

REPAROS CONCRETOS A LA SENTENCIA DEL 30 DE ENERO DEL 2024 // RAD 2022-00195 // CONSUELO MOLANO DE MOSQUERA Y OTROS vs VANESA PEREZ SARDY Y OTROS // VSL

Notificaciones GHA <notificaciones@gha.com.co>

Mar 6/02/2024 3:24 PM

Para: Juzgado 01 Civil Circuito - Valle del Cauca - Cali <j01cccali@cendoj.ramajudicial.gov.co>
CC: Juzgado 01 Civil Circuito - Valle del Cauca - Cali <j01cccali@cendoj.ramajudicial.gov.co>;
joserios@ilexgrupoconsultor.com <joserios@ilexgrupoconsultor.com>; liliana.toro@grupoemi.com
<liliana.toro@grupoemi.com>; ladybermudez210@gmail.com <ladybermudez210@gmail.com>;
notificacionesjudiciales@suramericana.com.co <notificacionesjudiciales@suramericana.com.co>;
diego.caicedo@outlook.com <diego.caicedo@outlook.com>; benitezquinteroabogado
<benitezquinteroabogado@gmail.com>

📎 1 archivos adjuntos (728 KB)

- REPAROS CONSUELO MOLANO DE MOSQUERA (1).pdf;

Señores**JUZGADO PRIMERO (1º) CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI****E. S. D.**

PROCESO: VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL
DEMANDANTE: CONSUELO MOLANO DE MOSQUERA Y OTROS
DEMANDADOS: VANESA PEREZ SARDY Y OTROS
RADICADO: 760013103001-2022-00195-00

ASUNTO: REPAROS CONCRETOS A LA SENTENCIA DEL 30 DE ENERO DEL 2024

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado General de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S. A.**, de manera respetuosa manifiesto que **REASUMO** el poder a mi conferido y encontrándome dentro del término legalmente establecido en el artículo 322 del CGP procedo a adicionar los **REPAROS CONCRETOS** en contra de la sentencia de primera instancia No. 002 proferida por su despacho el treinta (30) de enero de dos mil veinticuatro (2024), notificada el día primero (01) de febrero del de dos mil veinticuatro (2024), la cual fue desfavorable a los intereses de mi procurada, solicitando desde ya, que sea REVOCADA en su integridad, y en su lugar se nieguen las pretensiones propuestas por la parte actora.

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA.

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá D.C.

T.P. No. 39.116 del C. S. de la J.

Señores

JUZGADO PRIMERO (1°) CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI

E. S. D.

PROCESO: VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL
DEMANDANTE: CONSUELO MOLANO DE MOSQUERA Y OTROS
DEMANDADOS: VANESA PEREZ SARDY Y OTROS
RADICADO: 760013103001-2022-00195-00

ASUNTO: REPAROS CONCRETOS A LA SENTENCIA DEL 30 DE ENERO DEL 2024

GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA, mayor de edad, vecino de Cali, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.395.114 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio, portador de la Tarjeta Profesional No. 39.116 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado General de **MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S. A**, de manera respetuosa manifiesto que **REASUMO** el poder a mi conferido y encontrándome dentro del término legalmente establecido en el artículo 322 del CGP procedo a adicionar los **REPAROS CONCRETOS** en contra de la sentencia de primera instancia No. 002 proferida por su despacho el treinta (30) de enero de dos mil veinticuatro (2024), notificada el día primero (01) de febrero del de dos mil veinticuatro (2024), la cual fue desfavorable a los intereses de mi procurada, solicitando desde ya, que sea REVOCADA en su integridad, y en su lugar se nieguen las pretensiones propuestas por la parte actora, con fundamento en los argumentos que concretaré en los acápites siguientes:

I. OPORTUNIDAD Y PROCEDENCIA

Sea lo primero precisar que la sentencia que ahora se apela fue emitida por fuera de audiencia. Frente a este aspecto, el inciso segundo del numeral 3, del artículo 322 del Código General del Proceso dispone:

“(…) Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior (…)”

Por lo tanto, se verifica en el presente caso que la sentencia objeto de asunto fue notificada en estados el día 01 de febrero del 2024, y el término de tres (3) días dispuesto en la citada norma empieza a contabilizarse desde el día siguiente, es decir, desde el dos (2) de febrero, cumpliéndose el término para presentar reparos contra la decisión, el día seis (6) de febrero, de esta manera, la presente apelación se entiende presentada dentro del término oportuno.

II. REPAROS CONCRETOS CONTRA LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

1. EL A QUO PASÓ POR ALTO LA AUSENCIA DE COBERTURA MATERIAL DE LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 2917220000673 EMITIDA POR MAPRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A. PARA LOS HECHOS OBJETO DE LITIGIO

En la sentencia de primera instancia, el juzgado de origen ordenó en lo pertinente lo siguiente:

*“(…) **SEXTO:** La llamada en garantía está obligada a reembolsar a la llamante lo que llegare a pagar en razón de la condena dispuesta en este trámite, de acuerdo a los montos, coberturas, amparos especiales, valor asegurado y deducible pactados en el contrato de seguro con la que se la vinculó a este proceso.*

***SÉPTIMO:** CONDENAR a los demandados al pago de las costas de esta instancia, y en igual sentido, a la llamada en garantía únicamente a favor del llamante. Inclúyase en la liquidación de la demanda inicial la suma de \$10.000.000 por concepto de agencias en derecho en esta instancia, atendiendo los criterios señalados en el canon 366-4 del CGP, y las pautas trazadas en el Acuerdo No. PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, para los procesos declarativos de mayor cuantía; y frente a la demanda de tercería, la cifra de \$2.000.000 de pesos por concepto de agencias en derecho de esta instancia a favor del llamante y a cargo de la compañía aseguradora llamada en garantía (...).”*

Sin embargo, se aclara al H. Despacho que, el contrato de seguro, formalizado bajo la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 2917220000673 expedida por mi procurada, comprende única y exclusivamente los hechos con relación al amparo de **predios, labores y operaciones** del asegurado, tal como se puede observar de la carátula del contrato, circunstancia que nos permite exponer que los hechos objeto del litigio NO se encuentran

amparados por la póliza en mención, pues en el presente proceso se declara la responsabilidad civil por el acto médico; es decir derivada de la actividad profesional de EMI, así las cosas el amparo del seguro no comprende ese evento e incluso el mismo fue excluido de cobertura conforme al condicionado del seguro. Lo anterior, es razón suficiente para que el despacho revoque los puntos sexto y séptimo de la sentencia objeto de asunto, y en su lugar niegue la pretensión el llamamiento en garantía.

De conformidad con lo señalado anteriormente, es importante exponer que la Compañía Aseguradora en virtud de la facultad que se consagra en el artículo 1056 del Código de Comercio, puede asumir a su arbitrio todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés asegurado. Es de esta forma, como se explica que, al suscribir el contrato de seguro respectivo, la aseguradora decide otorgar determinados amparos supeditados al cumplimiento de ciertas condiciones generales y particulares estipuladas en el mismo. De tal manera que su obligación condicional solo será exigible si se cumplen con los presupuestos que hayan sido pactados por las partes.

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. La Corte Suprema de Justicia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

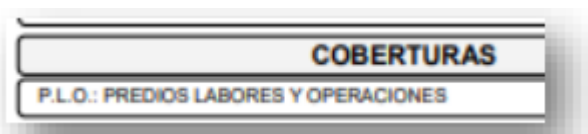
*“(…) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento **“de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual se otorga al asegurador la facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”** [Negrilla fuera de texto original].¹*

De conformidad con la facultad otorgada por el artículo 1056 del Código de Comercio, las entidades aseguradoras pueden asumir a su arbitrio, con la salvedad que dispone la ley, los riesgos que le sean puestos a su consideración, pudiendo establecer las condiciones en las cuales asumen los mismos. En este orden de ideas y como se ha venido exponiendo de forma transversal en el documento, Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A. NO

¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia STC-12625-2015 del 17 de septiembre de 2015. MP.: Ariel Salazar Ramírez

asumió el riesgo derivado de la actividad profesional, puntualmente de las atenciones médicas que pudiera brindar, situación que implica necesariamente que los hechos ocurridos el día 12 de septiembre del 2021, que se encuentran fincados en el ejercicio profesional de EMI no encuentran cobertura en la póliza base del llamamiento en garantía, motivo suficiente para que el despacho se abstenga de imponer condena alguna a cargo de la compañía de seguros.

Adicionalmente, es importante exponer que el amparo que se encuentra incluido en el contrato de seguros No. 2917220000673 es de “predios, labores y operaciones”, tal como se puede observar:



En línea con lo anterior, resulta necesario y pertinente exponer el funcionamiento y la posible afectación que tendría el amparo antes expuesto, para el caso la póliza de RCE por la cual se vincula a Mapfre Seguros Generales S.A. ampara los perjuicios ocasionados a un tercero en instalaciones del asegurado o por hechos no relacionados propiamente con la actividad profesional. A manera de ejemplo, si en las instalaciones de EMI ocurre una falla en los elevadores y que aquello cause lesiones a un tercero, pues efectivamente la póliza cubriría dicho evento, pero no cubre los perjuicios derivados de la actividad profesional, pues aquel riesgo requiere necesariamente una póliza particular o autónoma en donde se traslade ese riesgo.

Es tan cierto que el amparo de riesgos, labores y operaciones no cubre los hechos base de la demanda que incluso en las exclusiones de cobertura se especificó que las reclamaciones derivadas de la actividad profesional no se encuentran cubiertas por el seguro, veamos:

2. EXCLUSIONES

- 2.1 La cobertura de esta póliza en ningún caso ampara ni se refiere a reclamaciones que sean directa o indirectamente consecuencia de :
- 2.1.1. La responsabilidad civil proveniente de dolo o culpa grave, del asegurado.
 - 2.1.2. Relaciones contractuales entre el asegurado y un tercero; en particular las reclamaciones:

- 2.2 Salvo que se convenga la cobertura mediante acuerdo previo, quedan excluidas de la cobertura.
 - 2.2.1 Las reclamaciones por daños ocasionados a terceros por los productos fabricados, entregados o suministrados por el asegurado, o bien por los trabajos ejecutados.
 - 2.2.2 Las reclamaciones derivadas de la actividad profesional del asegurado.
 - 2.2.3 Las reclamaciones por daños ocasionados a terceros durante la vida privada o familiar.
 - 2.2.4 Las reclamaciones imputables al asegurado según el art. 216 del código sustantivo del trabajo u otras normas del régimen laboral.
 - 2.2.5 Las reclamaciones derivadas del uso, propiedad o posesión de vehículos automotores, que requieren de placa para su empleo en lugares públicos.
 - 2.2.6 Las reclamaciones relacionadas con siniestros ocurridos fuera del territorio de la República de Colombia.

Así las cosas, y como se expuso, bajo la libertad contractual, y la libre asunción de riesgos en cabeza de la compañía aseguradora, la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 2917220000673 NO presta cobertura material a los hechos objeto del litigio, comoquiera que los supuestos fácticos reprochados por los demandantes, se relacionan con el ejercicio profesional de EMI, situación que no se encuentra amparada por mi representada dentro de la póliza por la cual fue llamada en garantía, circunstancia que llevaría a que Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., no pueda ser condenada en ninguna medida a efectuar erogación económica alguna. Por tal motivo, se solicita al despacho revoque los puntos sexto y séptimo de la sentencia objeto de asunto, y en su lugar niegue la pretensión del llamamiento en garantía.

2. EL A QUO PASÓ POR ALTO LA AUSENCIA DE COBERTURA DEL SEGURO POR TRATARSE DE RIESGOS EXPRESAMENTE EXCLUIDOS EN LA PÓLIZA DE RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL No. 2917220000673

En materia de contrato de seguros, es menester señalar que existen riesgos excluidos que son una serie de eventos que se excluyen de amparo, así en caso de acaecimiento, eximen al asegurador de la obligación de satisfacer prestación alguna. Para el caso concreto se ha configurado una falta de cobertura material debido a que se encuentran probados los supuestos de la exclusión No. 2.2.2. correspondiente a las reclamaciones derivadas de la actividad profesional del asegurado. Es decir que, como en este caso se endilga una declaratoria de responsabilidad por error de diagnóstico, lo que en efecto se circunscribe a la actividad profesional del asegurado, resulta claro que la póliza no presta cobertura para los hechos objeto de este litigio y en esa medida a mi mandante no podía imponérsele obligación indemnizatoria alguna.

En tal sentido, la H. Corte Suprema de Justicia definió la inexistencia de responsabilidad del asegurador cuando el riesgo se encuentra expresamente excluido, así:

“(…) Este principio de la universalidad que informa al seguro de transporte, entre otros más, justifica las precisas diferencias que, en lo pertinente, existen con las demás clases de seguros. Así, por vía de ejemplo, en lo tocante con la delimitación del riesgo, mientras el artículo 1056 del Código de Comercio permite que el asegurador, a su arbitrio, asuma “todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado”, el art. 1120 ib. preceptúa que el seguro de transporte “comprende todos los riesgos inherentes al transporte, salvo el deterioro por el simple transcurso del tiempo y los riesgos expresamente excluidos” (Se subraya), luego, en este último negocio asegurativo, el asegurador es responsable cuando la pérdida sea ocasionada por uno de los “riesgos inherentes al transporte”, salvo que el riesgo se encuentre expresa e inequívocamente excluido por las partes.” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)²

Bajo esa misma interpretativa, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia de diciembre 13 de 2018, indicó que las exclusiones de tipo convencional estipuladas en los contratos de seguro, no comprometen la responsabilidad del asegurador, en virtud de la facultad prevista en el artículo 1056 del Código de Comercio:

“(…) Las exclusiones de tipo convencional deben entenderse, como es apenas obvio, como aquellas pactadas por las partes o, cuando menos, en las que existe consentimiento respecto de las indicadas en el clausulado preestablecido, en los denominados acuerdos de adhesión y que, siendo origen del siniestro o consecuencia del mismo, no comprometen la responsabilidad del asegurador.

Esas cláusulas son válidas, inicialmente, en tanto se sustentan en el principio de la libre autonomía de las partes, cuyos límites son el orden público y las buenas costumbres; de ahí que el artículo 1056 consagre la posibilidad del asegurador de, «a su arbitrio, asumir todos o algunos de los riesgos a que estén expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado» (...)”¹⁹ (Negrilla y resaltado por fuera del texto original).

² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de enero de 2007. Rad 2000-5492-01. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

De igual forma, la jurisprudencia ha sido enfática al resaltar que las compañías aseguradoras pueden, a su arbitrio, asumir los riesgos que consideren pertinentes:

*“(…) como requisito ineludible para la plena eficacia de cualquier póliza de seguros, la individualización de los riesgos que el asegurador toma sobre sí (CLVIII, pág. 176), y ha extraído, con soporte en el artículo 1056 del Código de Comercio, la vigencia en nuestro ordenamiento “de un principio común aplicable a toda clase de seguros de daños y de personas, en virtud del cual **se otorga al asegurador la facultad de asumir, a su arbitrio pero teniendo en cuenta las restricciones legales, todos o algunos de los riesgos a que están expuestos el interés o la cosa asegurados, el patrimonio o la persona del asegurado**”.*

Sin perder de vista la prevalencia del principio de libertad contractual que impera en la materia, no absoluto, según se anunció en líneas pretéritas, se tiene, de conformidad con las consideraciones precedentes, que es en el contenido de la póliza y sus anexos donde el intérprete debe auscultar, inicialmente, en orden a identificar los riesgos cubiertos con el respectivo contrato asegurativo. Lo anterior por cuanto, de suyo, la póliza ha de contener una descripción de los riesgos materia de amparo (n. 9, art. 1047, C. de Co.), en la que, como reflejo de la voluntad de los contratantes, la determinación de los eventos amparados puede darse, ya porque de estos hayan sido individualizados en razón de la mención específica que de ellos se haga (sistema de los riesgos nombrados) (...) (Subrayado y negrilla por fuera del texto original) ³

En otras palabras, las compañías aseguradoras tienen la libertad de escoger cuáles son los riesgos que le son transferidos y en este sentido, solo se ven obligadas al pago de la indemnización en el evento que sean estos riesgos los que acontezcan durante el desarrollo de la relación contractual. De forma que, en el caso de la ocurrencia de riesgos excluidos, no nace a la vida jurídica la obligación indemnizatoria del asegurador, y en ese orden de ideas, no hay lugar a que su responsabilidad se vea comprometida.

En virtud de lo anterior, es menester señalar que la Póliza De Responsabilidad Civil Extracontractual señala una serie de exclusiones, que enmarcan el ámbito de cobertura del seguro, de tal suerte que al encontrarse probados los supuestos de hecho en los que aquellas se fincan no puede existir obligación alguna. Para el efecto en el apartado 2.2.2.

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 17 de septiembre de 2015, MP. Ariel Salazar Ramírez, radicado 11001-02-03-000-2015-02084-00.

de las condiciones aplicables al seguro se pactó la exclusión por reclamaciones de la actividad profesional, veamos:

2.2

Salvo que se convenga la cobertura mediante acuerdo previo, quedan excluidas de la cobertura.

2.2.1

Las reclamaciones por daños ocasionados a terceros por los productos fabricados, entregados o suministrados por el asegurado, o bien por los trabajos ejecutados.

2.2.2

Las reclamaciones derivadas de la actividad profesional del asegurado.

2.2.3

Las reclamaciones por daños ocasionados a terceros durante la vida privada o familiar.

2.2.4

Las reclamaciones imputables al asegurado según el art. 216 del código sustantivo del trabajo u otras normas del régimen laboral.

2.2.5

Las reclamaciones derivadas del uso, propiedad o posesión de vehículos automotores, que requieren de placa para su empleo en lugares públicos.

2.2.6

Las reclamaciones relacionadas con siniestros ocurridos fuera del territorio de la República de Colombia.

Conforme a lo anterior honorable despacho se resalta la exclusión del numeral 2.2.2. en la medida en que la demanda promovida por la señora Molano y otros se finca en un presunto error de diagnóstico, es decir envuelve la actividad profesional de EMI como se encuentra probado en el plenario y como declaró al momento de expedir la póliza, pues ahí se registró como actividad “consultorio médico”:

INFORMACION DE LA POLIZA														
FECHA DE EXPEDICION			VIGENCIA POLIZA						VIGENCIA CERTIFICADO					
DIA	MES	AÑO		HORA	DIA	MES	AÑO	No. DIAS		HORA	DIA	MES	AÑO	No. DIAS
28	10	2020	INICIACION	00:00	1	10	2020	365	INICIACION	00:00	1	10	2020	365
			TERMINACION	00:00	1	10	2021		TERMINACION	00:00	1	10	2021	
PARTICIPACION DE INTERMEDIARIOS														
NOMBRE DEL PRODUCTOR					CLASE		CLAVE		TELEFONO			% PARTICIPACION		
ILLIS TOWERS WATSON COLOMBIA CORREDORES DE SEGUROS S					CORREDOR		3000		8930893			100,00		
ACTIVIDAD : CONSULTORIO MEDICO														
DIRECCION DEL RIESGO : CRA 48 # 14-49														
DEPARTAMENTO : ANTIOQUIA														
CIUDAD : MEDELLIN														

En conclusión, y de acuerdo con las exclusiones generales y particulares de la póliza de responsabilidad civil extracontractual, se encontró la señalada bajo el numeral 2.2.2., la cual corresponde a “**las reclamaciones derivadas de la actividad profesional del asurado**”, lo que nos permite establecer que, como en este caso se configuró una declaratoria de

responsabilidad por error de diagnóstico, relacionada con la actividad profesional del asegurado, resulta claro que la póliza NO presta cobertura para los hechos objeto de este litigio y en esa medida Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., no puede imponérsele obligación indemnizatoria alguna, por los hechos objeto del litigio.

3. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA EN CABEZA DE MAPFRE SEGUROS GENERALES S.A. EN LA MEDIDA EN QUE NO AMPARÓ LA RESPONSABILIDAD DERIVADA DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL

En correlación con los reparos 1 y 2, se concluye indudablemente que mi mandante no puede de manera alguna estar llamada a resistir las pretensiones porque los hechos base del litigio tal como se ha demostrado se excluyeron de cobertura, toda vez que Mapfre Seguros Generales S.A., emitió una póliza la cual presta amparo únicamente de predios, labores y operaciones, que no comprende la responsabilidad de la actividad profesional, es decir por el servicio médico. En ese sentido, erró el H. Despacho de primera instancia al considerar que la aseguradora está llamada a resistir las pretensiones de un llamamiento que en última instancia no podrá surtir sus efectos. En otras palabras, la ausencia de cobertura para los hechos materia de la litis así como la falta de legitimación del asegurado frente a la demanda principal acarrearán la falta de legitimación por pasiva del asegurador.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, magistrado ponente Jesús Vall de Rutén Ruiz, mediante Sentencia SC2642 del 10 de marzo de 2015, con respecto a la legitimación en la causa dispuso lo siguiente:

*“(…) la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, en cuanto concierne con una de las condiciones de prosperidad de la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste, motivo por el cual su ausencia desemboca irremediablemente en sentencia desestimatoria debido a que quien reclama el derecho no es su titular **o porque lo exige ante quien no es el llamado a contradecirlo** (…)”⁴ (negrilla y subrayado fuera del texto original)*

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia a través de sentencia del 14 de agosto de 1995 con respecto a la legitimación en la causa, se ha pronunciado de la siguiente manera:

⁴ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, magistrado ponente Jesús Vall de Rutén Ruiz SC2642 del 10 de marzo de 2015

“(…) Según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la legitimatio ad causam consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)”. (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185). Conviene desde luego advertir, para no caer en el error en que incurrió el Tribunal que cuando el tratadista italiano y la Corte hablan de ‘acción’ no están empleando ese vocablo en el sentido técnico procesal, esto es como el derecho subjetivo público que asiste a toda persona para obtener la aplicación justa de la ley a un caso concreto, y que tiene como sujeto pasivo al Estado, sino como sinónimo de ‘pretensión’, que se ejercita frente al demandado. Para que esa pretensión sea acogida en la sentencia es menester, entre otros requisitos, que se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado. De donde se sigue que lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no del derecho procesal, razón por la cual su ausencia no constituye impedimento para desatar en el fondo el litigio sino motivo para decidirlo en forma adversa al actor. Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél, como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es poseedor” (...)”⁵ (Subrayado y negrilla fuera del texto original).

De las anteriores precisiones conceptuales se destaca que el extremo pasivo debe ser aquel que este llamado a resistir la pretensión, de tal suerte que estando frente al llamamiento en garantía cabe recordar nuevamente el fin que persigue el llamamiento en garantía conforme se ha estipulado en el artículo 64 del CGP, veamos:

“(…) Artículo 64 CGP: Quien afirme tener derecho legal o contractual a exigir de otro la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir o el reembolso total o parcial del pago que tuviere que hacer como resultado de la sentencia que se dicte en el proceso que promueva o se le promueva, o quien de acuerdo con la ley sustancial tenga derecho al saneamiento por evicción, podrá pedir, en la demanda o dentro del término para contestarla, que en el mismo proceso se resuelva sobre tal relación(…)” (subrayado y negrilla fuera del texto original).

⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia (Expediente 4268) del 14 de agosto de 1995

De lo anterior claramente se desprende que no existe obligación por parte de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., pues el contexto fáctico que rodea el caso se enmarca dentro de las exclusiones de cobertura 2.2.2 - “*Las reclamaciones derivadas de la actividad profesional del asegurado*” - del contrato de seguro. Es decir, no puede imponerse obligación al asegurador porque aquellos hechos no tienen cobertura y como no fueron cubiertos por mi mandante aquella no está llamada a resistir las pretensiones de este llamamiento en garantía.

4. INDEBIDA VALORACIÓN SOBRE EL CONTRATO DE SEGURO, GENERANDO ENRIQUECIMIENTO SIN JUSTA CAUSA EN FAVOR DE LA ACTIVA

Como se consagra en el artículo 1088 del Código de Comercio, establece que **jamás el seguro podrá constituir fuente de enriquecimiento**. Asimismo, el artículo 1127 ibídem, sólo obliga al asegurador a indemnizar los perjuicios que cause el asegurado con ocasión de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley, **siempre que no esté expresamente excluido en el contrato de seguro**. En ese sentido, el juzgado de origen omitió valorar que para el caso concreto se encuentra probados los supuestos de la **exclusión No. 2.2.2. correspondiente a las reclamaciones derivadas de la actividad profesional del asegurado**. Es decir que, como en este caso se endilga una declaratoria de responsabilidad por error de diagnóstico, lo que en efecto se circunscribe a la actividad profesional del asegurado, resulta claro que la póliza no presta cobertura para los hechos objeto de este litigio y en esa medida a mi mandante no podía imponérsele obligación indemnizatoria alguna.

Respecto al carácter indemnizatorio del contrato de seguro, la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 22 de julio de 1999, se ha referido de la siguiente manera:

*“(...) **Este contrato no puede ser fuente de ganancias y menos de riqueza, sino que se caracteriza por ser indemnizatorio**. La obligación que es de la esencia del contrato de seguro y que surge para el asegurador cumplida la condición, corresponde a una prestación que generalmente tiene un alcance variable, pues depende de la clase de seguro de la medida del daño efectivamente sufrido y del monto pactado como limitante para la operancia de la garantía contratada, y que el asegurador debe efectuar una vez colocada aquella obligación en situación de solución o pago inmediato (...)*⁶ (Negrita por fuera de texto).

⁶ Corte Suprema De Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 22 de julio de 1999, expediente 5065.

Es importante mencionar que la materia propia del seguro que sirvió de fundamento a la presente acción, de acuerdo con la naturaleza del riesgo que se protege, es de contenido puramente indemnizatorio conforme a lo preceptuado en el artículo 1088 del Código de Comercio y sólo podrá ser afectado según lo reza el artículo 1127 Ibídem. En efecto, según lo normado en el referido precepto, este tipo de seguros es meramente indemnizatorio y jamás podrá constituir una fuente de enriquecimiento, por lo cual, la indemnización únicamente debe ceñirse a los perjuicios que efectivamente se logren acreditar por parte de quien los alega. Sumado al hecho del deber de acreditación, como es apenas, lógico del acaecimiento de alguno de los eventos asegurados en el contrato.

Ahora bien, como complemento de enunciado anteriormente, el fallo apelado yerra al violar las normas sustantivas del contrato de seguro, tanto del Código de Comercio, como las aplicables del código civil, por la remisión que a este último hace a aquel en el artículo 822; al desconocer la premisa según la cual el seguro es meramente indemnizatorio y nunca puede ser fuente de enriquecimiento, de ganancia o utilidad. Lo anterior, por cuanto se ordena a mi representada a *“reembolsar a la llamante lo que llegare a pagar en razón de la condena dispuesta en este trámite”*, sin tener en consideración que, Para el caso concreto se ha configurado una falta de cobertura material debido a que se encuentra probados los supuestos de la exclusión No. 2.2.2. correspondiente a las reclamaciones derivadas de la actividad profesional del asegurado, por lo tanto, los reconocimientos efectuados constituyen una violación al principio indemnizatorio.

Así pues, la Póliza De Responsabilidad Civil Extracontractual señala una serie de exclusiones, que enmarcan el ámbito de cobertura del seguro, de tal suerte que al encontrarse probados los supuestos de hecho en los que aquellas se fincan no puede existir obligación alguna. Para el efecto en el apartado 2.2.2. de las condiciones aplicables al seguro se pactó la exclusión por reclamaciones de la actividad profesional, veamos:

- 2.2

Salvo que se convenga la cobertura mediante acuerdo previo, quedan excluidas de la cobertura.
- 2.2.1

Las reclamaciones por daños ocasionados a terceros por los productos fabricados, entregados o suministrados por el asegurado, o bien por los trabajos ejecutados.
- 2.2.2

Las reclamaciones derivadas de la actividad profesional del asegurado.
- 2.2.3

Las reclamaciones por daños ocasionados a terceros durante la vida privada o familiar.
- 2.2.4

Las reclamaciones imputables al asegurado según el art. 216 del código sustantivo del trabajo u otras normas del régimen laboral.
- 2.2.5

Las reclamaciones derivadas del uso, propiedad o posesión de vehículos automotores, que requieren de placa para su empleo en lugares públicos.
- 2.2.6

Las reclamaciones relacionadas con siniestros ocurridos fuera del territorio de la República de Colombia.

Conforme a lo anterior honorable despacho se resalta la exclusión del numeral 2.2.2. en la medida en que la demanda promovida por la señora Molano y otros se finca en un presunto error de diagnóstico, es decir envuelve la actividad profesional de EMI como se encuentra probado en el plenario y como declaró al momento de expedir la póliza, pues ahí se registró como actividad “consultorio médico”:

INFORMACION DE LA POLIZA														
FECHA DE EXPEDICION			VIGENCIA POLIZA						VIGENCIA CERTIFICADO					
DIA	MES	AÑO		HORA	DIA	MES	AÑO	No. DIAS		HORA	DIA	MES	AÑO	No. DIAS
28	10	2020	INICIACION	00:00	1	10	2020	365	INICIACION	00:00	1	10	2020	365
			TERMINACION	00:00	1	10	2021		TERMINACION	00:00	1	10	2021	
PARTICIPACION DE INTERMEDIARIOS														
NOMBRE DEL PRODUCTOR					CLASE		CLAVE		TELEFONO		% PARTICIPACION			
ILLIS TOWERS WATSON COLOMBIA CORREDORES DE SEGUROS S					CORREDOR		3000		8930893		100,00			
ACTIVIDAD : CONSULTORIO MEDICO														
DIRECCION DEL RIESGO : CRA 48 # 14-49														
DEPARTAMENTO : ANTIOQUIA														
CIUDAD : MEDELLIN														

En efecto, el Juzgado vulneró la regla en virtud de la cual el seguro no puede constituir sino una fuente de reparación y no de lucro. Como se señaló anteriormente la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 2917220000673 no presta cobertura para los hechos objeto de este litigio, lo que lleva consecuentemente a generar un enriquecimiento en cabeza de la parte actora.

A lo anterior, cabe adicionar que, como es sabido, la responsabilidad civil no puede constituirse en fuente de enriquecimiento para los hoy demandantes:

“(…) la responsabilidad civil es meramente resarcitoria, de modo que no puede convertirse en fuente de lucro para el damnificado ni en factor de expoliación para el dañador, como lo sostiene un autorizado expositor (…)”⁷.

Así las cosas, evidentemente no existen argumentos fácticos ni elementos probatorios suficientes que justifiquen la estimación que sobre tales perjuicios realizó la primera instancia, llevando a un enriquecimiento injustificado en cabeza de la parte actora.

5. EI A QUO DEBÍA TENER EN CUENTA LAS CONDICIONES PARTICULARES Y GENERALES DEL CONTRATO DE SEGURO, LÍMITES Y DEDUCIBLE EN LA QUE SE IDENTIFICA LA PÓLIZA 2917220000673, EL CLAUSULADO Y LOS AMPAROS

⁷ Pizarro, Ramón Daniel, daño moral, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1996, página 35

El Juzgado de primera instancia pasó por alto que mi procurada no estaba llamada a responder por los perjuicios invocados por la parte accionante, en tanto que, de acuerdo con las condiciones en las que se emitió este contrato, no existe cobertura material respecto de las pretensiones que aquí se ventilan.

Ahora sin perjuicio de lo anterior, el H. Tribunal debe tener en cuenta que, en todo caso mi mandante no puede ser compulsada a pagar cifra que exceda el valor asegurado previamente pactado por las partes, en tanto que la responsabilidad de mi mandante va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De esta forma y de conformidad con el artículo 1079 del Código de Comercio, debe tenerse en cuenta la limitación de responsabilidad hasta la concurrencia de la suma asegurada:

“(...) ARTÍCULO 1079. RESPONSABILIDAD HASTA LA CONCURRENCIA DE LA SUMA ASEGURADA. El asegurador no estará obligado a responder si no hasta concurrencia de la suma asegurada, sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1074 (...).”

La norma antes expuesta, es completamente clara al explicar que la responsabilidad del asegurador va hasta la concurrencia de la suma asegurada. De este modo, la Corte Suprema de Justicia ha interpretado el precitado artículo en los mismos términos al explicar:

*“(...) Al respecto es necesario destacar que, como lo ha puntualizado esta Corporación, **el valor de la prestación a cargo de la aseguradora**, en lo que tiene que ver con los seguros contra daños, **se encuentra delimitado, tanto por el valor asegurado**, como por las previsiones contenidas en el artículo 1089 del Código de Comercio, conforme al cual, dentro de los límites indicados en el artículo 1079 la indemnización no excederá, en ningún caso, del valor real del interés asegurado en el momento del siniestro, ni del monto efectivo del perjuicio patrimonial sufrido por el asegurado o el beneficiario, regla que, además de sus significativas consecuencias jurídicas, envuelve un notable principio moral: evitar que el asegurado tenga interés en la realización del siniestro, derivado del afán de enriquecerse indebidamente, a costa de la aseguradora, por causa de su realización (...)”⁸ (Subrayado y negrilla fuera de texto original)*

Por ende, no se podrá de ninguna manera obtener una indemnización superior en cuantía al límite de la suma asegurada por parte de mi mandante y en la proporción de dicha pérdida que le corresponda debido a la porción de riesgo asumido.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 14 de diciembre de 2001. Mp. Jorge Antonio Castillo Rúgeles. EXP 5952.

Por lo tanto, el Despacho de primera instancia pasó por alto que la obligación de Mapfre Seguros Generales de Colombia S.A., se encuentra sujeta de acuerdo con el contrato de seguro materializado en la Póliza No. 2917220000673, y su clausulado, en la cual se encuentran contenidas las condiciones particulares de la póliza y por las condiciones generales, y que en virtud de las mismas, no le asistía ninguna obligación indemnizatoria de cara a los hechos demandados, por una evidente falta de cobertura material de la póliza

6. EL AQUO PASÓ POR ALTO QUE LA OBLIGACIÓN MÉDICA ES DE MEDIO Y NO DE RESULTADO

El a quo fundamentó su decisión en el argumento de que existe una mala praxis en la atención en salud dada al paciente por parte de la médica VANESSA PÉREZ SARDY, perteneciente al GRUPO EMI SAS, toda vez que “(...) *existe un error culposo en el diagnóstico emitido por aquella profesional (ORQUITIS, EPIDIDIMITIS y ORQUIEPIDIDIMITIS, SIN ABCESO), por cuanto el correcto que presentada el paciente era el de una TORSIÓN TESTICULAR (...)*”. Sin embargo, las pruebas obrantes en el plenario acreditan sin lugar a duda que las entidades demandadas obraron con total diligencia y cuidado, enervando así la responsabilidad que el demandante busca declarar en contra suya. Lo anterior, toda vez que, al ser las obligaciones de los médicos obligaciones de medio, el hecho de demostrar debida diligencia en los servicios de salud suministrados, los exonera de cualquier pretensión indemnizatoria.

Así pues, en que las pruebas obrantes en el plenario acreditan sin lugar a duda que las entidades demandadas obraron con total diligencia, oportunidad, idoneidad y cuidado, apegándose en todo momento a los principios de la Lex Artis y procurando en su obligación de medios salvaguardar la salud del menor Samuel Velasco Mosquera. De las pruebas adosadas al expediente no se puede afirmar que para la fecha de la atención brindada por la Dra. Pérez el menor estuviera cursando por una torsión testicular, ello toda vez que al examen físico no se evidenció signos de necrosis, ni estrangulación y tampoco presencia de vómito o náuseas que hubiesen alertado sobre aquella situación.

Por el contrario, es imposible afirmar que la Dra. Vanessa Pérez NO erró en el diagnóstico pues si ello fuere así, el menor no hubiese podido soportar el dolor y la atención médica efectuada en la Clínica Farallones hubiese sido incluso menor a las 12 horas transcurridas entre la atención domiciliar del 12 de septiembre del 2021 y el 13 de septiembre de la misma anualidad. Es decir, al momento de la atención no había signos de torsión testicular. Motivo por el cual, no existe culpa en el actuar de la profesional de la medicina a la que cual

se le imputa infundadamente la comisión de un error de diagnóstico y, por ende, no se les puede endilgar ningún tipo de responsabilidad a los demandados.

En términos generales, la responsabilidad médica es una institución jurídica que le permite al paciente y/o a sus familiares reclamar el resarcimiento de perjuicios causados como consecuencia de un acto médico, culposo o doloso, producido por parte de una entidad prestadora de servicios de salud. Para obtener una declaratoria de responsabilidad de esta índole, resulta necesario que el demandante pruebe la existencia de un acto médico producido con culpa o dolo y la presencia de un daño que tenga un nexo causal con dicho acto médico. No obstante, se debe tener en cuenta que, en el régimen de responsabilidad, se le permite al presunto causante del daño enervar dicha pretensión que busca la declaratoria de responsabilidad, mediante la acreditación de un actuar diligente y cuidadoso durante los procedimientos suministrados a los pacientes. Es decir, si la entidad prestadora de servicios de salud logra probar en el curso de un proceso judicial que su actuar fue diligente, enervará la responsabilidad que el demandante busca declarar en contra suya.

El anterior argumento ha sido recogido en una diversidad de providencias provenientes de las altas Cortes. En este sentido, éstas han explicado en una multiplicidad de ocasiones que, al ser las obligaciones de los médicos obligaciones de medio, el hecho de demostrar debida diligencia en los servicios de salud suministrados, los exonera de cualquier pretensión indemnizatoria. Es importante tener en cuenta la siguiente sentencia de la H. Corte Constitucional, en donde se expone lo dicho de la siguiente forma:

*“(...) La comunicación de que **la obligación médica es de medio y no de resultado**, es jurídicamente evidente, luego no hay lugar a deducir que se atenta contra el derecho a la vida de la paciente al hacérsele saber cuál es la responsabilidad médica (...)”⁹ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Otro pronunciamiento del más alto tribunal constitucional se refirió en el mismo sentido al decir:

*“(...) **Si bien las intervenciones médicas son de medio y no de resultado**, es necesario advertir que la responsabilidad respecto de actuaciones de medio, implica que se apoyen de toda la diligencia, prudencia y cuidado, so pena de poner en riesgo irresponsablemente derechos constitucionales fundamentales. Aquí indudablemente el derecho a la salud es fundamental en conexidad con el derecho a la vida (...)”¹⁰ (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

⁹ Corte Constitucional, sentencia T-313 de 1996, MP. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia del 05 de abril de 2001. Expediente T-398862. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Así mismo, la H. Corte Suprema de Justicia, sentencia del 15 de septiembre de 2016, se pronunció en de la siguiente forma:

“(…) El médico tan solo se obliga a poner en actividad todos los medios que tenga a su alcance para curar al enfermo; de suerte que, en caso de reclamación, éste deberá probar la culpa del médico, sin que sea suficiente demostrar ausencia de curación (...)”¹¹

Ahora bien, resumiendo la jurisprudencia anteriormente expuesta, no queda duda que para el más alto tribunal constitucional y para el más importante juzgador de la Jurisdicción Civil, existe un criterio unánime que explica que la regla general es que las obligaciones de los médicos son de medio y no de resultado. Teniendo en cuenta lo anterior, resulta pertinente ilustrar cómo las más altas cortes de Colombia han explicado que una declaratoria de responsabilidad médica puede ser enervada a partir de la prueba de la debida diligencia del demandado. De este modo, la H. Corte Suprema de Justicia ha sido clara al establecer:

*“(…) De esa manera, si el galeno fija un objetivo específico, cual ocurre con intervenciones estéticas, esto es, en un cuerpo sano, sin desconocer su grado de aleatoriedad, así sea mínimo o exiguo, se entiende que todo lo tiene bajo su control y por ello cumplirá pagando la prestación prometida. **Pero si el compromiso se reduce a entregar su sapiencia profesional y científica, dirigida a curar o a aminorar las dolencias del paciente, basta para el efecto la diligencia y cuidado, pues al fin de cuentas, el resultado se encuentra supeditado a factores externos** que, como tales, escapan a su dominio, verbi gratia, la etiología y gravedad de la enfermedad, la evolución de la misma o las condiciones propias del afectado, entre otros (...)”¹²(Subrayado y negrilla fuera del texto original).*

En el mismo pronunciamiento indicó:

“(…) El criterio de normalidad está ínsito en la lex artis, y permite inferir ese carácter antijurídico cuando supera ese criterio, cuando la lesión excede el parámetro de normalidad, en cuanto en todo momento el médico debe actuar con la diligencia debida. En consecuencia, se exige por parte del demandante o del paciente afectado que demuestre en definitiva, tanto la lesión, como la

¹¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de septiembre de 2016. Radicado No. 2001-00339. M.P. Margarita Cabello Blanco.

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. Sentencia del 24 de mayo de 2017. Radicado 110-2017 M.P. Luis Armando Tolosa Villabona

imprudencia del facultativo en la pericia, en tanto constituye infracción de la idoneidad ordinaria o del criterio de la normalidad previsto en la Lex Artis, las pautas de la ciencia, de la ley o del reglamento médico (...).”¹³

De forma similar, en pronunciamiento del 30 de septiembre de 2016, la H. Corte Suprema de Justicia expuso que:

*“(…) **La responsabilidad civil** derivada de los daños sufridos por los usuarios del sistema de seguridad social en salud, en razón y con ocasión de la deficiente prestación del servicio –se reitera– **se desvirtúa de la misma manera para las EPS, las IPS o cada uno de sus agentes**, esto es mediante la demostración de una causa extraña como el caso fortuito, el hecho de un tercero que el demandado no tenía la obligación de evitar y la culpa exclusiva de la víctima; o la **debida diligencia y cuidado** de la organización o de sus elementos humanos al no infringir sus deberes objetivos de prudencia (...)”⁸*
. (Subrayado y negrilla fuera del texto original)

En ese sentido, es menester precisar el contenido obligacional al que están sometidos los médicos y el régimen jurídico que de este se desprende. Esto es, la sujeción a una obligación de medios en la práctica de los actos médicos y el régimen subjetivo de responsabilidad que le es aplicable en consecuencia. Así se encuentra en el artículo 26 de la ley 1164 de 2007, el fundamento legal de la obligación de medios del médico en los siguientes términos:

*“(…) **ARTÍCULO 26. ACTO PROPIO DE LOS PROFESIONALES DE LA SALUD.** Es el conjunto de acciones orientadas a la atención integral de salud, aplicadas por el profesional autorizado legalmente para ejercerlas. El acto profesional se caracteriza por la autonomía profesional y la relación entre el profesional de la salud y el usuario. **Esta relación de asistencia en salud genera una obligación de medio, basada en la competencia profesional** (...)” (Subrayado y negrilla fuera del texto original)*

Conforme a lo precitado, en el presente caso se vuelve obligatoria la acreditación de la falla o negligencia médica por la parte activa para configurar responsabilidad de las Instituciones médicas. Puesto que la obligación en la prestación del servicio de salud es de medios, en virtud de la norma precitada. Aunado a ello, la parte demandante debe demostrar la configuración de los tres elementos sine qua non para determinar la responsabilidad, esto es (i) La falla, (ii) El daño antijurídico y (iii) El nexo de causalidad entre la primera y la

¹³ Ibidem.

segunda. Sin embargo, lejos de probar el error médico y los tres aspectos anotados con anterioridad, de la documentación que conforma el expediente se puede observar que la atención médica brindada por EMI S.A.S. a través de la Dra. Vanesa Pérez Sardy se sujetaron a los más altos estándares médicos al momento de proporcionar un servicio de salud al menor Samuel Velasco Mosquera.

Resulta útil y pertinente resaltar lo contemplado dentro de los elementos probatorios adosados con la contestación de la demanda efectuada por la Dra. Pérez, la cual expone que:

que: La TT suele acompañarse de náuseas, vómitos y estos síntomas tienen un valor predictivo para TT de 96% y 98%, respectivamente, en todo paciente mayor de 12 años con EA. El niño con TT está agudamente comprometido, pálido, no deambula y difícilmente tolerar la palpación del testículo". No obstante los anteriores síntomas no fueron evidenciados por la médico al momento de la visita domiciliaria lo cual evidentemente descartaba la posibilidad de realizar un diagnóstico de escroto agudo, incluso la madre del paciente le refiere a la doctora que el día anterior habían consultado por dolor abdominal, sin embargo dicha consulta había sido hace 16 horas antes aproximadamente, tiempo en el cual si el niño hubiere presentado TORSIÓN TESTICULAR hubiere tenido que haber ya desarrollado necrosis en su tejido lo cual tampoco se evidenció.

Colindando con lo anterior, resulta importante resaltar la sintomatología asociada a una torsión testicular, entre las cuales se ha manifestado dentro de la literatura científica, que las náuseas y el vómito, presentan un valor importante a la hora de diagnosticar una torsión testicular. Adicionalmente, las condiciones generales del paciente no resultarían ser las más normales, pues el dolor agudo que acompaña la torsión testicular, impediría la palpación, y generaría irritación y cambios en el semblante en la persona que presentara síntomas relacionados con la torsión testicular.

Así mismo, es importante destacar del apartado anterior, que el tiempo en el cual se prolongue la torsión testicular influye evidentemente en la apariencia física del testículo afectado, comoquiera que la falta de circulación sanguínea generaría una necrosis en el tejido, inflamación notoria y otros síntomas evidentes en casos de TT.

Ahora bien, relacionando lo expuesto dentro del caso que se divulga, resulta importante destacar que el cuadro clínico presentado por el menor Samuel Velasco, no estaba relacionado con una torsión testicular, pues el mismo no presentaba vómito, náuseas, inflamación, o signos de necrosis o estrangulación, información que puede ser corroborada dentro de la historia clínica de Emi S.A.S. Si bien, dentro del escrito demandatorio se adosó historia clínica del día 11 de septiembre del 2021, es claro que el diagnóstico emitido en tal fecha fue de una "constipación", diagnóstico que de conformidad con la literatura científica,

NO tiene relación con la torsión testicular, pues de haber sido el caso de una TT, es claro que desde la atención brindada el día 11 de septiembre del 2021 hasta el 12 de septiembre del 2021 a las 8: 30 de la noche aproximadamente, pudieron haber transcurrido alrededor de 24 horas, circunstancia que hubiera evidenciado de manera clara, una necrosis en el testículo del paciente, acompañado con inflamación y dolor agudo intolerable, síntomas que NO presentaba el menor Velasco Mosquera, para el día 12 de septiembre del 2021, cuando fue atendido por la Dra. Vanessa Pérez.

En conclusión, en ninguna circunstancia la intervención quirúrgica a la que fue sometido el menor puede ser atribuida a las demandadas, pues por su parte se efectuaron todos los esfuerzos para procurar el bienestar del paciente. En ese orden de ideas, resulta claro que la causa de lo anteriormente dicho no se generó como consecuencia en el error de diagnóstico, puesto que al momento de la atención domiciliaria le menor no presentaba signos de una torsión testicular, no había signos de estrangulación ni vómito o náuseas que se pudieran asociar al diagnóstico que se echa de menos. Por ende, la actuación de la Dra. Pérez fue adecuada quien incluso recomendó que con cambios en la sintomatología el paciente debía ser atendido nuevamente con urgencia. De modo que, al demostrar debida diligencia en los servicios de salud suministrados, los exonera de cualquier pretensión indemnizatoria, y por lo tanto dicha declaratoria del Despacho debe ser revocada.

7. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA VALORÓ EXCESIVAMENTE LOS PERJUICIOS MORALES RECONOCIDOS A LA PARTE ACTORA

A pesar de que, conforme a los argumentos anteriores, no puede obligarse a mi prohijada a reconocer suma alguna, es preciso indicar que, en el hipotético caso en que se confirmara la sentencia recurrida, respecto a la supuesta responsabilidad de la parte pasiva, ponemos de presente que los perjuicios morales fueron valorados de forma excesiva y desproporcionada.

En efecto, si bien el reconocimiento de esta tipología está sujeta al arbitrio del juez, lo cierto es que para su reconocimiento deben tenerse en cuenta todas las circunstancias que fueron realmente acreditadas en el expediente y que permiten evidenciar con certeza el verdadero alcance del daño, y en todo caso, no deben exceder injustificadamente los parámetros ya establecidos por la Corte Suprema de Justicia.

Sobre este tipo de perjuicio, la Corte ha reseñado que el mismo no “(...) *constituye un «regalo u obsequio» (...)*” por el contrario se encuentra encaminado a “(...) *reparar la congoja, impacto directo en el estado anímico espiritual y en la estabilidad emocional de la persona que sufrió la lesión y de sus familiares (...)*”³, con sujeción a los elementos de

convicción y las particularidades de la situación litigiosa», sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia. En este orden de ideas, si bien es cierto que no existen criterios objetivos aplicables de manera mecánica a los casos en los que se deba reparar este daño, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia a lo largo de su jurisprudencia ha establecido unos parámetros para la cuantificación de este.

Para ilustrar de forma puntual la manera en que la que la Corte Suprema de Justicia ha cuantificado este perjuicio, es preciso traer a colación un caso particular. Así pues, en sentencia del 6 de mayo de 2016 con radicación No. 2004-00032-01, la Sala Civil de la Corte analizó el caso de una mujer de 17 años, que a raíz de las lesiones derivadas de un accidente de tránsito debió someterse a múltiples intervenciones quirúrgicas y verse obligada a usar un catéter que le atravesaba su cabeza, cuello y pecho, y que le “(...) restringía la posibilidad de concurrir a sitios controlados por detectores magnéticos, porque estos aparatos descontrolan la válvula; se obstaculiza bañarse en piscinas, realizar actividades deportivas, tener relaciones sentimentales (...)”⁴. En esta ocasión, la Corte reconoció por concepto de daño moral el monto de \$15.000.000:

“(...) resulta indudable la aflicción y congoja que a Diana Carolina Beltrán Toscano le produce la secuela dejada por el accidente de marras consistente en «perturbación psíquica de carácter permanente» y «deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanentes», pues es profundamente penoso, mucho más para una dama en la flor de su juventud, ver en su cuerpo cicatrices que antes del insuceso no estaban y ser consciente que sus funciones psicológicas se encuentran alteradas no transitoriamente sino por el resto de sus días, así la estética medica logre arrasarlos, lo cual conlleva al quebrantamiento indiscutible de caros derechos de la personalidad y de la autoestima [...]por tanto, es procedente fijar el monto de la condena por este aspecto en la suma de quince millones de pesos (\$15.000.000) para cada demandante (...)”

Aunado a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC 15/10/2004 Exp. 6199 condenó a la tasación del daño moral a favor de víctima directa en quince millones de pesos (\$15.000.000), **a causa de la amputación de su miembro inferior izquierdo.**

Aterrizando al caso concreto, sin tener en cuenta los criterios jurisprudenciales, el a quo reconoció por concepto de daños morales la suma de \$40.000.000 de pesos a favor del menor S.V.M. (Víctima), para los padres, MARCELA MOSQUERA MOLANO (madre) y JORGE ANDRÉS VELASCO HERNÁNDEZ (padre), el monto de \$30.000.000 pesos para cada uno; para los abuelos, CONSUELO MOLANO DE MOSQUERA⁵⁹, YOLANDA

MOLANO URRUTIA, JORGE ALBERTO VELASCO ARANGO y MARÍA DEL SOCORRO HERNÁNDEZ DE VELASCO, el guarismo de \$20.000.000 de pesos para cada uno; y finalmente, para los tíos, MARÍA PAULINA MOSQUERA MOLANO⁶³ y MAURICIO y LUISA FERNANDA VELASCO HERNÁNDEZ, el valor de \$15.000.000 de pesos para cada uno, sumas que superan a todas luces los valores reconocidos por la Corte Suprema de Justicia en casos cuya gravedad es evidentemente mayor.

Por lo dicho, debe advertirse que la tasación que realizó el despacho no sólo es desproporcionada frente a la víctima directa, sino con mayor razón frente a sus familiares. Así, es claro que en el presente caso no existen argumentos fácticos ni elementos probatorios suficientes que justifiquen la estimación que sobre tales perjuicios realizó la primera instancia.

8. IMPROCEDENCIA DEL RECONOCIMIENTO DE DAÑOS MATERIALES POR CONCEPTO DE DAÑO EMERGENTE

Ponemos de presente que, los daños materiales solicitados y reconocidos mediante sentencia de primera instancia, corresponden a sumas de dinero que no tienen respaldo alguno, es decir hay una total incertidumbre sobre la causación de aquellos, situación que obsta para que estos no se reconozcan, máxime cuando se afirma haber incurrido en erogaciones por valor de 3 millones de pesos por consultas psicológicas, de las cuales ni siquiera se aportó la factura correspondiente ni la historia clínica de las supuestas atenciones. Igualmente, frente al valor de 10 millones de pesos para una prótesis testicular no hay soporte alguno de su erogación ni prueba de su necesidad médica ni valor de adquisición.

El daño emergente ha sido desarrollado jurisprudencialmente como la tipología de perjuicios que comprende la pérdida de elementos patrimoniales como consecuencia de los hechos dañosos. Sin embargo, se ha establecido ampliamente que para la procedencia del reconocimiento de los mismos resulta totalmente necesario acreditarlos dentro del proceso, carga que le asiste al reclamante de los perjuicios. Bajo estos derroteros, en el caso particular es completamente improcedente reconocimiento alguno a título de daño emergente, por cuanto no existe prueba cierta, clara y suficiente que acredite las sumas solicitadas por el extremo actor.

Es claro que la parte demandante tenía entre sus mandatos como parte actora, toda la carga probatoria sobre los perjuicios deprecados en la demanda. Por lo tanto, la cuantía de los daños por los cuales se está exigiendo una indemnización deberán estar claramente probados a través de los medios idóneos que la ley consagra en estos casos. A efectos de

entender la tipología de dichos perjuicios, vale la pena recordar lo indicado por la honorable H. Corte Suprema de Justicia con respecto a la definición del daño emergente en los siguientes términos:

“(…) De manera, que el daño emergente comprende la pérdida misma de elementos patrimoniales, las erogaciones que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales se trata de deducirse la responsabilidad. Dicho en forma breve y precisa, el daño emergente empobrece y disminuye el patrimonio, pues se trata de la sustracción de un valor que ya existía en el patrimonio del damnificado; en cambio, el lucro cesante tiende a aumentarlo, corresponde a nuevas utilidades que la víctima presumiblemente hubiera conseguido de no haber sucedido el hecho ilícito o el incumplimiento (…)”¹⁴

Con fundamento en lo anterior, podemos concluir que el daño emergente comprende la pérdida de elementos patrimoniales, causada por los hechos de los cuales se trata de deducirse la responsabilidad. En este caso, el supuesto daño emergente que pretende reclamar la demandante no se probó.. Nótese que la parte activa del litigio simplemente relaciona dineros de lo que sin que allegue prueba que los acredite. Por otro lado, la parte activa solicita sin fundamento alguno valores y sumas de dinero sin que se pruebe efectivamente su causación, y sobre todo si los mismo efectivamente salieron del patrimonio de la activa, es decir, contrariando los fundamentos mismos del concepto indemnizatorio del daño emergente.

En ese orden de ideas, es claro que la H. Corte Suprema de Justicia ha establecido que, para la procedencia de reconocimiento de perjuicios a título de daño emergente, es necesario que el reclamante demuestre mediante prueba suficiente que se trata de perjuicios ciertos y no hipotéticos. Lo que no sucedió en el caso en concreto, en tanto que la parte demandante solicitó reconocimiento de sumas de dinero a título de daño emergente, sin que pruebe la causación de dichos perjuicios. Carga que le asiste por ser el reclamante del daño, según los términos jurisprudenciales de la Corte. Por lo tanto, cada uno de los daños por los cuales está exigiendo una indemnización deberán estar claramente probados a través de los medios idóneos que la Ley consagra en estos casos.

III. PETICIÓN

Con fundamento en los argumentos anteriores y en lo pertinente a cada reparo, solicito

¹⁴ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 07 de diciembre de 2017. M.P. Margarita Cabello Blanco. SC20448-2017

respetuosamente al **JUZGADO PRIMERO (01) CIVIL DEL CIRCUITO DE CALI**,
CONCEDER el recurso de apelación contra la sentencia proferida el treinta (30) de enero
del dos mil veinticuatro (2024), notificada el día 01 de febrero del 2024, por este Despacho,
para efectos de que el Honorable Tribunal la **REVOQUE en su integridad**, y en su lugar,
se sirva negar la totalidad de las pretensiones de la demanda atendiendo a lo probado en
el proceso.

Cordialmente,



GUSTAVO ALBERTO HERRERA ÁVILA.

C.C. No. 19.395.114 de Bogotá D.C.

T.P. No. 39.116 del C. S. de la J.