adicionalmente, muchos de esos bienes y/o servicios contratados en favor de la empresa fueron contratados sin tener en cuenta el cumplimiento de requisitos estatutarios (Art. 31).

Teniendo en cuenta todo lo expuesto en este escrito, solicito de manera respetuosa a este Honorable Tribunal revocar la sentencia de primera instancia proferida por el JUZGADO 35 CIVIL CIRCUITO DE BOGOTÁ de fecha 8 de marzo de 2024 en el proceso de referencia y en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda.

Cordialmente,



Firma Electrónica
2024-04-10 17:22:57 -05:00
NICOLAS FERNANDEZ DE CASTRO
CC. 80205337
<https://301.fyi/CZCP3Xi>

NICOLAS FERNÁNDEZ DE CASTRO
C.C. 80.205.337 de Bogotá
T.P 157.632 C.S de la J.
Apoderado Especial CORTEX ANDINO SAS

MEMORIAL DRA RODRIGUEZ RV: Proceso declarativo con radicado no. 2019 – 634 // Sustentación del recurso de apelación parcial en contra de la sentencia de primera instancia proferida en audiencia de fecha 8 de marzo de 2024

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 11/04/2024 16:38

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 1 archivos adjuntos (407 KB)

Rad. 2019-634. Sustentacion del recurso de apelación contra sentencia.pdf;

MEMORIAL DRA RODRIGUEZ

Atentamente,



República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Secretaría Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá

Av. Calle 24 No 53-28 Torre C Oficina 305
PBX 6013532666 Ext. 88349 – 88350 – 88378
Línea Nacional Gratuita 018000110194
Email: secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Judicial

De: Notificación Litigios <notificacionlitigios@pgplegal.com>

Enviado el: jueves, 11 de abril de 2024 4:37 p. m.

Para: Despacho Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <des00scsbtta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: Nicolás Fernández de Castro <nfernandez@integracgl.com>; Equipo Litigios Ordinarios <EquipoLitigiosOrdinarios@pgplegal.com>; Archivo PGP <archivo@pgplegal.com>; Juzgado 35 Civil Circuito - Bogotá - Bogotá D.C. <ccto35bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Proceso declarativo con radicado no. 2019 – 634 // Sustentación del recurso de apelación parcial en contra de la sentencia de primera instancia proferida en audiencia de fecha 8 de marzo de 2024

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

Atn. Magistrada Sandra Cecilia Rodríguez Eslava

E. S. D.

Referencia: Proceso declarativo con radicado no. 2019 – 634 de Claudia Patricia Esparza Alvarado contra Cortex Andino S.A.S. y otro.

Asunto: Sustentación del recurso de apelación parcial en contra de la sentencia de primera instancia proferida en audiencia de fecha 8 de marzo de 2024

Respetada Magistrada:

OSCAR JAVIER MARTÍNEZ CORREA, identificado como aparece al pie de mi firma, en calidad de apoderado especial de **CLAUDIA PATRICIA ESPARZA ALVARADO**, parte demandante dentro del proceso de la referencia, por medio del presente escrito, me dirijo al Despacho con el fin de presentar la **SUSTENTACIÓN del RECURSO DE APELACIÓN PARCIAL** en contra de la **sentencia de primera instancia proferida en audiencia de fecha 8 de marzo de 2024**, en los siguientes términos:

I. **PROCEDENCIA Y OPORTUNIDAD**

El presente escrito es **procedente** y se presenta dentro de la **oportunidad** establecida para el efecto conforme lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, que señala que:

“ARTÍCULO 12. APELACIÓN DE SENTENCIAS EN MATERIA CIVIL Y FAMILIA. (...) Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes” (Destacado fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, mediante Auto de fecha 22 de marzo de 2024, notificado en estado electrónico No. E-052 de fecha 1 de abril de 2024 se admitió el recurso de apelación interpuesto por el suscrito, así las cosas, la ejecutoria de dicha providencia transcurrió los días 2, 3 y 4 de abril; y, en ese orden de ideas, el **término establecido en la precitada norma transcurre los días 5, 8, 9, 10 y 11 de abril de 2024, término dentro del cual se presenta este escrito.**

II. OBJETO DEL RECURSO

El recurso, que por medio del presente escrito se sustenta, tiene por objeto que la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá **REVOQUE PARCIALMENTE** la sentencia de primera instancia proferida en audiencia del 8 de marzo de 2024 por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá, **únicamente en lo que atañe a la negativa de la declaratoria de la solidaridad de la sociedad CORTEX DENTAL IMPLANTS INDUSTRIES LTD.**

En ese sentido, si bien el numeral 1° de la parte resolutive[1] es el numeral por medio del cual se niega la existencia de solidaridad entre las demandadas, es menester que también sean corregidos los numerales 3°, 4° y 6° de la respectiva decisión, como consecuencia de la modificación del numeral 1°, con el fin de que también se declare y condene a **CORTEX DENTAL IMPLANTS INDUSTRIES LTD.** al reintegro de la suma de \$1.042.410.189 a favor de **CLAUDIA PATRICIA ESPARZA ALVARADO**; pero se insiste, únicamente en lo que atañe a la negativa de la declaratoria de la solidaridad de la sociedad **CORTEX DENTAL IMPLANTS INDUSTRIES LTD.**

Significa lo anterior, que el objeto central de esta apelación es que se **MODIFIQUE PARCIALMENTE** lo decidido por el *A quo* **únicamente** en lo que tiene que ver con la solidaridad entre las sociedades demandadas, esto es, **CORTEX ANDINO S.A.S.** y **CORTEX DENTAL IMPLANTS LTD.**, y en ese sentido, se modifiquen las demás disposiciones de la sentencia que estén directamente relacionadas con la declaratoria de solidaridad; así las cosas, los demás puntos de la sentencia, no son objeto de esta apelación, esto es, la suma declarada y el reintegro de la misma a favor de **CLAUDIA PATRICIA ESPARZA ALVARADO**.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

La sentencia de primera instancia proferida en audiencia de fecha 8 de marzo de 2024, dispone en su parte resolutive lo siguiente:

“(46:36) Se profiere entonces la siguiente decisión.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado 35 Civil de Circuito de Bogotá, Distrito Capital, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. DECLARAR probada la excepción propuesta por Cortex Dental Implants Industries Ltd. en relación con la inexistencia de solidaridad con Cortex Andino S.A.S. y por consecuencia negar las pretensiones de la demanda en su contra

Segundo. DECLARAR y improbadas las excepciones propuestas por Cortex Andino S.A.S. que buscaban desacreditar la existencia del pago subrogado.

2.1. Las restantes excepciones propuestas por Cortex Andino S.A.S. se declararán improbadas.

Tercero. DECLARAR que Claudia Patricia Esparza Alvarado se subrogó en los derechos de los acreedores de Cortex Andino S.A.S. relacionados en la demanda por la suma de \$1.042.410.189 pesos.

Cuarto. ORDENAR que la sociedad Cortex Andino S.A.S. reintegrar debidamente indexada desde el 31 de diciembre de 2018, la suma de \$1.042.410.189 pesos a Claudia Patricia Esparza Alvarado dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión judicial, so pena de reconocer intereses moratorios en los términos del artículo 110 de la Ley 510 de 1999.

Quinto. NEGAR las restantes pretensiones de la demanda.

Sexto. CONDENAR en costas a la sociedad Cortex Andino S.A.S., por Secretaría liquidense teniendo como agencias en derecho la suma de \$30.500.000 pesos el cuál corresponde a un 70% dada la prosperidad parcial de las excepciones.

La presente decisión se notifica en estrados”.

Así las cosas, el suscrito apoderado respetuosamente manifiesta su inconformidad parcial respecto de la decisión contenida en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, con base en los argumentos que se expondrán a continuación:

1. **Presunción de solidaridad en contratos mercantiles (art. 825 c.co)**

Previo a entrar a debatir sobre el asunto de la solidaridad, objeto central de este acápite, es menester dilucidar la confusión que se presenta en este caso, y la que conllevó a que el *Ad quo* declarara la ausencia de solidaridad entre **CORTEX DENTAL** y **CORTEX ANDINO**.

La confusión del Despacho proviene de no entender cuál es el negocio jurídico frente al cual se debe presumir la solidaridad, pues este entiende que en el curso de estas negociaciones se celebraron varios contratos entre **CORTEX DENTAL** y **CLAUDIA ESPARZA** que supuestamente son individuales de las obligaciones de **CORTEX ANDINO**; por lo tanto, a continuación, se dilucidarán estas inquietudes, demostrándose que en realidad existe un solo contrato y que, **CORTEX DENTAL** era responsable de las obligaciones relacionadas con los gastos de operación y funcionamiento de **CORTEX ANDINO** frente a las cuales **CLAUDIA ESPARZA** se subrogó.

En cuanto a este punto, ha entendido la jurisprudencia y doctrina colombiana que, cuando se presentan este tipo de circunstancias, es decir, bajo la existencia de varios contratos que en principio se consideran independientes, pero que se encuentran vinculados porque persiguen un mismo fin, se presenta la figura de la coligación de contratos.

En ese orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 9 de junio de 2021^[2] desarrolló el concepto de la coligación de contratos, acudiendo a jurisprudencia anterior, manifestando y concluyendo lo siguiente:

“4.- Según se expuso en SC 01 jun. 2009, exp. 2002- 00099-01, **la coligación, o conexidad negocial describe hipótesis heterogéneas que atañen a una pluralidad de relaciones jurídicas, distintas, autónomas e independientes, «vinculadas por un nexo funcional o teleológico para la obtención de un resultado práctico, social o económico único, cuya estructura exige una serie de pactos constantes, ab origine (en el origen) e in fine (en su fin), y la unión funcional o teleológica de los actos dispositivos».**

(...)

Las anteriores premisas permiten colegir que la conexidad negocial utilizada como instrumento que **permite a las partes a partir de varios contratos desarrollar una operación económica unitaria y compleja, necesariamente, supone la existencia de varios contratos típicos o atípicos, perfectamente diferenciados y que, en todo caso, conservan su individualidad, lo que no obsta para que entre ellos exista una relación de dependencia.** Ello significa que desde que se ajusta esa tipología contractual, debe quedar claramente establecido cuáles son los distintos acuerdos de voluntades que la componen, de modo que si llegaren a presentarse posteriores controversias sea factible definir si se refieren a uno de ellos en particular o a varios, y cuál sería su impacto o repercusiones en la operación económica que los aglomera” (Destacado fuera de texto).

Así las cosas, en el caso concreto existen varios contratos los cuales, si bien tienen objetos diferentes, persiguen un mismo fin que es la puesta en funcionamiento y el desarrollo del objeto social de **CORTEX ANDINO**, es decir, la distribución y comercialización de los implantes dentales que producía y fabricaba **CORTEX DENTAL**.

Y como si lo anterior no fuese suficiente, de la lectura de las consideraciones del contrato de accionistas o “Shareholders Agreement (SHA)” se evidencia la interrelación que existe entre todos los contratos, en los siguientes términos:

1. El literal C establece que:

“las partes han otorgado un contrato para la compra de acciones (de ahora en adelante el SPA), mediante el cual la doctora Esparza, es decir la compradora se comprometió adquirir el 45 % del capital emitido y en circulación de las acciones. **Este contrato hace parte del SPA**” (Destacado fuera de texto).

Por lo tanto, de conformidad con las declaraciones de las partes, el contrato de accionistas (SHA) **hace parte** del contrato de compra de acciones (SPA), puesto que ellos entienden que el SPA y el SHA persiguen el mismo fin, o en palabras de la Corte Suprema de Justicia, están “**vinculadas por un nexo funcional o teleológico para la obtención de un resultado práctico, social o económico único**”[3].

2. El tercer párrafo del literal D señala que:

“CORTEX y la doctora Esparza han celebrado de manera concomitante con este contrato un contrato exclusivo de distribución (“EDA”) con el fin de lograr la distribución exclusiva de los productos (tal y como se definen en dicho instrumento) y que las partes acuerdan que constituye el punto central de las relaciones contractuales entre las partes” (Destacado fuera de texto).

Lo anterior significa que **CORTEX DENTAL** y **CLAUDIA ESPARZA** suscribieron un contrato de exclusividad para la distribución de los productos que fabrica **CORTEX DENTAL** (EDA) y, que este contrato “*constituye el punto central de las relaciones contractuales entre las partes*”; nótese que en este punto se está haciendo referencia al objeto social y principal de la sociedad **CORTEX ANDINO**, por lo tanto, se evidencia que el SHA y el SPA están íntimamente relacionados con el EDA.

3. El literal E dispone:

“CORTEX y la doctora Esparza acuerdan y aceptan que la existencia de este contrato depende de la existencia del EDA y del cumplimiento de las partes respecto del EDA en cuanto a los términos allí consignados lo cual constituye una condición fundamental para la continuidad del presente contrato” (Destacado fuera de texto).

De lo que se entiende, ambas partes, **CORTEX DENTAL** y **CLAUDIA ESPARZA** manifiestan y ratifican que el SHA depende de la existencia del EDA, y como vimos anteriormente, el SHA hace parte del SPA, por lo que, el SHA, el SPA y el EDA se constituyen como una unidad de contratos, puesto que persiguen un mismo fin, y en esa medida, se aplica la figura de la coligación de contratos.

4. Pero más importante aún, lo establecido en el literal F:

“CORTEX y la doctora Esparza manifiestan su entendido de que serán responsables de todos los propósitos jurídicos y contables que tengan que ver con las actuaciones de sus nominados dentro de la compañía” (Destacado fuera de texto).

Para efectos del entendimiento anterior, es importante señalar que de acuerdo con las definiciones del contrato analizado, se entiende por “compañía” a **CORTEX ANDINO** (literal A de las consideraciones del SHA).

En mejores palabras, las partes declararon y manifestaron que ambas serían responsables de los propósitos jurídicos y contables que estén relacionados con las acciones suscritas en **CORTEX ANDINO**.

Aunado a lo anterior, no solamente los contratos se encuentran coligados y se aplica esta figura, sino también que las partes negociales, esto es **CLAUDIA ESPARZA**, **CORTEX DENTAL** y **CORTEX ANDINO**, entendían que quienes tenían la obligación de sufragar los gastos de funcionamiento y operación de **CORTEX ANDINO**, era la misma sociedad y su único socio, es decir **CORTEX DENTAL**, es por ello que la sociedad extranjera siempre participó en las decisiones del día a día de la sociedad, participando en las entrevistas de los trabajadores y tomando la decisión de a quien contratar y a quien despedir, escogiendo y aprobando las propuestas que presentaban los proveedores, aprobando todos los gastos y pagos a través de la confirmación del segundo token, autorizando todas las actividades que se iban a desarrollar, por ejemplo, el evento de inauguración y del congreso, los aperitivos que se iban a brindar a los asistentes, el diseño de la oficina, de página web, etc., y más importante, aprobando y aceptando todos los dineros que entregó **CLAUDIA ESPARZA** para el funcionamiento de la sociedad, pues reconocían que estas obligaciones que **CLAUDIA ESPARZA** estaba sufragando, le correspondían a las sociedades demandadas en conjunto.

Así las cosas, se puede concluir que: **(i)** si bien se celebraron varios contratos de manera independiente, todos persiguen un único y mismo fin que es el funcionamiento y desarrollo de **CORTEX ANDINO**, **(ii)** con ocasión de la aplicación de la figura de la coligación de contratos y de lo entendido por las partes, todos los contratos celebrados hacen parte los unos de los otros y que se constituyen como el punto central de las relaciones, es decir, que ninguna de las relaciones jurídicas se puede entender la una sin la otra, es decir, que existe dependencia entre los contratos celebrados y **(iii)** era de entendimiento de todas las partes que quienes tenían la obligación de sufragar estos gastos eran **CORTEX DENTAL** y **CORTEX ANDINO**, lo anterior debido a que se estableció en el SHA que **CORTEX DENTAL**, como único accionista, es responsable por los propósitos jurídicos y contables de **CORTEX ANDINO**.

Teniendo claro lo anterior, es menester acudir a lo establecido en el artículo 825 del Código de Comercio, el cual dispone:

“Artículo 825. En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente”.

Como se puede observar, el precitado artículo no da lugar a confusiones ni a segundas interpretaciones, puesto que el mismo claramente señala que cuando se trata de un negocio mercantil en donde existen varios deudores, la solidaridad entre ellos se presume.

Esta disposición debe ser interpretada a la luz del artículo 20 ibidem el cual dispone cuales son los actos y operaciones mercantiles, y dentro de este listado encontramos en el numeral 12 a *“Las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes”.*

Por lo tanto, en el caso concreto, la sociedad **CORTEX DENTAL** fungió como fabricante de los implantes dentales que comercializaría y vendería la sociedad **CORTEX ANDINO**; bajo estos términos es claro que ambas sociedades ejecutaban actos calificados como mercantiles, y en ese orden de ideas, los negocios efectuados tienen esta naturaleza, y al no existir pacto contrario, se aplica la presunción de solidaridad contenida en el artículo 825 del Código de Comercio.

En conclusión, es claro que el juzgado de primera instancia erró al declarar *“probada la excepción propuesta por Cortex Dental Implants Industries Ltd. en relación con la inexistencia de solidaridad con Cortex Andino S.A.S.”*, por las razones que a continuación se enuncian:

1. El caso que nos atañe se trata de un negocio mercantil al involucrarse la fabricación, venta y comercialización de los implantes dentales fabricados por **CORTEX DENTAL**.
2. Al tratarse de un negocio mercantil se presume la solidaridad.
3. Por virtud de la coligación de contratos y de las estipulaciones pactadas entre las partes, se evidencia que no se puede entender una relación jurídica sin la otra.
4. De acuerdo con lo declarado y ratificado por **CORTEX DENTAL** en cuanto a que éste es responsable de los propósitos jurídicos y contables de **CORTEX ANDINO**, por lo tanto, todas las partes negociales entendían que él era el responsable de sufragar y pagar los gastos de operación y funcionamiento de esta última, tan es así que la sociedad israelí participaba en la toma de decisiones de **CORTEX ANDINO**, aprobaba todos los gastos, las erogaciones, los pagos que debían efectuarse, entre otros.

Y en ese orden de ideas, existe solidaridad entre **CORTEX DENTAL** y **CORTEX ANDINO**.

1. Sujetos llamados por la ley a aportar los recursos a las sociedades

Los artículos 98, 122 y siguientes del estatuto mercantil señalan quienes son las personas llamadas y obligadas a aportar los recursos a las sociedades, con el propósito de, por un lado, que estas puedan adelantar las actividades necesarias para el adecuado funcionamiento y operación de su objeto social, es decir, para que estas puedan subsistir, y por otro lado, para repartirse las utilidades obtenidas en la empresa o en la actividad social.

En ese orden de ideas, el precitado estatuto establece que son los accionistas de las sociedades quienes tienen la obligación de proveer los recursos para el funcionamiento de la empresa.

Así las cosas, **CORTEX DENTAL** como único accionista de **CORTEX ANDINO** y, siendo responsable de los propósitos jurídicos y contables de esta sociedad, tenía la obligación de proveer recursos para sufragar los gastos de operación y funcionamiento de la misma, esto es, para la comercialización y distribución de los implantes dentales que aquella además fabricada.

Por lo tanto, como era la sociedad **CORTEX DENTAL** quien tenía la obligación de proveer los recursos para sufragar todos estos gastos para que **CORTEX ANDINO** pudiera subsistir y ejecutar su objeto social, al incumplir dicha obligación no puede considerarse que aquella se exonera de restituir los dineros a la persona que asumió dichos pagos y se subrogó en los derechos de sus acreedores.

Además, tal y como quedó demostrado en el proceso, en especial con el testimonio del señor **DANIEL ALVARADO**[4], quien fungió en **CORTEX ANDINO** como gerente financiero y administrativo, quien manifestó que la sociedad **CORTEX DENTAL** no enviaba los recursos con los que se debía pagar la nómina, a los proveedores, y en general, los gastos de funcionamiento de la compañía, y que además, tales obligaciones fueron asumidas por **CLAUDIA ESPARZA**, tal y como se transcribe a continuación:

JUEZ (2:06:26): “Gracias. ¿sabes si Claudia Esparza erogó su patrimonio propio, de su patrimonio propio, perdóneme, sumas de dinero destinadas al funcionamiento de Cortex Andino SAS?”

Daniel Arévalo (2:06:45): “Sí, sí, sí, ella, desconozco cuál es la negociación a la que, tenían entre Cortex YY Claudia, no la conozco, pero digamos que si tuve la oportunidad de ver a Claudia inyectando sumas de dinero en la empresa, por ponerte un ejemplo, no había con qué pagar nómina, entonces, Claudia ponía de su plata para pagar la nómina. O vi yo a un señor boyacense, creo que era, que iba a la oficina a reunirse con Claudia para que ella le para que ella le firmara algunos papeles para que él le desembolsará algunos recursos que iban a ser destinados para la empresa, para para poder contar con flujo de caja para poder operar, o sea desde el pago de la telefonía y el Internet, como el pago de nómina, no eran, llegaba el fin de mes y no teníamos con qué pagar nóminas, eso nos pasaba en la empresa y entonces Claudia tenía que salir a poner de su plata para para eso, es lo que yo conozco, la la verdad, no sé cómo pueden manejarlos ellos las platas entre ellos ya directamente” (Destacado fuera de texto).

Por lo tanto, como fue a **CLAUDIA ESPARZA** a quien le tocó asumir las obligaciones que le correspondían tanto a **CORTEX ANDINO** como a **CORTEX DENTAL**, y frente a las cuales se subrogó, le corresponde a ambas sociedades reintegrar a mi poderdante las sumas de dinero que ella dispuso para sufragar los gastos y cumplir con las obligaciones incumplidas por parte de las sociedades demandadas.

Por consiguiente, se considera que el *Ad quo* erró al absolver a **CORTEX DENTAL** del pago de sus obligaciones y de la devolución de estas sumas a favor de **CLAUDIA ESPARZA**, puesto que se trata de obligaciones que le correspondían directamente.

1. **Participación de CORTEX DENTAL IMPLANTS INDUSTRIES LTD. en la toma de todas las decisiones de la sociedad CORTEX ANDINO S.A.S.**

Por último, es muy importante tener en cuenta que, tal y como quedó demostrado en el proceso, **CORTEX DENTAL** no fue ajeno a las actividades que realizaba **CORTEX ANDINO**, sino todo lo contrario, participó en el día a día de las operaciones de esta última, aprobando todas las decisiones que se tomaban para el funcionamiento de la misma, a saber:

1. **Participando en las entrevistas de los trabajadores y tomando la decisión de a quien contratar y a quien despedir:**
 - a. En el testimonio de **DANIEL ARÉVALO**[5], quedó demostrado que en su entrevista participaron los señores Schmuél Rosen y Ejud, directivos de **CORTEX DENTAL**:

JUEZ (1:39:23): “Lo contextualizo. Ha sido citado para que declare todo lo que sepa y le coste en relación con su actividad como director financiero de Cortex Andino S.A.S. y en especial sobre sus conversaciones con Rabbit Alter, director de marketing y comunicaciones de Cortex Dental Implants Industries LTD. A ese efecto, le ruego haga un relato detallado precisando nombre de las personas, lugares y cosas por su descripción, en aras de puntualizar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos que rodearon este caso, proceda con su relato”

Daniel Arevalo (1:40:06): “Claro que sí, EH, hacia diciembre mediados de diciembre del año 2017 me contactó Claudia para que yo ofreciera los servicios financieros, EH como gerente de sucursal, trabajaba yo para el Banco de Davivienda en ese entonces YY varios de los amigos de Claudia habían tomado productos con el banco.

Ella me pidió, me preguntó que si yo hablaba inglés, yo le respondí que sí, que yo hablaba inglés y me citaron en el club el nogal para ofrecer estos servicios financieros eh en su momento, pues digamos que se encontraba en esa reunión el el señor Schmuel Rosen, Eh, y el director financiero de Cortex Dental, que es Ejud, se llamaba el señor Eh (Destacado fuera de texto).

- b. En el testimonio de **MARÍA FERNANDA RINCÓN[6]** quedó demostrado que el señor Schmuel Rosen le hizo la entrevista y posteriormente le indicó que estaba contratada y que podía comenzar a trabajar:

JUEZ (1:06:17): “Bueno, ya nos indicó cual fue la función que desempeño para Cortex Andino, ¿puede indicarnos usted quien la reclutó para dicha entidad?”

María Fernanda Rincón (1:06:31): “Bueno en eso eh realmente no me acuerdo quién exactamente me llamó para para entrevista pero cuando me citaron a entrevista, me la hizo, el nombre del señor, bueno alguien de Cortex Israel que en este momento no me acuerdo el nombre, se me fue Eh me llamaron, él me hizo una entrevista, y después de la entrevista ya me dijo que podía empezar, Schmuel, Schmuel Rosen” (Destacado fuera de texto).

- c. En el testimonio de **MARIA ANDREINA AGUILERA[7]** quedó demostrado que fue contratada directamente por Schmuel Rocen y despedida por Ejud, directivo de Israel:

JUEZ (1:20:42): “Quién la reclutó y/o contrató para trabajar con Cortex Andino S.A.S.?”

María Andreina Aguilera (1:20:48): “Mi contrato fue directamente con Schmuel cuando vino a Colombia yo ya trabajaba con, yo ya conocía la doctora Claudia esparza y pues básicamente fue para laborar el mismo puesto en el que venía trabajando, pero fue el señor Samuel quien revisó mi civil, mi hoja de vida y me contrató” (Destacado fuera de texto).

JUEZ (1:25:32): “¿Por qué sostiene usted que un ejecutivo de Cortex Dental Implants Industrie fue quien la despidió?”

María Andreina Aguilera (1:25:46): “Porque recuerdo el día que me despidieron, quien me llamó a la sala de juntas fue una de estas personas que venía de Israel, creo que era gerente financiero, no recuerdo muy bien la posición que tenía, eh su nombre era el señor Ejud, había otra persona de Israel, la verdad no recuerdo el nombre, no no recuerdo quién era, pero sé que había otra persona y fueron ellos directamente a quien quien hablaban conmigo y quienes me entregaron la carta firmada de despido y me solicitaron que firmara” (Destacado fuera de texto).

4. Escogiendo y aprobando todas las propuestas de los proveedores:

- a. En el testimonio de **DIEGO GARCÍA[8]** quedó demostrado que, para la aprobación de la propuesta presentada por su empresa y la estrategia comercial de la marca, participó el señor Schmuel Rocen y tomó la decisión de aceptarla:

Diego García (14:40): “Una de las estrategias que uno siempre hace en temas de relaciones públicas es apalancarse en un vocero sí o en un líder de opinión sí una de las estrategias que nosotros propusimos era apalancarnos en la imagen de la doctora Claudia para posicionar la marca Cortex totalmente desconocida en el país si, para esos efectos si utilizamos y fue una propuesta que incluso estuvo reunida el dueño que yo pues tuvo que venir un traductor, creo que se llama Schmuel bueno uno de lo, el dueño de de mi de de CórteX se le hizo esa, se hizo una presentación antes de que nos contrataran” (Destacado fuera de texto).

JUEZ (19:54): “Puedo entender de su respuesta anterior que el que el cobro por el justin o landing page de la página web de Claudia Esparza obedeció a una estrategia de posicionamiento de marca que contó con la aprobación de Cortex Dental Implants Industries LTD”

Diego García (20:17): “Es de esta se fue una estrategia que se presentó en el primer comité antes de ser contratados como agencia de publicidad y era, como lo dije hace un momento, era una estrategia para manejar a la Doctora como un vocero y creo que pues me imagino que fue la estrategia de asociarte o bueno de contratar a la a la doctora como como gerente pues apalancándose en el posicionamiento que ella tiene en Colombia”.

JUEZ (20:44): “Gracias, usted indicó que el señor Samuel, estaba el día que usted compareció”

Diego García (20:57): “Eh sí señora, sí”

JUEZ (21:00): “Gracias. Es decir que esa, ese, ese posicionamiento de marca contó con la aprobación de la sociedad Cortex Dental Implants Industries LTD”

Diego García (21:20): “Sí, si doctora porque digamos que cuando yo hice, cuando se hizo la propuesta de de esta campaña no estábamos nosotros contratados aún, eh se hizo esta esta esta esta esta reunión en las oficinas de Cortex, fue presencial y más o menos a los 15 días, 20 días de hacer la propuesta fue que nos contrataron, incluso nosotros de cuando tuvimos una una segunda reunión donde hicimos ya cómo se manejaría la el uso de las marcas en Colombia bajo esa estrategia y todo y todo el tema”.

1. Aprobando todos los gastos y pagos a través de la confirmación del segundo token:

- a. En el testimonio de **DANIEL ARÉVALO**[9] quedó demostrado que el segundo token estaba a cargo de **CORTEX DENTAL**, lo que significa que sin esa autorización, no se podía efectuar ningún pago:

Daniel Arévalo (1:47:32): “Nosotros digamos que teníamos la la la cuenta las abrimos en este momento con el Banco Davivienda en Y el Banco de Davivienda maneja una metodología de de tokens. Sí, de unos de unos códigos, **por unos tokens que son los que generan las aprobaciones de todos los pagos. uno de los tokens lo lo tenía Claudia y el otro token estaba en posesión de la de las personas de Israel.** Entonces digamos que yo obedecía las órdenes de Claudia respecto a bueno, estos son los gastos, estos son los pagos, repórtelos a Israel. Me parece que era una metodología de desorganizada para una empresa que tenía una subsidiaria israelí, pero pues digamos que me tranquilizaba completamente con que **todos estos pagos eran autorizados tanto por parte de BDO como por parte de del equipo en Israel**” (Destacado fuera de texto).

Daniel Arévalo (2:06:01): “Porque los gastos tenían que salir desde las cuentas de Cortex y las cuentas de Cortex, como te indicaba ahorita, requerían de una doble verificación y **una de las verificaciones era hecha por parte de Israel,** entonces yo digo, **si ellos no hubieran estado de acuerdo con todos esos gastos, pues simplemente hubieran rechazado las transacciones y no hubieran permitido que se hicieran**” (Destacado fuera de texto).

1. Autorizando todas las actividades que se iban a desarrollar, por ejemplo, el evento de inauguración y del congreso, los aperitivos que se brindaron a los asistentes a dichos eventos, el diseño de la oficina, etc., tal y como se demuestra a continuación:

- a. En el testimonio de **DANIEL ARÉVALO**[10] quedó demostrada la participación que tuvo **CORTEX DENTAL** en la toma de decisiones frente al congreso, sus asistentes, los pasabocas que se iban a brindar y la organización del evento en general:

Daniel Arévalo (1:42:00): “Realmente el rol de director financiero en ese primer mes no se desarrolló porque digamos que lo que yo realizaba era ayudar a la empresa a crearse, sí estar pendientes de la obra Civil, estar pendientes de que instalarán unas persianas, estar pendiente de que instalaran un video beam, ese tipo de cosas YY **posteriormente tuve la oportunidad de conocer a Rabbid Alter era ella viajó con con Shmuel al evento de lanzamiento de de Cortex,** de Cortex Andino que se realizó ahí mismo en las oficinas en tele por Business eh y pues digamos que ella **con ella empezamos a coordinar que cómo iba a ser el evento, el número de invitados, que que se va a dar de pasabocas se digamos, todo ese tipo de de conversaciones desde la parte de de marketing, que era la que manejaba**” (Destacado fuera de texto).

- b. En el testimonio de **MARÍA ANDREINA AGUILERA** se demostró que las actividades que se realizaron en el congreso fueron autorizadas por **CORTEX DENTAL**:

JUEZ (1:27:41): “¿Sabe usted quien pagó la realización de ese evento?”

María Andreina Aguilera (1:27:50): “No podría decir el porcentaje de cuánto se pagó, sé que la doctora Claudia Esparza pagó una parte, eh creo recordar en uno de los eventos que habían la solicitud de unos láser o unas luces especiales que tenían que ser, **bueno todo era autorizada por Israel**” (Destacado fuera de texto).

- c. En el testimonio de **MARÍA ANDREINA AGUILERA**^[11], también se demostró que **CORTEX DENTAL** siempre estuvo enterado de los gastos de funcionamiento, de operación y que ellos aprobaban los mismo:

Oscar Martínez (1:28:56): “Recuerda por ejemplo, hablemos de las reuniones, a qué tantas reuniones con los señores ejecutivos de la sociedad de Israel participó usted, qué temas se trataban, lo que pueda recordar de esas reuniones, periodicidad, temas tratados, quienes intervenían”

María Andreina Aguilera (1:29:19): “Eh eh estuve eh como soporte por el idioma desde que se firmó desde antes que se creara Cortex Andes en Colombia porque pues ellos vinieron a hacer la negociación a revisar oficinas posibles locaciones y obviamente a firmar el contrato ya colombiano de la constitución de la empresa, entonces yo estuve con esas reuniones en oficinas con los abogados, mm una vez comenzamos operación, recuerdo que había una reunión por lo menos semanal fija para discutir eh actividades de la semana, para discutir cartera, eh y pues he estados financieros, si no salía alguna otra extra especial”

Oscar Martínez (1:30:07): “En esas reuniones en las que usted estuvo presente, ¿pudo percatarse si los señores ejecutivos de la sociedad extranjera estaban enterados o se debatían los temas relacionados con los gastos de la operación de Cortex Andino?”

María Andreina Aguilera (1:30:28): “Sí, sí se discutía”

Oscar Martínez (1:30:31): “¿Conocían ellos esos gastos? ese es esa periodicidad de los gastos ¿ellos conocían esos gastos en esas reuniones?”

María Andreina Aguilera (1:30:38): “Sí, eh no solo eso, sino para cualquier tipo de gasto siempre se les incluía a ellos, no porque al fin y al cabo la doctora Claudia esparza estaba poniendo el dinero pero eh digamos que la compañía pertenecía a Cortes Israel, sí Cortex Dental, eh así que sí se discutían como parte del de las actividades financieras de la semana lo que se compró, lo que no se compró, lo que hacía falta recolectar, siempre se discutían”

4. **Y como si lo anterior no fuera suficiente, aprobando y aceptando todos los dineros que entregó CLAUDIA ESPARZA para el funcionamiento de la sociedad:**

- a. En el testimonio de **DANIEL ARÉVALO**^[12] quedó demostrado que **CORTEX DENTAL** aprobó los dineros que entregó **CLAUDIA ESPARZA** para sufragar los gastos de **CORTEX ANDINO**:

JUEZ (2:05:00): “Gracias señora Arévalo, ¿informó a Cortex Dental Implants Industries Ltd. sobre los costos y gastos, que asumió directamente Claudia Esparza para la puesta en marcha el lanzamiento de Cortex Andino S.A.S.?”

Daniel Arévalo (2:05:16): “Sí, sí. Yo tenía que enviarles un reporte, no recuerdo si era diario o entra a diario, pero eran por lo menos 3 reportes en la semana en las que se colocaba en un Excel cada uno de los gastos que se lleva realizando, o que, o que Claudia iba generando, digámoslo así”

JUEZ (2:05:38): “¿Qué le indicaron a usted frente a ese particular que nos acaba de relatar o de comentar?”

JUEZ (2:05:50): “Sí”

Daniel Arévalo (2:05:52): “Me recuerdo que decían que los gastos eran elevados, pero en ningún momento me dijeron como no los pueden hacer. ¿Por qué? Porque los gastos tenían que salir desde las cuentas de córtex y las cuentas de Cortes, como te indicaba ahorita, requerían de una doble verificación y una de las verificaciones era hecha por parte de Israel, entonces yo digo, si ellos no hubieran estado de acuerdo con todos esos gastos, pues simplemente hubieran rechazado las transacciones y no hubieran permitido que se hicieran”

- a. En el testimonio de **MARÍA ANDREINA AGUILERA[13]** se demostró que **CORTEX DENTAL** conoció sobre el dinero que estaba poniendo **CLAUDIA ESPARZA** para cubrir los gastos de funcionamiento de **CORTEX ANDINO** por lo que, al no efectuar ningún tipo de reparo, se entiende que estuvieron de acuerdo con los mismos:

Oscar Martínez (1:31:13): “En esos escenarios de esas reuniones los señores ejecutivos de la sociedad extranjera pudieron conocer enterarse de que la señora Claudia Esparza estaba haciendo pagos y asumiendo con sus recursos gastos de Cortex Andino o inyectando dinero a Cortex Andino, ¿esos señores se enteraban en esas reuniones del que eso estaba ocurriendo?”

María Andreina Aguilera (1:31:36): “Sí señor, y además era un poco eh obvio porque para el día a día hacer la oficina funcionar hacía falta inyección hacía falta el diario y para la organización de eventos que era lo que yo manejaba, desde antes de que tú eh, de antes de que de que se haga la realización del evento, obviamente que hay que recurrir a dinero porque hay que pagar contratos, ah y sí esas cosas se hablaban sí también se solicitaba ayuda, para ser sincera”.

En conclusión, como se pudo observar de los testimonios de **DANIEL AREVALO**, **MARÍA FERNANDA RINCÓN**, **DIEGO GARCÍA** y **MARÍA ANDREINA AGUILERA**, la sociedad **CORTEX DENTAL** fue quien tomó todas las decisiones para el funcionamiento y operación de **CORTEX ANDINO**, al haber: (i) participado en las entrevistas de los trabajadores y tomado la decisión de a quien contratar y a quien despedir, (ii) escogido y aprobado las propuestas de los proveedores, (iii) aprobado todos los gastos y pagos a través de la confirmación del segundo token, (iv) autorizado todas las actividades que se iban a desarrollar, por ejemplo, el evento de inauguración y del congreso, los aperitivos que se iban a brindar a los asistentes, el diseño de la oficina, de página web, etc., y (v) aún más importante, habiendo aprobado y aceptado todos los dineros que entregó **CLAUDIA ESPARZA** para el funcionamiento de la sociedad.

Por consiguiente, por los motivos expuestos en líneas anteriores, se considera que no puede exonerarse a **CORTEX DENTAL** de la responsabilidad de reintegrar los dineros pagados por la demandante para cumplir las obligaciones, no solo de **CORTEX ANDINO**, sino también de la sociedad Israelí.

I. SOLICITUDES

Así las cosas, teniendo en cuenta los argumentos anteriormente esbozados, es más que evidente que el juzgado de primera instancia cometió un error al declarar probada la excepción de ausencia de solidaridad entre las sociedades **CORTEX ANDINO S.A.S.** y **CORTEX DENTAL IMPLANTS LTD.**, pues en realidad, son solidariamente responsables del reintegro de las sumas a **CLAUDIA PATRICIA ESPARZA ALVARADO**, y en ese sentido, respetuosamente se solicita a la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá se sirva:

1. **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia de primera instancia proferida en audiencia del 8 de marzo de 2024 por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá, únicamente en lo que se refiere a la **declaratoria de solidaridad de la parte resolutive**.

1. Y en su lugar, **REFORME** la sentencia en el sentido de:

1. **DECLARAR** la existencia de solidaridad entre las sociedades **CORTEX ANDINO S.A.S.** y **CORTEX DENTAL IMPLANTS LTD.**

1. Y como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** que **CLAUDIA PATRICIA ESPARZA ALVARADO** se subrogó en los derechos de los acreedores de **CORTEX ANDINO S.A.S.** y **CORTEX DENTAL IMPLANTS LTD.** relacionados en la demanda por la suma de \$1.042.410.189 pesos.

1. **ORDENAR** que las sociedades **CORTEX ANDINO S.A.S.** y **CORTEX DENTAL IMPLANTS LTD.** reintegren debidamente indexada desde el 31 de diciembre de 2018, la suma de \$1.042.410.189 pesos a **CLAUDIA PATRICIA ESPARZA ALVARADO** dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión judicial, so pena de reconocer intereses moratorios en los términos del artículo 110 de la Ley 510 de 1999.

1. **CONDENAR** en costas a las sociedades **CORTEX ANDINO S.A.S.** y **CORTEX DENTAL IMPLANTS LTD.**, por Secretaría liquidense teniendo como agencias en derecho la suma de \$30.500.000 pesos.

Respetuosamente,

ÓSCAR JAVIER MARTÍNEZ CORREA

C.C. No. 80.282.282 de Villeta

T.P. No. 208.392 del C. S. de la J.

[1] El numeral 1° de la parte resolutive de la sentencia de fecha 8 de marzo de 2024 dispone: “*Declarar probada la excepción propuesta por Cortex Dental Implants Industries Ltd. en relación con la inexistencia de solidaridad con Cortex Andino S.A.S. y por consecuencia negar las pretensiones de la demanda en su contra*”. (Grabación de la audiencia min. 46:54, Ubicación dentro del expediente: archivo denominado “104VideoAudienciaArt373Dia4Parte2”).

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de fecha 9 de junio de 2021, con radicado No. SC2218-2021, MP: Octavio Augusto Tejeiro Duque.

[3] Sentencia con radicado SC 01 jun. 2009, exp. 2002- 00099-01, reiterada en fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de fecha 9 de junio de 2021, con radicado No. SC2218-2021, MP: Octavio Augusto Tejeiro Duque.

[4] Ubicación en el expediente del testimonio de DANIEL ARÉVALO: Grabación denominada “092VideoAudienciaArt373Día1Parte3” del expediente digital.

[5] Ubicación en el expediente del testimonio de DANIEL ARÉVALO: Grabación denominada “092VideoAudienciaArt373Día1Parte3” del expediente digital.

[6] Ubicación en el expediente del testimonio de MARÍA FERNANDA RINCÓN: Grabación denominada “095VideoAudienciaArt373Día2Parte1” del expediente digital.

[7] Ubicación en el expediente del testimonio de MARÍA ANDREINA AGUILERA: Grabación denominada “097VideoAudienciaArt373Día2Parte3” del expediente digital.

[8] Ubicación en el expediente del testimonio de DIEGO GARCÍA: Grabación denominada “096VideoAudienciaArt373Día2Parte2” del expediente digital.

[9] Ubicación en el expediente del testimonio de DANIEL ARÉVALO: Grabación denominada “092VideoAudienciaArt373Día1Parte3” del expediente digital.

[10] Ubicación en el expediente del testimonio de DANIEL ARÉVALO: Grabación denominada “092VideoAudienciaArt373Día1Parte3” del expediente digital.

[11] Ubicación en el expediente del testimonio de MARÍA ANDREINA AGUILERA: Grabación denominada “097VideoAudienciaArt373Día2Parte3” del expediente digital.

[12] Ubicación en el expediente del testimonio de DANIEL ARÉVALO: Grabación denominada “092VideoAudienciaArt373Día1Parte3” del expediente digital.

[13] Ubicación en el expediente del testimonio de MARÍA ANDREINA AGUILERA: Grabación denominada “097VideoAudienciaArt373Día2Parte3” del expediente digital.

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

ATN. MAGISTRADA SANDRA CECILIA RODRÍGUEZ ESLAVA

E. S. D.

REFERENCIA: PROCESO DECLARATIVO CON RADICADO NO. 2019 – 634 DE
CLAUDIA PATRICIA ESPARZA ALVARADO CONTRA CORTEX ANDINO
S.A.S. Y OTRO.

**ASUNTO: SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN PARCIAL EN CONTRA
DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA EN
AUDIENCIA DE FECHA 8 DE MARZO DE 2024**

Respetada Magistrada:

OSCAR JAVIER MARTÍNEZ CORREA, identificado como aparece al pie de mi firma, en calidad de apoderado especial de **CLAUDIA PATRICIA ESPARZA ALVARADO**, parte demandante dentro del proceso de la referencia, por medio del presente escrito, me dirijo al Despacho con el fin de presentar la **SUSTENTACIÓN del RECURSO DE APELACIÓN PARCIAL** en contra de la **sentencia de primera instancia proferida en audiencia de fecha 8 de marzo de 2024**, en los siguientes términos:

I. PROCEDENCIA Y OPORTUNIDAD

El presente escrito es **procedente** y se presenta dentro de la **oportunidad** establecida para el efecto conforme lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, que señala que:

*“ARTÍCULO 12. APELACIÓN DE SENTENCIAS EN MATERIA CIVIL Y FAMILIA.
(...) **Ejecutoriado el auto que admite el recurso o el que niega la solicitud de pruebas, el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes**” (Destacado fuera de texto).*

De conformidad con lo anterior, mediante Auto de fecha 22 de marzo de 2024, notificado en estado electrónico No. E-052 de fecha 1 de abril de 2024 se admitió el recurso de apelación interpuesto por el suscrito, así las cosas, la ejecutoria de dicha providencia transcurrió los días 2, 3 y 4 de abril; y, en ese orden de ideas, el **término establecido en la precitada norma transcurre los días 5, 8, 9, 10 y 11 de abril de 2024, término dentro del cual se presenta este escrito.**

II. OBJETO DEL RECURSO

El recurso, que por medio del presente escrito se sustenta, tiene por objeto que la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá **REVOQUE PARCIALMENTE** la sentencia de primera instancia proferida en audiencia del 8 de marzo de 2024 por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá, **únicamente en lo que atañe a la negativa de la declaratoria de la solidaridad de la sociedad CORTEX DENTAL IMPLANTS INDUSTRIES LTD.**

En ese sentido, si bien el numeral 1° de la parte resolutive¹ es el numeral por medio del cual se niega la existencia de solidaridad entre las demandadas, es menester que también sean corregidos los numerales 3°, 4° y 6° de la respectiva decisión, como consecuencia de la modificación del numeral 1°, con el fin de que también se declare y condene a **CORTEX DENTAL IMPLANTS INDUSTRIES LTD.** al reintegro de la suma de \$1.042.410.189 a favor de **CLAUDIA PATRICIA ESPARZA ALVARADO**; pero se insiste, únicamente en lo que atañe a la negativa de la declaratoria de la solidaridad de la sociedad **CORTEX DENTAL IMPLANTS INDUSTRIES LTD.**

Significa lo anterior, que el objeto central de esta apelación es que se **MODIFIQUE PARCIALMENTE** lo decidido por el *A quo* **únicamente** en lo que tiene que ver con la solidaridad entre las sociedades demandadas, esto es, **CORTEX ANDINO S.A.S.** y **CORTEX DENTAL IMPLANTS LTD.**, y en ese sentido, se modifiquen las demás disposiciones de la sentencia que estén directamente relacionadas con la declaratoria de solidaridad; así las cosas, los demás puntos de la sentencia, no son objeto de esta apelación, esto es, la suma declarada y el reintegro de la misma a favor de **CLAUDIA PATRICIA ESPARZA ALVARADO**.

III. FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE APELACIÓN

La sentencia de primera instancia proferida en audiencia de fecha 8 de marzo de 2024, dispone en su parte resolutive lo siguiente:

“(46:36) Se profiere entonces la siguiente decisión.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado 35 Civil de Circuito de Bogotá, Distrito Capital, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. DECLARAR probada la excepción propuesta por Cortex Dental Implants Industries Ltd. en relación con la inexistencia de solidaridad con Cortex Andino S.A.S. y por consecuencia negar las pretensiones de la demanda en su contra

Segundo. DECLARAR y improbadas las excepciones propuestas por Cortex Andino S.A.S. que buscaban desacreditar la existencia del pago subrogado.

2.1. Las restantes excepciones propuestas por Cortex Andino S.A.S. se declararán improbadas.

¹ El numeral 1° de la parte resolutive de la sentencia de fecha 8 de marzo de 2024 dispone: “Declarar probada la excepción propuesta por Cortex Dental Implants Industries Ltd. en relación con la inexistencia de solidaridad con Cortex Andino S.A.S. y por consecuencia negar las pretensiones de la demanda en su contra”. (Grabación de la audiencia min. 46:54, Ubicación dentro del expediente: archivo denominado “104VideoAudienciaArt373Dia4Parte2”).

Tercero. DECLARAR que Claudia Patricia Esparza Alvarado se subrogó en los derechos de los acreedores de Cortex Andino S.A.S. relacionados en la demanda por la suma de \$1.042.410.189 pesos.

Cuarto. ORDENAR que la sociedad Cortex Andino S.A.S. reintegrar debidamente indexada desde el 31 de diciembre de 2018, la suma de \$1.042.410.189 pesos a Claudia Patricia Esparza Alvarado dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión judicial, so pena de reconocer intereses moratorios en los términos del artículo 110 de la Ley 510 de 1999.

Quinto. NEGAR las restantes pretensiones de la demanda.

Sexto. CONDENAR en costas a la sociedad Cortex Andino S.A.S., por Secretaría líquídense teniendo como agencias en derecho la suma de \$30.500.000 pesos el cuál corresponde a un 70% dada la prosperidad parcial de las excepciones.

La presente decisión se notifica en estrados”.

Así las cosas, el suscrito apoderado respetuosamente manifiesta su inconformidad parcial respecto de la decisión contenida en la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, con base en los argumentos que se expondrán a continuación:

3.1. PRESUNCIÓN DE SOLIDARIDAD EN CONTRATOS MERCANTILES (ART. 825 C.CO)

Previo a entrar a debatir sobre el asunto de la solidaridad, objeto central de este acápite, es menester dilucidar la confusión que se presenta en este caso, y la que conllevó a que el *Ad quo* declarara la ausencia de solidaridad entre **CORTEX DENTAL** y **CORTEX ANDINO**.

La confusión del Despacho proviene de no entender cuál es el negocio jurídico frente al cual se debe presumir la solidaridad, pues este entiende que en el curso de estas negociaciones se celebraron varios contratos entre **CORTEX DENTAL** y **CLAUDIA ESPARZA** que supuestamente son individuales de las obligaciones de **CORTEX ANDINO**; por lo tanto, a continuación, se dilucidarán estas inquietudes, demostrándose que en realidad existe un solo contrato y que, **CORTEX DENTAL** era responsable de las obligaciones relacionadas con los gastos de operación y funcionamiento de **CORTEX ANDINO** frente a las cuales **CLAUDIA ESPARZA** se subrogó.

En cuanto a este punto, ha entendido la jurisprudencia y doctrina colombiana que, cuando se presentan este tipo de circunstancias, es decir, bajo la existencia de varios contratos que en principio se consideran independientes, pero que se encuentran vinculados porque persiguen un mismo fin, se presenta la figura de la coligación de contratos.

En ese orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 9 de junio de 2021² desarrolló el concepto de la coligación de contratos, acudiendo a jurisprudencia anterior, manifestando y concluyendo lo siguiente:

*“4.- Según se expuso en SC 01 jun. 2009, exp. 2002- 00099-01, **la coligación, o conexidad negocial describe hipótesis heterogéneas que atañen a una pluralidad de relaciones jurídicas, distintas, autónomas e independientes, «vinculadas por un nexo funcional o teleológico para la obtención de un resultado práctico, social o económico único**, cuya estructura exige una serie de pactos constantes, ab origine (en el origen) e in fine (en su fin), y la unión funcional o teleológica de los actos dispositivos».*

(...)

*Las anteriores premisas permiten colegir que la conexidad negocial utilizada como instrumento que **permite a las partes a partir de varios contratos desarrollar una operación económica unitaria y compleja, necesariamente, supone la existencia de varios contratos típicos o atípicos, perfectamente diferenciados y que, en todo caso, conservan su individualidad, lo que no obsta para que entre ellos exista una relación de dependencia**. Ello significa que desde que se ajusta esa tipología contractual, debe quedar claramente establecido cuáles son los distintos acuerdos de voluntades que la componen, de modo que si llegaren a presentarse posteriores controversias sea factible definir si se refieren a uno de ellos en particular o a varios, y cuál sería su impacto o repercusiones en la operación económica que los aglomera” (Destacado fuera de texto).*

Así las cosas, en el caso concreto existen varios contratos los cuales, si bien tienen objetos diferentes, persiguen un mismo fin que es la puesta en funcionamiento y el desarrollo del objeto social de **CORTEX ANDINO**, es decir, la distribución y comercialización de los implantes dentales que producía y fabricaba **CORTEX DENTAL**.

Y como si lo anterior no fuese suficiente, de la lectura de las consideraciones del contrato de accionistas o “Shareholders Agreement (SHA)” se evidencia la interrelación que existe entre todos los contratos, en los siguientes términos:

1. El literal C establece que:

*“las partes han otorgado un contrato para la compra de acciones (de ahora en adelante el SPA), mediante el cual la doctora Esparza, es decir la compradora se comprometió adquirir el 45 % del capital emitido y en circulación de las acciones. **Este contrato hace parte del SPA**” (Destacado fuera de texto).*

² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de fecha 9 de junio de 2021, con radicado No. SC2218-2021, MP: Octavio Augusto Tejeiro Duque.

Por lo tanto, de conformidad con las declaraciones de las partes, el contrato de accionistas (SHA) **hace parte** del contrato de compra de acciones (SPA), puesto que ellos entienden que el SPA y el SHA persiguen el mismo fin, o en palabras de la Corte Suprema de Justicia, están **“vinculadas por un nexo funcional o teleológico para la obtención de un resultado práctico, social o económico único”**³.

2. El tercer párrafo del literal D señala que:

“CORTEX y la doctora Esparza han celebrado de manera concomitante con este contrato un contrato exclusivo de distribución (“EDA”) con el fin de lograr la distribución exclusiva de los productos (tal y como se definen en dicho instrumento) y que las partes acuerdan que constituye el punto central de las relaciones contractuales entre las partes” (Destacado fuera de texto).

Lo anterior significa que **CORTEX DENTAL** y **CLAUDIA ESPARZA** suscribieron un contrato de exclusividad para la distribución de los productos que fabrica **CORTEX DENTAL** (EDA) y, que este contrato **“constituye el punto central de las relaciones contractuales entre las partes”**; nótese que en este punto se está haciendo referencia al objeto social y principal de la sociedad **CORTEX ANDINO**, por lo tanto, se evidencia que el SHA y el SPA están íntimamente relacionados con el EDA.

3. El literal E dispone:

“CORTEX y la doctora Esparza acuerdan y aceptan que la existencia de este contrato depende de la existencia del EDA y del cumplimiento de las partes respecto del EDA en cuanto a los términos allí consignados lo cual constituye una condición fundamental para la continuidad del presente contrato” (Destacado fuera de texto).

De lo que se entiende, ambas partes, **CORTEX DENTAL** y **CLAUDIA ESPARZA** manifiestan y ratifican que el SHA depende de la existencia del EDA, y como vimos anteriormente, el SHA hace parte del SPA, por lo que, el SHA, el SPA y el EDA se constituyen como una unidad de contratos, puesto que persiguen un mismo fin, y en esa medida, se aplica la figura de la coligación de contratos.

4. Pero más importante aún, lo establecido en el literal F:

“CORTEX y la doctora Esparza manifiestan su entendido de que serán responsables de todos los propósitos jurídicos y contables que tengan que ver con las actuaciones de sus nominados dentro de la compañía” (Destacado fuera de texto).

³ Sentencia con radicado SC 01 jun. 2009, exp. 2002- 00099-01, reiterada en fallo de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, de fecha 9 de junio de 2021, con radicado No. SC2218-2021, MP: Octavio Augusto Tejero Duque.

Para efectos del entendimiento anterior, es importante señalar que de acuerdo con las definiciones del contrato analizado, se entiende por “compañía” a **CORTEX ANDINO** (literal A de las consideraciones del SHA).

En mejores palabras, las partes declararon y manifestaron que ambas serían responsables de los propósitos jurídicos y contables que estén relacionados con las acciones suscritas en **CORTEX ANDINO**.

Aunado a lo anterior, no solamente los contratos se encuentran coligados y se aplica esta figura, sino también que las partes negociales, esto es **CLAUDIA ESPARZA, CORTEX DENTAL** y **CORTEX ANDINO**, entendían que quienes tenían la obligación de sufragar los gastos de funcionamiento y operación de **CORTEX ANDINO**, era la misma sociedad y su único socio, es decir **CORTEX DENTAL**, es por ello que la sociedad extranjera siempre participó en las decisiones del día a día de la sociedad, participando en las entrevistas de los trabajadores y tomando la decisión de a quien contratar y a quien despedir, escogiendo y aprobando las propuestas que presentaban los proveedores, aprobando todos los gastos y pagos a través de la confirmación del segundo token, autorizando todas las actividades que se iban a desarrollar, por ejemplo, el evento de inauguración y del congreso, los aperitivos que se iban a brindar a los asistentes, el diseño de la oficina, de página web, etc., y más importante, aprobando y aceptando todos los dineros que entregó **CLAUDIA ESPARZA** para el funcionamiento de la sociedad, pues reconocían que estas obligaciones que **CLAUDIA ESPARZA** estaba sufragando, le correspondían a las sociedades demandadas en conjunto.

Así las cosas, se puede concluir que: **(i)** si bien se celebraron varios contratos de manera independiente, todos persiguen un único y mismo fin que es el funcionamiento y desarrollo de **CORTEX ANDINO**, **(ii)** con ocasión de la aplicación de la figura de la coligación de contratos y de lo entendido por las partes, todos los contratos celebrados hacen parte los unos de los otros y que se constituyen como el punto central de las relaciones, es decir, que ninguna de las relaciones jurídicas se puede entender la una sin la otra, es decir, que existe dependencia entre los contratos celebrados y **(iii)** era de entendimiento de todas las partes que quienes tenían la obligación de sufragar estos gastos eran **CORTEX DENTAL** y **CORTEX ANDINO**, lo anterior debido a que se estableció en el SHA que **CORTEX DENTAL**, como único accionista, es responsable por los propósitos jurídicos y contables de **CORTEX ANDINO**.

Teniendo claro lo anterior, es menester acudir a lo establecido en el artículo 825 del Código de Comercio, el cual dispone:

“Artículo 825. En los negocios mercantiles, cuando fueren varios los deudores se presumirá que se han obligado solidariamente”.

Como se puede observar, el precitado artículo no da lugar a confusiones ni a segundas interpretaciones, puesto que el mismo claramente señala que cuando se trata de un negocio mercantil en donde existen varios deudores, la solidaridad entre ellos se presume.

Esta disposición debe ser interpretada a la luz del artículo 20 ibidem el cual dispone cuales son los actos y operaciones mercantiles, y dentro de este listado encontramos en el numeral 12 a “*Las empresas de fabricación, transformación, manufactura y circulación de bienes*”.

Por lo tanto, en el caso concreto, la sociedad **CORTEX DENTAL** fungió como fabricante de los implantes dentales que comercializaría y vendería la sociedad **CORTEX ANDINO**; bajo estos términos es claro que ambas sociedades ejecutaban actos calificados como mercantiles, y en ese orden de ideas, los negocios efectuados tienen esta naturaleza, y al no existir pacto contrario, se aplica la presunción de solidaridad contenida en el artículo 825 del Código de Comercio.

En conclusión, es claro que el juzgado de primera instancia erró al declarar “*probada la excepción propuesta por Cortex Dental Implants Industries Ltd. en relación con la inexistencia de solidaridad con Cortex Andino S.A.S.*”, por las razones que a continuación se enuncian:

1. El caso que nos atañe se trata de un negocio mercantil al involucrarse la fabricación, venta y comercialización de los implantes dentales fabricados por **CORTEX DENTAL**.
2. Al tratarse de un negocio mercantil se presume la solidaridad.
3. Por virtud de la coligación de contratos y de las estipulaciones pactadas entre las partes, se evidencia que no se puede entender una relación jurídica sin la otra.
4. De acuerdo con lo declarado y ratificado por **CORTEX DENTAL** en cuanto a que éste es responsable de los propósitos jurídicos y contables de **CORTEX ANDINO**, por lo tanto, todas las partes negociales entendían que él era el responsable de sufragar y pagar los gastos de operación y funcionamiento de esta última, tan es así que la sociedad israelí participaba en la toma de decisiones de CORTEX ANDINO, aprobaba todos los gastos, las erogaciones, los pagos que debían efectuarse, entre otros.

Y en ese orden de ideas, existe solidaridad entre **CORTEX DENTAL** y **CORTEX ANDINO**.

3.2. SUJETOS LLAMADOS POR LA LEY A APORTAR LOS RECURSOS A LAS SOCIEDADES

Los artículos 98, 122 y siguientes del estatuto mercantil señalan quienes son las personas llamadas y obligadas a aportar los recursos a las sociedades, con el propósito de, por un lado, que estas puedan adelantar las actividades necesarias para el adecuado funcionamiento y operación de su objeto social, es decir, para que estas puedan subsistir, y por otro lado, para repartirse las utilidades obtenidas en la empresa o en la actividad social.

En ese orden de ideas, el precitado estatuto establece que son los accionistas de las sociedades quienes tienen la obligación de proveer los recursos para el funcionamiento de la empresa.

Así las cosas, **CORTEX DENTAL** como único accionista de **CORTEX ANDINO** y, siendo responsable de los propósitos jurídicos y contables de esta sociedad, tenía la obligación de proveer recursos para sufragar los gastos de operación y funcionamiento de la misma, esto es, para la comercialización y distribución de los implantes dentales que aquella además fabricada.

Por lo tanto, como era la sociedad **CORTEX DENTAL** quien tenía la obligación de proveer los recursos para sufragar todos estos gastos para que **CORTEX ANDINO** pudiera subsistir y ejecutar su objeto social, al incumplir dicha obligación no puede considerarse que aquella se exonera de restituir los dineros a la persona que asumió dichos pagos y se subrogó en los derechos de sus acreedores.

Además, tal y como quedó demostrado en el proceso, en especial con el testimonio del señor **DANIEL ALVARADO**⁴, quien fungió en **CORTEX ANDINO** como gerente financiero y administrativo, quien manifestó que la sociedad **CORTEX DENTAL** no enviaba los recursos con los que se debía pagar la nómina, a los proveedores, y en general, los gastos de funcionamiento de la compañía, y que además, tales obligaciones fueron asumidas por **CLAUDIA ESPARZA**, tal y como se transcribe a continuación:

JUEZ (2:06:26): “Gracias. ¿sabes si Claudia Esparza erogó su patrimonio propio, de su patrimonio propio, perdóneme, sumas de dinero destinadas al funcionamiento de Cortex Andino SAS?”

Daniel Arévalo (2:06:45): “Sí, sí, sí, ella, desconozco cuál es la negociación a la que, tenían entre Cortex YY Claudia, no la conozco, **pero digamos que si tuve la oportunidad de ver a Claudia inyectando sumas de dinero en la empresa, por ponerte un ejemplo, no había con qué pagar nómina, entonces, Claudia ponía de su plata para pagar la nómina.** O vi yo a un señor boyacense, creo que era, que iba a la oficina a reunirse con Claudia para que ella le para que **ella le firmara algunos papeles para que él le desembolsará algunos recursos que iban a ser destinados para la empresa, para para poder contar con flujo de caja para poder operar, o sea desde el pago de la telefonía y el Internet, como el pago de nómina,** no eran, llegaba el fin de mes y no teníamos con qué pagar nóminas, eso nos pasaba en la empresa y entonces Claudia tenía que salir a poner de su plata para para eso, es lo que yo conozco, la la verdad, no sé cómo pueden manejarlos ellos las platas entre ellos ya directamente” (Destacado fuera de texto).

Por lo tanto, como fue a **CLAUDIA ESPARZA** a quien le tocó asumir las obligaciones que le correspondían tanto a **CORTEX ANDINO** como a **CORTEX**

⁴ Ubicación en el expediente del testimonio de DANIEL ARÉVALO: Grabación denominada “092VideoAudienciaArt373Día1Parte3” del expediente digital.

DENTAL, y frente a las cuales se subrogó, le corresponde a ambas sociedades reintegrar a mi poderdante las sumas de dinero que ella dispuso para sufragar los gastos y cumplir con las obligaciones incumplidas por parte de las sociedades demandadas.

Por consiguiente, se considera que el *Ad quo* erró al absolver a **CORTEX DENTAL** del pago de sus obligaciones y de la devolución de estas sumas a favor de **CLAUDIA ESPARZA**, puesto que se trata de obligaciones que le correspondían directamente.

3.3. PARTICIPACIÓN DE CORTEX DENTAL IMPLANTS INDUSTRIES LTD. EN LA TOMA DE TODAS LAS DECISIONES DE LA SOCIEDAD CORTEX ANDINO S.A.S.

Por último, es muy importante tener en cuenta que, tal y como quedó demostrado en el proceso, **CORTEX DENTAL** no fue ajeno a las actividades que realizaba **CORTEX ANDINO**, sino todo lo contrario, participó en el día a día de las operaciones de esta última, aprobando todas las decisiones que se tomaban para el funcionamiento de la misma, a saber:

1. Participando en las entrevistas de los trabajadores y tomando la decisión de a quien contratar y a quien despedir:

- a. En el testimonio de **DANIEL ARÉVALO**⁵, quedó demostrado que en su entrevista participaron los señores Schmucl Rosen y Ejud, directivos de **CORTEX DENTAL**:

JUEZ (1:39:23): “Lo contextualizo. Ha sido citado para que declare todo lo que sepa y le coste en relación con su actividad como director financiero de Cortex Andino S.A.S. y en especial sobre sus conversaciones con Rabbit Alter, director de marketing y comunicaciones de Cortex Dental Implants Industries LTD. A ese efecto, le ruego haga un relato detallado precisando nombre de las personas, lugares y cosas por su descripción, en aras de puntualizar las circunstancias de tiempo, modo y lugar de los hechos que rodearon este caso, proceda con su relato”

Daniel Arevalo (1:40:06): “Claro que sí, EH, hacia diciembre mediados de diciembre del año 2017 me contactó Claudia para que yo ofreciera los servicios financieros, EH como gerente de sucursal, trabajaba yo para el Banco de Davivienda en ese entonces YY varios de los amigos de Claudia habían tomado productos con el banco.

*Ella me pidió, me preguntó que si yo hablaba inglés, yo le respondí que sí, que yo hablaba inglés **y me citaron en el club el nogal para ofrecer estos servicios financieros eh en su momento, pues digamos que se encontraba en esa reunión el el señor Schmucl***

⁵ Ubicación en el expediente del testimonio de DANIEL ARÉVALO: Grabación denominada “092VideoAudienciaArt373Día1Parte3” del expediente digital.

Rosen, Eh, y el director financiero de Cortex Dental, que es Ejud, se llamaba el señor Eh” (Destacado fuera de texto).

- b. En el testimonio de **MARÍA FERNANDA RINCÓN**⁶ quedó demostrado que el señor Schmuel Rosen le hizo la entrevista y posteriormente le indicó que estaba contratada y que podía comenzar a trabajar:

JUEZ (1:06:17): “Buena, ya nos indicó cual fue la función que desempeño para Cortex Andino, ¿puede indicarnos usted quien la reclutó para dicha entidad?”

María Fernanda Rincón (1:06:31): “Buena en eso eh realmente no me acuerdo quién exactamente me llamó para para entrevista pero cuando me citaron a entrevista, me la hizo, el nombre del señor, **bueno alguien de Cortex Israel** que en este momento no me acuerdo el nombre, se me fue Eh me llamaron, **él me hizo una entrevista, y después de la entrevista ya me dijo que podía empezar, Schmuel, Schmuel Rosen**” (Destacado fuera de texto).

- c. En el testimonio de **MARIA ANDREINA AGUILERA**⁷ quedó demostrado que fue contratada directamente por Schmuel Rocen y despedida por Ejud, directivo de Israel:

JUEZ (1:20:42): “Quién la reclutó y/o contrató para trabajar con Cortex Andino S.A.S.?”

María Andreina Aguilera (1:20:48): “**Mi contrato fue directamente con Schmuel cuando vino a Colombia** yo ya trabajaba con, yo ya conocía la doctora Claudia esparza y pues básicamente fue para laborar el mismo puesto en el que venía trabajando, **pero fue el señor Samuel quien revisó mi civil, mi hoja de vida y me contrató**” (Destacado fuera de texto).

JUEZ (1:25:32): “¿Por qué sostiene usted que un ejecutivo de Cortex Dental Implants Industrie fue quien la despidió?”

María Andreina Aguilera (1:25:46): “Porque recuerdo el día que me despidieron, **quien me llamó a la sala de juntas fue una de estas personas que venía de Israel, creo que era gerente financiero**, no recuerdo muy bien la posición que tenía, **eh su nombre era el señor Ejud, había otra persona de Israel**, la verdad no recuerdo el nombre, no no recuerdo quién era, pero sé que había otra persona **y fueron ellos directamente a quien quien hablaron conmigo y quienes me entregaron la carta firmada de despido y me solicitaron que firmara**” (Destacado fuera de texto).

⁶ Ubicación en el expediente del testimonio de MARÍA FERNANDA RINCÓN: Grabación denominada “095VideoAudienciaArt373Día2Parte1” del expediente digital.

⁷ Ubicación en el expediente del testimonio de MARÍA ANDREINA AGUILERA: Grabación denominada “097VideoAudienciaArt373Día2Parte3” del expediente digital.

2. Escogiendo y aprobando todas las propuestas de los proveedores:

- a. En el testimonio de **DIEGO GARCÍA**⁸ quedó demostrado que, para la aprobación de la propuesta presentada por su empresa y la estrategia comercial de la marca, participó el señor Schmuel Rocen y tomó la decisión de aceptarla:

Diego García (14:40): *“Una de las estrategias que uno siempre hace en temas de relaciones públicas es apalancarse en un vocero sí o en un líder de opinión sí una de las estrategias que nosotros propusimos era apalancarnos en la imagen de la doctora Claudia para posicionar la marca Cortex totalmente desconocida en el país si, para esos efectos si utilizamos y fue una propuesta que incluso estuvo reunida el dueño que yo pues tuvo que venir un traductor, creo que se llama Schmuel bueno uno de lo, el dueño de de mi de de CórteX se le hizo esa, se hizo una presentación antes de que nos contrataran”*
(Destacado fuera de texto).

JUEZ (19:54): *“Puedo entender de su respuesta anterior que el que el cobro por el justin o landing page de la página web de Claudia Esparza obedeció a una estrategia de posicionamiento de marca que contó con la aprobación de Cortex Dental Implants Industries LTD”*

Diego García (20:17): *“Es de esta se fue una estrategia que se presentó en el primer comité antes de ser contratados como agencia de publicidad y era, como lo dije hace un momento, era una estrategia para manejar a la Doctora como un vocero y creo que pues me imagino que fue la estrategia de asociarte o bueno de contratar a la a la doctora como como gerente pues apalancándose en el posicionamiento que ella tiene en Colombia”.*

JUEZ (20:44): *“Gracias, usted indicó que el señor Samuel, estaba el día que usted compareció”*

Diego García (20:57): *“Eh sí señora, sí”*

JUEZ (21:00): *“Gracias. Es decir que esa, ese, ese posicionamiento de marca contó con la aprobación de la sociedad Cortex Dental Implants Industries LTD”*

Diego García (21:20): *“Sí, si doctora porque digamos que cuando yo hice, cuando se hizo la propuesta de de esta campaña no estábamos nosotros contratados aún, eh se hizo esta esta esta esta esta reunión en las oficinas de Cortex, fue presencial y más o menos a los 15 días, 20 días de hacer la propuesta fue que nos contrataron, incluso*

⁸ Ubicación en el expediente del testimonio de DIEGO GARCÍA: Grabación denominada “096VideoAudienciaArt373Día2Parte2” del expediente digital.

nosotros de cuando tuvimos una una segunda reunión donde hicimos ya cómo se manejaría la el uso de las marcas en Colombia bajo esa estrategia y todo y todo el tema”.

3. Aprobando todos los gastos y pagos a través de la confirmación del segundo token:

- a. En el testimonio de **DANIEL ARÉVALO**⁹ quedó demostrado que el segundo token estaba a cargo de **CORTEX DENTAL**, lo que significa que sin esa autorización, no se podía efectuar ningún pago:

Daniel Arévalo (1:47:32): *“Nosotros digamos que teníamos la la la cuenta las abrimos en este momento con el Banco Davivienda en Y el Banco de Davivienda maneja una metodología de de tokens. Sí, de unos de unos códigos, por unos tokens que son los que generan las aprobaciones de todos los pagos. uno de los tokens lo lo tenía Claudia y el otro token estaba en posesión de la de las personas de Israel. Entonces digamos que yo obedecía las órdenes de Claudia respecto a bueno, estos son los gastos, estos son los pagos, repórtelos a Israel. Me parece que era una metodología de desorganizada para una empresa que tenía una subsidiaria israelí, pero pues digamos que me tranquilizaba completamente con que todos estos pagos eran autorizados tanto por parte de BDO como por parte de del equipo en Israel” (Destacado fuera de texto).*

Daniel Arévalo (2:06:01): *“Porque los gastos tenían que salir desde las cuentas de Cortex y las cuentas de Cortex, como te indicaba ahorita, requerían de una doble verificación y una de las verificaciones era hecha por parte de Israel, entonces yo digo, si ellos no hubieran estado de acuerdo con todos esos gastos, pues simplemente hubieran rechazado las transacciones y no hubieran permitido que se hicieran” (Destacado fuera de texto).*

4. Autorizando todas las actividades que se iban a desarrollar, por ejemplo, el evento de inauguración y del congreso, los aperitivos que se brindaron a los asistentes a dichos eventos, el diseño de la oficina, etc., tal y como se demuestra a continuación:

- a. En el testimonio de **DANIEL ARÉVALO**¹⁰ quedó demostrada la participación que tuvo **CORTEX DENTAL** en la toma de decisiones frente al congreso, sus asistentes, los pasabocas que se iban a brindar y la organización del evento en general:

Daniel Arévalo (1:42:00): *“Realmente el rol de director financiero en ese primer mes no se desarrolló porque digamos que lo que yo realizaba*

⁹ Ubicación en el expediente del testimonio de DANIEL ARÉVALO: Grabación denominada “092VideoAudienciaArt373Día1Parte3” del expediente digital.

¹⁰ Ubicación en el expediente del testimonio de DANIEL ARÉVALO: Grabación denominada “092VideoAudienciaArt373Día1Parte3” del expediente digital.

*era ayudar a la empresa a crearse, sí estar pendientes de la obra Civil, estar pendientes de que instalarán unas persianas, estar pendiente de que instalaran un video beam, ese tipo de cosas YY **posteriormente tuvo la oportunidad de conocer a Rabbid Alter era ella viajó con con Shmuel al evento de lanzamiento de de Cortex**, de Cortex Andino que se realizó ahí mismo en las oficinas en tele por Business eh y pues digamos que ella **con ella empezamos a coordinar que cómo iba a ser el evento, el número de invitados, que que se va a dar de pasabocas se digamos, todo ese tipo de de conversaciones desde la parte de de marketing, que era la que manejaba**" (Destacado fuera de texto).*

- b. En el testimonio de **MARÍA ANDREINA AGUILERA** se demostró que las actividades que se realizaron en el congreso fueron autorizadas por **CORTEX DENTAL**:

JUEZ (1:27:41): “*¿Sabe usted quien pagó la realización de ese evento?*”

María Andreina Aguilera (1:27:50): “*No podría decir el porcentaje de cuánto se pagó, sé que la doctora Claudia Esparza pagó una parte, eh creo recordar en uno de los eventos que habían la solicitud de unos láser o unas luces especiales que tenían que ser, **bueno todo era autorizada por Israel***” (Destacado fuera de texto).

- c. En el testimonio de **MARÍA ANDREINA AGUILERA**¹¹, también se demostró que **CORTEX DENTAL** siempre estuvo enterado de los gastos de funcionamiento, de operación y que ellos aprobaban los mismo:

Oscar Martínez (1:28:56): “*Recuerda por ejemplo, hablemos de las reuniones, a qué tantas reuniones con los señores ejecutivos de la sociedad de Israel participó usted, qué temas se trataban, lo que pueda recordar de esas reuniones, periodicidad, temas tratados, quienes intervenían*”

María Andreina Aguilera (1:29:19): “*Eh eh estuve eh como soporte por el idioma desde que se firmó desde antes que se creara Cortex Andes en Colombia porque pues ellos vinieron a hacer la negociación a revisar oficinas posibles locaciones y obviamente a firmar el contrato ya colombiano de la constitución de la empresa, entonces yo estuve con esas reuniones en oficinas con los abogados, mm una vez comenzamos operación, recuerdo que había una reunión por lo menos semanal fija para discutir eh actividades de la semana, para discutir cartera, eh y pues he estados financieros, si no salía alguna otra extra especial*”

Oscar Martínez (1:30:07): “*En esas reuniones en las que usted estuvo presente, ¿pudo percatarse si los señores ejecutivos de la sociedad*

¹¹ Ubicación en el expediente del testimonio de MARÍA ANDREINA AGUILERA: Grabación denominada “097VideoAudienciaArt373Día2Parte3” del expediente digital.

extranjera estaban enterados o se debatían los temas relacionados con los gastos de la operación de Cortex Andino?”

María Andreina Aguilera (1:30:28): “*Sí, sí se discutía*”

Oscar Martinez (1:30:31): “*¿Conocían ellos esos gastos? ese es es esa periodicidad de los gastos ¿ellos conocían esos gastos en esas reuniones?”*

María Andreina Aguilera (1:30:38): “*Sí, eh no solo eso, sino para cualquier tipo de gasto siempre se les incluía a ellos, no porque al fin y al cabo la doctora Claudia esparza estaba poniendo el dinero pero eh digamos que la compañía pertenecía a Cortes Israel, sí Cortex Dental, eh así que sí se discutían como parte del de las actividades financieras de la semana lo que se compró, lo que no se compró, lo que hacía falta recolectar, siempre se discutían*”

5. Y como si lo anterior no fuera suficiente, aprobando y aceptando todos los dineros que entregó CLAUDIA ESPARZA para el funcionamiento de la sociedad:

- a. En el testimonio de **DANIEL ARÉVALO**¹² quedó demostrado que **CORTEX DENTAL** aprobó los dineros que entregó **CLAUDIA ESPARZA** para sufragar los gastos de **CORTEX ANDINO**:

JUEZ (2:05:00): “*Gracias señora Arévalo, ¿informó a Cortex Dental Implants Industries Ltd. sobre los costos y gastos, que asumió directamente Claudia Esparza para la puesta en marcha el lanzamiento de Cortex Andino S.A.S.?”*

Daniel Arévalo (2:05:16): “*Sí, sí. Yo tenía que enviarles un reporte, no recuerdo si era diario o entra a diario, pero eran por lo menos 3 reportes en la semana en las que se colocaba en un Excel cada uno de los gastos que se lleva realizando, o que, o que Claudia iba generando, digámoslo así*”

JUEZ (2:05:38): “*¿Qué le indicaron a usted frente a ese particular que nos acaba de relatar o de comentar?”*

Daniel Arévalo (2:05:48): “*¿Sobre los gastos?”*

JUEZ (2:05:50): “*Sí*”

Daniel Arévalo (2:05:52): “*Me recuerdo que decían que los gastos eran elevados, pero en ningún momento me dijeron como no los pueden hacer. ¿Por qué? Porque los gastos tenían que salir desde las cuentas de córtex*

¹² Ubicación en el expediente del testimonio de DANIEL ARÉVALO: Grabación denominada “092VideoAudienciaArt373Día1Parte3” del expediente digital.

y las cuentas de Cortes, como te indicaba ahorita, requerían de una doble verificación y una de las verificaciones era hecha por parte de Israel, entonces yo digo, si ellos no hubieran estado de acuerdo con todos esos gastos, pues simplemente hubieran rechazado las transacciones y no hubieran permitido que se hicieran”

- b. En el testimonio de **MARÍA ANDREINA AGUILERA**¹³ se demostró que **CORTEX DENTAL** conoció sobre el dinero que estaba poniendo **CLAUDIA ESPARZA** para cubrir los gastos de funcionamiento de **CORTEX ANDINO** por lo que, al no efectuar ningún tipo de reparo, se entiende que estuvieron de acuerdo con los mismos:

Oscar Martínez (1:31:13): *“En esos escenarios de esas reuniones los señores ejecutivos de la sociedad extranjera pudieron conocer enterarse de que la señora Claudia Esparza estaba haciendo pagos y asumiendo con sus recursos gastos de Cortex Andino o inyectando dinero a Cortex Andino, ¿esos señores se enteraban en esas reuniones del que eso estaba ocurriendo?”*

María Andreina Aguilera (1:31:36): *“Sí señor, y además era un poco eh obvio porque para el día a día hacer la oficina funcionar hacía falta inyección hacía falta el diario y para la organización de eventos que era lo que yo manejaba, desde antes de que tú eh, de antes de que de que se haga la realización del evento, obviamente que hay que recurrir a dinero porque hay que pagar contratos, ah y sí esas cosas se hablaban sí también se solicitaba ayuda, para ser sincera”.*

En conclusión, como se pudo observar de los testimonios de **DANIEL AREVALO**, **MARÍA FERNANDA RINCÓN**, **DIEGO GARCÍA** y **MARÍA ANDREINA AGUILERA**, la sociedad **CORTEX DENTAL** fue quien tomó todas las decisiones para el funcionamiento y operación de **CORTEX ANDINO**, al haber: (i) participado en las entrevistas de los trabajadores y tomado la decisión de a quien contratar y a quien despedir, (ii) escogido y aprobado las propuestas de los proveedores, (iii) aprobado todos los gastos y pagos a través de la confirmación del segundo token, (iv) autorizado todas las actividades que se iban a desarrollar, por ejemplo, el evento de inauguración y del congreso, los aperitivos que se iban a brindar a los asistentes, el diseño de la oficina, de página web, etc., y (v) aún más importante, habiendo aprobado y aceptado todos los dineros que entregó **CLAUDIA ESPARZA** para el funcionamiento de la sociedad.

Por consiguiente, por los motivos expuestos en líneas anteriores, se considera que no puede exonerarse a **CORTEX DENTAL** de la responsabilidad de reintegrar los dineros pagados por la demandante para cumplir las obligaciones, no solo de **CORTEX ANDINO**, sino también de la sociedad Israelí.

¹³ Ubicación en el expediente del testimonio de MARÍA ANDREINA AGUILERA: Grabación denominada “097VideoAudienciaArt373Día2Parte3” del expediente digital.

IV. SOLICITUDES

Así las cosas, teniendo en cuenta los argumentos anteriormente esbozados, es más que evidente que el juzgado de primera instancia cometió un error al declarar probada la excepción de ausencia de solidaridad entre las sociedades **CORTEX ANDINO S.A.S.** y **CORTEX DENTAL IMPLANTS LTD.**, pues en realidad, son solidariamente responsables del reintegro de las sumas a **CLAUDIA PATRICIA ESPARZA ALVARADO**, y en ese sentido, respetuosamente se solicita a la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá se sirva:

4.1. REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia de primera instancia proferida en audiencia del 8 de marzo de 2024 por el Juzgado 35 Civil del Circuito de Bogotá, únicamente en lo que se refiere a la **declaratoria de solidaridad de la parte resolutive**.

4.2. Y en su lugar, **REFORME** la sentencia en el sentido de:

4.2.1. DECLARAR la existencia de solidaridad entre las sociedades **CORTEX ANDINO S.A.S.** y **CORTEX DENTAL IMPLANTS LTD.**

4.2.2. Y como consecuencia de lo anterior, **DECLARAR** que **CLAUDIA PATRICIA ESPARZA ALVARADO** se subrogó en los derechos de los acreedores de **CORTEX ANDINO S.A.S.** y **CORTEX DENTAL IMPLANTS LTD.** relacionados en la demanda por la suma de \$1.042.410.189 pesos.

4.2.3. ORDENAR que las sociedades **CORTEX ANDINO S.A.S.** y **CORTEX DENTAL IMPLANTS LTD.** reintegren debidamente indexada desde el 31 de diciembre de 2018, la suma de \$1.042.410.189 pesos a **CLAUDIA PATRICIA ESPARZA ALVARADO** dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión judicial, so pena de reconocer intereses moratorios en los términos del artículo 110 de la Ley 510 de 1999.

4.2.4. CONDENAR en costas a las sociedades **CORTEX ANDINO S.A.S.** y **CORTEX DENTAL IMPLANTS LTD.**, por Secretaría líquidense teniendo como agencias en derecho la suma de \$30.500.000 pesos.

Respetuosamente,



ÓSCAR JAVIER MARTÍNEZ CORREA
C.C. No. 80.282.282 de Villeta
T.P. No. 208.392 del C. S. de la J.