

Señores,
**JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO
BARRANQUILLA – ATLANTICO
E. S. D.**

**REF: PROCESO ORDINARIO
DEMANDANTE: MARLA DE LEON D ANDREIS
DEMANDANDO: ORGANIZACIÓN CLINICA GENERAL DEL NORTE Y OTROS
LLAMADA EN GARANTIA: LIBERTY SEGUROS S.A.**

RADICADO: 08001310300620120027900

OLFA MARIA PEREZ ORELLANOS, mujer, mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía No. 39.006.475 de El Banco - Magdalena, abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No. 23.817 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderada judicial de la compañía LIBERTY SEGUROS S.A., por medio del presente escrito, me permito OBJETAR el dictamen rendido por el perito ANTONIO POLO ROBLES por error grave, teniendo en cuenta los siguientes reparos.

Sea lo primero en manifestar al despacho, que el código de procedimiento civil en su artículo 238 numeral primero define cuales son los parámetros por seguir para controvertir los dictámenes periciales aportados dentro del proceso. Es decir, que dentro del termino del traslado, podremos solicitar complementación, aclaración u objetar el dictamen por evidenciar errores graves en que haya incurrido el perito.

Bajo este entendido, el articulo 238 numeral 5 establece:

“Artículo 238.-Modificado por el Decreto 2282 de 1989, Artículo 1. Num. 110. Contradicción del dictamen. Para la contradicción de la pericia se procederá así:

5. En el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo. De aquél se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el artículo 108, por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para practicarlas. El dictamen rendido como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término del traslado las partes podrán pedir que se complemente o aclare”¹.

Conforme con la norma expuesta, el dictamen no puede ser producto de una simple apreciación, inferencia, juicio o deducción que los expertos saquen una vez examinado el expediente. En el dictamen, materia de objeción el perito que practica el mismo hace su propia apreciación probatoria, manifestando y explicando una tesis, la cual va en contra de la tesis planteada por mi representada en nuestro escrito de contestación de la demanda, teniendo en cuenta que, por parte de este extremo procesal, consideramos que el dictamen no se encuentra acorde a la realidad jurídica, procesal y jurisprudencial.

I. RESPECTO DEL CAPITULO DENOMINADO “DAÑO EMERGENTE”.

En relación con este perjuicio, el perito únicamente se limita únicamente para realizar esta liquidación tomar como base la factura aportada al proceso judicial por los demandantes. Pero este no indaga con el fin de determinar si realmente la señora MARLA LEON D ANDREIS incurrió en este gasto. Es decir, no

¹ Art 238. Código de Procedimiento Civil

verifica si realmente la demandante realizo esta erogación al momento del fallecimiento del señor BASSEM EL GHAZAL para así llegar a la conclusión que determina en dicho dictamen.

Frente a los valores tasados bajo el concepto de daño emergente, es importante recordar lo reglado en el Artículo 1614 del Código Civil, el cual señala:

“Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido la imperfectamente, o retardado su cumplimiento.”

Por su parte el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el alcance de este concepto, Así:

“El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad para el afectado— de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto pasado como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración.”

Ahora bien, al tratarse de un perjuicio patrimonial, debe acreditarse mediante documentos idóneos tales como facturas o comprobantes de egresos correspondientes, por ser su objetivo primordial el reintegro de gastos efectuados por parte del reclamante.

Por todo lo anterior, no puede ser tenido en cuenta por el despacho, pues el auxiliar de la justicia denominado como perito liquidador, debe ahondar y solicitar mas pruebas que puedan llevar al convencimiento de que realmente la parte demandante si incurrió en el gasto que deprecia.

II. RESPECTO AL NUMERAL 2 DENOMINADO “LUCRO CESANTE”

Sea lo primero manifestar al despacho que, el Dr. Juan Carlos Henao, en su libro “El daño”, afirma, no basta, entonces, que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la existencia del daño, porque “el demandante no puede limitarse, si quiere sacar avante su pretensión, a hacer afirmaciones sin respaldo probatorio”, que por demás no pueden ser valoradas “como si se tratara de hechos notorios o presumibles, y no de situaciones cuya comprobación, por mandato legal, le correspondía al demandante.”²

Analizado el dictamen pericial aportado, consideramos que fueron muy mal aplicadas las fórmulas para la liquidación de los supuestos perjuicios. Pues el perito, incurre en ERROR GRAVE, al pretender calcular el perjuicio correspondiente al lucro cesante consolidado, tomando como base salarial, la suma de \$6.508.905 con base a una declaración de renta de los años 2002 y 2003. Sin tener en cuenta que el hecho en el que fallece el señor BASSEM EL GHAZAL se produjo el día 25 de mayo de 2006, fecha para la cual claramente el ingreso debió haber variado considerablemente y no puede tomarse un valor que no es cierto ni seguro.

Dentro del plenario, no obra algún documento que pruebe el ingreso salarial del demandante, pues únicamente se aportó una declaración de renta de los años 2002 y 2003, pero no se aportó algún tipo de certificado de ingreso u extracto de nómina o una planilla del pago de seguridad social. Si el señor perito pretendía determinar que el fallecido BASSEM EL GHAZAL era un comerciante independiente, le correspondía a este por lo menos verificar en la base de datos del sistema de seguridad social y/o

² Juan Carlos Henao, El Daño. Pág. 39.

pensión, si el mencionado señor cotizaba bajo el presunto ingreso señalado. Dato importante este que no se aporta al proceso judicial.

Segundo, se evidencia un grave error al momento de actualizar el ingreso mensual, toda vez que no se entiende en base a que el perito indexa la suma de \$3.268.000 tomando como base el IPC final de diciembre de 2019 y el IPC final de diciembre de 2003, sin determinar el motivo del porque utiliza estas fechas. Debemos tener en cuenta que en gracia de discusion, se tena en cuenta este dictamen, el IPC a tener en cuenta son la fecha del fallecimiento del señor BASSEM EL GHAZAL (25 de mayo de 2006) y la fecha en que se realiza la liquidacion.

Tercero, pretende el perito de manera errada, destinar un lucro cesante a favor de las hijas del señor BASSEM EL GHAZAL, hasta la edad de 25 años, sin ni siquiera haberse aportado al dictamen estas se encontraban realizando estudios que ameriten ser acreedores de un lucro cesante hasta la edad anteriormente mencionada para cada una. Asi tambien, debemos tener en cuenta que no puede entrar a reconocerse un perjuicio unicamente con la simple manifestacion por parte de los demandantes, sino que debera demostrarse que estos dependian economicamente del fallecido para el momento de los hechos.

En lo que respecta a la necesidad de probar la existencia del daño para poder proceder a su valoración equitativa manifiesta el tratadista Javier Tamayo Jaramillo en su Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo II:

“La indefectible exigencia de justicia referente a la liquidación del daño presupone la certeza de su existencia individualizada en relación con su objeto (interés) basada en la prueba efectuada. De esta certidumbre deriva tal exigencia de justicia; solo si la prueba ha formado la convicción del juez sobre la existencia del daño individualizado respecto al interés afectado; solamente en este supuesto nace para el juez el deber en justicia de efectuar la liquidación de tal daño. Es decir, solo cuando se ha realizado esta condición debe el juez condenar al responsable al resarcimiento, efectuando la liquidación del daño resarcible; nace en tal supuesto la exigencia de la liquidación judicial, basándose en la prueba o cuando falta, mediante los criterios de equidad aplicados por el juez.

Si no se prueba la existencia del daño no hay porque liquidar tal daño por el juez.

Ni siquiera se puede hablar de recurrir a suplir el defecto de prueba con la valoración equitativa del daño, que como es sabido presupone la prueba de la existencia del daño, y que solo tiene por objeto la determinación del quantum de tal daño.”³

La corte suprema de justicia ha definido el lucro cesante de la siguiente manera: Sentencia 055-2008, rad. 2000-01141-01 lo siguiente:

“(...) en cuanto perjuicio, el lucro cesante debe ser cierto, es decir, que supone una existencia real, tangible, no meramente hipotética o eventual. Ahora, sin ahondar en la materia, porque no es del caso hacerlo, esa certidumbre no se opone a que, en determinados eventos, v. gr. lucro cesante futuro, el requisito mencionado se concrete en que el perjuicio sea altamente probable, o sea, cuando es posible concluir, válidamente, que verosímilmente acaecerá, hipótesis en la cual cualquier elucubración ha de tener como punto de partida una situación concreta, tangible, que debe estar presente al momento de surgir la lesión del interés jurídicamente tutelado.

³ Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de responsabilidad civil, Pag, 832

Vale decir que el lucro cesante ha de ser indemnizado cuando se afianza en una situación real, existente al momento del evento dañino, condiciones estas que, justamente, permiten inferir, razonablemente, que las ganancias o ventajas que se percibían o se aspiraba razonablemente a captar dejarán de ingresar al patrimonio fatal o muy probablemente.

Por supuesto que en punto de las ganancias frustradas o ventajas dejadas de obtener, una cosa es la pérdida de una utilidad que se devengaba realmente cuando el acontecimiento nefasto sobrevino, la pérdida de un bien con comprobada actividad lucrativa en un determinado contexto histórico o, incluso, la privación de una ganancia que con una alta probabilidad objetiva se iba a obtener circunstancias en las cuales no hay lugar a especular en torno a eventuales utilidades porque las mismas son concretas, es decir, que en verdad se obtenían o podían llegar a conseguirse con evidente cercanía a la realidad; y, otra muy distinta es la frustración de la chance, de una apariencia real de provecho, caso en el cual, en el momento que nace el perjuicio, no se extingue una utilidad entonces existente, sino, simplemente, la posibilidad de obtenerla. Tratase, pues, de la pérdida de una contingencia, de evidente relatividad cuya cuantificación dependerá de la mayor o menor probabilidad de su ocurrencia, y cuya reparación, de ser procedente, cuestión que no deviene objeto de examinarse, debió ser discutida en esos términos en el transcurso del proceso, lo que aquí no aconteció.

Por último, están todos aquellos “sueños de ganancia”, como suele calificarlos la doctrina especializada, que no son más que conjeturas o eventuales perjuicios que tienen como apoyatura meras hipótesis, sin anclaje en la realidad que rodea la causación del daño, los cuales, por obvias razones, no son indemnizables.”

Por su parte el consejo de estado ha dicho en sentencia de fecha 29 de julio de 2013 proferida por el magistrado ponente el Dr. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, lo siguiente:

“Este último (el lucro cesante) corresponde, entonces, a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima.”

“Este rubro indemnizatorio no puede concebirse como un ítem hipotético o eventual, pues por su naturaleza es un daño cierto que sólo puede ser reconocido cuando su existencia y cuantía se acredita mediante prueba directa, extremo que se logra demostrando la imposibilidad de realizar una determinada actividad rentada o la disminución transitoria de la misma.”⁴

De conformidad con lo expuesto, no encontramos razones suficientes por las cuales el perito haya liquidado los perjuicios de la demandante basándose en ingresos salariales que no se encuentran fehacientemente probados dentro del proceso y por lo tanto no debe el despacho tener en cuenta dicha liquidación de perjuicios.

III. RESPECTO A LOS CAPITULOS DENOMINADOS “INDEMNIZACIÓN POR LUCRO CESANTE PASADO O CONSOLIDADO Y LUCRO CESANTE FUTURO.

Sea lo primero indicar que nuevamente se evidencia un error por parte del perito, pues toma como base el presunto ingreso mensual por la suma de \$3.268.000 aplicando una operación completamente errada

⁴ Consejo de estado. 29 de julio de 2013. Magistrado ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO

y sin ningún sustento claro, pues únicamente suma el ingreso anual del año 2002 y 2003 según la declaración de renta aportada en el dictamen pericial, suma estos dos valores y los divide entre dos. Algo que no se encuentra determinado en ninguna doctrina o doctrina aplicable a la liquidación de perjuicios. Posteriormente, el perito pretende actualizar la renta nuevamente con base a un IPC de dos fechas que no guardan relación alguna con el proceso que nos ocupa, pues el IPC final no corresponde a la fecha de la liquidación y el IPC inicial no corresponde a la fecha en que fallece el señor BASSEM EL GHAZAL, notándose claramente la desatención por parte de este para realizar la liquidación pretendida.

Por otro lado, para hacer la liquidación del lucro cesante consolidado y futuro tomo ingreso mensual a favor de la señora MARLA LEON D ANDREIS la suma de \$2.440.840. Sin embargo, si lo que pretende es dividir el 50% a favor de la cónyuge superviviente del señor BASSEM EL GHAZAL, al hacerse la operación matemática, esto nos arroja la suma de \$2.430.840, siendo este valor totalmente diferente al señalado por el señor ANTONIO POLO REALES.

Así también ocurre con el valor utilizado por el dictamen para realizar la liquidación del lucro cesante consolidado y futuro a favor de las hijas del fallecido, GABRIELA EL GHAZAL y MARLA EL GHAZAL, pues este pretende hacer la liquidación con base al 50% restante dividido entre las dos, arrojando esto el valor a cada una de \$1.220.420. Sin embargo, al realizarse nuevamente la operación matemática de división esto arroja un valor de \$1.215.420 para cada una, lo cual es inferior a la suma de dinero por la cual se liquidó este perjuicio material.

Por tal motivo, es evidente que la liquidación del lucro cesante consolidado y futuro no esta acorde a lo señalado por la doctrina y la jurisprudencia, por lo cual no puede ser tenida en cuenta por el despacho al momento de dictar sentencia.

En relación con el lucro cesante futuro el consejo de estado ha señalado en sentencia de fecha 29 de julio de 2013 proferida por el magistrado ponente el Dr. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, lo siguiente:

“Este último (el lucro cesante) corresponde, entonces, a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima.”

“Este rubro indemnizatorio no puede concebirse como un ítem hipotético o eventual, pues por su naturaleza es un daño cierto que sólo puede ser reconocido cuando su existencia y cuantía se acredita mediante prueba directa, extremo que se logra demostrando la imposibilidad de realizar una determinada actividad rentada o la disminución transitoria de la misma.”⁵

Al determinar los errores graves de los cuales adolece el dictamen que nos ocupa, referentes a la falta de prueba del ingreso del demandante, el error al momento de realizar la indexación por tomar un IPC de unas fechas que no guardan relación con el proceso que nos ocupa y el aumento del valor para hacer la liquidación para cada uno de los demandantes, constituye claramente un enriquecimiento sin justa causa a favor de la parte actora, pues sin existir prueba de esto pretende que se indemnice un valor exorbitante.

Sobre esto, manifiesto que un principio general del derecho es el enriquecimiento sin causa el cual a la luz del presente proceso se encuentra relacionado con el artículo 1088 del C. de Co. el cual consagra el principio de la indemnización. Lo anterior para poner de presente que no existe una causa para el cobro de las pretensiones de la demanda, pues por parte de mi representada no existe obligación de pagar

⁵ Consejo de estado. 29 de julio de 2013. Magistrado ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO

monto alguno por la indemnización que aduce la demandante, pues este valor no tiene una causa suficiente.

CONCLUSIONES

De conformidad con lo expuesto, concluyo que el dictamen elaborado por el perito goza de muchas falencias tanto aritméticas como en su redacción. Es así como se vislumbra de manera general que el dictamen rendido, materia de objeción, el perito solo se limita a establecer los valores correspondientes al lucro cesante y daño emergente sin examinar de forma correcta las pruebas aportadas dentro del proceso. Por lo tanto, consideramos que el perito debió determinar en primer lugar el ingreso mensual real del fallecido y con base a este realizar las liquidaciones de los perjuicios.

En este punto cito el artículo 241 del código de procedimiento civil, el cual señala sobre la apreciación del dictamen, que “al apreciar el dictamen se tendrá en cuenta la firmeza, precisión y calidad de sus fundamentos, la competencia de los peritos y los demás elementos probatorios que obren en el proceso (...)”.

Por los motivos expresados, el dictamen rendido no es confiable ni admisible como prueba para alcanzar el objetivo para el cual se ordenó, por no contener los lineamientos para el cual fue ordenado, y además no contiene los métodos y los procedimientos correspondientes, ni las bases necesarias para ser acogido por este despacho, afectando de manera sustancial el derecho fundamental al debido proceso de los sujetos intervinientes.

Del señor juez, Atentamente,



OLFA MARÍA PÉREZ ORELLANOS.
C.C. No. 39.006.745 de El Banco – Magdalena.
T.P. No. 23.817 del C.S.J.

ACNR