

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA CIVIL CALI

Cali – Valle del Cauca.

E. S. D.

REFERENCIA: DECLARATIVO DE RESPONSABILIDAD CIVIL

DEMANDANTES: ANGIE VALERIA GARRO CABRERA Y OTROS

DEMANDADO: AUDIFARMA S.A. Y OTROS

RADICADO: 76001-31-03-007-2017-00333-00

ASUNTO: **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN**

HÉCTOR JAIME GIRALDO DUQUE, actuando en calidad de apoderado judicial de **AUDIFARMA S.A** con el debido respeto y en el término legal, presento **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN** de conformidad con los reparos concretos presentados en contra de la sentencia del pasado **03 DE NOVIEMBRE DE 2021**, proferida dentro del proceso de la referencia, por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de Cali, solicitando a la H. Sala Civil del Tribunal Superior de Cali, Valle del Cauca, que **REVOQUE** íntegramente la decisión a la que equivocadamente arribó el Despacho en primera instancia, respecto a la responsabilidad de las demandadas, y que en su lugar se sirva disponer la negación de toda y cada una de las pretensiones de la demanda, por las razones que pasan a exponerse.

Se sustentarán los reparos en el orden en que fueron formulados frente al fallo de primer grado:

- **INDEBIDA Y EXAGERADA TASACIÓN POR EL DESPACHO FRENTE A CONDENA POR PERJUICIOS MORALES, INADECUADA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL ALUDIDO**
- **INDEBIDA APRECIACION DE LA RESPONSABILIDAD ATRIBUIDA A AUDIFARMA POR INSUBISTENCIA DEL PERJUICIO ALEGADO.**
- **INDEBIDA APRECIACION PROBATORIA RESPECTO DE LA CAUSA EXTRAÑA ACREDITADA: LA ASUNCION DEL RIESGO Y CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA POR PARTE DE LOS PADRES.**

Sea lo primero advertirle al honorable tribunal, que mi representada **AUDIFARMA S.A** suscribió la póliza de seguro de responsabilidad civil por daños a terceros No. 0300402-5 la cual cuenta con una vigencia desde el 22 de julio de 2016 hasta el 22 de julio del 2017 y con valor \$6.000.000.000.00; así las cosas en caso de una hipotética condena en contra de mi representada y encontrándose vigente la póliza antes mencionada para el momento de los hechos, es la compañía Seguros Generales Suramericana S.A., quien debería responder en dicha circunstancia, dicha claridad por cuanto en el fallo se indicó lo siguiente:

“SEGUROS GENERALES SURAMERICANA S.A. Teniendo en cuenta que su asegurada, AUDIFARMA S.A., será condenada al pago de perjuicios morales por el error de dispensación, será llamada a concurrir al pago de tal condena en virtud de las obligaciones pactadas en la póliza de

seguro de responsabilidad civil No.0300402-5, previo deducible del 20% del siniestro.”

1. INDEBIDA Y EXAGERADA TASACIÓN POR EL DESPACHO FRENTE A CONDENA POR PERJUICIOS MORALES, INADECUADA APLICACIÓN DEL PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL ALUDIDO

Nuestro ordenamiento jurídico impone al juzgador el deber de apreciar las pruebas en conjunto. Corresponde al juzgador analizar cada prueba allegada al proceso y aplicar la hermenéutica correspondiente que permita identificar su valor probatorio. Ello con aplicación de las reglas de la experiencia y de la sana crítica. Una vez determinado el valor probatorio de cada pieza aportada como prueba, es menester que realice una hermenéutica conjunta del material probatorio aportado al proceso. Contrastando la información suministrada, se puede establecer la incidencia de los sujetos procesales en los hechos alegados. Todas las sentencias judiciales deben estar soportadas en las pruebas conocidas y debatidas dentro del proceso. Las pruebas son el contacto que tiene el juzgador con la realidad de los hechos. La Corte Constitucional en sentencia T-621 de 2002, manifestó lo siguiente:

“Se impone al fallador la necesidad de apreciar las pruebas allegadas al proceso en forma conjunta. Puede entonces el juez apreciar sin restricciones los medios probatorios allegados al proceso, con miras a formarse una convicción propia de los hechos que sucedieron y del modo como acontecieron, pero esta libre apreciación deberá ser el resultado de un razonamiento lógico y científico, que evidencie porqué unos hechos pudieron ser y presentarse del modo considerado en la decisión, y otros no pudieron darse, o no del modo como fueron presentados.” (Negrilla fuera del texto original)

Evidentemente, existe una interpretación errada del a quo frente a las pruebas, Para el presente reparo, si bien los perjuicios morales comportan la aflicción, el dolor, la angustia y en general los diferentes padecimientos que la víctima y sus familiares soportan, para el presente caso no estuvo probado ni de manera sumaria afectaciones de orden moral las cuales sin lugar a dudas hacen parte del fuero interno de cada persona, es cierto también que el juez deberá tasarlos de acuerdo a los diferentes elementos facticos y jurídicos que componen el proceso, para el caso en particular consideramos que el ad quo condenó exageradamente, estableciendo la suma de \$ 14.400.000 como indemnización, en un evento en la que claramente no hubo afectaciones físicas ni mucho menos logró demostrar el actor los supuestos perjuicios aducidos, el suministro de la prednisolona no desencadenó efectos adversos sustanciales ni ostensibles, no fueron demostrados los supuestos dolores físicos, angustias ni hechos relevantes para poder materializar un perjuicio físico ó moral en consideración a ello

El fallo del ad quo no es proporcional y que no se compadece con la realidad procesal, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que:

«[t]ratándose de perjuicios morales, las máximas de la experiencia, el sentido común y las presunciones simples o judiciales que brotan las más de las veces de la situación de hecho que muestra el caso sometido a consideración del juez serán suficientes a los efectos perseguidos (...) Y añadió: «Es sabido que no hay prueba certera que permita medir el dolor o la pena, ni menos cuando han pasado años desde el acaecimiento del evento dañoso. De tal modo que, ante la imposibilidad de una prueba

directa y de precisar con certidumbre absoluta si existe o no y en qué grado el dolor, congoja, pánico, padecimiento, humillación, ultraje y, en fin, el menoscabo espiritual de los derechos inherentes a la persona de la víctima, como consecuencia del hecho lesivo, opta válidamente el juez por atender a esas particularidades del caso e inferir no sólo la causación del perjuicio sino su gravedad. Es que el daño moral se manifiesta in re ipsa, es decir, por las circunstancias del hecho y la condición del afectado»» (CSJ SC3728-2021).

Al respecto la doctrina ha indicado que el daño moral subjetivo:

*"busca remediar en parte no sólo las angustias y depresiones producidas por el hecho lesivo, sino también el dolor físico que en un momento determinado pueda sufrir la víctima de un accidente. En este sentido, debe ser superior la indemnización de la víctima lesionada en su integridad personal, puesto que la intensidad de su daño es mayor, no sólo en razón del dolor físico, sino también de la angustia y la depresión producidas por el hecho"*¹

*"La víctima tiene derecho a que se le repare el daño causado, de tal forma de que, de ser posible, el bien afectado retorne al estado en que se hallaba antes de ocurrir el hecho lesivo. Por tanto, tratándose de daños extrapatrimoniales, su reparación consistirá ante todo en devolverle a la víctima el bien que le fue suprimido [...] si el daño consiste en la pérdida de las actividades vitales (perjuicio fisiológico), se le brindarán a la víctima los medios necesarios para recuperarlas o para reemplazarlas por otras similares o supletivas [...] si por cualquier motivo es imposible restituirle a la víctima el bien extrapatrimonial que le ha sido lesionado, surge entonces la posibilidad de brindarle una satisfacción económica que, en parte, compense el daño causado"*²

Al respecto consideramos que la condena impuesta por daño moral resulta exageradamente tasada teniendo en cuenta que no fue demostrado el daño sufrido, mucho menos la supuesta inmensidad e intensidad de afectaciones no probadas, en cuanto toca con el daño moral y el daño a la vida de relación, llamado en otrora fisiológico, debemos decir, "que el primero se refleja en la esfera interior de la persona, por el dolor, la aflicción, la congoja que padece, producto de una lesión que se le ha infligido; en tanto que, el segundo, obedece a las consecuencias de orden externo que de allí emergen, por la frustración que se le causa en lo social, en lo familiar, en lo cotidiano. Es, diríase, soportar un cambio en las condiciones normales de vida, contra la voluntad de la persona que ha padecido el daño. Así lo recordó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 17 de noviembre de 2016, SC16690-2016, con ponencia del Magistrado Álvaro Fernando García Restrepo, en la que se rememoró la del 13 de mayo de 2008, radicado 1997-09327-01, que incursionó, en sede ordinaria, en el reconocimiento del daño a la vida de relación", lo anterior, es un fragmento de la sentencia proferida por nuestro Honorable Tribunal Superior, en su Sala Civil – Familia, de fecha 12 de julio último, M.P. Jaime Alberto Saraza Naranjo.

En tal medida en lo que tiene que ver con los demandantes Juliana Ortiz Garro como víctima directa, Miguel Ángel Ortiz Garro y Angie Valeri Garro, no se demostraron con suficiencia dentro del trámite procesal de primera instancia las supuestas afectaciones, aflicciones, congoja ni mucho menos frustraciones de secuelas inexistentes, se equivoca el despacho de primer grado, al omitir el precedente jurisprudencial y la doctrina

¹ TAMAYO JARAMILLO JAVIER. Ibidem, Pag. 503

² Javier Tamayo Jaramillo, Ibidem, Pags. 491 a 493

probable actualmente aplicable en la jurisdicción civil, en sentido en que se finca en un precedente jurisprudencial donde los calificativos para el daño padecido por las víctimas obedecieron a criterios de gravedad y tragedia, como ocurre en la sentencia SC 5686-2018, más conocida como el caso "Ocensa o Machuca" que por la especialidad del evento la Corte atendiendo a criterios necesarios de reparación integral sobrepasó el baremo jurisprudencial y lo tasó en \$ 72.000.000, máxime en tratándose de un evento catastrófico donde fallecieron y resultaron heridas cientos de personas, con ocasión de la explosión de miles de barriles de petróleo derramados en el río Pocuné.

Situación que difiere con creces del caso que nos reúne, máxime cuando la intensidad del daño es inexistente, como se verá detallado más adelante, tampoco es del caso, que el perjuicio subsista por la inexistencia de secuelas en la salud de la menor relacionadas con el medicamento.

Lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia Sala Civil, ha sostenido a la fecha que el baremo o tome indemnizatorio incluso en casos de fallecimiento no debe superar el máximo de \$60.000.000. tal y como pasa a exponerse a continuación.

*"Bajo ese contexto, la tasación realizada por esta Corte en algunos eventos donde se ha reclamado indemnización del perjuicio moral para los padres, hijos y esposo(a) o compañero(a) permanente de la persona fallecida o víctima directa del menoscabo, se ha establecido regularmente en **\$60´000.000,00,**³ **lo cual implica, prima facie, que dicha cuantía podrá ser guía para su determinación.** AC3265-2019. Reiterado en: [SC13925-2016; SC15996-2016; SC9193-2017]" (Énfasis es nuestro).*

*En la tarea de estimar pecuniariamente los agravios morales, además de atender el marco fáctico de ocurrencia del daño (condiciones de modo, tiempo y lugar del hecho lesivo), la situación y condición de los perjudicados, **la intensidad de la ofensa**, los sentimientos y emociones generados por ella y demás circunstancias incidentes, **el juez debe acudir a los criterios orientadores de la jurisprudencia:** SC3728-2021. Reiterado en: [CSJ SC 18 sep. 2009, rad. 2005-00406-01, CSJ SC 8 ago. 2013, rad. 2001-01402-01, CSJ SC5885-2016, 6 may. 2016, rad. 2004-00032-01 y CSJ SC12994-2016, 15 sep. 2016, rad. 2010-00111-01] (Énfasis es nuestro).*

Aunque no estamos de acuerdo en la responsabilidad atribuida a mi representada ni al análisis hecho por el despacho lo cierto y sin que implique alguna confesión es que, en el hipotético evento de existir un daño reflejado en perjuicios morales a favor de la parte actora, estos no pueden burlar el precedente jurisprudencial por demás doctrina probable que en el particular ha sentado la Corte.

De lo anterior que además de resultar exagerada la tasación de perjuicios por parte del despacho, y aunque reiteramos que el daño en sí es inexistente, pues no subsistió tal y como lo declararon los expertos que acompañaron la práctica de pruebas, en el evento de la revisión por parte del superior dicha falencia en la apreciación y aplicación del precedente jurisprudencial en materia indemnizatoria deberá ser corregido o suprimido.

³ Doctrina probable consolidada en las sentencias SC1395-2016, SC15996-2016, y SC9193-2017. No obstante, si bien dicho montó en la sentencia SC5686-2018 (caso tragedia de Machuca) se reajustó, según las particularidades del caso, en \$72´000.000,00, dicha cifra se corresponde con las graves consecuencias del daño causado producto de una tragedia colectiva.

2. INDEBIDA APRECIACION DE LA RESPONSABILIDAD ATRIBUIDA A AUDIFARMA POR INSUBISTENCIA DEL PERJUICIO ALEGADO.

Como es bien sabido y ha sido altamente discutido, para que se pueda endilgarse la responsabilidad que arbitrariamente es adjudicada a mi representada se hace menesteroso la configuración de tres elementos absolutamente indispensables para tal fin, a saber: i) Un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, cierto y determinado o determinable, que se inflige a uno o a varios individuos; ii) Una conducta, activa u omisiva, jurídicamente imputable y; iii) Cuando hubiere lugar a ella, una relación o nexo de causalidad entre esta y aquél, vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción o la omisión atribuible a la accionada. Para el caso que nos ocupa, no existe prueba alguna, si quiera sumaria, que indique la materialización de un daño antijurídico cierto y determinable infligido a la menor Juliana Ortiz Garro, la cual se encuentra en perfectas condiciones de salud. Luego, resulta inexistente la materialización del daño como uno de los elementos sin el cual no es posible atribuir responsabilidad a mi representada AUDIFARMA S.A.

De antaño, tanto la jurisprudencia como la doctrina en materia de Responsabilidad, ha determinado que **“sólo se puede y debe indemnizar el daño y nada más que el daño causado”**, en este caso, no sólo obran pruebas determinantes que tornan inexistente el fundamento del deber de reparar, es decir, conforme lo hemos anotado previamente, la parte actora no demostró ni de manera sumaria el supuesto daño, es así como el ad quo no percibió daño ostensible o sustancial para poder condenar perjuicios de orden físico, las lesiones presuntamente alegadas en el libelo de la demanda, son inexistentes, por lo cual no existe daño y por ende ningún perjuicio indemnizable.

Adicionalmente, ante la inexistencia de un daño antijurídico cierto y determinable infligido a la menor, Juliana Ortiz Garro resulta inexistente también la responsabilidad que se le atribuye, siendo imposible declarar responsabilidad civil en cabeza de esta ante la inexistencia de los elementos estructurantes de la responsabilidad civil extracontractual

Por lo anterior no es cierta la narrativa de la parte actora tratando de endilgar algún tipo de responsabilidad e intentando demostrar un daño inexistente, no obstante, no se percibe ni de manera sumaria que este haya sido la causante del supuesto daño predicado en el libelo de la demanda, por el contrario, mi representada no está llamada a resarcir ninguna afectación, máxime como se ha indicado en este caso no está probado el daño, ni mucho menos AUDIFARMA S.A, tuvo algún tipo de injerencia, en consecuencia no es dable predicar la existencia de algún tipo de daño, Maxime cuando no fue probado ni se allegaron los elementos facticos ni jurídicos para declarar como prosperar estas pretensiones.

No hay un solo documento entonces que permita por lo menos de manera sumaria percibir algún tipo de daño como primer elemento que estructura la responsabilidad civil pretendida, la certeza del daño no es visible ni evidente, por lo tanto no puede considerarse a los efectos de la responsabilidad endilgable, a tono con lo anterior corresponde poner en evidencia que, con las pruebas allegadas al proceso, no se configura el primer elemento de la responsabilidad esto es, el daño antijurídico alegado en la demanda, y posterior a ello no es dable las imputaciones que se realizan en contra de mi representada, la acreditación del supuesto daño como lo prevé el artículo 167 del Código General del Proceso, cuando indica que corresponde a las partes demostrar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, además teniendo de presente el principio de libertad probatoria, ello no implica que la

simple manifestación del actor tenga valor suasorio con mayor razón cuando para el caso en comento, no se tiene certeza de las supuestas afectaciones; por lo tanto no se percibe el daño antijurídico por el que reclaman.

Para el presente caso, es palmario que el a quo no evidenció daño físico o secuela posterior en la menor, pues del material obrante en el plenario y de las diferentes pruebas practicadas, se llega a la conclusión de que la menor no sufrió ningún tipo de afectación contiguo al suministro del medicamento, además de que la permanencia en el hospital fue de manera preventiva, sin que se pudiera evidenciar algún padecimiento o circunstancias que dé nacimiento a cualquier tipo de indemnización, resulta menesteroso recordar el dictamen por parte de la Dra. ANA KATHERINA SERRANO GAYUBO el cual además de permanecer incólume en cuanto a tachas o contradicciones, indicaría que es claro que respecto al suministro del medicamento Prednisolona, en la dosis de 100 mg/ en principio este porcentaje NO era mortal, pues como indicaría la galeno, la dosis letal de este medicamento es de por lo menos 240 mg/kg de peso corporal, y la dosis suministrada fue de 10.98 mg/kg, el cual está ampliamente distante de ser una dosis letal o si quiera peligrosa, no obstante si en gracia de discusión se dijera que esta era una dosis más alta de la recomendada, en ningún momento estuvo en peligro la vida de la menor por el suministro de este medicamento, como se cayó en error por parte del Juzgador.

"En toxicología, se denomina dosis letal media o dosis letal 50 (DL50) a la cantidad de la dosis de una sustancia o medicamento necesaria para matar a la mitad de un conjunto de animales de prueba después de un tiempo determinado. La DL50 de la prednisolona es de 240 mg/Kg de peso corporal. La dosis que se le di o a Juliana fue 10,98mg/Kg, la cual estaba muy distante de ser una dosis letal pero sí fue una sobredosis, ya que la dosis recomendada para su patología era 1mg/Kg."

En igual sentido las reacciones adversas por una dosis mayor a la recomendada, como lo indicó el dictamen médico pericial, son de rara ocurrencia e incluso pueden presentarse en el suministro de una dosis normal las cuales pueden ser el crecimiento del pelo excesivo y anormal en lugares del cuerpo o la cara que no suelen presentarse, además de náuseas y vómitos, inflamación estomacal, reflujo gástrico.

"-Náuseas y vómitos, inflamación estomacal, reflujo gástrico, úlceras gastrointestinales.

-Acné, retrasos en el tiempo de cicatrización de heridas, aparición de estrías, aumento del crecimiento del pelo excesivo y anormal en lugares del cuerpo o la cara que no suelen presentarlo."

Ahora bien, el dictamen en igual sentido dejaría claro que el tiempo en que tarda en eliminarse el 50 % de la concentración plasmática alcanzada por una dosis mayor es de unas 3 horas que puede ascender a 19 – 36 horas y que no se esperarían la presencia de efectos adversos por más de 1 a 2 semanas de haber suspendido el tratamiento; ahora bien de lo que se desprende de la historia clínica y del material obrante en el plenario, la menor tuvo afectaciones mínimas por el suministro del medicamento en la dosis en la que fue suministrada por su madre, la cual claramente no fue la alopecia como lo indica la parte actora.

"No hay descripción en la historia clínica que Juliana haya presentado alopecia (caída del cabello) adicionalmente no hay bibliografía científica que reporten alopecia como efecto adverso de sobredosis con prednisolona incluso, se reporta todo lo contrario, la hipertriosis que

es el aumento del crecimiento del pelo excesivo y anormal en lugares del cuerpo o la cara que no suelen presentarlo. Tampoco cuento con historias clínicas posteriores al evento en mención que reporten eventos a largo plazo”

De lo anterior, es que uno de los efectos adversos es el crecimiento del vello en zonas donde normalmente no están, en tal sentido las afectaciones de la menor JULIANA ORTIZ GARRO, fueron pocas, como el vómito, que supuestamente tuvo después del primer día del suministro del medicamento, es con esto que se puede concluir que no está demostrado el daño, porque definitivamente no existió o el mismo no es subsistente, en consecuencia no debió declararse como prósperas las pretensiones de la demanda en ausencia de causa jurídica que diera lugar a ello.

Aunado a esto a diferencia de los perjuicios morales que tienen a satisfacer el dolor interno de la víctima a consecuencia de un daño corporal, lo que buscan es reparar el daño que esa lesión corporal tuvo en la vida exterior de la víctima, en la medida en que tal hecho haya causado disminución de las actividades placenteras de la vida, como lo son las recreativas, culturales, deportivas entre otras, alteración de las condiciones de existencia.

Conforme a lo anterior, en el presente asunto, no se tiene acreditado las consecuencias o los daños que supuestamente tuvo la menor JULIANA ORTIZ GARRO que fundamento las pretensiones solicitadas por la parte actora, pues bien, tal y como se describe en la historia clínica, la menor estuvo en observación donde se descartaron consecuencias graves por el hecho del suministro irresponsable y desmedido del medicamento por parte de su madre.

De tal manera, que no podría afirmarse que mi representada deba responder por las condiciones de salud que tuvo la menor dado que para la generación de este hecho intervino la errada formulación del profesional de la salud que en primera medida atendió a la menor y en consecuencia la actuación irresponsable de la madre de la menor la señora ANGIE VALERIA GARRO al suminístrale medicamentos sin verificar la formula médica y asumiendo el riesgo de las reacciones adversas de la menor.

De ahí que no procedería de ninguna manera la indemnización por dicho supuesto daño para los padres de la menor por lo señalado por la alta corte aquí referenciado, igualmente se deberá estudiar detenidamente las pruebas que acrediten el daño de la menor para determinar su procedencia.

Para el presente asunto, se debe tener en cuenta señor adicionalmente que la empleada de AUDIFARMA S.A. al tener conocimiento del error, inmediatamente se comunicó con la señora ANGIE VALERIA GARRO a fin de informarle el inesperado y lamentable suceso, así mismo tenemos que mi representada respondió debida y oportunamente el derecho de petición enviado de fecha 17 de julio de 2017, el 24 de julio de 2017 donde manifestó:

- “Se realizó valoración prioritaria con su asegurador con el fin de evaluar el estado de salud del paciente.
- Se realizó acompañamiento telefónico constante a madre de la paciente por parte de profesional farmacéutico con el fin de valorar estado de salud, sintomatología presentada y manejo administrativo. Se solicitó autorización de revisión de Historia Clínica durante la hospitalización a paciente, sin embargo, esta fue negada por lo cual se continuó acompañamiento telefónico.
- Se estableció comunicación con madre de la paciente y de forma cordial se ofreció una disculpa por el error presentado, se indago por estado de salud de la niña y de forma breve se comentaron las pautas que ejerce Audifarma S.A. para evitar que errores como este se presenten nuevamente,

- Se iniciará proceso disciplinario a funcionario asociado con la dispensación del error de medicación con el fin de definir incumplimientos en el proceso y protocolo de dispensación y entrega segura de medicamentos.
- Se realizó socialización del error con los funcionarios del servicio farmacéutico, en el Comité Mensual de Errores de Medicación.
- Se citó a la funcionaria asociada al error y se evaluará conocimientos y consecuencias del error con el objetivo de evitar errores de iguales características en el futuro.
- Compromiso frente a la prevención de este tipo de eventos, fundamentado en un adecuado cumplimiento del procedimiento de dispensación, que incluye la verificación del medicamento prescrito y entregado al paciente correcto.”

De todo lo anterior, se infiere con clarividencia que el caudal probatorio apunta unívocamente a la inexistencia o insubsistencia del perjuicio alegado, elemento esencial del daño que ha sido estudiado especialmente por la doctrina, así las cosas, en ausencia de dicho elemento, el perjuicio como elemento componente y accesorio del Daño, en la estructura de la responsabilidad, en su ausencia limita el reconocimiento del mismo, pues desaparece la conceptualización misma de daño, y como es sabido, a falta de uno de aquellos que compone la triada de la responsabilidad civil (daño, culpa y nexo causal) luego no surge obligación indemnizatoria.

3. INDEBIDA APRECIACION PROBATORIA RESPECTO DE LA CAUSA EXTRAÑA ACREDITADA: LA ASUNCION DEL RIESGO Y CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA POR PARTE DE LOS PADRES.

En igual sentido es preciso indicar que el ad quo estableció y apreció erróneamente los elementos probatorios allegados al proceso se deberá poner nuevamente bajo análisis lo esgrimido ante el a-quo. En virtud del principio de congruencia.

“ARTÍCULO 281. CONGRUENCIAS. La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta. Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio.” (ley 1564 de 2012) (Negrilla y Subrayado fuera del texto original)

Es pertinente traer de presente el principio de Arbitrio Judicial que permite al juzgador realizar la tasación de perjuicios según su propia convicción y criterio dentro de un marco legal y fundamentado. Tal como lo podemos observar en las decantadas consideraciones de la Corte Constitucional al referirse al mencionado principio general del derecho, como la siguiente:

"PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO/ARBITRIO JUDICIAL ¿A qué alude entonces, es ahora la pregunta pertinente, la expresión principios generales del derecho en el contexto del artículo 230 de la Carta del 91? Si el juez tiene siempre que fallar (en nuestro ordenamiento tiene además el deber jurídico de hacerlo), y en el Estado de derecho, como exigencia de la filosofía del sistema, debe edificarse la sentencia sobre los fundamentos que el mismo derecho señala, ¿qué debe hacer el fallador cuando los elementos contingentes del derecho positivo se le han agotado sin encontrar en ellos respaldo para su decisión? No hay duda de que la situación descrita, por vía de hipótesis, es una situación límite, nada frecuente, pero demandante de una previsión del propio ordenamiento. El nuestro, lo autoriza a recurrir a contenidos extrasistemáticos, a los que el propio sistema refiere formalmente V.gr.: el derecho natural, la equidad, los "principios generales del derecho", expresiones todas que claman por una concreción material que sólo el juez puede y debe llevar a término. Se trata entonces de principios que no satisfacen las condiciones de la regla de reconocimiento y, por ende, no hacen parte del ordenamiento pues no son materialmente reductibles a la Constitución. Ahora bien: cuando se trata no de integrar el ordenamiento sino de optar por una entre varias interpretaciones posibles de una norma que se juzga aplicable, entran a jugar un importante rol las fuentes jurídicas permisivas (en el sentido de que no es obligatorio para el juez observar las pautas que de ellas se desprenden) tales como las enunciadas por el artículo 230 Superior como "criterios auxiliares de la actividad judicial"."

La anterior descripción derivada de la Sentencia No. C-083/95, podemos ampliarla brevemente con criterios doctrinales sobre el análisis de la importancia y relevancia del arbitrio judicial luego de la expedición de la Constitución Política de 1991, así se relata en escrito "El daño a la salud en Colombia - retos frente a su delimitación, valoración y resarcimiento" del Doctor Enrique Gil Botero en revista de la Universidad Externado de Colombia⁴:

"Al respecto, es importante la distinción efectuada por Alejandro Nieto, entre arbitrio y arbitrariedad, según la cual, en los esquemas sociales y jurídicos modernos, no es posible privar al juez de potestades de arbitrio judicial; lo importante es saber trazar la línea divisoria a partir de la que aquella potestad legítima de los funcionarios judiciales, se transforma en arbitrariedad, momento en el que las decisiones se tornan, claramente ilegítimas y, por consiguiente, en vías de hecho. Sobre el particular, el autor (Nieto, 2001: 219) señala:

El arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien -como es lo más frecuente- combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación -la ley y el caso- utilizando al efecto primero la técnica de interpretación de la norma y luego su adaptación al caso concreto... El arbitrio es el factor humano que el juez añade a los datos aportados por el

⁴ <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/download/3385/3554?inline=1#num59>

ordenamiento jurídico. El arbitrio es fruto del árbol de la prudencia, madurado al sol de la justicia (del sentimiento de justicia) con el transcurso de la experiencia. El arbitrio hace que la sentencia sea una obra humana y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanicista. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfía hasta el punto que se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despeña inevitablemente en la arbitrariedad.

(...)

El arbitrio iuris siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley⁵

Estudiando los elementos facticos y jurídicos sobre el caso en concreto, podemos aseverar que a la parte actora no la asiste el derecho reclamado, toda vez de que no logra probar en el libelo de la demanda ni en el material obrante en el plenario, que haya existido algún daño

no logra acreditar ninguna negligencia de parte de las codemandadas, por lo cual no es dable para los demandantes la solicitud del pago de daños y perjuicios no probados, máxime cuando está demostrado que para el caso en concreto mi representada cumplió con todas sus obligaciones aunado a que los demandantes no acreditaron suficientemente las supuestas afectaciones por el suministro de la prednisolona consecuentemente a ello no está probado ni se dan los presupuestos para que dé lugar a indemnizar.

Consideramos que se está ante una causa extraña no imputable, que implica ausencia de responsabilidad por parte de la entidad demandada **AUDIFARMA S.A.**, por cuanto se explicaba con anterioridad, que la señora ANGIE VALERIA GARRO a pesar de los síntomas que presentó la menor como reacción a dicho medicamento siguió suministrárselo e hizo caso omiso a tal advertencia, pues bien, la parte actora indica en el hecho sexto del libelo introductorio:

"(...) aproximadamente un minuto después tiene una reacción y presenta abundante vómito y se coloca de color rojo, presentando incomodidad sugerible de un fuerte dolor en su cuerpo (...)"

Entonces genera gran duda el por qué una madre, luego de ver la reacción de su hija ante tal medicamento lo sigue suministrando asumiendo que las consecuencias que vio en su hija, probablemente pudo ser alérgica al medicamento o múltiples hipótesis en las que se encontraba en riesgo la vida de su hija, y pese a tales advertencias sigue

⁵ Es el momento de poner punto final. No quiero hacerlo, sin embargo, sin proclamar muy alto y muy claro mi radicar desacuerdo con esa idea que puso en circulación K.C. Davis y que se repite desde entonces con injustificado entusiasmo de que el Derecho termina donde comienza la discrecionalidad. Esa idea pudo ser cierta mientras estuvo vigente el paradigma del Estado legal de Derecho; hoy, en cambio, es inaceptable. El cambio de paradigma, el paso del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de Derecho, ha cambiado radicalmente las cosas. Las reglas, que en cuanto razones perentorias para la acción hacen innecesario el razonamiento porque ellas mismas han resuelto de antemano el conflicto de intereses que plantea el supuesto de hecho que regulan, han cedido su anterior protagonismo a los principios, cuya aplicación reclama inexcusablemente un esfuerzo de ponderación y, por lo tanto, de argumentación racional para encontrar una solución del caso que ya no viene dada de antemano y que, por lo tanto, sólo puede sostenerse sobre la base de razones, de las razones que se revelen más fuertes en su inevitable confrontación con las que se les opongan en el concreto escenario procesal en el que el conflicto se plantee" (Fernández, Tomás-Ramón, 2005: 131 y 132).

suministrando el medicamento esperando las mismas reacciones, es por esto que tal actuación se debe configurar en una acción imprudente e irresponsable por parte de los padres de la menor de edad.

Lo anterior, máxime si tenemos en cuenta dos puntos de radical importancia en el análisis causal de lo ocurrido; el primero, es que todos los medicamentos suministrados ya sea por mi representada o por cualquier dispensador de medicamentos en el territorio Nacional, cuenta con una serie de advertencia y contraindicaciones de uso del medicamento en su envoltorio, generalmente, una de ellas la suspensión del medicamento en caso de presentar síntomas y/o alteraciones asociadas con su ingesta, y en tratándose de una madre, con la habilidad de lectura, ello fue un primer punto a analizar y que pasó insospechado por el a quo.

En un segundo escenario, tenemos que la madre quien es responsable por los actos de su hijo menor, ostenta en cabeza suya un deber de garante, frente al cual responde civil e incluso penalmente en algunos casos, tal es así la hipótesis, que si se quisiera realizar por parte de la Fiscalía General de la Nación una investigación oficiosa y/o a solicitud de parte por el delito de lesiones personales culposas, podría desatarse el evento de una sentencia que la declare responsable por dicho tipo penal, pero que evidentemente derive en la aplicación de la pena natural.

Tenemos que en el presente asunto la menor JULIANA ORTIZ GARRO se configura como persona que se encuentra bajo la potestad integral de sus padres, esto es bajo su cuidado, protección y supervisión; así lo menciona la normatividad colombiana en su Código Civil:

"Artículo 2346 Responsabilidad por daños de dementes e impúberes: *Los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa; pero de los daños por ellos causados serán responsables las personas cuyo cargo estén dichos menores o dementes, si a tales personas pudieren imputárseles negligencia.*

Artículo 2347 Responsabilidad por el daño ajeno: *Toda persona es responsable, no sólo de sus propias acciones para el efecto de indemnizar daño, sino del hecho de aquellos que estuvieran a su cuidado.*

Así, los padres son responsables solidariamente del hecho de los hijos menores que habiten en la misma casa (...)"

El tratadista Javier Tamayo Jaramillo en su obra Tratado de Responsabilidad Civil Tomo II del año 2009 a página 23 señala:

"ACCIÓN PERSONAL DE LOS PADRES DEL MENOR VÍCTIMA

*Cuando los padres de la víctima directa ejercen su propia acción personal, también a ellos les es oponible la culpa de la víctima, sean o no sus herederos si ellos, a su vez, han cometido una culpa. **Si la víctima es un menor por el cual los padres deben responder, la culpa de la víctima hará presumir la culpa de los padres demandantes** y en consecuencia se vuelve al punto de partida y la reducción se produce ipso facto. (...)*

*En general, cuando el demandante que no ha sido víctima directa ha cometido una culpa, se produce la reducción de que habla el artículo 2347 del Código Civil, independientemente de que haya existido o no, la culpa de la víctima directa del daño. Por ejemplo, **si la víctima es un demente o un menor de diez años, la culpa de los padres en la vigilancia de esa víctima, incapaz aquiliana, hará posible que a ellos se les oponga su propia culpa, en caso de que***

demanden, pues, aunque la víctima directa no podría cometer culpa ellos sí incurrieron en falta al no haber vigilado adecuadamente al menor.

En este orden de ideas, claramente dicho escrito se asemeja a la realidad que recae en el presente caso pues efectivamente los demandantes y padres de la menor JULIANA ORTIZ GARRO incurrieron en falta al **NO HABER VERIFICADO LA CONCENTRACION DEL MEDICAMENTO** que suministraron a la menor, evidenciando así una falta al deber objetivo de cuidado de los padres hacia la menor lo que conduce a una exclusión de responsabilidad por parte de la entidad demandada.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, en sentencia de noviembre 15 de 1963 menciona al respecto:

"Conforme a las normas de los artículos 2347 y 2349 del Código Civil, la responsabilidad indirecta de la persona moral resulta, no solamente de una relación de dependencia o subordinación en sentido lato, sino de un deber específico de custodia que no se presenta entre la persona jurídica y sus empleados o servidores; Esa responsabilidad indirecta supone dualidad de culpas conforme a la concepción clásica que funda la responsabilidad del comitente en las culpas in eligendo o in vigilando, o sea la concurrencia de la imputable al comisionado o dependiente como autor de eventus damni con la in eligendo o in vigilando que se atribuye al patrono, en tanto que la culpa en que puede incurrir la persona moral es inseparable de la individual del agente, por que aquella obra por medio de sus dependientes o empleados, de modo que los actos de éstos son sus propios actos (...)

De esta manera lo define la Corte Constitucional en su Sentencia C-1235/05, Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL, ha señalado:

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL POR EL HECHO AJENO-Culpa in vigilando, culpa in eligendo.

El artículo enjuiciado es uno de los que en el Código Civil regulan el tema de la responsabilidad civil extracontractual por el hecho ajeno. Este tipo de responsabilidad civil es la que se imputa por disposición de la ley a una persona que a pesar de no ser la causante inmediata del daño, está llamada a repararlo por la presunción de culpa que sobre ella pesa, la cual, según un sector de la doctrina acogido por nuestro ordenamiento civil, se funda en el incumplimiento del deber de vigilar, elegir o educar -culpa in vigilando, culpa in eligendo- al causante inmediato del daño, con quien de acuerdo con los supuestos previstos en las normas, tiene una relación de cuidado o dependencia. (...) El entendimiento de la modalidad de responsabilidad por el hecho ajeno ofrece alguna discusión en la doctrina, como quiera que bajo una comprensión más compleja se suele sostener que la responsabilidad en estos casos no tiene origen en la conducta de un tercero -responsabilidad indirecta-, sino en el incumplimiento del deber propio -responsabilidad directa -, cual es en cada caso el de vigilar, elegir o educar y que vendría a constituir la causa inmediata del daño.

Adicionalmente y de conformidad con la ley 1098 de 2006 por el cual se expide el Código de Infancia y Adolescencia, señala respecto de la obligación de los padres:

"Artículo 39. Obligaciones de la familia. La familia tendrá la obligación de promover la igualdad de derechos, el afecto, la solidaridad y el respeto recíproco entre todos sus integrantes. Cualquier forma de violencia en la familia se considera destructiva de su armonía y unidad y debe ser sancionada. Son obligaciones de la familia para garantizar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes:

1. *Protegerles contra cualquier acto que amenace o vulnere su vida, su dignidad y su integridad personal.*
7. *Incluirlos en el sistema de salud y de seguridad social desde el momento de su nacimiento y llevarlos en forma oportuna a los controles periódicos de salud, a la vacunación y demás servicios médicos."*

Lamentablemente los señores MIGUEL ANGEL ORTIZ y ANGIE VALERIA GARRO, como padres de la menor JULIANA ORTIZ GARRO no tuvieron la precaución necesaria en ese preciso momento, lo que desafortunadamente se configuró en un perjuicio para su hija, pues se insiste en la irresponsabilidad de la madre de la menor al suministrarle un medicamento sin verificar la fórmula médica y posterior a eso dejar pasar por alto los graves síntomas que presentó la menor al ingerir dicho medicamento, esperando días enteros para llevarla donde un profesional de la salud.

Si la víctima indirecta en este caso, que son los padres de la menor JULIANA ORTIZ GARRO a sabiendas y voluntariamente, han asumido el riesgo inherente a una acción particular que causó un daño, no puede demandar a otra persona (s) por negligencia si usted resulta lastimado. Por ejemplo, si usted ve un letrero que dice "caliente: no tocar" pero, a pesar de ello, usted toca el objeto y se quema su mano, puede decirse que usted "**asumió el riesgo**". Esto impide que usted pueda obtener alguna compensación. Otro ejemplo común de la asunción del riesgo es la participación en un deporte en el que ciertamente existen riesgos inherentes al juego.

En todo caso se configura "**LA TEORÍA DE ACEPTACIÓN DE RIESGOS**" por cuanto la víctima directa e indirecta (sus padres) tenían pleno conocimiento de las condiciones de los juegos del parque, su alta probabilidad de fallar.

"I. La aceptación de riesgos en la responsabilidad civil..."

...4. EFECTOS

2. *Se dice que el criterio de la asunción del riesgo entraña una neutralización de las responsabilidades de pleno derecho, con alcances similares a las cláusulas exoneratorias de responsabilidad en el ámbito contractual. Funciona, por así decirlo, como un título de desimputación con respecto a la conducta del creador del riesgo, por la responsabilidad asumida por quien, de forma consciente y voluntaria, se sitúa en la situación de peligro, que a la postre causó el daño. Salvo, claro está, que el sujeto desencadenante del riesgo lo hubiese agravado de forma culposa o incluso intencionada, generando riesgos excepcionales o anómalos, al margen de los típicos o específicos de la actividad peligrosa de que se trate, en cuyo caso la asunción del riesgo de parte de la víctima resultará totalmente indiferente y el daño deberá ser íntegramente reparado por el causante." (Subrayado Fuera de Texto) Editorial Temis S.A La Obligación de Seguridad, Segunda Edición Juan Manuel Prévot, Capítulo XII, ACEPTACIÓN DE RIESGOS, I Numeral 4º Pág. 306*
3. *"El ámbito en que se postula que la asunción del riesgo constituye una causal de eximición es el de la responsabilidad por riesgo. Se sostiene que la aceptación del riesgo es una causal autónoma de liberación del presunto responsable; que en aquellos casos en que la víctima ha aceptado libremente correr con los riesgos que supone la utilización de una cosa peligrosa, si pretende comprometer la responsabilidad del dueño o guardián, deberá probar su culpa resultando insuficiente la alegación de la responsabilidad objetiva"⁶*

⁶ MAZINGHI, Jorge Adolfo (h.) "La víctima del daño y la aceptación de los riesgos" E.D., 76-875.

Claro resulta entonces que la conducta desplegada por la víctima en los hechos hoy objeto del proceso, encuadra a la perfección en la denominada figura de la **CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA.**

No cabe más que la culpa fue ocasionada por la imprudencia e irresponsabilidad de la madre de la menor, al asumir el riesgo y no prevenir en primer lugar que tenía que entregar la fórmula médica al expendio por protocolo de la entidad para posteriormente verificar y corroborar el medicamento que le iba a suministrar a su propia hija.

Por lo que se demuestra que la actuación de los padres, especialmente de la madre al haber sido quien asistió al expendio y le suministro el medicamento a la menor, tuvo injerencia en la producción del daño, toda vez que actuó determinadamente en la producción del hecho, dicha argumentación es respaldada también por el informe aportado al proceso por parte del Químico Farmacéutico Luis Lezama Rodríguez donde en análisis de causalidad indica a página 5 del informe, folio 81 del expediente:

"Causas médico o paciente:

"Paciente: No hubo verificación por parte de la madre de la paciente con respecto a la concentración administrada."

De ahí que la actuación imprudente e irresponsable de la señora Angie Valeria Garro conlleva a una falta al deber de cuidado y diligencia frente a la menor de edad, pues si estos hubiesen cumplido con el cargo y cuidado de la menor JULIANA ORTIZ GARRO no se hubiese producido tan lamentable hecho, pues sobre ellos recae el deber de vigilancia y control de su propia hija.

Es así como mi representada, no puede hacerse cargo por incumplimiento e irregularidad de las practicas realizadas por el profesional de la salud, pues este indica y receta medicamentos de acuerdo con su conocimiento y practica lo que está por fuera del manejo y de la responsabilidad de **AUDIFARMA S.A.**

SOLICITUD

Corolario de todo lo anterior, solicito respetuosamente a la Honorable Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, se sirva **REVOCAR** el fallo proferido por el juzgado Séptimo Civil Del Circuito de Cali, con ocasión a los reparos enlistados y la sustentación de los mismos, donde se evidencia la decisión y motivación equívoca por parte del Juzgado, pero además, por la existencia causas extrañas y/o ausencia de los elementos de la responsabilidad civil que se le atribuye injustificadamente a mi representada.

Cordialmente,



HÉCTOR JAIME GIRALDO DUQUE

C. C. No. 9.870.052 de Pereira

T. P. No. 142.328 C.S.J.

hector.giraldo@giraldoduqueandpartners.com