

RESUMEN DE SENTENCIA ORAL CONTENIDA EN AUDIO

NÚMERO DE RADICADO: 050013103007 2016-00862 01

TEMA: **RECONOCIMIENTO DE INDEMNIZACION POR LUCRO CESANTE. Perdida de Chance.** La señora sufrió un daño, sin embargo como siguió laborando y se siga ocupando en otras actividades, la pérdida de capacidad laboral es lo que se reconoce, si bien se puede estimar como un verdadero lucro cesante cierto, por parte del ponente es que si se liquida como un lucro cesante, pero realmente es una pérdida de chance, porque a futuro puede que la pérdida de capacidad laboral, vaya a influir en una merma de los ingresos económicos, entonces se indemniza a manera de pérdida de chance consolidada y futura o de lucro cesante consolidado y futuro. **PERJUICIOS MORALES. Reconocimiento de indemnización proporcional al daño.** El dolor psíquico de verse impedida físicamente al ver alterada su anatomía por virtud de las cicatrices y su locomoción que le ocasiona disfuncionalidad en el aparato locomotor al ver que quedó con secuelas vitalicias con una incapacidad definitiva del 14.66%, se colige que esta inhabilitada para ciertas tareas, en lo que se refiere a cosas cotidianas de la vida, como el disfrute de actividades deportivas o simplemente recreativas, e se traduce en un dolor que debe ser resarcido atendiendo a su proporcionalidad. **DAÑO A LA SALUD.** Se admite el daño a la salud como una modalidad que resulta autónoma frente a los daños de orden moral y fisiológico, por lo que estando dicho derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución y por hacer parte del Bloque Constitucionalidad, es por lo que, al estar probado, que aquí la demandante sufrió en forma antijurídica dos cicatrices en una de sus piernas una de 6 cm y otro de 12 cm, que surgen visibles, (...) la Sala pasa a admitirlo como un daño autónomo y recocer el perjuicio reclamado.

PONENTE: DR. JULIÁN VALENCIA CASTAÑO

FECHA: 08/11/2018

TIPO DE PROVIDENCIA: Sentencia

EXTRACTO: No se discute la responsabilidad sino los perjuicios en cuanto su monto y la naturaleza de algunos que se concedieron según el apoderado de la demandada, por sumas que no se compadecen o porque se reconocieron algunos que, desde su punto de vista, no se debieron haber reconocido por falta de prueba o por una indebida interpretación, entonces a eso es que nos vamos a ceñir.

El Tribunal encuentra inicialmente que los presupuestos del proceso se encuentran cumplidos y eso habilita a la sala para pronunciarse de fondo y resolver o desatar este recurso de apelación, sin embargo comienza por precisar que la inconformidad de los diferentes recurrentes alude únicamente a las decisiones adoptadas en el trámite de primera instancia en lo que tiene que ver con la liquidación de perjuicios a cargo de la parte demandada, obligación que a ésta le asiste en aras de reparar o resarcir el daño que sufrió la señora Tatiana Ospina Posada, con ocasión del accidente de tránsito que sufriera el pasado 1° de septiembre del año 2016, ambas partes apelantes están convenidas en que su reclamo tiene que ver solamente con las sumas dinerarias que se reconocieron en la sentencia, pues mientras la demandante solicita que sean aumentadas correlativamente, la demandada solicita que se disminuya su tasación, por lo que el asunto es pacífico en cuanto la responsabilidad, dada la aceptación de la culpa por parte del conductor de la buseta y de la representante legal de la cooperativa afiliadora de la misma.

Como problema jurídico entonces, estando despejado el tema de la responsabilidad civil extracontractual y de la causa que causó el accidente que le ocasionó perjuicios a la demandante, es si, el demandante tiene derecho a que se reconozca un mayor valor por la indemnización de los daños sufridos, o si por el contrario, la parte demandada tiene derecho a que se rebajen en esos rubros concedidos, en consecuencia el recurso se abordará conforme las disposiciones que sobre el tema señala el artículo 328 del Código General del Proceso, esto es, la decisión de segunda instancia cobijara solamente el motivo de inconformidad, pues no se extenderá la revisión a lo que no es sujeto de alzada, eso encuentra asidero en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Dr Edgardo Villamil Portilla del 8 de septiembre del 2009, en la que se dijo en la parte pertinente *"el recurso de apelación tiene un objeto delimitado de modo que la inclusión de las razones de la inconformidad deja*

Relatoria

zonas del litigio, fuera de la impugnación, a las cuales el juez no puede acceder mediante una actividad inquisitiva que le permita sustituir al recurrente, en la delimitación del objeto del recurso”.

(...) el apoderado de la parte demandante en su intervención, se refirió al perjuicio por daños fisiológicos y en parte alguna se pidió ese perjuicio con la demanda, en las pretensiones no está ese perjuicio, no se pidió, en la sentencia (la aquo) simplemente condenó por daños inmateriales (...) entonces el Tribunal asume que la competencia en esta segunda instancia para resolver el recurso de apelación es solamente sobre los perjuicios inmateriales, pero a modo de perjuicio moral.

(...) Pasa el tribunal a analizar el objeto de la alzada que no es otra cosa que la demostración y cuantía de los perjuicios, ya que a consecuencia del accidente la víctima demandante sufrió lesiones en su humanidad, mientras que su familia sufrió perjuicios de rebote, hecho cierto probado y no controvertido por la demandada, desde el comienzo del litigio.

La indemnización de perjuicios comprende, para que se cabal, tanto los daños materiales como los inmateriales ocasionados por el hecho dañino, los primeros están integrados por el daño emergente y el lucro cesante; mientras que los inmateriales, hacen referencia al daño moral, al daño a la vida relación, al daño fisiológico; los cuatro rubros, no fueron rogados en la demanda de manera puntual, por consiguiente según lo exteriorizado en el recurso de apelación, en relación con el reconocimiento de las indemnizaciones, el quantum de las mismas y la manera como fueron emitidas las condenas; se examinará en los párrafos que siguen con las consecuencias necesarias de modificación a la sentencia de primera instancia.

(...) en primer lugar (con relación) al juramento estimatorio, la víctima directa allegó como prueba de los perjuicios demandados, el juramento estimatorio el cual consiste en una estimación razonada, en este caso de la indemnización del perjuicio a ella rogado por concepto de daño emergente, estimación que por así exigirlo el artículo 206 del Código General del Proceso, debe hacerse bajo la gravedad del juramento y discriminando cada uno de los conceptos, entendiendo por esa discriminación, los elementos salientes de los anhelos en el pleito de la demandante, al tiempo que no plantearse objeción alguna por la contraparte o de no advertirse por el Juez una estimación notoriamente injusta, ilegal o que sospeche que hay fraude la misma, hace plena prueba del monto del perjuicio, la compensación, el pago de frutos y el valor de los de las mejoras reclamadas, en caso de objeción o de la oficiosidad del Juez, quién hace la estimación, deberá tener como cosa suya, la carga de la prueba de desestimación.

La exigencia de la discriminación que exige la ley, en el punto, no va más allá de segregar los diferentes rubros a que se aspira sean reconocidos en la sentencia, asignándoles el valor, que según la razón y la buena fe, le indique el peticionario, porque precisamente carece de prueba que le sirva de estribo para concretar la cuantía, por lo que el juramento estimatorio emerge como un mecanismo jurídico, para concretar la suma demandada ab initio, sin que nada impida como ocurre en el caso de autos, que quién hace la estimación justifique la misma asomando pruebas que la respalden, pero sin que por ello se enerve la posibilidad de la intervención del Juez, para corregir yerros aritméticos o conceptos indemnizatorios.

Los perjuicios materiales solamente podrán ser resarcidos en la medida en que sean ciertos, actuales, directos y estén por supuesto, plenamente demostrados, de modo que el menoscabo patrimonial, tiene que gozar de certitud, esto es que sea real y concreto, sin que pueda extenderse a ventajas eventuales, hipotéticas, contingentes, abstractas, dudosas o escuetamente utópicas, que puedan tornarse en fuente de enriquecimiento sin causa.

El daño emergente es el perjuicio inmediato que surge del hecho dañoso, cuantificable al momento mismo de su presencia o de su acontecimiento, aunque pueda tratarse de gastos futuros inminentes, (...) algunos apoderados confunden el daño, con la reparación del daño, es que cuando por ejemplo, hay una colección de automotores, quién discute que hubo daños, si están las fotografías que demuestran que

Relatoria

cada uno sufrió abolladuras, si hay constancia de un mecánico que dice que revisó los automotores y causó, estos y éstos y éstos daños al vehículo uno y al vehículos dos, esos son los daños, pero de ahí a que haya que presentar facturas de que ya se reparó ese daño, eso es otra cosa muy distinta, a mí me pueden dañar mi vehículo, mi motocicleta y yo no quererlo arreglar, o querer reparar y guardarla en el cuarto de sanalejo, pero a mí, la persona que me causó el daño, si me tiene que reconocer la indemnización de ese perjuicio, yo veré qué hago con el dinero, si mandó a arreglar finalmente mi vehículo o si me gasto ese dinero en otras cosas.

El daño emergente entonces, es el perjuicio inmediato que surge del hecho dañino, aunque pueda tratarse de gastos futuros, si se trata de daños irrogados a las cosas, el quantum equivale al valor de su reparación, pero si las cosas se perdieron definitivamente, el daño abarcará el valor de reposición en las condiciones en que ella se encontraba en manos de la víctima, en la determinación de este punto, pueden ser muy útiles las facturas o cotizaciones de lo que se pagó o pagará por un repuesto y la mano de obra para su reparación, (...) no existe norma alguna que limite la acreditación del perjuicio a manera de tarifa legal, (...) perfectamente pueden ser útiles las cotizaciones que constituyen documentos declarativos provenientes de terceros, los cuales conforme lo prevé el artículo 262 del Código General del Proceso, no requieren ratificación para ser apreciados por el juez, salvo que la parte contraria pida su ratificación (...).

Se advierte entonces que para demostrar el daño emergente concretamente en lo que fue exteriorizado en el recurso de apelación, a la parte actora, en verdad le bastaba probar en este caso, las averías que sufrió su motocicleta y hacer la estimación razonada y bajo la gravedad del juramento, en este orden de ideas, junto con el escrito genitor del proceso, adosó factura de venta o mejor dicho, cotización, y costo de mano de obra por reparación, (...) documento este no redargüido de falso o fue atacado, no fue tachado de falso y que en ausencia de prueba en contrario, debe tenerse como prueba del daño y por ahí mismo de su cuantía.

El lucro cesante, dividido en consolidado y futuro, fue jurado su monto por la suma de 9.596.073 y de 47.728.694, cada porción del concepto respectivamente, pero es preciso hacer aclaraciones a este punto la parte la recurrente, se duele que la funcionaria no haya cuestionado en forma alguna al juramento estimatorio, ni siquiera para recalcular la cuantía, atendiendo a lo ordenado por el artículo 206 inciso 3o del Código General del Proceso, además que se haya observado que según el dictamen pericial, la pérdida del rol laboral fue calificado en 0.5% y que la señora Tatiana Ospina, luego del accidente, continuó laborando y sus labores cotidianas no cambiaron, siguió usando la moto, continuó jugando voleibol, etc; y por tal razón, agregó la recurrente, que no sufrió lucro cesante alguno.

Pues bien, el lucro cesante, ha de ser indemnizado cuando se afinsa en una situación real, existente al momento del evento dañino, condiciones estas que justamente permiten inferir, razonadamente que las ganancias o ventajas que se percibía o se aspiraba razonablemente a captar dejarán muy probablemente de ingresar al patrimonio del perjudicado, cognición por la cual cuando en eventos como el acá sucedido, es decir cuando la víctima sufre la pérdida de un porcentaje de su capacidad laboral, pero la misma sigue laborando o por lo menos tiene la posibilidad de laborar en un tiempo de su vida, mal podríamos hablar de un perjuicio cierto, pues una cosa es la privación de una ganancia con una alta probabilidad objetiva que se iba a obtener y otra muy distinta es dejar de percibir una suma tangible, circunstancias últimas y frente a las cuales no habría lugar a especular, en torno a eventuales utilidades, porque las mismas son concretas, es decir que en verdad se obtendrían o podrían llegar a conseguirse con evidente cercanía a la realidad; pero otra cosa bien distinta es la frustración de la chance de una apariencia real de derecho, caso en el cual en el momento en que nace el perjuicio, no se extingue una utilidad entonces existente sino simplemente la posibilidad de obtenerla; cómo aquí ocurre con el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral no superior al 50% de la señora Tatiana Ospina, porcentaje que si bien no es capaz jurídicamente de provocar una pensión de invalidez, al menos, si resulta como un daño que amerita una indemnización.

Relatoría

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de Justicia MP Margarita Cabello Blanco, Magistrada Sala Civil, Sentencia No. 11001 - 31 - 03 - 003 - 1998 - 07770 - 01) señaló: *“problema análogo a la certeza del daño, suscita la pérdida de una oportunidad, o sea, la frustración, supresión o privación definitiva de la oportunidad legítima, real, verídica, seria y actual, para la probable insensata obtención de un provecho, beneficio, ventaja o utilidad a futuro, o para evitar una desventaja, pérdida, o afectación ulterior del patrimonio, asunto de tiempo atrás analizado por los comentaristas desde la certidumbre del quebranto, la relación de causalidad y la injusticia del daño, para la Sala, no hay lugar dudas entonces, que para que surja la eventual posibilidad de reconocer la pérdida de oportunidad como daño autónomo, al menos debe mediar indiscutiblemente como condición Sine Qua Non(...) el que “privación definitiva de la oportunidad sea legítima, real, verídica, seria y actual para la probable y sensata obtención de un provecho beneficio, ventaja o utilidad a futuro” características que en suma en una de sus connotaciones, definen el daño por su certeza y específicamente el daño como pérdida de oportunidad”.*

Por tanto, avizorando tal certidumbre reconocida por el profesor Javier Tamayo Jaramillo (Tratado de Responsabilidad Civil, Tomo 2, Página 357, Editorial Legis) en tanto que *“y los casos en los que ad exemplum, se pierda efectivamente una oportunidad de, verbo y gracia, ganar un pleito en caso de un abogado o de recuperar la salud”*, por el contrario no se estaría ante la presencia de una dificultad para estimar o no la certeza del daño, pues el mismo existe o existirá, sino de la cuantificación del mismo, daño que se insiste, solamente restará por aquilatar en la medida de su veracidad, en cuanto que cuando menos se contaba con una posibilidad aunque fuera remota, de obtener algún resultado pero que por circunstancias ajenas, no se logró materializar.

En definitiva y en aras de brindar claridad en lo tocante con la tajante distinción que entre la pérdida de oportunidad y lucro cesante ambos, como daños autónomos, (...) y no obstante contrario sensu, las aristas que pudieran acercarse las mencionadas tipologías propiciando acaso su inadecuada categorización, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Civil, al respecto también puntualizó: *“a propósito de las ganancias frustradas o ventajas dejadas de obtener, una cosa es la pérdida de una utilidad que se devengaba realmente cuando el acontecimiento nefasto sobrevino, la pérdida de un bien con probada actividad lucrativa en un determinado contexto histórico, o incluso la privación de una ganancia, que con una alta probabilidad objetiva, se iba a obtener, circunstancias en las cuales no hay lugar a especular en torno a eventuales utilidades, porque las mismas son concretas (...) y otra muy distinta, es la frustración de la chance, de una apariencia real de provecho, caso en el cual, en el momento que nace el perjuicio, no se extingue una utilidad, entonces existente, sino simplemente la posibilidad de obtenerla. Tratase pues, de la pérdida de una contingencia de evidente relatividad, cuya cuantificación dependerá de la mayor o menor probabilidad de su ocurrencia (...) en palabras de Gastón Salinas Ugarte, no se trata por supuesto del tradicional lucro cesante, pues el daño que esté importa es cierto, en la medida en que el damnificado tiene un interés legítimo a la percepción de ese lucro al momento del evento dañino, en otras palabras el rubro lucro cesante no indemniza la pérdida de una mera expectativa, probabilidad de beneficios económicos futuros, sino el daño que supone privar el patrimonio damnificado de la obtención de lucros a los cuales el titular tenía derecho, es decir, título, al tiempo que acaece el eventus damni, cuando el daño se origina en frustración de una esperanza razonable, en la pérdida de una chance, de una probabilidad fundada, nos encontramos frente a esta categoría de daño, donde coexiste un elemento de certeza, en un elemento de incertidumbre.*

Criterios estos, que fueron reiterados por este Alto Tribunal en reciente pronunciamiento del 21 de abril del año 2017 con Radicación 05001 - 31 - 03 - 001 2009 - 00 128 - 01 con ponencia del Dr Ariel Salazar Ramírez.

Siempre ha sido muy debatido (...) el lucro cesante cuando hay una merma de la capacidad laboral, sobre todo cuando la persona o no tiene trabajo o teniendo trabajo sigue laborando, entonces (...) dicen a los interesados y por supuesto la parte demandada, que la persona que sufrió los daños siguió laborando, entonces dónde está el daño? el daño está en la pérdida de la capacidad laboral.

Quién podría discutir que una persona que a pesar de un accidente y siguió laborando, pero cuando los médicos expertos en salud dicen que tuvo una pérdida de tal porcentaje de la capacidad laboral, que no alcanza para pensionarla por incapacidad, pero ese daño entonces se queda impune, es entonces hacia dónde apunta (la solicitud) y cuando es la Seguridad Social es la que asume ese daño, porque le paga la incapacidad, entonces también queda impune el hacedor del daño, el causante del daño? No, por eso la Corte también tiene jurisprudencia en el sentido que son dos causalidades distintas, lo que es el daño que se sufre como accidente laboral y el daño que se sufre en un accidente distinto, que no tiene nada que ver con el desempeño laboral de la parte que demanda y por eso ha dicho la Corte, que como son dos cosas distintas, aunque haya subrogación, por ejemplo cuando pagan las aseguradoras ese perjuicio, tampoco ahí hay lugar a decir que no hay daño o qué ya se pagó, que ya se indemnizó, porque esta es una causalidad distinta.

Aquí la señora si sufrió un daño y claro siguió laborando y le siguieron pagando, claro que pueda que se siga ocupando en otras actividades, pero entonces esa pérdida de capacidad laboral, eso es lo que el tribunal va a reconocer, con una diferencia, que los compañeros de sala, para ellos, eso se debe estimar como un verdadero lucro cesante cierto, pero por parte del ponente es que si se liquida como un lucro cesante, pero eso realmente es una pérdida de chance, por lo dicho, el lucro cesante es porque realmente dejó de trabajar y le pagan lo que dejó de trabajar, pero aquí, como está trabajando y entonces ahí es donde aparece la duda (...) es que precisamente es una pérdida de chance, porque a futuro puede que esa pérdida de capacidad laboral, le vaya a influir en su merma de los ingresos económicos, entonces se indemniza a manera de pérdida de chance consolidada y futura o de lucro cesante consolidado y futuro.

Acorde con lo anterior no trascienden en este asunto el argumento de la parte recurrente, según el cual, la señora Tatiana Posada pese a la pérdida de la capacidad laboral, continúa laborando, ya que el daño de la pérdida parcial de la capacidad laboral sí estuvo demostrado, solamente que no se tipifica como un lucro cesante como lo hizo el aquo, lo anterior aplicando el dictamen rendido por el experto, explica la calificación asignada por el rol laboral del 0% o 0.5% pues este tipo de valoración es apenas un componente de la evaluación de la merma de la capacidad laboral (...) el médico laboral cuando hace esta calificación tiene la pérdida del rol o la disminución del rol laboral, que es la actividad directa que está desempeñando en ese momento y otra cosa es cuando se suman todos los factores ya es la pérdida total de la capacidad laboral, que puede ser mayor, pues este tipo de valoraciones es apenas un componente de la evaluación de la merma de la capacidad laboral, en tanto se centra aquella en valorar la capacidad productiva y se mide en términos de desempeño en un determinado contexto laboral, en otras palabras, como no se afectó el rol laboral de la víctima, nada obsta para que en el futuro pueda emplearse nuevamente o que incluso nunca pueda volver a emplearse, precisamente como consecuencia de la limitación en la capacidad laboral entendida como el *“conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico, mental y social, que permiten desempeñarse en un trabajo”*, esta definición la encontramos en el Decreto 1507 de 2014, manual único para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional.

Ahora bien esa situación no implica que deba abrirse camino a la aplicación de la cuantía discriminada en el juramento estimatorio, tal y como lo hizo el a quo en su sentencia, como quiera que la misma se deviene aritméticamente injusta y veamos porque previamente (...) el apoderado de la parte demandada indicó que el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral es revisable cada tres años y bajo ese entendido la discapacidad podría mermar, incluso desaparecer, por consiguiente, la merma de capacidad laboral del 14.66% es absolutamente incierta; no obstante, la temporalidad, revisión y vigencia de la valoración corporal o el porcentaje de invalidez asignados a determinada persona, está reservada para aquellos casos de la pensión de invalidez, acorde a lo establecido en el artículo 44 de la ley 100 de 1993, que en su tenor ordena lo siguiente *“Revisión pensiones de invalidez: El estado de invalidez podrá revisarse: a) Por solicitud de la entidad de previsión o seguridad social correspondiente, cada tres años con el fin de ratificar, modificar o dejar sin efectos, el dictamen que sirvió de base para la liquidación de*

la pensión que disfruta su beneficiario y proceder a la extinción, disminución o aumento de la misma, si a ello hubiere lugar”

La crítica a la sentencia por este camino es completamente infundada pues (...) la señora Tatiana Ospina quedó habilitada para trabajar y a seguir cotizando al sistema de pensiones sólo que con una secuela definitiva como lo advierte el experto (...) daño que debe ser reparado y hasta ahora no hay una prueba que desvirtúe esa pérdida parcial de la capacidad laboral, entonces se impone su indemnización.

La liquidación del perjuicio: Un elemento de confirmación señala que la señora Tatiana Ospina percibía ingresos (es el documento en) que la Directora de Contratación Suramericana donde se certifican sus ingresos y funciones que cumplía y los ingresos que percibía para el momento del accidente y hasta el 30 de noviembre del año 2014, documento este que tampoco fue tachado de falso y que en ausencia de prueba en contrario debe tenerse como prueba del salario devengado.

Establecido el ingreso que recibía el activo procesal por el desarrollo de su actividad como histotecnóloga (...) (como) la demandante quedó con pérdida de capacidad laboral del 14.66%, se traduce en que la suma (del ingreso) constituye el perjuicio real por pérdida de capacidad laboral, pero es indispensable, para calcular el daño a valor presente, precisar cuánto sería lo dejado de devengar en la actualidad por la víctima, aquí entonces hay que aplicar unas fórmulas (...) que utiliza la Rama Judicial. Esa liquidación entonces arroja un total por concepto de pérdida de oportunidad consolidada y por pérdida de oportunidad futura, valores que se reconocerán a María Gloria del Socorro Londoño Espinoza conforme lo ya expuesto.

PERJUICIOS MORALES: Frente a este rubro, ha dicho la doctrina y la jurisprudencia, que al ser de la órbita subjetiva íntima o interna de la persona, pero exteriorizada por el dolor, la aflicción, el decaimiento anímico, el pesar, la congoja, la angustia, la desolación, la sensación de impotencia u otros signos expresivos, su reconocimiento económico tiene una función en esencia satisfactiva y no reparatoria en toda su magnitud, pues si bien, los medios de persuasión pueden demostrar su existencia, sin embargo, no lograrán comprender una dimensión patrimonial y menos exacta frente al dolor de quien lo sufre y por eso es que su reconocimiento, se hace a manera compensatoria y que no reparatoria, real y absoluta, precisamente porque el alma puede seguir doliendo y de muchas maneras y en muchas formas en cada persona y en sus seres queridos (...); sin embargo, para valorar el daño moral se considera apropiado dejarlo al arbitrio del juez (...) teniendo en cuenta las condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, la situación o posición tanto de víctima como de perjudicados, el grado de cercanía entre la víctima y quienes buscan la reparación de esa lesión, la intensidad de esta y los demás aspectos subjetivos.

El reclamo de los recurrentes, es de un lado, que se duele el impulsor del proceso de que el juez no haya respetado el precedente a la hora de tasar los perjuicios Morales en una cuantía de 100 salarios mínimos, de otra parte, sus antagonistas señalan que la suma reconocida por la funcionaria de primer grado a la demandante, fue excesiva, atendiendo lo probado dentro del plenario.

En atención a esta clase de daño, respecto a los reparos realizados por la parte accionada, basta decir que como existe una presunción legal respecto de este daño y dado que la parte demandada, no aportó prueba que la desvirtuara, es razón suficiente para que sea concedido, sólo que como su tasación se ha dejado al árbitro judicial se va a ocupar el Tribunal de ese aspecto.

Desde luego que deben atenderse las decisiones judiciales de las Altas Corporaciones para resolver los casos, para ello el juez debe argumentar porque son aplicables, un precedente puede ser aplicable al caso en decisión:

1. Porque el caso del precedente es análogo al que se está fallando, esto es, porque los hechos relevantes de uno y otro son semejantes.

2. Porque en su ratio decidendi el precedente contenga una regla general aplicable al caso en estudio.

Para aplicar el precedente, el juez debe argumentar porque los hechos guardan una analogía estrecha debido a que la ratio decidendi de una sentencia está compuesta al igual que las reglas jurídicas ordinarias, por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica, el supuesto de hecho, define el ámbito normativo el cual se les aplica la subregla identificada por el juez, de ahí que cuando los casos son similares deben recibir la misma consecuencia jurídica para materializar el principio de igualdad de las partes y garantizar la seguridad jurídica (...).

Para el caso que ocupa la atención de este Tribunal, como valor fundante de nuestro sistema jurídico, la obligación de reparar integralmente un perjuicio sufrido por las víctimas de un daño, no hay duda de que esa obligación prestacional hace parte del derecho fundamental de que es titular todo ser humano, pero en realidad el caso que cita el recurrente no guarda analogía estrecha al que sigue la atención de la sala, pues en este caso se trata de unas lesiones sufridas en un accidente de tránsito y en el que estudió la Corte (en la sentencia que señala) fue en el óbito de un paciente por una falla en atención médica (...) es cierto, como lo anotó la funcionaria sea la juez del caso que a partir de las declaraciones entregadas por testigos y familiares de la señora Tatiana Ospina, pronto se advierte el dolor, la aflicción, que debió sufrir la demandante con ocasión de las lesiones acaecidas al momento del accidente, particularmente el dolor derivado de la fractura de diafisis de tibia y qué motivo el auxilio médico a través de procedimiento como *“osteosíntesis de tibia y peroné”*, reducción abierta de luxación cuello-pie, neurorrafia nervio muslo y pierna y que en la actualidad persisten molestias como *“tobillo alterado, dolor a la palpación y dolor repetido en la articulación”*.

Basta entonces inferir que el dolor psíquico de verse impedida físicamente al ver alterada su anatomía por virtud de las cicatrices y su locomoción que le ocasiona disfuncionalidad en el aparato locomotor al ver que quedó con secuelas vitalicias con una incapacidad definitiva del 14.66%, de donde se colige que esta inhabilitada para ciertas tareas, en lo que se refiere a cosas cotidianas de la vida, como el disfrute de actividades deportivas o simplemente recreativas, obviamente se traduce en un dolor que debe ser resarcido atendiendo a su proporcionalidad; pero tampoco puede ir esa tasación como la de la aspiración del apelante a un tope señalado por la jurisprudencia, para un caso en donde la víctima vio mayormente comprometida su integridad física, o peor aún, aspirar al monto señalado para los deudos de una persona fallecida; sin embargo, para este Tribunal queda claro que las sumas a que fue condenado a pagar el demandado, por concepto de perjuicio moral, en favor de la víctima directa, resulta muy bajo, si se tiene en cuenta que se trata de grave lesiones y secuelas sufridas, por una joven mujer, haciéndose apenas obvio que el daño moral ha sido de importancia, por lo que el Tribunal estima que los daños morales para la víctima directa deben ser del equivalente a 50 SMLMV.

Se estima que la suma concedida por ese mismo concepto, en favor de padres y hermana no resulta desproporcionada, ya que, si bien debe paliarse el dolor que genera al ver a su hija y hermana en un estado de quietud y recuperación de una fractura, proceso que han tenido que vivir de cerca por ser personas que comparten su vida con ella en el mismo hogar, han venido superandolas (...) es por lo que la Sala estima que las sumas a ellos reconocidas no son exiguas y por eso no serán modificadas.

DEL DAÑO A LA SALUD: En relación con dicho daño, (...) existen dos corrientes doctrinarias y jurisprudenciales, en cuanto unos lo consideran como un daño autónomo y otros lo incorporan como un segmento del daño fisiológico o a la vida de relación; sin embargo aunque solamente dicho daño ha sido reconocido por el Consejo de Estado involucrando dentro del daño a la integridad personal y la salud(...) no obstante también la Corte Suprema de Justicia, si bien no se tiene noticia de que haya reconocido en forma expresa esa clase de perjuicios(...); sin embargo, dejó planteado la Corte Suprema en las sentencias del 13 de mayo del 2008 expediente 1997-09327- 01 y del 18 de septiembre del 2009 expediente 2005- 0406- 01, la posibilidad de reconocimiento de otros daños de naturaleza

extrapatrimonial, diferentes al daño moral y al daño a la vida de relación, que de resultar probados, debían ser reconocidos en forma autónoma.

Tema que fue retomado en reciente sentencia de constitucionalidad 10297 del 5 de agosto del 2014 radicado 11001-31-03-003-2003-00660-01 componencial Dr Ariel Salazar Ramírez: *“las anteriores referentes jurisprudenciales permiten deducir que el daño en los bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales, no encaja dentro de las categorías tradicionales en que se subdivide el daño extrapatrimonial, por lo que no es admisible forzar esa clase de daños para incluir en ellos una especie autónoma cuya existencia y necesidad de reparación no se pone en duda, de ahí que el daño no patrimonial se puede presentar de varias formas a saber: 1. Mediante la lesión a un sentimiento interior y por ende subjetivo, daño moral. 2. Como privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas, tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, tener relaciones íntimas, etc, daño a la vida de relación o 3. Como vulneración a los Derechos Humanos Fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad (...) y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional. Las dos primeras formas de perjuicio han sido amplia y suficientemente desarrolladas por esta Corte, el menoscabo a los bienes jurídicos personalísimos de relevancia constitucional, en cambio, aunque sea enunciado tangencialmente por la jurisprudencia, no ha sido materia de profundización, dado que hasta ahora no se había planteado este asunto, en sede de Casación, de suerte que es esta la oportunidad propicia para retomar la línea trazada por la jurisprudencia de la sala y especialmente por las sentencias del 13 de mayo del 2008 expediente 1997-09327-01 y del 18 de septiembre 2009 expediente 2015-0406-01, con relación al tema del resarcimiento de las diversas subclases de perjuicio que constituyen el daño a la persona o extrapatrimonial y en concreto, respecto de la protección en materia civil de los bienes jurídicos de especial relevancia constitucional”.*

(...) en la sentencia que se acaba de citar se ha reconocido (...) que tanto el daño moral como el daño a la vida de relación, son independientes de los daños personalísimos causados a las víctimas, mismos que resultan al amparo de derechos de especial protección constitucional, debiéndose destacar ahora que el daño a la salud vulnera (...) el derecho a la integridad personal, en sus fases física y moral, derecho fundamental de especial protección constitucional, mismo que aunque no está expresamente contemplado, se hace referencia en el artículo 49 de la Constitución Política, derecho de naturaleza inalienable ya que surge del mismo derecho a la vida, como lo ha reconocido la Corte Constitucional en la sentencia T- 584 del 98.

Por su parte el artículo 5o numeral 1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, expresa textualmente “derecho a la integridad personal. Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”, ahora bien luego de hacer varias lecturas sobre el contenido de lo que significa el derecho a la integridad personal, debe asumirse como un conjunto de condiciones físicas, psíquicas y morales mismas que le permiten al ser humano llevar una existencia digna, esto es, sin que deba sufrir ni soportar ningún tipo de menoscabo, en cualquiera de esas tres esferas o dimensiones de su propia humanidad, ya en lo que respecta al tema en estudio, sobre el reconocimiento del daño a la salud, la integridad física hace referencia con la garantía hacia la plenitud corporal del individuo, lo que explica el por qué los Estados tienen el deber de garantizar el derecho de que toda persona deba ser protegida contra agresiones que puedan afectar o lesionar su cuerpo, ya sea destruyéndolo, causándole dolor físico o daño a su salud, conceptos dentro de los cuales cabe el concepto de la incolumidad de la estética corporal del individuo, que en el mundo de hoy suele gastar ingentes cantidades de tiempo y dinero para el cuidado de su estética corporal, porque a la gente le gusta verse bonita ante los demás, circunstancia que per se conlleva a que un menoscabo de tan fundamental derecho deba lograr una indemnización equitativa cuando quiera que sea vulnerado, perjuicio que resulta muy distinto al sufrimiento moral que también puede surgir de un menoscabo, como también resulta muy diferente al daño a la vida de relación.

Relatoria

Es que si bien, un daño en la salud o al cuerpo de la persona que deja secuelas que afean la apariencia física, ya porque lo hagan notorio por una cojera, por ejemplo, o por una cicatriz visible, de por sí pueden doler en el alma a manera de daño moral, a la vez que pueden generar un cambio en la vida social del individuo, como que lo obligue a cambiar su comportamiento en la vida social, haciendo que el disfrute de su existencia baje de calidad, también y de modo objetivo, produce necesariamente un cambio físico en la persona que conlleva per se el menoscabo su apariencia estética, misma que resulta afeada de manera antijurídica, resultando así, un perjuicio autónomo en la salud física, debiendo ser reconocido por su autonomía e independencia de aquellos sufrimientos morales y del daño a la vida de relación, por lo que en consecuencia pasan a ser parte de los daños irreparables de la persona humana.

(Se) citan valiosos aportes que sobre el daño estético, daño a la salud, (que) brinda el doctor Jorge Bermúdez Médico Argentino Especialista en Medicina Legal, en su trabajo titulado "*Valoración del daño estético por cicatrices*": "la valoración del daño estético consiste en evaluar la disminución de la capacidad de atracción de la víctima por la deformidad que sufre sin considerar las demás repercusiones que este daño pueda tener, dentro de las diferentes intentos de armonización de criterios en Europa se destacan la Resolución No 75 del Consejo de Europa, por ser la que, en su momento, aportó principios rectores en la valoración y reparación del daño corporal con respecto al daño estético, la resolución marca que 'se trata de estudiar y evaluar la pérdida de atracción puramente y no las repercusiones fisiológicas, sociales, morales y laborales, ya que éstas deben ser valoradas, no dentro del daño estético, sino dentro de los respectivos daños, dentro de la perspectiva jurídica, la lesión estética se configura como un daño autónomo, que puede incidir tanto sobre el daño material, como sobre el daño moral, lo cual cabe distinguir cuidadosamente para impedir caer en una doble indemnización. Cuando la lesión estética en virtud de su ubicación o extensión altera la armonía del aspecto habitual que tenía la persona antes del hecho, corresponde tratarla como un tercer género, ya que en definitiva, se encuadra dentro del daño directo a la persona o sus derechos o facultades. Como daño a la integridad de la persona, independiente de los daños anatomofuncionales y psíquicos, el daño estético debe formar parte junto aquellos del daño biológico que es el daño básico, de cuyo estudio, derivan todos los demás daños, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales".

(...) este trabajo (...) admite el daño a la salud como una modalidad que resulta autónoma frente a los daños de orden moral y fisiológico, por lo que estando dicho derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución y por hacer parte del Bloque Constitucionalidad, es por lo que, al estar probado, que aquí la demandante sufrió en forma antijurídica dos cicatrices en una de sus piernas una de 6 cm y otro de 12 cm, que surgen visibles, (...) la Sala pasa a admitirlo como un daño autónomo, tal y como lo hizo la juez de primera instancia (...) considerando considerándose razonable el monto allí concedido y por eso en esa parte no será modificada la sentencia.

CONCLUSION: (...) Habrá de confirmarse la sentencia, (...) con las respectivas modificaciones (...) modificándolo en su número segundo en (la) pérdida de oportunidad consolidada, (...) pérdida de oportunidad en futura o no consolidada (y) perjuicios Morales a favor de Tatiana Ospina Posada (...) lo demás no se modifica continúa incólume la sentencia (...)