

TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA



**AUTOR
DAVID RICARDO GÓMEZ RESTREPO**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE SEGUROS
Bogotá D.C.
2018**

TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA



AUTOR

DAVID RICARDO GÓMEZ RESTREPO

Presentado para optar al título de: especialista en derecho de seguros

DIRECTOR

DR. RICARDO VELEZ OCHOA

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO DE SEGUROS
Bogotá D.C.
2018**

Nota de Advertencia: **Artículo 23 de la Resolución N° 13 de Julio de 1946.**

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por qué no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Contenido

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA	10
PRELUDIO	10
SENTENCIA: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 20 de enero de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena. Expediente: 170013103005 1993 00215 01 (Demandante: W.D.J.P. MONTES - Demandado: MARIO GIRALDO ARISTIZÁBAL)	11
HECHOS:	11
PROBLEMA JURÍDICO:	12
PRIMERA INSTANCIA:	12
SEGUNDA INSTANCIA:	12
FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL:	12
DEMANDA DE CASACION:	12
CONSIDERACIONES DE LA CORTE:	12
SOBRE LA SENTENCIA SUSTITUTIVA Y LA VALORACIÓN DE PERJUICIOS:	13
DECISION:	14
SENTENCIA: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA del 17 de noviembre de 2011. Magistrado Ponente: Dr. William Namén Vargas. Expediente: 1999-00533-01 (SC). Demandante: Omar Verano Lemus y Otros - Demandado: Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A.y Otro	15
HECHOS:	15
PROBLEMA JURÍDICO:	16
PRIMERA INSTANCIA:	16
SEGUNDA INSTANCIA:	16
DEMANDA DE CASACION:	16
CONSIDERACIONES DE LA CORTE:	16
SOBRE LA TASACIÓN DE PERJUICIOS	17
DECISION:	19
SENTENCIA: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA del 9 de Julio de 2012. Magistrado Ponente: Dr. Ariel Salazar Ramírez. Expediente: 11001-3103-006-2002-00101-01. Demandante: Maribel Farfán - Demandado: Cooperativa de Transportadores La Nacional Ltda., y el Banco de Crédito y Desarrollo Social “Megabanco S.A.”	19

HECHOS:	20
PROBLEMA JURÍDICO:	20
PRIMERA INSTANCIA:	20
SEGUNDA INSTANCIA:	20
DEMANDA DE CASACION:	21
CONSIDERACIONES DE LA CORTE:	21
SOBRE LA SENTENCIA SUSTITUTIVA Y LA VALORACIÓN DE PERJUICIOS	21
DECISION:	22
SENTENCIA: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA del 30 de Septiembre de 2016.	
Magistrado Ponente: Dr. Ariel Salazar Ramírez. Expediente: 05001-31-03-003-2005-00174-01. Demandante: Guillermo León Pulgarín Sossa y Otros - Demandado: Inversiones Médicas de Antioquia S.A. y Otro.	
	23
HECHOS:	23
PROBLEMA JURÍDICO:	24
PRIMERA INSTANCIA:	24
SEGUNDA INSTANCIA:	24
DEMANDA DE CASACION:	25
CONSIDERACIONES DE LA CORTE:	25
SOBRE LA SENTENCIA SUSTITUTIVA Y LA VALORACIÓN DE PERJUICIOS	26
DECISION:	28
BREVE RESEÑA DE LA SENTENCIA DEL 29 DE NOVIEMBRE DE 2016 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (M.P LUIS ALONSO RICO PUERTA), DEMANDA INSTAURADA POR MELBA INÉS RODRIGUEZ GOMEZ Y OTROS VS EPS FAMISANAR LTDA Y OTROS; RADICADO 2005-0488-01 (SC15996-2016)	
	28
Hechos:	28
CAUSAL DE CASACIÓN:	29
SOBRE LA TASACIÓN DE PERJUICIOS:	29
ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS SENTENCIAS RESEÑADAS	29
• LOS VALORES CONTEMPLADOS POR LA CSJ COMO TOPES JURISPRUDENCIALES Y SU ESCALONAMIENTO O EVOLUCIÓN EN EL TIEMPO.	30
• COMENTARIOS SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LA CJS EN EL INCREMENTO DE LAS SUMAS RECONOCIDAS POR DAÑO MORAL.	31
• LA TASACIÓN DE PERJUICIOS Y DISPARIDAD ENTRE JURISDICCIONES	

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL TASACIÓN DEL PERJUICIO MORAL EN LA JURISDICCIÓN ORDINARIA

PRELUDIO

Este análisis jurisprudencial tiene por propósito exponer las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia en materia de responsabilidad civil, puntualmente frente a los criterios y valoración del daño moral (tope indemnizatorio) y la evolución que he tenido en el tiempo las cuantías contempladas por el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, así como los fundamentos que le motivan. Para ello se reseñarán y analizarán las siguientes sentencias asignadas:

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Enero 20 de 2009

Expediente: 170013103005-1993-00215-01.
Magistrado ponente: Pedro Octavio Munar Cadena.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Noviembre 17 de 2011

Expediente: 11001-3103-018-1999-00533-01.
Magistrado ponente: William Namén Vargas.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Julio 9 de 2012

Expediente: 11001-3103-006-2002-00101-01
Magistrado ponente: Ariel Salazar Ramírez.

- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Septiembre 30 de 2016.

Radicación: 05001-31-03-003-2005-00174-01.
Magistrado ponente: Ariel Salazar Ramírez.

Así mismo, a pesar de no estar relacionada en las sentencias asignadas, se hará mención de la providencia de la Corte Suprema de Justicia. Sala civil, fechada 29 de noviembre de 2016 (M.P Luis Alonso Rico Puerta), Radicado 2005-0488-01 (SC15996-2016), en la cual se expone la más reciente valoración del órgano de cierre sobre el daño moral.

Finalmente, es preciso anotar que en tanto la línea jurisprudencial se enfoca en la cuantificación del daño moral, el juicio crítico se incorporará al final de las mismas en un análisis comparado de los valores contemplados en cada una de las providencias en conjunto con sus consideraciones.

SENTENCIA: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA 20 de enero de 2009. Magistrado Ponente: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena. Expediente: 170013103005 1993 00215 01 (Demandante: W.D.J.P. MONTES - Demandado: MARIO GIRALDO ARISTIZÁBAL)

HECHOS:

- El 17 de octubre de 1988, en el área urbana del corregimiento de Samaria, municipio de Filadelfia, el demandado le propinó al aquí demandante un balazo en la cabeza, lesionándolo gravemente.
- El demandante, quien se desempeñaba como abogado penalista desde el año 1975, sufrió lesiones de consideración fruto del proyectil que impactó en su cráneo; entre estos se describen paresia facial izquierda, atrofia de la hemicara izquierda y merma de la capacidad de razonamiento, con trastornos de personalidad y perturbación funcional permanente del órgano de la locomoción por hemiparesia izquierda. Además, se expresa que el demandante requiere de la ayuda de terceras personas y muletas para desplazarse.
- Se constató por un psiquiatra forense que el demandante sufrió una merma en su capacidad cognitiva de más del 75%, circunstancia que afecta notablemente su rol laboral y familiar. Similar concepto rindieron peritos neurocirujanos que intervinieron en el proceso al indicar al indicar que este sufre de una incapacidad total y permanente a causa del disparo recibido.
- Producto de las lesiones ocasionadas se afirma que el demandante ha dejado de percibir más de \$100.000.000.00 de su actividad profesional como abogado litigante y, además, tuvo que incurrir en cuantiosos gastos médicos (que perduran en el tiempo) por el orden de \$50.000.000.00.
- A causa de estos hechos se adelantó proceso penal en contra del demandado, el cual fue condenado en primera instancia a pena de prisión y absuelto en

segunda con fundamento en el artículo 40-3 del código penal, el cual consagra la legítima defensa putativa.

PROBLEMA JURÍDICO:

¿Constituye la legítima defensa putativa un supuesto de hecho que da pie a la cosa juzgada penal absolutoria de conformidad con el artículo 55 del código penal? O, por el contrario, ¿la absolución penal por la legítima defensa putativa no enerva la acción civil que le asiste al demandante con base en la responsabilidad por actividad peligrosa?¹

PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia proferida el 23 de octubre de 2000, el Juez 5º Civil del Circuito de Manizales rechazó las pretensiones de la demanda al considerar probada la excepción de "cosa juzgada penal absolutoria" con fundamento en el artículo 55 del código penal.

SEGUNDA INSTANCIA:

El Tribunal confirmó la sentencia proferida por el ad-quem de manera íntegra.

FUNDAMENTOS DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL:

La decisión adoptada por el tribunal se erigió sobre la cosa juzgada penal absolutoria; contempló para ello las siguientes premisas:

DEMANDA DE CASACION:

En tanto el escrito comprende la sentencia por el estudio realizado en instancia no se conoce en detalle las causales de casación, sin embargo, por las razones expuestas por la Corte se logra deducir que el juicio se encausó sobre una violación directa de la ley por yerro en aplicación de las normas que regulan la cosa juzgada penal absolutoria (artículo 55 del código penal).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

La Corte casó la decisión recurrida para lo cual realizó una detallada exposición de las diferencias que se evidencian entre la acción civil y la acción penal, tales como la titularidad de la misma, los elementos que constituyen la responsabilidad y la finalidad de cada institución.

Ahora, su análisis comienza por evidenciar la errada interpretación dada por el juez del circuito a la cosa juzgada penal absolutoria consagrada en el artículo 55 del código penal de 1987, en tanto dio aplicación a la institución a pesar de que las circunstancias que rodean el caso objeto de estudio no se enmarcaban en los

¹ Nota: en virtud del objeto del presente trabajo se aclara que el problema jurídico no suele abordar asuntos atinentes a la tasación del daño moral, por constituir este un elemento de análisis –de cierto modo- secundario o accesorio al análisis principal de cara al recurso de casación.

preceptos de la norma, desconociéndose por tanto el carácter de norma excepcional y con ello la necesidad de dar interpretación estricta, sin lugar a la aplicación de analogías.

De allí pues que la cosa juzgada penal absolutoria sólo procede cuando en el proceso penal se haya declarado, por providencia en firme, que el hecho delictivo no se realizó, o que el sindicado no lo cometió, o que éste hubiere obrado en cumplimiento de un deber, o en legítima defensa, circunstancias que no se compadecen de lo ocurrido, en tanto la absolución del civilmente demandado obedeció a la situación consagrada en el artículo 3ro del artículo 30 del código penal, puntualmente la legítima defensa putativa, que constituye una causa excluyente de la culpabilidad de la acción desplegada (no enmarcándose por tanto en los tres supuestos descritos por el artículo 55 antes citado).

Derrumbada la posibilidad de dar pie a la cosa juzgada penal absolutoria, el órgano colegiado emprendió la labor de enjuiciar civilmente al demandado, para lo cual expone con claridad que la conducta desplegada (uso de arma de fuego) constituye una actividad peligrosa a la luz del ordenamiento jurídico colombiano, razón por la cual, asistiéndole al demandante una presunción de culpa, la responsabilidad sólo podrá ser evadida demostrando causa extraña.

Partiendo de dicha premisa y una vez constatados los elementos constitutivos de la responsabilidad (hecho dañosos/título de imputación, nexo causal y daño), la Corte emprende un ejercicio diferenciador entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil, anotando que aquella tiene "*origen en la violación o puesta en peligro intencional, culposa o preterintencional de un bien jurídico tutelado expresamente por la ley penal. Ella existe independientemente de toda idea de daño, es decir, aunque éste no se produzca, incluso aún cuando la víctima no tenga interés en la averiguación correspondiente, y acarrea sanciones, cuya aplicación se persigue y hace efectiva a través de la acción punitiva que nace de todo delito; en cambio, aquella otra, la civil, emerge de la ocurrencia de un hecho dañino o de una omisión que le irroga un perjuicio a otro, ya sea por la violación de una obligación preexistente o por la ejecución de un hecho ilícito en el plano extracontractual, aparejando la obligación de reparar el daño a fin de restaurar el equilibrio roto.*"

SOBRE LA SENTENCIA SUSTITUTIVA Y LA VALORACIÓN DE PERJUICIOS:

Por su parte, actuando como juez de instancia, la Corte realizó las siguientes precisiones sobre la valoración de los perjuicios:

Para el caso concreto la Corte aplicó una reducción a la indemnización otorgada a favor del demandante del 30%, ello en razón a la participación causal que tuvo la víctima en la generación del daño, en tanto este le propinó un puñetazo al demandado derribándolo al suelo, quien por causa de dicha acción disparó su arma de fuego con las consecuencias acreditadas en el proceso.

En lo que atañe a perjuicios patrimoniales no reconoció daño emergente alguno en tanto las facturas y documentos aportados no gozaban de certeza sobre sus autores.

Por su parte el lucro cesante fue tasado acudiendo a la equidad, pues si bien no se acreditó con certeza a cuanto ascendían los ingresos mensuales del demandante, estaba demostrado que este se desempeñaba como abogado litigante. Para ello el órgano colegiado echó mano de la escala de sueldos fijada en 1988 para aquellos cargos de la Rama Ejecutiva cuyo desempeño requería una idoneidad profesional semejante a la de víctima.

Respecto a los perjuicios extrapatrimoniales, luego de realizar una exposición sobre las tipologías de daños indemnizables reconocidos por el ordenamiento jurídico colombiano, para reconocer por concepto de daño a la vida en relación la suma de noventa millones de pesos (\$90.000.000.00) m/cte., cantidad que redujo en un 30%, dada la incidencia que tuvo el comportamiento de la víctima en la producción del daño, para condenar a un total de sesenta y tres millones de pesos (\$63.000.000.00)

Frente al daño moral, advirtiendo las secuelas físicas de carácter permanente que sufrió (deformación facial y perturbación de la locomoción), la Corte tasó el perjuicio moral de la víctima directa en la suma de cuarenta millones de pesos (\$40.000.000.00) m/cte., que reducida en un 30% asciende a veintiocho millones de pesos (\$28.000.000.00) m/cte. En este punto cabe anotar que la CSJ no realiza una amplia motivación de las razones que encierran la cifra que acompaña la decisión judicial y erige la misma sobre el arbitrio judicial.

DECISION:

Casa la sentencia al evidenciar una violación directa de la ley por errada interpretación del artículo 55 del código penal, profiriendo sentencia sustitutiva que acoge las súplicas de la demanda, mediante la cual se declara que el señor M.G.A. es civilmente responsable de los perjuicios originados en las lesiones que le causó con arma de fuego al demandante el día 17 de octubre de 1988; la condena por su parte se desagrega así:

- \$666.011.259.01 como indemnización por el daño material irrogado en la modalidad de lucro cesante.
- \$63.000.000.00, por concepto de daño a la vida en relación.
- \$28.000.000.00 como indemnización por el daño moral causado al demandante.

**SENTENCIA: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA del 17 de noviembre de 2011.
Magistrado Ponente: Dr. William Namén Vargas. Expediente: 1999-00533-01 (SC). Demandante: Omar Verano Lemus y Otros - Demandado: Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A.y Otro**

HECHOS:

- Paciente que el 12 de diciembre de 1997 es sometido a Septoplastia y turbinoplastia (corrección de problema en el tabique nasal y remodelación de cornetes) gozando de un buen estado de salud al momento de la intervención médica.
- Días después, puntualmente el 25 de diciembre el médico tratante es informado de fiebre y dolor de cabeza que sufre el paciente, ante lo cual decide citarlo a su consultorio médico para el día siguiente.
- El 26 de diciembre el paciente, luego de retirarse los vendajes de la nariz es valorado, indicando que tenía un fuerte dolor de pantorrillas para el cual se ordenaron calmantes y antiinflamatorios; sin embargo, en cuestión de horas la salud del paciente desmejoró sustancialmente, aumentando sus síntomas e incluso perdiendo la visión, lo anterior a causa de la toxina estafilococo dorado la cual constituye una infección rara y grave en procedimientos endonasales.
- Al día siguiente, es decir, el 27 de diciembre de la misma anualidad, el paciente fallece a causa de una "disfunción orgánica múltiple, sepsis, post-operatorio deseptoplastia" de conformidad los resultados arrojados por la necropsia practicada por el instituto de medicina legal.
- En el trámite judicial los dictámenes periciales constatan que el fallecimiento obedeció a gérmenes nocivos (estafilococo dorado) que le sobrevivieron en su organismo a consecuencia de la septoplastia a que le fue practicada, los cuales no fueron tratados adecuadamente a pesar del cuadro clínico que presentaba. Sus familiares cercanos (padres, hermanas e hijo) reclaman perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, pretendiendo de estos últimos el reconocimiento de "1000 gramos oro" para cada uno.
- El occiso gozaba de la calidad de estudiante de tercer semestre de Ingeniería de Sistemas en la Universidad Central y se desempeñaba como mensajero en la Empresa Publicar S.A. desde el 1º de abril de 1996 con ingresos de \$366.000.
- En virtud de la muerte del paciente, se afirma que sufrieron perjuicios de orden patrimonial y extrapatrimonial su hijo, padres y hermanas.

PROBLEMA JURÍDICO:

Ante el fallecimiento del paciente, quien gozaba del vínculo contractual con la entidad prestadora de salud ¿cuál es la naturaleza de la acción indemnizatoria a ejercer por las víctimas indirectas y cuáles son los elementos constitutivos de responsabilidad civil que deben ser acreditados a efectos de acoger sus pretensiones?

PRIMERA INSTANCIA:

El Juez Promiscuo del Circuito de La Palma, en descongestión del Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, el 24 de mayo de 2006, desestimó las pretensiones de la demanda considerando que no se había cumplido con la carga probatoria que asistía a los demandantes, puntualmente la acreditación de la culpa médica.

SEGUNDA INSTANCIA:

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, al decidir la apelación interpuesta por los demandantes en la suya de 24 de enero de 2008 confirmó la sentencia del a quo. (Nota: en la sentencia de la CSJ no se hace mención de las consideraciones del tribunal).

DEMANDA DE CASACION:

La CSJ casó la sentencia de segunda instancia y emitió sentencia sustitutiva, sin embargo, en el escrito de fallo no se hace mención al recurso de casación interpuesto ni los cargos que lo integraban; no obstante, de la lectura del fallo se desprende que se endilgó una violación indirecta de la ley por yerro en la valoración del acervo probatorio obrante en el expediente.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

La CSJ casó la sentencia de segunda instancia y fungiendo como juez de instancia decretó la práctica de un dictamen pericial junto a diversos testimonios, encaminando su juicio por el de la responsabilidad extracontractual por tratarse los demandantes de terceros ajenos al vínculo contractual que existía entre el paciente y la entidad prestadora de salud. En este escenario constata la CSJ que es indispensable demostrar sus elementos, en particular el acto o hecho dañoso, imputable a título de dolo o culpa, el daño y la relación de causalidad, cuya carga probatoria corresponde al demandante.

Partiendo de lo anterior el órgano colegiado pasa a evaluar las pruebas obrantes en el proceso y que engloban los elementos para declarar la responsabilidad de las demandadas, entre estas: la afiliación del occiso a la EPS; su historia clínica; el consentimiento informado generado para la intervención médica; el protocolo de necropsia; y el dictamen pericial rendido por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

De allí pasa a realizar un juicio a la conducta del médico tratante el cual, en palabras de la CJS, inexplicablemente restó mérito al cuadro clínica que presentaba el paciente (dolor de cabeza y fiebre, junto a dolor en las pantorrillas).

SOBRE LA TASACIÓN DE PERJUICIOS

Respecto a los perjuicios patrimoniales de plano se descarta el daño emergente reclamado por no contarse con prueba que soporte las erogaciones afirmadas por los demandantes; el lucro cesante, por su parte, es concedido exclusivamente al hijo menor del fallecido; no obstante, previo a ello desecha los cálculos realizados por los demandantes frente a este rubro indemnizatorio, el cual erróneamente partía de suposiciones futuras e inciertas, puntualmente que el fallecido obtendría el título de ingeniero de sistemas y que tendría un salario ostensiblemente mayor al que devengaba para el momento de su muerte.

Ahora, en lo que atañe a los perjuicios extrapatrimoniales la CSJ hace una exposición amplia del contenido del perjuicio moral, la complejidad de su "resarcimiento" y su estrecho vínculo con el espectro "interior, afectivo y sentimental" de la víctima, acudiendo para tal propósito a múltiples citas jurisprudenciales y doctrinales.² Concomitantemente, aborda lo atinente al monto indemnizatorio, así:

(Citando la sentencia de 18 de septiembre de 2009, CSJ, Sala de casación civil, exp. 20001-3103-005-2005-00406-01) "*5. Superadas algunas corrientes adversas y, admitida por esta Corte la reparación del daño moral sin más restricciones para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad (ex bono et aequo) conforme al marco concreto de circunstancias fácticas (cas.civ. sentencias de 21 de julio de 1922, XXIX, 220; 22 de agosto de 1924, XXXI, 83), a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 1974, es su criterio inalterado, la inaplicabilidad de las normas penales para su tasación, remitiéndose al arbitrium iudicis, naturalmente, ponderado, razonado y coherente según la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables y el quantum debeat se remite a la valoración del juez.*

"En el empeño de encarar directamente el asunto, la Sala precisa que, para la valoración del quantum del daño moral en materia civil, estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos,

² cas. civ. sentencia 13 de mayo de 2008, SC-035- 2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01; cas. civ. sentencia del mayo 5 de 1999, exp. 4978; sentencia del 25 de noviembre de 1999, exp. 3382; sentencia de diciembre 13 de 2002, exp. 7692; sentencia del 15 de octubre de 2004, S-165-2004, exp. 6199.

dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador.

"Por consiguiente, la Corte itera que la reparación del daño causado y todo el daño causado, cualquiera sea su naturaleza, patrimonial o no patrimonial, es un derecho legítimo de la víctima y en asuntos civiles, la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción."

Ahora, aterrizando la valoración del perjuicio moral al caso objeto de estudio, concluye:

"En el caso concreto, por la gravedad del marco de circunstancias en que falleció el joven Aream Alexander Verano, lo que de suyo generó intensa aflicción a sus parientes y vinculados, así como por los estrechos vínculos familiares y los nexos afectivos con padres, hermanas e hijo, padecimientos interiores, congoja, angustia, impotencia y profundo dolor, la Sala estima pertinente ajustar el valor de referencia para reparar el daño moral a la suma a la suma de cincuenta y tres millones de pesos (\$53.000.000,00) moneda legal colombiana.

*Adviértase que no se trata de aplicar corrección o actualización monetaria a las cifras señaladas por la Corte antaño, por cuanto el daño moral no admite indexación monetaria, sino de ajustar el monto de la reparación de esta lesión, como parámetro de referencia o guía a los funcionarios judiciales, a las exigencias de la época contemporánea, **sin que, además, se presenten inexplicables e inconvenientes diferencias para los administrados por el hecho de que el conocimiento del asunto corresponda a una jurisdicción en particular,** reparación cuya definitiva fijación en términos monetarios corresponderá al juez del conocimiento, de conformidad con el particular marco de circunstancias que sea objeto de su decisión y atendiendo el tradicional criterio del arbitrium iudicis."*

(subrayado y negrilla fuera de texto original)

Finalmente, como pilares del ejercicio de cuantificación del daño moral por parte de la CJS, se esgrimen los siguientes:

- para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad (ex bono et aequo) conforme al marco concreto de circunstancias fácticas
- el límite de mil salarios mínimos legales mensuales contemplado en el artículo 97 de la Ley 599 de 2000 (código penal) se aplica a la indemnización del daño moral cuando la fuente de la obligación sea únicamente la conducta punible.

De similar manera los criterios utilizados por la jurisprudencia contencioso administrativa que contempla la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales como directriz para el resarcimiento del daño moral no es aplicable en asuntos civiles.

- Citando la sentencia C-916 de 29 de octubre de 2002 manifiesta que no existe en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales.
- La reparación del daño causado y todo el daño causado, cualquiera sea su naturaleza, patrimonial o no patrimonial, es un derecho legítimo de la víctima y en asuntos civiles, la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción

DECISION:

Casa la sentencia al evidenciar una violación indirecta de la ley por errada valoración de las pruebas arrimadas al proceso, profiriendo sentencia sustitutiva que acoge las súplicas de la demanda y desecha las excepciones de mérito de las demandas, las cuales en su conjunto son condenadas al pago de los siguientes rubros:

- \$202'751.534.00 como indemnización por el daño material irrogado en la modalidad de lucro cesante a favor del hijo de la víctima.
- \$53.000.000.00 para cada uno de los demandantes por concepto de daño moral.
- \$31.861.628,00 por concepto de costas.

SENTENCIA: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA del 9 de Julio de 2012. Magistrado Ponente: Dr. Ariel Salazar Ramírez. Expediente: 11001-3103-006-2002-00101-01. Demandante: Maribel Farfán - Demandado: Cooperativa de Transportadores La Nacional Ltda., y el Banco de Crédito y Desarrollo Social "Megabanco S.A."

HECHOS:

- El 14 de septiembre de 1997 el señor Luis Alberto Estévez Leal fue atropellado por el vehículo de placas SGO919, vehículo que era de propiedad del Banco de Crédito y Desarrollo Social "Megabanco S.A. y se encontraba afiliado a la Cooperativa de Transportadores La Nacional Ltda.
- La muerte del señor Estévez Leal ocasionó perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales a su cónyuge e hijo.
- El accidente le produjo al señor Luis Alberto Estévez la muerte en forma instantánea. Fruto de este suceso se inició proceso penal en contra del conductor del vehículo involucrado, el señor Alejandro Llanos Amaya, el cual terminó con sentencia condenatoria que contempló, entre otras, la obligación de pagar la suma de 4.200 gramos oro "en favor de quienes tengan derecho", por concepto de perjuicios materiales y morales.
- El señor Estévez Leal laboraba como sargento del Ejército Nacional de Colombia devengando la suma de \$670'935,04 mensuales y en virtud de su muerte su cónyuge se hizo acreedora de la pensión de sobrevivientes respectiva.

PROBLEMA JURÍDICO:

Acreditado en un proceso judicial la generación de un perjuicio, pero no su cuantía, atendiendo al principio de reparación integral y el artículo 307 del código de procedimiento civil ¿se encuentra el juez en la obligación de decretar las pruebas que sean pertinentes y necesarias con miras a definir el quantum de la eventual condena o, por el contrario, indefectiblemente debe desestimar las pretensiones de la demanda por no cumplirse con la carga probatoria que le asiste a la parte accionante?

PRIMERA INSTANCIA:

Mediante sentencia de 26 de marzo de 2007 el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá absolvió a la demandada Megabanco S.A. y a la llamada en garantía Seguros Cóndor S.A.; por el contrario, se declaró responsable a la Cooperativa de Transportadores La Nacional Ltda. y se le obligó a pagar la suma de 4.200 gramos oro como sociedad guardiana de la actividad peligrosa.

SEGUNDA INSTANCIA:

En providencia fechada 24 de noviembre de 2008 se modificó la sentencia proferida por el a quo, desechándose las peticiones de la demanda asociadas al lucro cesante por no reposar en el expediente prueba del monto de dicho perjuicio, reconociéndose exclusivamente indemnización por daño moral la cual ascendió a 600 gramos oro.

A la par se anotó por el tribunal que la sentencia proferida en el proceso penal en contra del conductor no le era oponible a empresa afiliadora en tanto esta no hizo

parte de aquel, sin embargo, a pesar de ello, el juicio de responsabilidad en su contra se sostenía en virtud de la guarda material que tenían sobre la actividad peligrosa.

DEMANDA DE CASACION:

El recurso de casación fue interpuesto por la parte demandante, formulando como cargo la causal primera del artículo 368 por violación indirecta de los artículos 2356, 1613, 1614 y 2341 del Código Civil, fundamentada en la errada apreciación de las pruebas obrantes en el expediente.

Afirma como manifestaciones de los errores de hecho:

- declarar la ausencia de prueba frente a los perjuicios indemnizables.
- no haber decretado de oficio la prueba necesaria para superar la ignorancia del juzgado sobre los elementos necesarios para la tasación del monto de los perjuicios indemnizables, a pesar que las demás pruebas obrantes en el proceso eran elementos indicativos de la información requerida.
- La limitación de los perjuicios morales reconocidos a la suma de 600 gramos oro.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

Mediante sentencia del El 18 de agosto de 2010 la Corte casó la sentencia de segunda instancia al considerar que, en efecto, el tribunal erró al no observar la obligación que le impone el artículo 307 del código de procedimiento civil consistente en decretar de oficio las pruebas que estime necesarias para determinar la condena en concreto cuando sólo resta definir el quantum de los perjuicios ya reconocidos en el proceso.

Ello se concreta en el caso objeto de estudio –en criterio de la CJS- en la omisión del tribunal de adelantar las gestiones pertinentes para conocer los elementos necesarios en el ejercicio de tasación del lucro cesante (edad, ingreso, capacidad laboral, etc), pues optó por conservar un estado de ignorancia frente a los mismos a pesar de radicar en cabeza del juzgado el deber de decretar las pruebas de oficio que estimase pertinentes.

A la par, se otorga razón al casacionista en lo que atañe a la valoración de los perjuicios morales y su limitación a los 600 gramos oro, al encontrar infundada la restricción impuesta frente a la peticiones contempladas en el escrito de demanda.

SOBRE LA SENTENCIA SUSTITUTIVA Y LA VALORACIÓN DE PERJUICIOS

Casada la sentencia, la CSJ como juez de instancia procedió a proferir sentencia sustitutiva, la cual versó exclusivamente sobre la tasación de perjuicios como elemento objeto de controversia mediante el recurso de casación.

En lo que atañe al lucro cesante dio pie a su reconocimiento, no sin antes exponer que la pensión de sobreviviente de la cual goza la cónyuge del fallecido no es óbice para negar el reconocimiento de este perjuicio patrimonial; lo anterior en virtud de la jurisprudencia decantada desde el año 1996 y que predica la posibilidad de acumulación por diversidad de títulos o relaciones jurídicas (responsabilidad civil vs prestaciones del sistema de la seguridad social).

Superada esta controversia suscitada por la parte demanda, la CSJ procedió a la tasación de este perjuicio patrimonial, pues obrando en el expediente pruebas suficientes para considerar la dependencia económica de la parte actora frente al fallecido, sólo restaba definir el quantum de la indemnización.

En lo que atañe al daño moral la CSJ fijó las siguientes premisas previo a emprender el ejercicio de cuantificación del mismo:

- En virtud de la naturaleza del daño moral el sufrimiento e intensidad del mismo sólo puede ser conocido verdaderamente por aquel que lo padece, sin embargo el juez, en virtud del deber de resarcimiento, debe proceder a su regulación o tasación.
- Esta tarea debe ser realizada por el juez acudiendo al arbitrium judicis, orientado por diversos elementos como circunstancias personales de la víctima; su grado de parentesco con los demandantes; la cercanía que había entre ellos; y la forma siniestra en que tuvo lugar el deceso; para el caso objeto de estudio, en tanto la parte demandante la constituye la cónyuge e hijo del fallecido, bajo criterio de razonabilidad la CJS estima que el daño moral ocasionado es de grado sumo.

Conforme a ello, se otorgó la suma de \$55'000.000 por concepto de daño moral a cónyuge e hijo.

DECISION:

Casa la sentencia por el yerro antes descrito y como juez de instancia modifica la providencia emitida por el tribunal respecto al reconocimiento y tasación de los perjuicios reclamados, así:

Modifica el numeral CUARTO de la sentencia proferida el 26 de marzo de 2007 por el Juzgado Sexto Civil del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a la Cooperativa de Transportadores La Nacional Ltda., al pago de las siguientes sumas de dinero:

- \$107'034.891 para Maribel Farfán
- \$ 83'418.652 para Luis Estévez Farfán

A la par condena por concepto de agencias en derechos en la cifra de \$9'000.000.

SENTENCIA: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA del 30 de Septiembre de 2016. Magistrado Ponente: Dr. Ariel Salazar Ramírez. Expediente: 05001-31-03-003-2005-00174-01. Demandante: Guillermo León Pulgarín Sossa y Otros - Demandado: Inversiones Médicas de Antioquia S.A. y Otro.

HECHOS:

- El 29 de mayo de 2002 la señora L.D.R.M. de 40 años de edad acudió a la Clínica Las Vegas en la ciudad de Medellín, toda vez que presentaba fuerte dolor abdominal y calambres en la pierna derecha, ingresando por el servicio de urgencias. En la institución médica fue valorada y dada de alta con el diagnóstico de "cólicos menstruales", para lo cual le recetaron analgésicos por vía oral.
- El 30 de mayo, al sufrir nuevamente de los dolores antes referidos, la paciente acudió a una nueva valoración a la Clínica Las Vegas, donde luego de practicados algunos exámenes de laboratorio fue diagnosticada con infección renal.
- El 1 de junio, ante la persistencia de los dolores, la paciente volvió a la IPS citada, siendo valorada e indicándose que aquellos eran causados por el dispositivo anticonceptivo que la paciente se había implantado desde hacía más de 10 años, recetándose medicación para su manejo.
- El 2 de junio la paciente regresó por continuar con fuertes dolores, ante lo cual fue diagnosticada con "apendicitis aguda perforada" con absceso y peritonitis localizada.
- Al quinto día luego de ser intervenida quirúrgicamente, la paciente fue dada de alta a pesar de persistir la fiebre y dolor, ante lo cual se manifestó por parte del médico tratante que era algo normal, para lo cual debía comprar y aplicarse seis inyecciones de antibióticos. Sin embargo la IPS no prescribió formalmente antibióticos y sólo recetó Acetaminofén a la paciente.
- El 12 de junio la paciente acudió nuevamente al servicio de salud para una revisión de rutina, manifestándose por el médico tratante que se encontraba en buenas condiciones médicas.

- El 15 de junio la paciente presentó nuevamente fuertes dolores junto a vómito, fiebre alta y calambres, siendo llevada nuevamente al servicio de urgencias de la clínica Las Vegas. Allí fue intervenida en cinco ocasiones en el lapso de seis días, falleciendo el 23 de junio a consecuencia de un choque séptico, previa sepsis abdominal y peritonitis.
- La señora L.D. laboraba en la empresa Serdan S.A., donde devengaba el salario mínimo legal vigente, destinando parte de su salario al sostenimiento de su hogar conformado por su cónyuge, madre e hija, quienes fungieron como demandantes por los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales irrogados.
- En el proceso se elaboró dictamen pericial según el cual, de acuerdo al cuadro clínico que presentó la paciente desde etapas tempranas de la atención médica, debió ser hospitalizada y sometida a ayudas diagnósticas que permitiesen aclarar el probable diagnóstico de apendicitis.

PROBLEMA JURÍDICO:

De cara a las principios y obligaciones integradas en la ley 100 de 1993, en los eventos en los cuales el cuadro médico de un paciente puede estar asociado a un universo múltiple de patologías ¿constituye un deber de la entidad tratante adoptar una conducta consistente en extremar los cuidados del paciente y ordenar las ayudas diagnósticas que sean pertinentes para clarificar el diagnóstico y consecuentemente su debido tratamiento?

PRIMERA INSTANCIA:

El juez de primera instancia desestimó las pretensiones de la demanda por estimar que no estaba demostrado el nexo de causalidad entre la muerte de la paciente y el error de diagnóstico endilgado, al comprender el shock séptico una reacción inevitable por los galenos.

SEGUNDA INSTANCIA:

El tribunal confirmó la sentencia del aquo al considerar que existía cosa juzgada penal absolutoria, toda vez que la investigación penal adelantada en contra del médico terminó con preclusión al no encontrarse probada su culpa.

A la par, analizado el diagnóstico realizado a la paciente el 1ro de junio de 2002, el tribunal concluyó que no había error médico alguno, toda vez que los síntomas que esta presentaba eran difusos, por lo que podían estar asociados a un universo amplio de enfermedades, razón por la cual el tratamiento dado con antibióticos y el no sometimiento a exámenes comprendía una conducta razonable y ajustada a la *lex artis*.

DEMANDA DE CASACION:

El recurso de casación fue interpuesto por la parte demandante, formulando tres cargos en contra de la sentencia del tribunal con fundamento en la causal primera de casación (violación indirecta de la ley sustancial).

- **PRIMER CARGO:** Adujo que hubo violación indirecta de los artículos 1613, 1614, 1615, 1626, 2341, 2343, 2356 y 2357 del Código Civil, a causa de los errores de hecho manifiestos y trascendentes en que incurrió el Tribunal por la indebida apreciación de la prueba documental (historia clínica). Puntualmente se afirma que el tribunal erró al no constatar en la HC el cuadro clínico que desde un principio presentó la paciente y con ello la impericia en la atención dada por los médicos tratantes en las distintas etapas que tuvo su enfermedad, recalcando la alta probabilidad de identificar la patología que tenía la paciente conforme a opiniones de expertos.
- **SEGUNDO CARGO:** Se acusa la violación indirecta de los artículos 1613, 1614, 1615, 1626, 2341, 2343, 2356 y 2357 del Código Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba testimonial, pues el Tribunal no otorgó convicción a las intervenciones de diversos testigos adscritos al personal médico que daban cuenta de la indebida atención médica prestada a la paciente.
- **TERCER CARGO:** Se acusa la violación indirecta de los artículos 1613, 1614, 1615, 1626, 2341, 2343, 2356 y 2357 del Código Civil, por error de hecho en la apreciación de la prueba pericial, pues no se valoró la misma en conjunto con los demás medios de prueba a fin de constatar la falla médica, en tanto el perito médico J.P.L.R afirmó que el cuadro clínico de la paciente correspondía a una apendicitis, no siendo necesarios, incluso, exámenes médicos complementarios por la claridad de los hallazgos en el examen físico.

Los tres cargos confluyen, en criterio del demandante casacionista, a constatar que hubo un error de diagnóstico en las atenciones médicas del 29 de mayo de 2002 y del 1 de junio, las cuales derivaron en una apendicitis aguda, la cual dio paso a perforación intestinal y consecuente peritonitis, que finalmente produjo la muerte de la paciente por falla multisistémica, shock séptico e hipovolemia irreversible.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

La CSJ casó la sentencia de segunda instancia al considerar que, de bulto, se aprecia la absoluta ausencia de valoración probatoria por parte del tribunal, en tanto de manera cegada centró su juicio en valorar –de manera aislada- el diagnóstico del 1ro de junio de 2002, a pesar que la atención médica se prolongó por un término considerable de días.

En criterio del órgano colegiado de cierre, se advierten, entre otros, los siguientes errores sobre la apreciación de la prueba:

- El Tribunal no tuvo en cuenta que en la historia clínica aparece consignado que la paciente presentaba signos y síntomas que describían un proceso avanzado de apendicitis.
- La Historia Clínica refleja que a la paciente se le realizaron ayudas diagnósticas con resultados que ameritaban atención a los galenos e, incluso, la hospitalización de aquella, sin embargo, no fueron considerados para el servicio médico prestado. Además, no valoró el dictamen pericial que ratificaba la importancia de que se atendiese a las ayudas diagnósticas para buscar un diagnóstico más claro ante el complejo cuadro clínico de la paciente.
- El tribunal no tuvo en cuenta las declaraciones de una de las médicas tratantes que en las declaraciones rendidas ante la fiscalía aceptó que la paciente no debió haber sido dada de alta ante el cuadro clínico que presentaba y los análisis de laboratorio realizados.

Con lo anterior la Corte concluye que la responsabilidad de las demandadas está acreditada y procede a fungir como tribunal de instancia emitiendo sentencia sustitutiva.

SOBRE LA SENTENCIA SUSTITUTIVA Y LA VALORACIÓN DE PERJUICIOS

La CSJ realiza un amplio recorrido por los diversos esquemas de responsabilidad (responsabilidad directa de las personas jurídicas; responsabilidad objetiva; responsabilidad por el hecho de terceros; etc), para luego detenerse en la responsabilidad de las instituciones vinculadas al sistema de la seguridad social y abordar la naturaleza de la responsabilidad por los daños ocasionados a los usuarios de este, concretando que la atribución del daño supera el concepto de causalidad física y se posiciona en un contexto de imputación en virtud de la identificación de los deberes de acción que el ordenamiento impone a las personas y sociedades, identificando el rol de las EPS e IPS conforme a lo dispuesto en la ley 100 de 1993.

De esta premisa parte para analizar los hechos acreditados en el proceso y concluir que la atención prestada a la paciente no se adecuó a lo ordenado por el artículo 153 de la Ley 100 de 1993, en tanto la misma fue negligente, discontinua e inhumana, circunstancia que compromete en conjunto a la EPS e IPS.

Al abordar la cuantificación de los perjuicios patrimoniales la CSJ tomó el 75% del salario acreditado del occiso y lo dividió en partes iguales para su cónyuge superviviente y cada uno de sus hijos.

Por su parte, en lo que atañe al daño moral la CSJ cita la sentencia SC13925-2016, para justificar como monto indemnizable para cada demandante la suma de 60 millones de pesos; a la par, complementa su análisis sobre la causación de dicho perjuicio, así:

Sobre el daño moral expresa la CSJ: “...*el perjuicio moral no es susceptible de demostración a través de pruebas científicas, técnicas o directas, porque su esencia originaria y puramente espiritual impide su constatación mediante el saber instrumental (...) queda al prudente criterio del juez dar, al menos, una medida de compensación o satisfacción, normalmente estimable en dinero, de acuerdo a criterios de razonabilidad jurídica y de conformidad con las circunstancias reales en que tuvo lugar el resultado lamentable que dio origen al sufrimiento*”

A la par, citando la sentencia del 15 de abril de 1997, CSJ, SC, expresa: “**no significa de suyo que esa clase de reparación sea ilimitada**, bastándole por lo tanto a los demandantes, en un caso dado, reclamarla para dejarle el resto a la imaginación, al sentimiento o al cálculo generoso de los jueces”.

En lo que atañe a la cuantificación, expresa: “*Siguiendo las pautas reseñadas, **se tasarán los perjuicios morales sufridos por los demandantes en la suma de \$60'000.000** para cada uno de los padres; \$60'000.000 para el esposo; y \$60'000.000 para cada uno de los hijos. **El anterior monto se estima razonable, puesto que esta Sala, en circunstancias fácticas similares, ha condenado en el pasado al pago de \$53.000.000** (SC del 17 de noviembre de 2011, Exp. 1999-533), y \$55.000.000 (SC del 9 de julio de 2012, Exp. 2002-101-01).*”

Para ello pues, toma como referencia sentencias de antaño entre las cuales se aprecia un incremento gradual que justifican para la CSJ una nueva valoración del monto indemnizable, advirtiendo –al parecer- el fenómeno económico de la inflación, al indicar: “**De manera que es apenas justificable que en cuatro años, el monto de los referidos perjuicios sufra un incremento o ajuste moderado.**”

Sin embargo, a renglón seguido la CSJ, continuando con la línea expuesta en la sentencia del 17 de noviembre de 2011, descarta que se trate de un análisis de orden económico al indicar: “*Adviértase que no se trata de aplicar corrección o actualización monetaria a las cifras señaladas por la Corte de antaño, por cuanto el daño moral no admite indexación monetaria, sino de ajustar el monto de la reparación de esta lesión, como parámetro de referencia o guía a los funcionarios judiciales, a las exigencias de la época contemporánea...» (SC del 17 de noviembre de 2011, Exp. 1999-533)*”

(subrayado y negrilla fuera de texto original)

En esta providencia el ejercicio de cuantificación de la CSJ frente al daño moral se acompañó de las siguientes premisas:

- El daño moral no tiene precio que permita su resarcimiento en tanto es inconmensurable por la naturaleza misma del perjuicio; no obstante el juez debe, cuando menos, dar pie a una medida de compensación o satisfacción, normalmente estimable en dinero, de acuerdo a criterios de razonabilidad

jurídica y de conformidad con las circunstancias reales en que tuvo lugar el resultado lamentable que dio origen al sufrimiento.

- La reparación del daño moral, sin embargo, no es ilimitada ni arbitraria, en tanto el juez debe acudir a la razonabilidad, la cual surge de la valoración de referentes objetivos para su cuantificación, tales como las características del daño y su gravedad e intensidad en la persona que lo padece; de ahí que el *arbitrium iudicis* no puede entenderse como mera liberalidad del juzgador.
- En el caso objeto de estudio, dadas las condiciones en que se dio el fallecimiento y la cercanía de los demandantes con la paciente (esposo, madre e hijos), se estima que el daño moral ocasionado es de grado sumo, reconociéndose por tanto una cifra de \$60.000.000 partiendo de sentencias precedentes que reconocieron \$53.000.000 (SC del 17 de noviembre de 2011, Exp 1999-533), y \$55.000.000 (SC del 9 de julio de 2012, Exp. 2002-101-01).

DECISION:

Casa la sentencia por el yerro incurrido al valorar la prueba obrante en el expediente y como juez de instancia acoge las pretensiones de la demanda, así:

- Declarar a Inversiones Médicas de Antioquia S.A. y la Clínica Las Vegas Coomeva IPS Ltda., son civil y solidariamente responsables por la muerte de la señora L.D.R.M.
- Condena a la suma total de \$483'160.624, la cual se desglosa en lucro cesante y daño moral, ascendiendo la cifra reconocida por este último rubro a \$60'000.000 para cada uno de los reclamantes.
- condena por concepto de agencias en derechos en la cifra de \$24'000.000.

BREVE RESEÑA DE LA SENTENCIA DEL 29 DE NOVIEMBRE DE 2016 DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA (M.P LUIS ALONSO RICO PUERTA), DEMANDA INSTAURADA POR MELBA INÉS RODRIGUEZ GOMEZ Y OTROS VS EPS FAMISANAR LTDA Y OTROS; RADICADO 2005-0488-01 (SC15996-2016)

Hechos:

Paciente que ingresa al servicio de urgencias, siendo remitido erróneamente a valoración por gastroenterología cuando presentaba una afección cardíaca, la cual, a pesar de identificarse posteriormente, devino en su muerte. Sus familiares cercanos (cónyuge e hijos) reclaman perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, pretendiendo de estos últimos el reconocimiento de "1000 salarios mínimos".

CAUSAL DE CASACIÓN:

Violación indirecta de la ley por errada apreciación del material probatorio al considerarse el mismo insuficiente para endilgar responsabilidad de la demanda.; se emite sentencia sustitutiva acogiendo las pretensiones de la demanda.

SOBRE LA TASACIÓN DE PERJUICIOS:

Al abordar la cuantificación de los perjuicios morales pretendidos en la demanda, la CSJ cita la sentencia previamente expuesta (SC13925-2016) para justificar como monto indemnizable para cada demandante la suma de 60 millones de pesos; a la par, complementa su análisis sobre la causación de dicho perjuicio, así:

"De acuerdo con los mencionados lineamientos, en este caso, es incuestionable el menoscabo moral experimentado por los demandantes, como lo refirieron los declarantes, pues en el caso de la cónyuge sobreviviente, el intempestivo deceso de su esposo, le produjo trastorno en su estado de ánimo, aflicción, desolación, angustia al quedar desprovista, no solo del afecto de su esposo, sino de su respaldo en todos los órdenes, pues además surgió para ella la responsabilidad de asumir íntegramente la obligación alimentaria, la formación, cuidado y sostenimiento de sus hijos y, en general, del hogar, situación generadora de angustia, pues hasta entonces, ese cometido venía siendo compartido con él.

Sus hijos, igualmente, al verse privados, entre otros privilegios, del afecto, compañía, protección, formación, orientación, cuidados, representación académica, familiar y social en general, de su padre, sufrieron el detrimento moral, lo cual clama su resarcimiento, para de esa forma satisfacer en algo esa contusión moral.

*Así las cosas, **con observancia de las pautas jurisprudenciales de esta Corporación, se calculará esa variedad de perjuicio sufrido por los demandantes, en la suma de \$60.000.000, para cada uno.**"*

ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS SENTENCIAS RESEÑADAS

Sea lo primero manifestar que el presente análisis se desagregará en tres ejes temáticos, así:

1. Los valores contemplados por la CSJ como topes jurisprudenciales y su escalonamiento o evolución en el tiempo.
2. Comentarios sobre la motivación de la CJS en el incremento de las sumas reconocidas por daño moral.
3. La tasación de perjuicios y disparidad entre jurisdicciones.

Se aclara así mismo que el enfoque del análisis se encuentra en la tasación del daño moral, no abordándose otros problemas centrales de las sentencias propios de la responsabilidad civil.

- **LOS VALORES CONTEMPLADOS POR LA CSJ COMO TOPES JURISPRUDENCIALES Y SU ESCALONAMIENTO O EVOLUCIÓN EN EL TIEMPO.**

La CSJ ha sido uniforme en sus consideraciones al manifestar que los cambios en la suma reconocida como monto indemnizable del daño moral no comprende una corrección o actualización monetaria, sino a ajustar el monto de la reparación a las exigencias de la época contemporánea; si bien comprende un fundamento bastante "etéreo", se concibe razonable, pues de lo contrario los topes jurisprudenciales se sujetarían a variables macroeconómicas que restringirían el arbitrio judicial y la adecuada ponderación que debe asistir al juez para fijar un "resarcimiento" integral de las víctimas.

Sin embargo, más allá de la reiterada aclaración que hace la CSJ al "ajustar" los topes jurisprudenciales, no se puede desconocer que factores económicos como la inflación guían la actualización o escalonamiento de las cifras a lo largo del tiempo, circunstancia que tácitamente se reconoce por parte del órgano colegiado al indicar "*...de manera que es apenas justificable que en cuatro años, el monto de los referidos perjuicios sufra un incremento o ajuste moderado*" (SC13925-2016), pues si hacemos abstracción y se retira del análisis la pérdida del valor del dinero, se podría criticar que el contenido y magnitud (y con ello su reconocimiento económico) del perjuicio moral es probablemente el mismo en el año 2016 respecto de los años 2010 o 2014, "crítica" a la cual la CSJ se anticipa acudiendo a las que denomina "exigencias de la época", sin entrar en detalles sobre las mismas.

Es objeto también de crítica o, cuando menos, se debe resaltar pues resulta incoherente y desproporcionado, la forma como ha escalado el "tope" jurisprudencial reconocido por la CSJ, pues no ha guardado coherencia al paso de los años y si bien, como se expresaba antes, no debe guardar coincidencia aritmética con variables macroeconómicas como la inflación, si se esperaría cierta uniformidad en los incrementos por ser ello algo acorde con el juicio razonable y ponderado que supone asiste a los juzgados.

Para ilustrar mi punto parto de las sentencias aquí reseñadas, asociando el año de cada una con el monto indemnizatorio reconocido, que se desagrega así:

- Sentencia 20 de enero de 2009: \$40'000.000
- Sentencia 17 de noviembre de 2011: \$53'000.000
- Sentencia 9 Julio de 2012: \$55'000.000

- Sentencia 30 de septiembre de 2016: \$60'000.000

Partiendo de estas cifras y años, tenemos que entre el 2009 y 2011, se incrementó la cifra indemnizatoria en un 32.5%, es decir, aproximadamente 16% anual; entre el año 2011 y 2012 el incremento ascendió a 1.8% anual; y finalmente, entre el año 2012 y 2016 el incremento fue del 9.1%, para un 2.27% anual. ¿realmente este escalonamiento comprende un juicio ponderado y razonado del juzgador?

Sin duda alguna este escalonamiento nos lleva a plantearnos varios interrogantes ¿deben las indemnizaciones estar atadas a algún criterio económico que de pie a su actualización periódica con miras a que el principio de reparación integral no se vea mellado por la pérdida del poder adquisitivo del dinero con independencia del a libertad que le asiste al juez de fijar nuevos parámetros indemnizatorios de acuerdo a las "exigencias de la época contemporánea"?

En este punto vale resaltar la línea jurisprudencial definida por el Consejo de Estado mediante la compilación de sentencias del 28 de agosto de 2014, con la cual se unificaron los criterios para la reparación de perjuicios inmateriales. En esta serie de providencias que regulan la reparación en caso de lesiones y muerte, entre otros, se consigna el salario mínimo legal mensual vigente (SMLMV) como unidad de cálculo para las diversas tablas instituidas por el máximo órgano judicial de la jurisdicción contencioso administrativa. Ello, en mi criterio, constituye una salida razonable a la crítica que antes exponía al ejercicio indemnizatorio de la CSJ, pues se contempla naturalmente un factor de corrección o actualización monetaria como lo es el incremento anual al salario mínimo el cual, incluso, suele ser levemente superior a la inflación.

- **COMENTARIOS SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LA CJS EN EL INCREMENTO DE LAS SUMAS RECONOCIDAS POR DAÑO MORAL.**

Evaluadas las diversas sentencias en las cuales la CSJ ha dado pie a la "actualización" o escalonamiento de los valores a reconocer por perjuicios extrapatrimoniales, vale recalcar que las motivaciones y consideraciones del órgano colegiado frente a la naturaleza y procedencia del daño moral suelen ser bastante amplias y profundas, retro trayendo doctrina y jurisprudencia voluminosa en la materia, e incluso incorporando comentarios de ilustres tratadistas extranjeros como Adriano de cupis; sin embargo, cuando se trata de emprender el complejo ejercicio de tasación sus consideraciones se tornan más etéreas y restringidas, siendo el criterio en el cual aquel mayoritariamente se erige el arbitrio judicial.

Contrario a otras instituciones del derecho en las cuales se goza de plena certeza y entendimiento en sus disquisiciones, en la valoración del daño moral se puede advertir, en cierta medida, capricho y azar; a fin de ilustrar mi punto y retomando el comparativo porcentual antes hecho, cabría preguntarse ¿socialmente eran sustancialmente menores las reacciones de dolor y congoja en las familias cuando uno de sus seres cercano fallecía en el año 2009 respecto a aquellas familias que

padecieron similar circunstancia en el 2011? Si partimos del incremento sustancial que tuvo el tope jurisprudencial en materia de daño moral para la CSJ entre dichas fechas y los fundamentos por estos expuestos, la respuesta habría de ser, sí.

Sin embargo, respetando la compleja y diligente labor judicial desarrollada por el órgano de cierre podríamos considerar que el incremento pueda obedecer a que en el transcurso del tiempo se develó para la corte nuevos elementos que le permitieron una mejor comprensión de la realidad y con ello del daño, con el consecuente ajuste significativo de las cifras tope para eventos tan gravosos como la muerte de un familiar; no obstante, dada la inconmensurabilidad el perjuicio que motiva este análisis ello no puede ser corroborado fehacientemente y lleva a ser cauteloso en una crítica contundente al escalonamiento de valores realizado por la CSJ.

Aceptando de mi parte la suma complejidad que supone fijar una cifra para compensar un bien o interés legítimo que no tiene equivalente monetario he de aceptar que la labor realizada por la CSJ puede realmente obedecer a un análisis juicioso de evaluar en el caso a caso las características del daño y su gravedad e intensidad en la persona que lo padece, como se consigna en cada una de las sentencias antes reseñadas; sin embargo, personalmente considero que a pesar de la pulcritud del análisis jurídico que se realiza en cada sentencia previo a definir el valor de la condena por concepto de perjuicios extrapatrimoniales, comprendería un avance en la jurisdicción ordinaria contemplar un elemento que permita al juez conservar su discrecionalidad para definir la suma que estime razonable para alcanzar el principio de la reparación integral, pero contemple a su vez la pérdida del valor adquisitivo del dinero en el tiempo (pues a la fecha, pareciese que la CSJ, con cierta ceguera, desconozca esta realidad económica).

- **LA TASACIÓN DE PERJUICIOS Y DISPARIDAD ENTRE JURISDICCIONES**

La “petrificación” a la que está sometido el tope jurisprudencial en materia de daño moral según la CSJ también ha devenido en un descalce significativo entre los topes reconocidos por en la jurisdicción ordinaria y en la jurisdicción contencioso administrativa; dejando de lado las reglas excepcionales en las cuales el Consejo de Estado reconoce indemnizaciones sustancialmente superiores a la regla general de 100 SMLMV (tomando como ejemplo para efectos ilustrativos la indemnización en caso de muerte), hoy por hoy estamos ante una diferencia de valores entre jurisdicciones sustancial, por un lado el tope de \$60'000.000 y por otro el de \$78'124.200, cifras que suponen una diferencia de aproximadamente un 30% entre la jurisdicción ordinaria y la contencioso administrativa, siendo superior en esta última.

Esta circunstancia, a la luz de la teoría de la responsabilidad civil, supone una afrenta al principio de la reparación integral, ya que el daño se debe concebir y valorar como uno solo con independencia de la jurisdicción en la cual se ventile o dirima la controversia. Aunado a lo anterior en la jurisdicción ordinaria nos encontramos con

una dispersión judicial significativa en lo que atañe a cuantías, siendo común identificar condenas sustancialmente dispares en procesos análogos desde el punto de vista fáctico, puntualmente de los perjuicios ocasionados.