

**EDILBERTO ESCOBAR CORTES**  
ABOGADO Y ECONOMISTA

Barranquilla D. E. 10 de abril de 2023

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA**  
**SALA TERCERA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA – DESPACHO TERCERO**  
**ATTE. DR. ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES**  
**HONORABLE MAGISTRADO PONENTE**

Email: [sef03bqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:sef03bqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co) [seccfbqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:seccfbqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co)

E. S. D.

1

|                 |                                                                                                                                                                           |
|-----------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>ASUNTO</b>   | <b>SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN PARCIAL EN CONTRA DEL NUMERAL TERCERO DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA DE FEBRERO 13 DE 2023.</b>         |
| <b>PROCESO</b>  | <b>VERBAL – RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL DE JOSÉ GREGORIO DIAZ PIZARRO Y OTROS, CONTRA NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. Y OTROS LLAMADOS EN GARANTÍA.</b> |
| <b>RADICADO</b> | <b>44.598 No. 112 – FOLIO 239</b>                                                                                                                                         |
| <b>CODIGO</b>   | <b>0800-1315-30-11-2018-00269-01</b>                                                                                                                                      |

**EDILBERTO ESCOBAR CORTES**, mayor, vecino de Barranquilla Atlco. identificado con cédula de ciudadanía No. 4390889 y la T. P. de abogado No. 79113 del C. S. J. actuando en calidad de apoderado judicial de la parte demandante en este verbal de la referencia, con personería para actuar, a Ustedes con todo acatamiento y respeto acudo para manifestarles lo siguiente:

**1. SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN PARCIAL EN CONTRA DEL NUMERAL TERCERO DE LA PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA DE FEBRERO 13 DE 2023.**

Por este escrito estoy SUSTENTANDO el Recurso de Apelación **PARCIAL** promovido en contra del numeral TERCERO de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Once Civil Oral del Circuito de Barranquilla en fecha, febrero 13 de 2023, con fundamento en el memorial en el que se formularon los REPAROS BREVES Y CONCRETOS, de fecha febrero 17 de 2023.

**1.1. OPORTUNIDAD LEGAL.**

De acuerdo con el precepto del artículo 12 de la ley 2213 de 2022, me encuentro dentro del término legal para sustentar este recurso, toda vez que la NOTIFICACIÓN virtual de la decisión de ADMISIÓN DEL RECURSO, tuvo lugar en fecha marzo 23 de 2023, de tal forma que su ejecutoria corre hasta el día martes 28 de marzo de 2023, y los términos de cinco (5) días<sup>1</sup> empiezan a correr el día miércoles 29 de marzo de 2023, y vencen el día martes once (11) de abril de 2023, inclusive, teniendo en cuenta que la semana comprendida entre los días 3 y 7 de abril, corresponde a Semana Santa, de cierre judicial<sup>2</sup>.

**2. ARGUMENTOS PARA SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN PROMOVIDO.**

<sup>1</sup> Ley 2213 de 2022, artículo 12.

<sup>2</sup> C.G.P. artículo 118, inciso final.

A continuación, me permito exponer los argumentos y razones que sustentan el recurso de apelación, partiendo de los reparos breves expuestos inicialmente en memorial de febrero 17 de 2023, advirtiendo que ésta sustentación hará referencia estrictamente al único reparo formulado, en términos del precepto del artículo 322, numeral 3° del C.G.P.

Debo también dejar sentado en este escrito, que la apelación formulada en contra de la decisión de primera instancia es PARCIAL, ya que solo contradice el numeral TERCERO de la parte resolutive que decidió sobre LA CONDENA a la demandada. En estas condiciones y para efecto del precepto del artículo 328 del C. G. P. **“Competencia del superior”**, no es aplicable el principio de la competencia plena puesto que ambas partes no apelaron **“toda la sentencia”**.

### **3. REPARO ÚNICO BREVE Y CONCRETO:**

**El Despacho del A Quo, desestimo los principios de Equidad, Razonabilidad y Reparación integral, constitutivos de la facultad discrecional, para llevar a cabo la tasación de perjuicios; ya que no resultan equiparables las condiciones de tiempo, modo y lugar del fallecimiento de la menor MARETH SOFIA DIAZ GOMEZ, frente a la precaria valoración de la vida, arrebatada por hechos arbitrarios y comportamientos al margen de la ley equivalente a propiciar la muerte de la paciente de manera dolosa y gravemente culposa como quedó demostrado en este trámite procesal y la responsabilidad declarada en la decisión apelada, respecto de la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD EPS. S.A. (NUEVA EPS), así se extrae de la motivación de la decisión apelada.**

#### **3.1. SUSTENTACIÓN.**

Sea lo primero manifestarle al Despacho que la forma como sucedieron los hechos y la CAUSA FUNDAMENTAL del Fallecimiento de la menor MARETH SOFIA DÍAZ GÓMEZ, por una clara y contundente OMISIÓN de la demandada, con PLENO CONOCIMIENTO además, de que no suministrar oportunamente los medicamento o hacerlo en forma tardía traería CONSECUENCIAS FATALES, frente a la patología también conocida por la demandada, de **LUPUS ERITOMATOSO SISTEMICO CON COMPROMISO DE ORGANOS O SISTEMAS**, nos conduce a la conclusión de que se trata de una conducta dolosa y gravemente culposa, que aborda el ámbito penal. La Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Penal, en la Sentencia de diciembre 16 de 2015, Proceso No. 45008, Providencia SP17436-2015, con ponencia del H. M. Dr. Eugenio Fernández Calier, así se pronunció sobre el dolo eventual:

*“El dolo eventual, precisa la Sala, no puede ser entendido como una simple suma de imprudencias (o de infracciones al deber) ni tampoco la valoración aislada acerca de un peligro que se cataloga como gravísimo o de producción inminente. Ello, en tanto siempre será indispensable, para distinguirlo de una manera no arbitraria con la culpa consciente, constatar que el sujeto agente carecía de la posibilidad de representarse un control racional (aunque errado y vencible) en cuanto a los factores de riesgo por él percibidos, dirigido a no producir el resultado..... (...) ..”*

*Aunque cierto sector de la doctrina niega el factor de la voluntad en la variante eventual, las opiniones dominantes coinciden en señalar que cualquier comportamiento doloso debe representarle a su autor una actuación contra el bien jurídico, una decisión consciente dirigida en pro del acontecer lesivo. En otras palabras, es posible abordar la figura del dolo eventual no solo bajo una*

## **EDILBERTO ESCOBAR CORTES**

ABOGADO Y ECONOMISTA

*aproximación cognitiva normativa (relativa al conocimiento de la producción del resultado), sino también desde una volitiva (que, claro está, también debe analizarse bajo presupuestos normativos)”.*

Que cotejado con la descripción de la responsabilidad atribuida a la demandada por el Despacho del A Quo no distan mucho en la definición del COMPORTAMIENTO ASUMIDO, al omitir consiente y voluntariamente el suministro de los medicamentos recetados a la paciente a sabiendas de que no entregarlos oportunamente traería consecuencias fatales, como real y efectivamente aconteció.

3

*“Razón ésta más que suficiente para que esta juzgadora considere que la NUEVA EPS, fue negligente administrativamente al no suministrar en el tiempo señalado por la médico tratante a MARETH SOFIA el ciclo de ciclofosfamida, más aun, que tuvieron que mover el aparato judicial para obtener un amparo que conllevara a que las trabas administrativas fueran levantadas por parte de la Empresa Promotora de Salud, lo que conlleva a que en efecto se demostró la negligencia por parte de la demandada, quedando demostrado el nexo causal entre el hecho dañoso y el daño.....(...)....”*

*En relación con estos principios, la menor MARETH SOFIA, no se le dio la oportunidad de obtener su tratamiento en el debido tiempo en que fue dispuesto por sus médicos tratantes, negándole la posibilidad de que, suministrado en el tiempo indicado pudiera detener la alteración que produce su mismo cuerpo, de autoinmunidad, ya que la enfermedad de base de la niña se define como una enfermedad autoinmune”.*

Y no puede ser otro el sustento de esta alzada, cuando estamos reprochando que ante tan GRAVE ACTUAR de la demandada, el Despacho haya sido tan benigno, condenando solamente con el **30.9%**, de la pretensión del demandante, aduciendo escuetamente que:

*“Por tanto, respecto a la tasación de los perjuicios morales, esta operadora judicial los fijará según el arbitrio judicium, pero dentro de los topes y parámetros vinculantes establecidos en las sentencias T-351 de 2011 y T-212 de 2012 de nuestra corte Constitucional, para ello se tendrá en cuenta el daño ocasionado a la demandante, la afectación de la vida en relación y los daños inmateriales causados”.*

Al analizar las Sentencias referentes que tuvo a bien consultar el Despacho, tenemos entonces la Sentencia T-351 de mayo 5 de 2011, con ponencia del H. Magistrado Dr. Luís Ernesto Vargas Silva, así se pronunció:

*“A juicio de la Sala, la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de daño y perjuicios morales sí establece parámetros vinculantes para los jueces administrativos. En efecto, estos deben seguir la libertad probatoria y utilizar su prudente arbitrio en el marco de la equidad y la reparación integral para tasar los perjuicios morales. Además, al establecer un tope –al menos indicativo- de 100 smlmv, el Consejo de Estado hizo referencia al principio de igualdad, lo que significa que ese tope, unido a análisis de equidad, debe permitir que cada juez no falle de forma caprichosa sino a partir de criterios de razonabilidad, a partir del análisis de casos previos, y de sus similitudes y diferencias con el evento estudiado. El límite, sin embargo, es indicativo porque si, a partir de los criterios y parámetros indicados, el juez encuentra razones que justifiquen separarse de ese tope y las hacen explícitas en la sentencia de manera transparente y suficiente, su*

Carrera 53 No. 106 – 280, Piso 16, Centro Empresarial BUENAVISTA

Email: [siempreservimos@gmail.com](mailto:siempreservimos@gmail.com) – Tel. 3003989746

Barranquilla Atlco.

**EDILBERTO ESCOBAR CORTES**  
ABOGADO Y ECONOMISTA

*decisión no se apartaría de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni sería ajena a la obligación constitucional de motivar los pronunciamientos judiciales.*

*.....(.....).....*

*Lo que indica esta aclaración es que el monto máximo no está ligado inescindiblemente a la muerte de un ser querido, pues por las razones expuestas, no se “paga” a ese ser humano. Ese monto está ligado a la consideración de que, en el caso concreto, se presenta una grave aflicción, conclusión a la que puede llegar el juez mediante cualquier tipo de argumento práctico racional que se enmarque en parámetros de equidad y razonabilidad, como presupuesto de la vigencia del principio de igualdad de trato a los ciudadanos por parte de las autoridades judiciales”.*

4

Y siguiendo con el análisis del precedente judicial que le sirvió de apoyo al Despacho para la tasación del DAÑO MORAL, observamos algunos postulados expuestos en la sentencia T-212 de marzo 15 de 2012, con ponencia de la H. M. Dra. María Victoria Calle Correa, al decir:

*“La jurisprudencia contencioso administrativa ha encontrado tres principios básicos que han de orientar el cumplimiento de las funciones judiciales fundadas en la discreción judicial, a saber: equidad, razonabilidad y reparación integral. Estos principios, en especial la equidad, demandan al juez algún grado de comparación entre la situación evaluada y otras reconocidas previamente. De lo contrario puede llegarse a decisiones inequitativas, desproporcionadas o discriminatorias. También debe precisar esta Sala que el concepto de ‘razonabilidad’ que impera en el estado social de derecho no es de carácter emocional. Es decir, cuando un juez establece que una decisión es razonable, no puede basarse en que sus emociones le dicen que esa es la respuesta adecuada al caso. La discrecionalidad no es arbitrariedad. Tampoco, por supuesto es sinónimo de falta de racionalidad y de razonabilidad..... (.....) .....*

*7.2.1.2. De acuerdo con esta providencia sobre perjuicios morales del Consejo de Estado, para que haya lugar a la reparación (i) basta que el padecimiento sea fundado, sin que se requiera acreditar ningún requisito adicional. En segundo lugar, se indica que (ii) corresponde al juez ‘tasar discrecionalmente’ la cuantía de su reparación.*

*Ahora bien, la propia sentencia da tres elementos de juicio para poder esclarecer qué implica el término “discrecionalmente” a saber: (1) la manera como el criterio fue aplicado al caso concreto; (2) los criterios que añade el Consejo de Estado y, finalmente (3) la cita al pie de página que fundamenta la posición de la sentencia..... (.....) .....*

*7.2.1.4. Los criterios adicionales que se advierten en la sentencia del Consejo de Estado para determinar la discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales son dos, a saber: (a) tener en cuenta “las condiciones particulares de la víctima” y (b) tener en cuenta “la gravedad objetiva de la lesión”. Da pues la jurisprudencia parámetros y factores de análisis mínimos a considerar por los jueces administrativos para identificar los perjuicios morales y el monto de los mismos.*

*7.2.1.5. Finalmente, el Consejo de Estado advierte que existe un parámetro constitucional mínimo para ejercicio de la discrecionalidad judicial. Para hacerlo explícito, reitera la distinción que existe entre discrecionalidad y arbitrariedad presentada por la Corte Constitucional en la sentencia C-031 de 1995, precisamente a partir del análisis de constitucionalidad de una norma legal según la cual los particulares pueden portar armas de manera excepcional, de acuerdo*

con la 'potestad discrecional' de la autoridad competente. Dijo la Corte Constitucional en aquella oportunidad:

*"Así, la discrecionalidad en cabeza de la administración no faculta al funcionario para imponer sus caprichos ni para incurrir en arbitrariedades: ella estriba en la posibilidad de apreciar libremente la oportunidad o conveniencia de la acción dentro de los límites fijados por la ley, uno de los cuales surge del fin que debe presidir toda actividad administrativa, cual es la prevalencia del interés público. En consecuencia, un fin extraño a él es ilícito y susceptible de ser anulado y controvertido judicialmente, como se anotó.*

*No debe confundirse lo arbitrario con lo discrecional. En lo arbitrario se expresa el capricho individual de quien ejerce el poder sin sujeción a la ley. El poder discrecional, por el contrario, está sometido a normas inviolables como las reglas de derecho preexistentes en cabeza del órgano o funcionario competente para adoptar la decisión en cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares, a fin de proteger la vida, honra y bienes de los asociados, así como sus derechos y libertades.*

*Dentro de la facultad discrecional, el poder o la competencia no tiene prefijada su decisión de una manera rígida, sino que, en atención a la complejidad y variación de los factores de los asuntos sometidos a su jurisdicción, debe aplicar el precepto más adecuado y justo a la situación concreta, ateniéndose a los objetivos fijados por la Constitución y la ley, ajenos a su libre capricho. [...]"<sup>[70]</sup>*

.....(.....).....

*7.2.1.7. Visto lo anterior, puede decirse que cuando la jurisprudencia contencioso administrativa reconoce al juez un espacio para el uso de su arbitrio y discrecionalidad para la definición de los perjuicios morales, está buscando considerar las condiciones especiales y particulares de cada asunto. Son tan especiales y particulares las condiciones del sufrimiento moral de cada persona, que corresponde al juez administrativo en cada caso concreto valorar la existencia del mismo y su magnitud, no ex ante y de forma general.*

*Pero ello, claro está, no implica que con el tiempo, poco a poco, la jurisprudencia no tenga la capacidad de identificar patrones fácticos similares en varios casos, que, en virtud del principio de igualdad, reclamen soluciones iguales.<sup>[74]</sup> Como lo ha reconocido esta Corporación (ver sentencia T-351 de 2011), la jurisprudencia contencioso administrativa ha encontrado tres principios básicos que han de orientar el cumplimiento de las funciones judiciales fundadas en la discreción judicial, a saber: equidad, razonabilidad y reparación integral. Estos principios, en especial la equidad, demandan al juez algún grado de comparación entre la situación evaluada y otras reconocidas previamente. De lo contrario puede llegarse a decisiones inequitativas, desproporcionadas o discriminatorias.*

*7.2.1.8. También debe precisar esta Sala que el concepto de 'razonabilidad' que impera en el estado social de derecho no es de carácter emocional. Es decir, cuando un juez establece que una decisión es razonable, no puede basarse en que sus emociones le dicen que esa es la respuesta adecuada al caso. La discrecionalidad no es arbitrariedad. Tampoco, por supuesto es sinónimo de falta de racionalidad y de razonabilidad.*

*Una evaluación de razonabilidad, busca encontrar razones y argumentos fundados no sólo en las reglas de 'racionalidad', sino también en reglas de carácter valorativo. Es decir, con la racionalidad se busca evitar las conclusiones y posiciones absurdas, en tanto que con la razonabilidad se busca evitar conclusiones y posiciones que, si bien pueden ser lógicas, a la luz de los valores constitucionales no son adecuadas..... (...)*

*7.2.1.8.1.2. No obstante, esta forma 'racional' de aplicación del derecho comenzó a ser cuestionada, especialmente después de los sucesos acaecidos durante la segunda guerra mundial, por permitir llegar a conclusiones que, si bien eran*

## **EDILBERTO ESCOBAR CORTES**

ABOGADO Y ECONOMISTA

*lógicas, desde la perspectiva del silogismo judicial, eran totalmente 'irrazonables' desde un punto de evaluación más amplio. Es decir, se criticaba la posibilidad de tener decisiones racionales, desde una perspectiva de deducción conceptual y lingüística, más no razonables, desde una perspectiva instrumental y valorativa".*

Del precedente judicial vertical transcrito, emerge con amplísima claridad que la Juez de primer grado, sin bien tasó los PERJUICIOS MORALES, con la sola mención de las Sentencias T-351 de 2011 y T-212 de 2012, de la Corte Constitucional, e hizo referencia a que; *"para ello se tendrá en cuenta el daño ocasionado a la demandante, la afectación de la vida en relación y los daños inmateriales causados"*, no se conoce realmente de donde tomo los valores asignados y como los obtuvo, pues es clara la OMISIÓN del despacho al no presentar el análisis de tal cuantificación bajo los principios de EQUIDAD, RAZONABILIDAD Y REPARACION INTEGRAL, que es los que definen precisamente las sentencias de apoyo.

Y más allá del criterio esbozado por el despacho para la tasación de perjuicios, en la demanda se invocó el artículo 16 de la ley 446 de 1998, que dispone lo siguiente:

*"Artículo 16.- Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.*

Esta norma es aplicable al caso en estudio, desafortunadamente no fue tenida en cuenta por la Juez A Quo al momento de realizar el estudio y tasación de los perjuicios.

La demandada conocía las consecuencias letales de la omisión y negligencia en que incurría al NO AUTORIZAR EL SUMINISTRO DE MEDICAMENTOS OPORTUNAMENTE a la paciente con diagnóstico de una patología degenerativa y progresiva, lo que equivale a decir que la muerte fue causada directamente por la demandada mediante una conducta criminal que no fue del todo valorada por la Juez de Primer Grado al momento de la tasación de perjuicios.

**Correo electrónico:** [siempreservimos@gmail.com](mailto:siempreservimos@gmail.com)

Cordialmente.



**EDILBERTO ESCOBAR CORTES**

ABOGADO APODERADO DEL DEMANDADO.