

2022-00195 PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL

Diego Fernando Caicedo Calderón <diego.caicedo@outlook.com>

Mié 19/04/2023 10:19 AM

Para: Juzgado 01 Civil Circuito - Valle Del Cauca - Cali <j01cccali@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: joserios@ilexgrupoconsultor.com <joserios@ilexgrupoconsultor.com>; benitezquinteroabogado

<benitezquinteroabogado@gmail.com>; ladybermudez210@gmail.com

<ladybermudez210@gmail.com>; nicolas.ruiz@grupoemi.com

<nicolas.ruiz@grupoemi.com>; notificacionesjudiciales@suramericana.com.co

<notificacionesjudiciales@suramericana.com.co>; vama_4040@hotmail.com <vama_4040@hotmail.com>

 1 archivos adjuntos (197 KB)

Memorial 2022-00195 19 de Abril 2023.pdf;

Santiago de Cali, 19 de abril de 2023

Doctor:

Andrés José Sossa Restrepo

Juez Primero Civil del Circuito de Cali

E. S. D.

REF: PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL 2022-00195

DEMANDANTES: CONSUELO MOLANO DE MOSQUERA y Otros

DEMANDADOS: DRA.VANESSA PÉREZ SARDY y Otros

Respetado Señor Juez:

Diego Fernando Caicedo Calderón, vecino de la ciudad de Cali, identificado como aparece al pie de mi firma, en calidad de apoderado de los demandantes, dentro del proceso de la referencia, ante Usted, Señor Juez, de conformidad con la ley 2213 de 2022 y el auto interlocutorio No 152 de 31 de marzo de 2023, de su despacho, adjunto estoy remitiendo a usted y a los demás sujetos procesales, en formato PDF, documento que contiene un pronunciamiento frente al recurso de reposición y en subsidio de apelación formulado por el apoderado de la demandada EMI en el proceso cuya radicación se enuncia en la referencia.

Del señor Juez,

DIEGO FERNANDO CAICEDO CALDERÓN

C.C.N°94.326.535

T.P. N°149.536 del C. S. de la J.

Diego.caicedo@outlook.com

Teléfono 315.5281988

Santiago de Cali, 19 de Abril de 2023

Doctor:

Andrés José Sossa Restrepo

Juez Primero Civil del Circuito de Cali

E. S. D.

REF: PROCESO VERBAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL 2022-00195

DEMANDANTES: CONSUELO MOLANO DE MOSQUERA y Otros

DEMANDADOS: DRA.VANESSA PÉREZ SARDY y Otros

Respetado Señor Juez:

Diego Fernando Caicedo Calderón, vecino de la ciudad de Cali, identificado como aparece al pie de mi firma, en calidad de apoderado de los demandantes, dentro del proceso de la referencia, ante Usted, Señor Juez, en atención al recurso de reposición en subsidio apelación presentado por el apoderado de la demandada EMPRESA DE MEDICINA INTEGRAL EMI S.A.S. SERVICIO DE AMBULANCIA PREPAGADA, el día 13 de abril de 2023, a través de correo electrónico y conforme al parágrafo del artículo noveno de la ley 2213 de 2022 y a los artículos 319 y 110 del código general del proceso, procedo a descorrer el traslado, siguiendo el orden temático en que el recurso fue formulado:

1. En su primera consideración afirma el recurrente que carece de fundamento que el Despacho de crédito a lo expuesto por la parte demandante al descorrer el traslado de las excepciones de mérito en cuanto que la grabación allegada se obtuvo sin su debida autorización, pero no sustenta su argumento.

El Despacho rechazó de plano el decreto de la prueba con base en los artículos 14, 164, 168 y 372 numeral 10° del CGP, pues advirtió que su ilicitud vulneraba el debido proceso, amén de otras garantías constitucionales como el derecho a la intimidad, lo cual se sanciona con la nulidad de pleno derecho.

Adicionalmente, al señalar el Despacho que con la solicitud probatoria de la demandada no se verificó la cuestión de la debida autorización, está ratificando el rechazo de plano, tal

como lo ordena el artículo 168 del CGP, en concordancia con los artículos 43 numeral 2°, 164, 173 y 176 de la misma obra.

En tal virtud, argüir con futilidad que la motivación que realiza el Despacho (art. 168 CGP) carece de fundamento cuando, por el contrario, lo que se aprecia es un razonamiento plausible derivado del mandamiento legal y constitucional es una ligereza ininteligible del recurrente.

2. En relación con este punto del recurso que promueve la demandada, debo manifestar que sí existe una fuerte motivación fáctica y jurídica para promover la petición que fue formulada en el escrito mediante el cual me pronuncié frente a la contestación de la demanda, presentada por la demandada EMI, toda vez que al incorporar en la contestación de la demanda la grabación y transcripción de la llamada realizada por la señora Marcela Mosquera Molano, se configura una transgresión a principios constitucionales como el de la intimidad consagrado en el artículo 15 de constitución ; el hecho de utilizar la grabación de la llamada que una madre, que en medio de una situación de salud de su hijo, realiza a un servicio que supuestamente brinda atención y acompañamiento en situaciones de urgencia médica, deja expuesto el obrar de la demandada quien aprovechándose entonces de ese apremiante estado de necesidad en el que se puede encontrar cualquier padre de familia ante el padecimiento de un hijo, se permite argumentar que la señora Mosquera aceptó u otorgó el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales; consentimiento este que sí se otorgó, toda vez que si el mismo no hubiera sido otorgado, habría sido imposible acceder al servicio. Esta circunstancia nos traslada al campo de los vicios del consentimiento, situación ésta en la que no voy a ahondar en este escrito; entonces, busca la demandada lograr incorporar una prueba que va también en contravía de principios constitucionales consagrados en los artículos 29 y 33 de la norma superior.

Ahora bien, la demandada a través de su apoderado da cuenta de la existencia de una política de tratamiento de datos personales, desarrollada en adhesión a la ley 1581 de 2012 y normas concordantes, lo cual queda acreditado en el recurso presentado, situación que resulta apenas lógica, dado que en el desarrollo de su objeto social se debe demostrar el apego a las normas a que estamos obligados las personas naturales y jurídicas dentro del estado social de derecho.

Ahora, lo que resulta deleznable es la indebida utilización y aprovechamiento de la información que la demandada recauda, almacena y administra, en ejercicio de su política de tratamiento de datos personales, que bajo ninguna circunstancia puede ir en contra de la ley o de la constitución.

3. Dado que en la tercera consideración el recurrente se limita a transcribir el contenido del primer párrafo del acápite 4.1 del memorial que describió el traslado de las excepciones de mérito de EMI, sin efectuar ninguna refutación sobre el particular, basta reseñar que allí están inmersos los argumentos que se desarrollarán ulteriormente en esta réplica, vale decir, que cualquier consentimiento que EMI crea que ha obtenido de la madre del paciente está viciado, por cuanto ha sido conseguido mediante artilugios que vulneran varios derechos fundamentales consagrados en normas constitucionales y sin observar el debido proceso y que, el simple propósito de intentar hacer valer como prueba una grabación protegida por los principios de finalidad, de libertad, de acceso y circulación restringida y de confidencialidad, consagrados en el Título II de la Ley 1581 de 2012 y en el capítulo III de las Políticas y Procedimientos de Tratamiento de Datos de EMI no hace sino ratificar la proterva intención de la demandada de continuar abusando del derecho del paciente y de su progenitora, lo cual no se puede seguir tolerando.

4. En relación con este punto y como ya se ha venido tratando a través del presente escrito, la demandada puede acreditar que obtuvo la autorización para recaudar y almacenar una grabación de la llamada efectuada por la señora Marcela Mosquera; autorización esta, que en si misma ya resulta cuestionable o viciada, por el método implementado para recaudar la misma, pero más allá de esto es importante poner de presente que ni la política de tratamiento de datos personales o la ley 1581 permiten que la información recaudada, almacenada y tratada sea instrumentalizada de la forma en que la aquí demandada pretende. Ahora bien, bajo este numeral, la demandada deja perfectamente demostrado cómo para obtener el servicio, se debe obligatoriamente aceptar el tratamiento de los datos personales, lo cual es francamente abusivo.

5. En la quinta consideración el recurrente toma como punto de partida tres (3) falacias, a saber: 1ª) Que se hubiera allegado un audio como prueba al proceso; 2ª) Que la grabación de que trata el audio aportado y transcrito hubiera sido autorizada por la persona que hizo la llamada y 3ª) Que las advertencias que se hacen en la llamada cuentan con el respaldo de las Políticas y Procedimientos de Tratamiento de Datos de EMI.

En primer término, el apoderado de EMI no estaba legitimado para allegar el audio como prueba al proceso. En la contestación al hecho 10° de la demanda, el citado apoderado, prevalido de la expresión “*en honor a la verdad*” decidió, con o sin permiso de su poderdante, transcribir textualmente el contenido de dicha conversación [la cual reproduce parcialmente en esta consideración quinta], con lo cual quebrantó de manera directa y descarada los principios de finalidad, de libertad, de acceso y circulación restringida y de confidencialidad, consagrados en el Título II de la Ley 1581 de 2012 y en el capítulo III de las Políticas y Procedimientos de Tratamiento de Datos de EMI, vulnerando, asimismo, varios derechos fundamentales del paciente y de su progenitora, usuarios de EMI.

En el numeral 1.1 Finalidades del Tratamiento de Datos Personales de las Políticas y Procedimientos de Tratamiento de Datos de EMI no se encuentra como una de ellas la facultad de grabar llamadas sin la debida autorización a los usuarios de EMI. El apoderado de la demandada EMI debió solicitar permiso al Señor Juez para divulgar el contenido de una grabación que contenía datos privados. Al hacerlo, sin ese permiso, violó la ley y las propias directrices de EMI, a menos que hubiera contado con su autorización para ello, caso en el cual el asunto ameritaría un pronunciamiento de las autoridades administrativas competentes. Igual comentario cabe en relación con la respuesta a la pregunta N°3 del peritaje de parte de la demandada Vanessa Pérez, en la cual, llanamente y con desparpajo [en franca violación a la Ley 1581], el perito Dr. Marín Giraldo utiliza como fundamento de su concepto el registro de la llamada telefónica de solicitud de servicio a EMI.

En segundo término, no es posible concederle validez al Mensaje 2: Habeas Data como para poder desprender de allí una autorización lícita del usuario del servicio de EMI para que el audio de la grabación, que contiene datos privados, pueda ser publicada por abogados y peritos a discreción. El concepto encubre un abuso, porque si el usuario no autoriza la grabación, entonces no le dan continuidad a su solicitud para poder brindarle el servicio. Y, además, desde el punto de vista de la validez de la formación del consentimiento, habría que concluir que este se encuentra absolutamente viciado, lo cual conduce a concluir que de lo espurio no puede germinar nada legítimo. Ahora bien, tal como lo advierte el primer párrafo del numeral 1.1 Finalidades del Tratamiento de Datos Personales de las Políticas y Procedimientos de Tratamiento de Datos de EMI, el personal de EMI [incluidos sus apoderados ¿?], con acceso a la base de datos, en ejercicio de sus funciones, “en ningún caso está autorizado para el Tratamiento de la información para fines diferentes a los aquí descritos” (la subraya no pertenece al texto original). Y como dentro

de esas 24 finalidades no está la de grabar las llamadas de sus usuarios para utilizarlas como prueba en procesos judiciales, viene a significar que el mencionado Mensaje 2: Habeas Data **NO está autorizado** para ese arbitrario propósito. Cabría preguntarse si EMI es consciente de que el Mensaje 2: Habeas Data viola sus propias políticas y la Ley 1581. Si la respuesta es negativa podría pensarse en un desborde competencial de su personal y apoderados. Pero si la respuesta es positiva ello podría ser objeto de investigación tanto por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio como de la Superintendencia de Salud.

En tercer término, en consonancia con lo previamente expuesto, no se puede afirmar que la advertencia que se hace en el Mensaje 2: Habeas Data cuenta con el respaldo de las Políticas y Procedimientos de Tratamiento de Datos de EMI. La revisión detallada de ese documento permite concluir, en primer lugar, que las citadas políticas son conformes con la Ley 1581. En segundo lugar, se puede concluir que las políticas no autorizan la grabación de las llamadas de sus usuarios para efecto de utilizarlas como prueba judicial, a menos que mediere un permiso previo y expreso de la autoridad judicial. En tercer lugar, se puede concluir que la advertencia que se hace en el Mensaje 2: Habeas Data viola las Políticas y Procedimientos de Tratamiento de Datos de EMI, y, por ende, la Ley 1581. En cuarto lugar, habría que indagar si la actual administración de EMI acepta la grabación de las llamadas de sus usuarios con la finalidad de poder utilizarlas como prueba judicial en caso tal o si desconoce que ello se esté realizando de manera extendida y discrecional por funcionarios, apoderados y peritos.

6. No es cierto entonces lo que textualmente afirma la demandada a través de su apoderado cuando manifiesta (...) *SIC...“Así lo expuesto brevemente Su Señoría, la grabación se obtuvo con garantía del HABEAS DATA del interesado, por lo que la prueba ha sido obtenida con respeto por el debido proceso y demás garantías constitucionales inherentes.”*(...), toda vez que en este mismo recurso sigue insistiendo en transcribir la conversación telefónica y sumado a este abusivo hecho, encontramos como la defensa de la Dra. Vanessa Pérez a través de su perito, acceden también a la grabación utilizándola como insumo en un dictamen pericial que ya resulta espurio pues al afirmar sin ningún reparo que (...) *“De acuerdo con el registro de llamada telefónica de solicitud de servicio a EMI el dolor había empezado el día anterior en la noche, es decir, tenía más de 24 horas de evolución”*. (...) ,apartándose de lo que la misma Dra. Pérez Sardy dejó consignado en la historia clínica por ella firmada. Dejando así expuesta de manera palmaria la ligereza y

poca diligencia que la EMPRESA DE MEDICINA INTEGRAL EMI S.A.S. SERVICIO DE AMBULANCIA PREPAGADA, da al manejo de la información personal que recauda, almacena y administra, pues para este caso en particular esta información ya pasó a ser del dominio público según queda aquí evidenciado, sin que mediara la intervención de alguna autoridad.

Esta situación inmersa en claros visos de abuso por parte de la demandada amerita inclusive la intervención de entes como la Superintendencia de Salud y la Superintendencia de Industria y Comercio, pues no es entendible cómo la política de tratamiento de datos personales de la EMPRESA DE MEDICINA INTEGRAL EMI S.A.S. SERVICIO DE AMBULANCIA PREPAGADA, le permite a su apoderado el acceso y la divulgación indiscriminada de información de índole personal y confidencial de un paciente y EMI le da un manejo tan alejado del respeto a la constitución y las leyes, sin consecuencia alguna.

Si bien la Política está de acuerdo con la ley 1581 de 2012, ni la política, ni la ley autoriza la grabación de la llamada para fines de prueba judicial, esta utilización se debió dar previa orden judicial. La autorización que se otorga al escuchar la grabación descrita como mensaje 2, desborda la política, termina siendo abusiva y violatoria de la misma ley 1581 y de la Constitución Política. El denominado mensaje 2 en su redacción y utilización es abusivo y permite que el consentimiento sea viciado, puesto que el usuario no puede acceder al servicio si se opone.

El consentimiento a la grabación no puede violar el artículo 33 de Constitución, pretender hacer valer esta prueba e insistir en su incorporación, con una clara intención de buscar la auto incriminación de mi representada, transgrede principios constitucionales y hasta perfecciona una violación a tratados internacionales sobre el respeto a los derechos humanos, la demandada pretende en esta su maniobra imponer una prueba ilícita que busca a través de una grabación eludir su responsabilidad, exhibiendo una evidencia obtenida a través de métodos de coerción y opresión que menoscaban la voluntad de las personas.

EMI y su apoderado no pueden utilizar la grabación como instrumento de la defensa, puesto que dicha utilización resulta violatoria del principio de confidencialidad desarrollado en la ley. En un ejercicio de debida diligencia y lealtad procesal, el análisis de esa prueba debió contar con la autorización del Señor Juez. Por otro lado, al hacerlo del dominio público,

como queda evidenciado al ver como el perito de la Dra. Pérez Sardy lo utiliza en su respuesta tercera, queda perfeccionada una incontrovertible violación a la confidencialidad del paciente, dejando evidenciado ese actuar irresponsable, ligero y displicente, ejercido por la EMPRESA DE MEDICINA INTEGRAL EMI S.A.S. SERVICIO DE AMBULANCIA PREPAGADA y sus representantes.

Ahora bien, pasando al contenido de la grabación, que de manera irresponsable, ligera y displicente, pasó a ser del dominio público, dejando ver cómo es el actuar y proceder de esta compañía y sus funcionarios, lejos de comprometer a la madre y al paciente; no da visos de sustento alguno para enervar los argumentos de la demanda, por el contrario, deja entrever una serie de deficiencias que degeneraron en la serie de eventos desafortunados que desencadenaron el indeseable resultado, que ahora nos sitúa en esta instancia.

Finalmente, resulta oportuno poner de presente que mi oposición a que la grabación de audio de la llamada del día 12 de septiembre de 2021 pueda ser decretada como prueba documental de la parte demandada EMI hace relación, fundamentalmente, a la forma como fue obtenida, vale decir, ilícitamente y vulnerando varios derechos fundamentales, entre ellos el debido proceso. Sin embargo, su contenido, huelga señalarlo, en manera alguna perjudica el interés de la parte actora, pues, por el contrario, lo que evidencia es el error en el diagnóstico incurrido por la médica de EMI, Dra. Vanessa Pérez, pues, de una parte, si ella efectivamente tuvo acceso a la información obtenida por el paramédico Julián Villada en la llamada telefónica, entonces no se entiende cómo no remitió con urgencia al paciente al servicio de urgencias luego de examinarlo, valorarlo y tratarlo, pero, de otra parte, si no tuvo acceso a la información recabada por el señor Villada, entonces surge la inquietud acerca de la eficacia y la finalidad de grabar la llamada, todo lo cual genera una inmensa contradicción.

Del Señor Juez,



DIEGO FERNANDO CAICEDO CALDERÓN
C.C.Nº94.326.535
T.P. N°149.536 del C. S. de la J.
Diego.caicedo@outlook.com
Teléfono 315.5281988