TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISION CIVIL-FAMILIA

Magistrado Ponente: Gonzalo Flórez Moreno

Pereira. Noviembre dieciséis del año dos mil once

Acta número 497 del 16 de noviembre del año 2011

Expediente 66001-31-03-005-2007-00085-01

Se resuelven los recursos de apelación interpuestos oportunamente por ambas partes contra la sentencia proferida el veintisiete (27) de enero del corriente año por el JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE LA CIUDAD, dentro de este proceso Ordinario (de responsabilidad contractual), promovido por el **Dr. GILBERTO GONZÁLEZ AGUIRRE**, mediante apoderado, en contra de la sociedad **INVERSIONES DAMAPE SALUD S.A. y la Dra. ANDREA MEJÍA GALLEGO.**

I. RESUMEN DE ANTECEDENTES :

Ante el citado despacho judicial el actor, por conducto de apoderado, pidió que con citación y audiencia de los demandados se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

a.) Que se declaren civilmente responsables a los demandados por los daños ocasionados al demandante y en consecuencia se disponga la indemnización integral de perjuicios, según lo dispuesto en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, de las siguientes sumas, " Hecho 17" de la demanda:

- Daño emergente la suma de $776.052.oo. M.C.
- Lucro cesante la suma de $16.023.864.oo. M.C.
- Daño moral cien salarios mínimos legales mensuales equivalentes a $43.370.000.oo. M.C.
- Daño a la vida de relación, una suma igual a la anterior.

b.) Que dichas sumas sean actualizadas conforme a la ley teniendo en cuenta la pérdida de poder adquisitivo del peso colombiano y que se complementen con los intereses legales del 0.5% desde que se causó el daño hasta que se verifique el pago.

Tales pretensiones, se fundamentan en los siguientes hechos:

1º.) El demandante Gilberto González Aguirre, médico veterinario, presta labores de asesoría y obtiene ingresos por valor de $2.300.000,oo mensuales. A raíz de una fractura en una de sus piezas dentales asistió a consulta el día 13 de octubre del 2004 en el establecimiento conocido como "SONRIA", de propiedad de la sociedad INVERSIONES DAMAPE SALUD S.A.

2º.) En dicha entidad fue valorado por un profesional del ramo que le diagnosticó una destrucción coronal de una pieza cuya superficie debería ser repuesta y cuyo valor ascendía a la suma de $577.000.oo, de los cuales el demandante debió pagar la cuota inicial por un valor de $218.000,oo.

3º.) El tratamiento se inició el mismo día y estuvo a cargo de la odontóloga, Dra. ANDREA MEJIA GALLEGO, que inició una intervención quirúrgica consistente en la remoción de la parte dañada del diente y su reposición por medio de una corona temporal, para lo cual le suministró al paciente anestesia local (lidocaína), debiendo acudir a una segunda dosis del mismo anestésico por cuanto el tratamiento se prolongaba y existía alguna sensación de dolor.

4º.) Una vez terminado el procedimiento quirúrgico el paciente fue autorizado para incorporarse, lo que le causó alguna dificultad porque se sentía "como borracho". No obstante lo hizo en medio de un mareo, lo que le ocasionó un desvanecimiento y una caída hacia atrás, golpeándose la cabeza y la raíz de la nuca en un muro que había dentro del consultorio, con pérdida de la conciencia

por espacio de cinco minutos, percance que motivó el traslado del paciente al servicio de urgencias de Saludcoop Pereira a donde llegó con dolor de cabeza y "torácico".

5º.) El demandante permaneció en el servicio de urgencias hasta el día siguiente siendo remitido a la Clínica Risaralda para ser valorado por el neurocirujano HANS CARMONA V., quien previa radiografía de la parte afectada, con TAC, cerebral le diagnosticó "Trauma Encefalocraneano moderado- Trauma Cervical- Fractura de odontoides grado II-A", lo que ameritó su hospitalización hasta el día 16 de octubre.

6º.) A raíz de dicho percance el demandante permaneció en incapacidad laboral con cuello ortopédico (Collar de Filadelfia) por espacio de 6 meses, tiempo durante el cual dejó de percibir su salario mensual de $2.300.000.oo. Además, durante todo el tiempo debió asumir gastos de su cuenta como transporte, legalización de documentos, compra de cuello ortopédico, etc., por valor de $582.000.oo.

7º.) Durante todo este tiempo el demandante, aparte del dolor físico propio de una lesión de esta naturaleza, experimentó un gran sufrimiento psíquico, depresión, ansiedad etc. Además, hubo de soportar cambios en su vida social como fruto de su lesión, pues dejó de asistir a eventos como paseos, fiestas y similares, incluida la suspensión de un curso de inglés que estaba adelantando. En resumen, pasó de ser una persona activa y deportista a ser una persona sedentaria y en extremo cuidadosa de situaciones o movimientos bruscos que le puedan causar traumas en su integridad, hecho que lo afectó no solo a él sino también a su familia.

8º.) El accidente le causó al actor perjuicios de diferente orden que discriminados y valorados debidamente arrojan el siguiente resultado: Por daño emergente $776.052.oo; por lucro cesante la suma de $16.023.864.oo. Y por daño moral y daño a la vida de relación un valor igual a $43.370.000.oo para cada uno de dichos rubros.

9º.) La sociedad demandada y la Dra. Andrea Mejía Gallego, dependiente contractual de la Clínica Odontológica, adquirieron una

obligación de garantía respecto de la integridad de su paciente. Dichas demandadas no han indemnizado al actor de los daños de orden patrimonial y extrapatrimonial que le fueron causados y, se anota, tampoco acudieron a la audiencia de conciliación surtida como requisito de procedibilidad, sin justificación ninguna, lo que constituye indicio grave en contra de sus excepciones de mérito.[1]

La demanda fue acompañada de documentación relativa a historia clínica, facturas, fotografías, exámenes médicos, copia de una audiencia de conciliación fallida, etc., todo lo cual aparece a folios 8 a 80 del cuaderno principal.

El auto admisorio se profirió en mayo 31 del año 2007. La notificación personal y el traslado respectivo con la co-demanda, Dra. Mejía Gallego, no fue posible realizarlos, razón por la cual se hubo de acudir al emplazamiento con nombramiento y posesión incluidos de Curadora Ad-litem que manifestó no constarle los hechos y atenerse a lo que resultare probado.

La sociedad demandada, a su turno, compareció por conducto de abogado para pedir la prueba de los hechos, oponerse a las pretensiones de la demanda y proponer las excepciones que denominó "Inexistencia del nexo causal por el supuesto daño y los perjuicios" e "inexistencia de la responsabilidad de la demandada..", que fueron replicadas oportunamente por el apoderado del actor.

La audiencia de conciliación realizada en el curso del proceso se frustró por la inasistencia de las demandadas. La etapa probatoria se surtió con la práctica de todas las pruebas pedidas por las partes, que aparecen en los cuadernos 2 a 5 del expediente.

La oportunidad para las alegaciones solamente fue aprovechada por el apoderado judicial del demandante, que pidió acogida favorable a sus súplicas.

[1] Estos son los hechos más destacables de la demanda. Hay otros menos importantes que pueden ser consultados a folios 4 a 6 del cuaderno principal.

El fallo de primera instancia sobrevino con sentido parcialmente favorable a las pretensiones del actor que, sin embargo, apeló, lo mismo que el apoderado de la referida sociedad. De resolver tales impugnaciones se ocupa ahora la Sala.

II. MOTIVACIONES DEL A-QUO E INCONFORMIDAD DE LOS RECURRENTES:

A.-) El funcionario inicia sus consideraciones verificando la existencia de los presupuestos procesales y la legitimación de las partes. Respecto de ésta, empero, advierte que la Dra. ANDREA MEJIA GALLEGO, en su calidad de odontóloga al servicio de la demandada, no está llamada a responder por el daño reclamado porque, a su juicio, no está probada su vinculación como empleada al servicio de la misma.

Se adentra luego en el estudio de los elementos propios de de este tipo de responsabilidad, particularmente tratándose de la prestación de servicios odontológicos, y los halla configurados, por lo que pasa enseguida a cuantificar los daños, los cuales, sin tener en cuenta los límites trazados en la demanda, fija (nos referimos a lucro cesante) en la suma total de $32.221.877.oo y los extrapatrimoniales en la suma global de $25.000.000.oo (o sea, $15.000.000.oo por concepto de daño moral y los restantes por concepto de daño a la vida de relación).

B*.-)* El apoderado del demandante, de su parte, en alegato presentado en esta instancia, reclama por la no inclusión en la condena impuesta, de la odontóloga, Dra. Andrea Mejía Gallego, a quien sí considera legitimada para responder en este juicio en su calidad de ejecutora material del contrato. Pide, además, que la condena reseñada se complemente con los intereses de tipo comercial- desde el momento de los hechos, hasta cuando se efectúe el pago.

El apoderado de la sociedad referida, a su turno, hace una serie de reparos menores a la demanda, que en su entender, no reúne los requisitos legales y pide expresamente la revocatoria del fallo porque personalmente considera que el accidente no daba ni para una incapacidad de esa naturaleza ni para una indemnización tan elevada.

Los recursos han sido tramitados de conformidad con la ley, e incluso, con pruebas de oficio practicadas en esta instancia. Para resolver lo pertinente se expresan las siguientes

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA :

Los presupuestos procesales se reúnen a plenitud.

La legitimación de las partes, en cambio, requiere un examen más detallado porque, en contra de lo que afirma el funcionario de primera instancia y lo reclama con justicia el apoderado del demandante, la odontóloga Andrea Mejía Gallego sí está legitimada para comparecer como demandada en este asunto, pues de otro modo no resultaría fácil entender cómo -si entre las partes aquí enfrentadas se celebró un contrato de prestación de servicios- la relación jurídica solamente se establezca entre el demandante e Inversiones Damape Salud S.A (propietaria del establecimiento odontológico "Sonría"), siendo así que dicha profesional intervino como agente material o ejecutora directa del contrato, en su condición de dependiente o trabajadora al servicio de la sociedad demandada,[2] lo que necesariamente compromete también su responsabilidad por aquello de que su culpa es la culpa de la persona jurídica por cuya cuenta actúa.

El tema ha sido tratado por la doctrina jurisprudencial de la H. Corte que al examinar un caso similar hizo este razonamiento:

> **"El tema jurídico que propone el presente caso tiene que ver con el tipo de responsabilidad que se le puede imputar al**

[2] Ver folios 15 y 16 del cuaderno ·7 pruebas de oficio en segunda instancia.

autor material del daño que funge de agente (ejecutor material) en el cumplimiento de las obligaciones contractuales adquiridas por otra persona, que sería el deudor principal.

Tratándose del primer punto, como ya se observó, la tendencia está dirigida a atribuirle al tercero que ejecuta materialmente la prestación de la obligación contractual del primigenio deudor, responsabilidad contractual por el cumplimiento defectuoso de la misma, justificada en diversas tesis, que como se vio, van desde "una responsabilidad accesoria", pasando por el contrato a favor de tercero, hasta llegar a aquella que consulta la unidad y la estructura de los vínculos dados entre el contratante inicial, el acreedor y el ejecutante material de la prestación en la condición de agente o auxiliar del primero. (…)

(…), lógicamente se debe predicar una unidad de tratamiento jurídico en el ámbito de la responsabilidad para la clínica y el médico tratante, pues mientras que la primera responde por el incumplimiento del contrato que efectivamente celebró, el segundo lo hace como ejecutor fallido de idéntico objeto prestacional. De ahí que se esté, como lo dice la doctrina, frente a una responsabilidad de índole contractual "indistinta" para ambos sujetos, puesto que es tan contractual el origen de la obligación como su ejecución…"[3]

En igual sentido se pronunció la misma Corporación en sentencia del 22 de julio del 2010, que se cita tangencialmente en aras de la brevedad, pero en uno de cuyos apartes más destacables dice:

"En ese orden de ideas, la culpa del anestesiólogo sería la de la clínica, por cuanto el acto lesivo endilgado a aquel tuvo ocurrencia en la ejecución de los servicios que presta el ente asistencial; desde luego, que el procedimiento anestésico a que fue

[3] Corte Suprema de Justicia, sentencia del 11 de septiembre del 2002, MP. José Fernando Ramírez Gómez.

sometido el paciente está ligado a la cirugía allí practicada, sin que exista el menor indicio de que el profesional fue contratado de manera independiente y autónoma por el paciente."[4]

En lo que sí tiene la Sala una visión muy coincidente con la desplegada por el juez a-quo, es en el punto relativo a los elementos estructurales de la responsabilidad civil (que aquí indudablemente es de tipo contractual como acertadamente la trató el funcionario) porque, a no dudarlo, vista la abundante y articulada prueba recogida en autos,[5] bien se deduce que allí se da cuenta en forma fehaciente y minuciosa del accidente referido a la "fractura de odontoides grado ii" (o sea, fisura de vértebra cervical), que en el curso de un tratamiento odontológico sufrió el actor el 13 de octubre del 2004, cuando era atendido en las instalaciones del establecimiento "Sonría", de propiedad de la sociedad demandada, por la odontóloga al servicio de ésta, Dra. Andrea Mejía Gallego, todo como consecuencia de un síndrome vaso vagal, (también llamado hipotensión postural) que le causó un corto desmayo o desvanecimiento con tan lamentables consecuencias.

A lo cual se agrega que como tales supuestos de hecho de tal responsabilidad (o sea, el daño y la relación de causalidad), no requieren una prueba especial, se deben tener por demostrados con los indicios derivados de la incomparecencia de los demandados, sin causa justificada, ni a la audiencia de conciliación señalada en el curso del proceso[6] ni a los interrogatorios de parte que les iba a formular el apoderado del actor, por lo que de acuerdo con la ley se presumen ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión, que para el caso no son otros que los contenidos en los hechos "2" a "11" de la demanda, como se dijo expresamente por el instructor en la audiencia del folio 2 del cuaderno 2.

Ya en lo tocante a la cuantificación del daño propiamente dicho, la Sala es de otro parecer, porque observa que el juez a-quo no sólo se excedió al tasar su valor en una suma superior a la pedida por el actor (lo que de por sí

---

[4] Expediente No. 41001 3103 004 2000 00042 01 MP. Pedro Octavio Munar Cadena.
[5] Se hace referencia especialmente a la prueba documental del cuaderno principal, el cuaderno ·4 y pruebas de oficio en segunda instancia, cuaderno ·7
[6] Ver folios 125 y 126 del cuaderno principal

constituye un fallo "ultra petita"), sino también porque, sin mucho fundamento, procedió a fijar el lucro cesante discriminándolo en dos períodos diferentes "el primero entre la fecha del accidente y la finalización de la incapacidad, y la segunda desde que cesa la incapacidad hasta el momento del fallo" que necesariamente tenía que llevarlo a valuar dicho rubro en la suma total de $32.221.877.oo moneda corriente.

Pues no.

Porque habida cuenta de dos principios básicos –pero complementarios- que rigen el estudio de la responsabilidad civil, según los cuales los daños padecidos, para su reconocimiento en juicio deben ser ciertos, o por lo menos "altamente probables" y estar **plenamente probados**, de un lado; y del otro, que lo que se debe perseguir en este tipo de litigios es que "..**se repare el daño, todo el daño, pero nada más que el daño.."**[7], la citada suma de $32.221.877.oo m/l., luce francamente desproporcionada si se tienen presentes otros dos factores adicionales, a saber:

El primero, la incapacidad definitiva del lesionado que el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Seccional Risaralda, fijó en cuarenta y cinco (45) días, según dictamen pericial que reposa a folios 1 a 4 del cuaderno 4, que si bien fue objetado por el demandante, su objeción no se abre paso en razón de que las pruebas recaudadas para sustentarla no contrarrestan el mérito convictivo del peritaje.

En segundo lugar, los ingresos probados de la víctima que, según la documentación de folios 60 a 67 del cuaderno principal, ascendían a la suma de $2.300.000.oo m.c., como los aceptó el a-quo, lo que hechas las operaciones aritméticas de rigor arroja una suma total por lucro cesante (o sea, ingresos dejados de percibir) de $3.450.000.oo por todo el tiempo que dejó de trabajar. Suma que actualizada a la fecha, sin aplicar la fórmula del a-quo que resulta desfasada, da como resultado la suma global de:

[7] Cita tomada del libro "Responsabilidad civil extracontractual". Obdulio Velásquez Posada, página 333

$$\$3.450.000 \times \frac{108.01}{79.75} = \$4.672.532,91$$ [8]

Dicha suma deberá ser complementada con un interés civil del 0.5% mensual desde que se causó el daño (octubre 13 del 2.004), hasta que el pago se verifique, siendo entendido que no se aplica el interés comercial que reclama el abogado recurrente porque se trata de una súplica de última hora, no incluida en la demanda.

Igual procedimiento deberá adoptar la primera instancia para actualizar tales sumas hasta el momento del pago.

Y no es dable tener como incapacidad los seis meses de que habla el funcionario en su fallo porque los 45 días los fijó un organismo técnico que es competente para ello, de una parte. De la otra, porque el informe médico firmado por el Dr. Hans Carmona Villada no alcanza a contrarrestar el mérito probatorio de dicho informe, habida consideración que él mismo no se compromete con período determinado pues reconoce que todo "depende del tipo de actividad laboral que el paciente realice.."[9] lo que permite inferir que dado la clase de lesión que sufrió el actor, y su profesión habitual, los 45 días son un tiempo suficiente para reparar su integridad afectada.

Y tampoco es apropiado, como lo hace el a-quo, establecer una distinción para afirmar que el lucro cesante también se liquida, incrementándolo, desde que "cesa la incapacidad hasta el momento (del) fallo.." porque la incapacidad es una sola, definitiva, y como él mismo lo reconoce, ya "cesó", sin perturbación ni secuelas de carácter permanente que limiten o restrinjan la actividad profesional de la víctima, (esto es, sin la llamada pérdida de capacidad laboral), como se pudo comprobar directamente en la audiencia en que absolvió interrogatorio de parte practicado de oficio en esta instancia, razón por la cual no hay

---

[8] Capital x $\frac{\text{IPC final}}{\text{IPC inicial}}$ = Suma indexada. Esta fórmula ha sido utilizada por la Sala en ocasiones anteriores, según sentencia, entre otras, de enero 27 del 2009, expediente 66001-31-03-005-2002-00018-03.

[9] Folios 2 a 5 del cuaderno 2.

por qué hacer ese tipo de distingos pues con sólo fijar la suma arriba mencionada, y actualizarla a la fecha, basta para reparar el daño sufrido por el actor.

Ahora, desde el ángulo referente a los perjuicios extrapatrimoniales, la Sala también observa otra sobrevaloración respecto de ellos porque, sin menospreciar o minimizar el daño padecido por la víctima a causa de su "síncope vaso-vagal", que ciertamente lo afectó moralmente, según lo declara su propia esposa,[10] las sumas de $15.000.000.oo por concepto de daños morales y $10.000.000.oo por daño a la "vida de relación" son, sin ninguna duda, exagerados, mucho más si se le compara con las pautas que al respecto ha fijado la doctrina jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia (que actualmente los fija en $40.000.000.oo por la muerte de un pariente próximo), criterio que si bien no constituye camisa de fuerza para los funcionarios judiciales sí es un auxiliar valioso para tener en cuenta en este tipo de valoraciones, máxime cuando, como aquí ocurre, se acude al *arbiitrium júdicis,* todo ello a efecto de evitar excesos que alimenten indebidamente los llamados "sueños de ganancia"[11].

Por eso se ha dicho que en este campo "de suyo intrincado y tan propenso a fomentar quiméricas expectativas.."[12] el operador jurídico debe obrar con cautela y suma prudencia pues su juicio no debe implicar "veleidad o capricho (sino) un minucioso aquilatamiento de las circunstancias propias de cada caso.."[13], analizando las particularidades del litigio que tiene ante sus ojos y sobre todo recordando que

> **"… lo que se debe perseguir es que se pague una cierta cantidad por el daño irrogado a quien padece el dolor, y no que se otorgue una suma que, por alta, no guarde proporción alguna, desde luego que en esta eventualidad, a más de desnaturalizarse la función reparatoria que debe cumplir la responsabilidad civil, lo que más bien daría sería una sanción en contra de quien es obligado a la**

[10] Ver folio 6 del cuaderno ·2.
[11] Expresión utilizada por la H. Corte Suprema de Justicia de junio 24 del 2008 M. P. Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.
10 ,11, 12 y 13. Sentencia del 28 de febrero de 1990. MP. Dr. Héctor Marín Naranjo.

indemnización, retrocediéndose, de ese modo, a estadios primitivos del derecho."[14]

En este orden de ideas piensa la Sala que sin injerir indebidamente en la autonomía del juez, vistas las peculiaridades de este pleito en el que el demandante no quedó con secuelas de carácter permanente y por fortuna pudo recuperar prontamente su salud, una suma apropiada y razonable que en algo puede reparar el abatimiento sufrido, es la de CUATRO MILLONES DE PESOS ($4.000.000.oo).

No hay lugar al reconocimiento por concepto de daño a la vida de relación porque no hay prueba de que su entorno social se haya deteriorado, que se le haya imposibilitado la práctica de actividades lúdicas, o de los "hobbys" que normalmente le hacen agradable su existencia, pues el solo hecho de que se haya tornado más "callado más silencioso..", como declara su cónyuge, no significa de por sí una mengua en su contacto con los demás y con las cosas que hacen más llevadera la vida en sociedad.

Finalmente, los recursos interpuestos salen parcialmente avantes así: el de la parte demandante, en cuanto se vinculó a la Dra. Andrea Mejía Gallego a los efectos de la sentencia, pues es un reclamo válido, no así en cuanto al reconocimiento de los intereses comerciales porque ellos no fueron pedidos en la demanda. Por lo demás la actualización en que tanto insiste dicha parte va implícita en la fórmula aplicada en acápite anterior.

El de la sociedad demandada también prospera, pero solo en cuanto se morigeró la tasación del perjuicio y se negó el daño a la vida de relación. En lo demás no, porque los reparos que le hacen a la demanda debió haberlos hecho en el curso de la primera instancia y ya se deben tener por superados. Por lo dicho no habrá condena en costas de segunda instancia.

---

14. Sentencia antes citada

Las excepciones, por lo demás, no pueden abrirse paso porque, como bien lo dijo el fallador, en el fondo no lo son y, en todo caso, están desvirtuadas por las consideraciones aquí expresadas.

IV. CONCLUSIONES Y FALLO:

En consecuencia, se revocará parcialmente el fallo apelado para hacer las modificaciones antes mencionadas.

No prospera la objeción por error grave al dictamen pericial practicado en el curso del proceso habida cuenta que ella no está debidamente probada, como se dijo antes.

Sin costas en esta instancia por las razones arriba indicadas, pero con la aclaración en el sentido de que se reducirá el monto de las agencias en derecho, señaladas en primera instancia, que son objetivamente exageradas si se cotejan con el valor de las pretensiones que salen adelante. Serán fijadas en la suma de **$3.000.000,oo**.

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil-Familia administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

R E S U E L V E:

1º.) SALVO el Ordinal "Primero" que se **CONFIRMA**, en lo demás **SE MODIFICA** la sentencia proferida el veintisiete (27) de enero del corriente año por el JUZGADO QUINTO CIVIL DEL CIRCUITO DE LA CIUDAD, dentro de este proceso Ordinario (de responsabilidad contractual), promovido por el **Dr. GILBERTO GONZÁLEZ AGUIRRE**, mediante apoderado, en contra de la sociedad **INVERSIONES DAMAPE SALUD S.A. y la Dra. ANDREA MEJÍA GALLEGO**. En su lugar se dispone:

a.) Se declara a las citadas demandadas civil y solidariamente responsables de los daños causados al actor, según hechos sucedidos el 13 de octubre del 2004. Como consecuencia de ello se les ordena pagar las siguientes sumas de dinero:

***** Por concepto de lucro cesante la suma de $4.672.532.91.

***** Por concepto de daño moral la suma de $4.000.000,oo.

***** Dichas sumas devengarán un interés del 0.5% mensual desde la ejecutoria de este fallo hasta cuando el pago se verifique.

No hay lugar a otro tipo de reconocimientos por otros conceptos.

2º.) Sin costas en esta instancia por las razones indicadas en la parte motiva. (Art. 392 numeral 6 del C. de P. Civil.). Las agencias en derecho de primera instancia se reducen a la suma de **·$ 3.000.000,oo.**

COPIESE Y NOTIFIQUESE:

Los Magistrados,

Gonzalo Flórez Moreno

Jaime Alberto Saraza Naranjo **Fernán Camilo Valencia López**
(Con salvamento parcial de voto)

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

ORDINARIO
EXPEDIENTE: 66001-31-03-005-2007-00085-01
DEMANDANTE: Gilberto González Aguirre
DEMANDADO: Inversiones Damape Salud S.A. y otro
Magistrado: Gonzalo Flórez Moreno

Respetuosamente dejo a salvo mi voto parcialmente en este asunto, pues no comparto algunas de las resoluciones adoptadas, tal como lo expresé al momento de discutir el proyecto. Son estas las razones:

1) He venido sosteniendo, y lo reitero, que el término para sustentar el recurso de apelación debe mirarse con cierto celo, porque aunque se ha aceptado, y en eso estoy de acuerdo, que ello puede acontecer en primera o en segunda instancia, no puede perderse de vista que el límite está dado por la oportunidad que, en el caso de las sentencias, señala el artículo 360 del C.P.C., esto es, los cinco días que se conceden al apelante para alegar, pues los otros cinco días corresponden a la otra parte para replicar sus argumentos. Y si son varios apelantes, el término será común: primero para todos los apelantes y luego para ellos mismos y para los no recurrentes, si es que hay otros contendientes, con el fin de pronunciarse, cada uno, sobre lo que los primeros plantearon como argumentos para disentir.

Concretamente dije en oportunidad anterior que los recursos de apelación interpuestos por los demandados debieron declararse desiertos por falta de sustentación, pues:

> *"…ni en primera instancia, ni en la oportunidad concedida en esta sede para ello, sustentaron el recurso y ello debía traer la aludida consecuencia.*
>
> *Se dirá que a folios … reposan los escritos con los que se cumplió esa carga, pero ello no es así, por una evidente razón: en el trámite de una segunda instancia son dos momentos procesales los que hay que distinguir: el de la sustentación del recurso, o la alegación del recurrente si así se quiere llamar, y la réplica del no recurrente. Ciertamente, el artículo 359 del C. P. C., al que remite el 360, señala que en el auto que se admita el recurso se corre traslado de una vez* ***al apelante*** *para que sustente, o alegue; luego, vencido ese término, que es de tres días, el expediente queda a disposición de la* ***parte contraria,*** *esto es,* ***de la no recurrente,*** *simplemente para que pueda controvertir los motivos en que se apoya la alzada.*
>
> *Otro tanto ocurre con las sentencias; en este caso se admite el recurso y en firme el auto se ordena dar traslado a las partes para alegar, esta vez por cinco días, pero en la forma indicada para los autos. ¿Qué significa eso? Que primero se corre traslado al apelante, y si son varios, el término será común para todos, por el término de cinco días, para que aleguen o sustenten el recurso si no lo han hecho antes; vencidos estos cinco días, se da traslado a los no recurrentes para la réplica respectiva.*
>
> *Lo anterior se traduce en que cuando el parágrafo primero del artículo 352 del C. P. C., señala que la sustentación debe hacerse ante el juez que deba resolver el recurso (entendido como está que también puede ocurrir ante el juez de primer grado), antes de que venza la oportunidad establecida en los artículos 359 y 360 del mismo estatuto, se da a entender que es antes de que venza el término al recurrente para alegar.*

En el caso de ahora, el término común a los recurrentes, que es tal por virtud del mandato final del inciso primero del artículo 359 citado, corrió hasta el 5 de julio de 2010, según la constancia que reposa a folio 16 del cuaderno 8; es decir que hasta allí tenían término los cuatro inconformes para ***sustentar*** *sus recursos; a partir del 6, el término también era común, pero sólo para replicar las sustentaciones ya efectuadas. Dicho de otra manera, a partir del 6 no se podía aceptar ya la sustentación de los recursos.*

Mírese nada más esto: qué hubiera pasado en este caso concreto si el apoderado judicial de la parte demandante no hubiera sustentado tampoco antes del cinco de julio?. Acaso se tendría qué haber corrido el término adicional de cinco días para los no recurrentes? Claro que no, porque para todos se hubiera tenido que declarar desierto el recurso.

Qué ocurrió a la postre?. Que a los demandados se les amplió, sin razón, el término para sustentar sus recursos; entre tanto, a la parte demandante se le cercenó por completo el término para replicar la alzada de sus contendientes, porque nunca se le corrió traslado de la sustentación, si bien ella se hizo durante el término que tenían todos para replicar.

Así veo las cosas: cuando se trata de una sentencia, si todas las partes apelan, en segunda instancia se les corre un término común de cinco días para que sustenten, que es el máximo que tienen de acuerdo con la ley; y los otros cinco días, serán también comunes a todas ellas, pero sólo para que puedan rebatir los fundamentos de los demás recurrentes." [15]

En este proceso ocurrió igual, porque si la apelación provino de la parte demandante y de la codemandada Inversiones Damape Salud S.A., el término de traslado para alegar, es decir, para sustentar, corrió hasta el 4 de mayo de 2011 (según constancia de folio 26, c. 6), en tanto que el escrito presentado por la sociedad data del 11 de mayo, lo que significa que fue extemporáneo, pues para entonces corría el término para replicar, ya no para sustentar.

Como estimo que tal recurso ha debido declararse desierto, no puedo convenir con que atendiendo sus términos se revoque parcialmente la sentencia de primer grado, por más que halle elevadas las condenas impuestas por el juez de primer grado, porque de haberse adoptado esa decisión, la parte actora figuraría como apelante única y, por tanto, no podría habérsele hecho más gravosa su situación.

2) En ese mismo orden, si en mi concepto no podían modificarse los valores impuestos en primera instancia en detrimento del actor, no procedía tampoco la reducción de la condena en costas con que se le favoreció.

3) Ahora bien, tampoco comparto que la Sala se inmiscuya en la fijación de agencias en derecho para la liquidación de costas que corresponde realizar en primera instancia. Considero que aun con la modificación que el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010 le introdujo al numeral 2 del artículo 392 del estatuto procesal civil, cuando en segunda instancia se modifique la condena en costas, no puede el superior fijar las agencias, sino señalar el porcentaje en que ellas procederán para que sea el inferior el que, atendidas las condiciones del proceso, marque ese monto, pues es ante él, y no ante el juez de segunda instancia, que se surtirá la eventual reclamación que por las mismas se llegue a presentar. Determinar desde aquí el valor de las agencias en derecho implica

[15] Así quedó plasmado en la aclaración de voto que presenté en el proceso radicado bajo el número 66001-31-03-005-2007-00108-03

que el Juez, aun cuando le objeten la liquidación de costas, se vería en aprietos para variar ese monto, porque estaría desconociendo la orden de su superior.

Pereira, noviembre 16 de 2011

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO
Magistrado