

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA SÉPTIMA CIVIL DE DECISIÓN**

Bogotá D.C., ocho (8) de noviembre de dos mil trece (2013)

Magistrado ponente: **MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

Proceso No.	110013103033200300641 02
Clase:	ORDINARIO
Demandante:	ANA BEATRIZ VIVAS DE PULIDO
Demandado:	LUIS MARÍA CARREÑO LÓPEZ Y OTROS.

Sentencia discutida y aprobada en sesión No. 34 de 10 de septiembre de 2013.

Decídese el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 14 de mayo de 2013 por el Juzgado 20 Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá.

ANTECEDENTES

Ana Beatriz Vivas de Pulido demandó en proceso ordinario a Luis María Carreño López, Ramón Carreño López y a Transportadores Fontibón S.A., para que sean declarados extracontractualmente responsables por los daños causados con ocasión del accidente de tránsito ocurrido el 14 de enero de 2003 y, consecuencialmente, condenados a pagar: \$5.000.000.00 por concepto de daño emergente y lucro cesante, 500 gramos oro por perjuicios morales, 500 gramos oro por el menoscabo fisiológico y 500 gramos oro por la secuela de carácter permanente.

Como soporte fáctico de sus pretensiones, en síntesis, la demandante relató que a las 4:00 pm del día 14 de enero de 2003, el automotor de placa SIJ-893 que conducía el señor Luis María Carreño López, de propiedad de Ramón Carreño López y afiliado a

Transportes Fontibón S.A., el que iba pegado al andén y con exceso de velocidad, la golpeó en el rostro con el espejo retrovisor, lo que le causó una “fractura de cuerpo mandibular derecho”, por lo que Medicina Legal determinó una incapacidad por 40 días.

Manifestó que por causa de ese accidente perduró 7 meses sin comercializar “tapetes”, actividad económica que desarrollaba en el barrio 20 de Julio de esta ciudad, tras lo cual agregó que también le afectó su esfera interna, la armonía de su cara, al igual que su relación matrimonial y autoestima.

Notificados Luis María Carreño López y Transportadores Fontibón S.A. propusieron como excepciones de mérito: “Cobro de lo no debido”, “No existencia de la obligación”, “Pago”, “Cobrar dos veces la indemnización por la misma lesión”, “No existencia de perjuicios materiales”, “No demostración del monto de perjuicios materiales”, “Preexistencia de antecedentes de salud tales como cáncer en la persona de la demandante”, “Hacer valer a su nombre facturas que se encuentran a nombre de Seguros del Estado y del Consorcio Fidusalud”, “Coparticipación de Culpas en el Accidente de Tránsito”, “Compensación de Culpas”, “Culpa de la Víctima”, “Existencia de seguros que cubren la responsabilidad civil extracontractual”, “Cualquiera otra que se logre probar dentro de este proceso y exima de responsabilidad a mis representados” y la “Genérica”. Al mismo tiempo llamaron en garantía a la Compañía de “Seguros Generales Cóndor S.A.” y a “Seguros del Estado S.A.”.

En tanto el demandado Ramón Carreño López se notificó por aviso y guardó silencio.

La sentencia del a quo

Con sustento en el fallo proferido el 17 de enero de 2006 por el Juzgado 29 Penal del Circuito de Bogotá y el informe de tránsito el *a quo* determinó que el accidente ocurrió por culpa exclusiva de la víctima, dado que no obró con el debido cuidado que deben tener los peatones al cruzar la calle, razón por la cual negó las súplicas de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

El recurso de apelación

Inconforme con la anterior determinación, el procurador judicial del extremo activo la impugnó, con fundamento en tres razones, a saber:

La primera, que el juzgador no valoró la declaración que realizó el conductor del vehículo, Luis María Carreño, ante el Juzgado 62 Penal de Bogotá, con la que confesó que observó en la víctima la maniobra de intento de bajada, de suerte que si hubiera tenido cuidado y aminorado la velocidad la ocurrencia del incidente no tendría lugar, tras lo cual agregó que en el sector se encuentra una señal de “cruce vehicular y peatonal”, lo que implicaba tener una mayor precaución.

La segunda, que pasó por alto los testimonios que obran en el expediente; en cambio, sí tuvo en cuenta los dictámenes periciales que no analizaron lo concerniente a la responsabilidad y el informe de accidente de tránsito carece de fuerza vinculante, puesto que fue tomado en el lugar de los hechos, cuando ya habían sido alterados.

La tercera, que absolvió a los demandados con sustento en el fallo penal pero olvidó los fundamentos de las diferentes responsabilidades.

CONSIDERACIONES

Los consabidos presupuestos procesales se hallan reunidos en el presente asunto, motivo por el cual el proceso se ha desarrollado normalmente, y respecto al control que impone el artículo 25 de la Ley 1285 de 2009, tampoco se observa causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado, de modo que ello conlleva a esta decisión en los términos del artículo 357 del C. de P. C. y la jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia¹.

Reza de vieja data el aforismo que quien ha causado por sí mismo o por medio de sus agentes un daño, debe repararlo integralmente al lesionado o a sus sucesores. Con fundamento en este postulado el legislador consagró, entre otras, la acción de responsabilidad civil extracontractual, dirigida a indemnizar al

¹ C.S.J., sentencia del 28 de junio de 2013, expediente 11001-31-03-014-1998-05970-01, Magistrado ponente. JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ.

lastimado, cuyo elemento distintivo radica en que entre el autor del menoscabo y éste no media un vínculo generador de precisas y anteladas obligaciones.

Con el objeto de tejer un manto de protección a favor del perjudicado, la jurisprudencia patria, apoyada en el artículo 2356 ib., ha elaborado una teoría en torno a las denominadas “**actividades peligrosas**”, según la cual cuando el detrimento ocurre en ejercicio de una actuación de esta naturaleza, la culpa se presume y fruto de esta ventaja probatoria, el afectado queda relevado de probarla. En forma correlativa, al causante del quebranto le corresponde liberarse mediante la prueba de la ocurrencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, “culpa exclusiva de la víctima” o el hecho de un tercero.

En el sub judice, la señora juez negó las pretensiones justificada en el eximente de responsabilidad “culpa exclusiva de la víctima”, con sustento en que con el fallo proferido el 17 de enero de 2006 por el Juzgado 29 Penal del Circuito de Bogotá se determinó que el accidente acaeció, en razón a que la afectada no obró con el debido cuidado que deben tener los peatones al cruzar la calle, argumento que generó la inconformidad de la demandante, así que se hace necesario su análisis para determinar su incidencia en la decisión de la apelación.

En su oportunidad, el Juez 29 Penal del Circuito de Bogotá absolvió al señor Luis María Carreño López de los cargos por el presunto delito de “lesiones personales culposas”, porque su conducta se cumplió dentro del riesgo permitido; en cambio, la peatona descendió de manera temeraria del andén, lo que “creó un riesgo desaprobado en cuanto optó por incursionar en la vía si el exigente cuidado que debía prestar para asegurarse que ningún automotor se desplazara en el momento”².

Para el Tribunal, en el presente asunto no es posible tener por cierta “la culpa exclusiva de la víctima” con base en el mentado pronunciamiento de la especialidad penal, dado que, sin mayores escrutinios y elementos de juicio arribó a esa conclusión.

En efecto, ha dicho la jurisprudencia que no basta que dentro de la actuación penal se haya indicado que el elemento extraño se

² Ver folios 390 a 397 cdno 2

configuró para que sin más consideraciones, dicha decisión sea acogida en el campo civil, sino que es menester que el juez examine el fallo adoptado, el cual debe caracterizarse por no ser “oscuro, ambiguo y hasta contradictorio”³; es decir, que no esté afectado de duda o confusión, pues de lo contrario no puede ser aceptado.

Con relación a este tema, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló que:

“(…)

Mas, la detenida lectura de esos fallos en cuanto atribuyeron el resultado dañino a una fuerza extraña, se erige paladinamente como uno de aquellos casos en que, cual lo ha precisado la Corte, no viene posible transplantar mecánicamente la decisión penal al litigio civil, como con prontitud resultó haciéndolo el tribunal al declarar la cosa juzgada; no lo es, porque aun cuando para absolver al procesado se habló de caso fortuito, lo cierto es que ese pronunciamiento en punto del fenómeno exonerativo aludido no pasa de ser simplemente formal.

(…)

Expresado en otras palabras, ‘para que el supradicho alcance normativo sea de recibo, requiérese que de la decisión penal brote inequívocamente que la solución descansa en una cualquiera de las causas ya descritas, porque es natural pensar que la preceptiva en cita, atendidos sus peculiares efectos, rechaza su aplicación en aquellos eventos en que, como ocurre a menudo, el pronunciamiento penal se ofrece oscuro, ambiguo y hasta contradictorio. No pueden olvidarse, a este propósito, los rasgos prominentes que orientan tan delicado problema, empezando por tener siempre presente que la autoridad de la cosa juzgada penal absolutoria sobre lo civil, no se presenta frente a una decisión cualquiera, pues es forzoso que, con arreglo a un principio admitido por todos, el pronunciamiento penal, a más de necesario, sea cierto, aspecto este último sobre el que aquí se está llamando la atención con el objeto de indicar que tal connotación exige que ese pronunciamiento no puede estar afectado de dubitación o confusión alguna’.

Lo que de suyo pone de presente que, si en algo ha de hacerse énfasis, es en el celo con que el juez civil se aplicará a verificar una cualquiera de tales causas (hace referencia a las previstas en el precepto 55), fijando su atención especialmente en el aspecto intrínseco del pronunciamiento penal, antes que en nomenclaturas que fácilmente lo puedan distorsionar. En esto quiere ser insistente

³ C.S.J. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de mayo de 2003. Exp. No. 7576. M.P. Dr. Manuel Isidro Ardila Velásquez

la Corte: si la decisión penal no es lo suficientemente puntual al respecto, la norma comentada rehúsa su aplicación’ (sentencia citada).”⁴

En consecuencia, en las presentes diligencias no se puede trasplantar la decisión del juez penal, quien tuvo “por cierto e indiscutido que el procesado Luis María Carreño López, vale decir su conducta se cumplía dentro del riesgo permitido”⁵ y que “no transgredió el orden legal o reglamentario ya que ... transitaba en condiciones de normalidad, su velocidad de desplazamiento era normal y su estado anímico equilibrado”, sin informar las fuentes demostrativas que le brindaron el convencimiento al respecto, ni exponer porque consideró que en nada tuvo que ver el conductor del automotor en el resultado dañoso. Además, manifestó que “el evento tuvo su causa eficiente en la propia e imprudente intervención de la víctima”⁶, por haber bajado del andén, pero sin indicar (el Juez) cómo estableció que esa actuación fue la única causa del hecho analizado.

De la responsabilidad civil extracontractual.

Con soporte en las anteriores premisas, procede el Tribunal a analizar si se reúnen los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, para tal propósito cumple recordar que para que proceda su declaración y la consiguiente condena indemnizatoria, es preciso que los elementos estructurales aparezcan plenamente demostrados, cuales son: “el hecho, el daño y el nexo causal entre éstos”⁷, a excepción, desde luego, de la culpa, en razón a que el hecho fue producto de una “actividad peligrosa”.

De las pruebas allegadas a la actuación se deduce que el microbús de placa SIJ-893, conducido por Luis María Carreño López⁸, de propiedad de Ramón Carreño López⁹ y afiliado a Transportes Fontibón S.A., según lo confesó esa sociedad en la contestación de la demanda (artículo 197 del C.P.C.)¹⁰, ocasionó el accidente de tránsito, en el que le causó una “fractura de cuerpo mandibular derecho”¹¹ a la señora Ana Beatriz Vivas de Pulido; de ahí

⁴ C.S.J. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de mayo de 2003. Exp. No. 7576. M.P. Dr. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

⁵ Ver folio 394 del cuaderno 2.

⁶ Ver folio 396 del cuaderno 2.

⁷ S. Negocios Gen., Sent. , jun. 10/63

⁸ Ver folio 3 del cuaderno 1.

⁹ Ver folio 4 del cuaderno 1.

¹⁰ Ver hecho tercero folio 92 del cuaderno 1.

¹¹ Ver folios 13 a 32 del cuaderno 1.

que, se configura el nexo causal entre el hecho y el daño.

Por ello no es de recibo la defensa “Preexistencia de antecedentes de salud tales como cáncer en la persona de la demandante”, puesto que las accionadas no demostraron que la “fractura de cuerpo mandibular derecho”¹², fue una secuela directa del cáncer de piel que padece la demandante¹³; por el contrario, la historia clínica revela que esa lesión acaeció por motivo del memorado suceso¹⁴.

Ahora bien, en cuanto a la “responsabilidad” del demandado se colige que la misma es consecuencia del desarrollo de “actividades peligrosas”, como lo es la conducción de vehículos, en la que la “culpa” se presume y releva a las víctimas de la carga probatoria, la que se traslada a quien ocasionó el detrimento, para que si pretende desvirtuarla lo haga mediante la demostración de los supuestos que configuran cualquiera de los denominados “caso fortuito, fuerza mayor o culpa exclusiva de la víctima”¹⁵, pero que en el presente asunto la pasiva no acreditó que el hecho culposo de la víctima fuera la única causa del suceso dañino, para así eximirse de “responsabilidad”, de suerte que la excepción “culpa de la víctima”¹⁶, no tiene vocación para prosperar, no así ocurre con las denominadas “coparticipación de culpas en el accidente de tránsito” y “compensación de culpas”¹⁷, pues del acervo probatorio se desprende que ocurrió el fenómeno denominado concurrencia de culpas consagrado en el artículo 2357 del C.C., como pasa a sustentarse.

En la diligencia de indagatoria rendida por el señor Luis María Carreño ante la Unidad Sexta Delegada Ante Jueces Penales Municipales Fiscalía Setenta y Nueve¹⁸, prueba trasladada que ostenta valor probatorio de acuerdo con lo establecido en el artículo 185 del C.P.C., cuando se le preguntó a qué velocidad conducía al momento de los hechos contestó: “más o menos unos 30 kilómetros por

¹² Ver folios 13 a 32 del cuaderno 1.

¹³ Ver folio 23 del cuaderno 1.

¹⁴ Ver folios 13 a 32 del cuaderno 1.

¹⁵ “la imputación debe ser efectuada con fundamento en el nexo existente entre el hecho riesgoso y el perjuicio sufrido por la víctima, lo que impone que la defensa propuesta por el demandado no pueda plantearse con éxito en el terreno de la culpabilidad sino en el de la causalidad, rindiendo la prueba de la causa extraña del perjuicio, originada en el caso fortuito o en la fuerza mayor, en el hecho de la víctima o en el hecho de un tercero” (CCXXXIV, 248). Citada en providencia del TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ. SALA CIVIL DE DECISIÓN. Magistrado Ponente. OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA. Bogotá, D. C., veintiséis de agosto de dos mil nueve. (aprobado en Sala de 21 de julio de 2009). Proceso No. 11001 3103 016 2005 00643 02.

¹⁶ Ver folio 95 del cuaderno 1.

¹⁷ Ver folio 95 del cuaderno 1.

¹⁸ Ver folios 44 a 46 del cuaderno 1.

hora”¹⁹ y en otro aparte relató que: “la señora se va a bajar de un andén bastante alto, y lo primero que hace es mirar el piso para ver en donde va a apoyar su pie, sin percatarse que a los costados si vienen vehículos en una vía que es bastante transitada(...) tan pronto me percató de la presencia de la señora, mi reacción fue quitarle el vehículo, para no atropellarla de frente, sin embargo alcance a golpearla con el espejo derecho...”²⁰.

Lo anterior significa que, según lo concluyó el primer dictamen pericial²¹, de sus afirmaciones se derivan dos hipótesis “1. Que la distancia a la que divisó el conductor a la Sra. Vivas fue mayor o 2. La velocidad era menor a 30 km/h. Lo cierto es que claramente se manifiesta que hubo tiempo y desplazamiento del vehículo (‘La distancia recorrida durante el tiempo de percepción y reacción’) suficiente para reaccionar y no colisionar con la peatón, lo que infortunadamente no ocurrió, por lo que la golpea con el espejo retrovisor...”²². En otras palabras, que el conductor no actuó con pericia ante una eventualidad de peligro, deducción que se corrobora con lo expuesto como “hipótesis” en el informe de accidente No. 02-30778²³ y lo indicado en el segundo experticio²⁴.

Y pese a que el mencionado concepto fue refutado por la demandante²⁵, la misma no está destinada a triunfar, en razón a que no se demostró que este viciado por error grave, pues si bien el perito no soportó sus conclusiones en la norma legal, lo cierto es que ese no era el objeto de ese medio de convicción, debido a que el mismo versaba sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar del siniestro, conforme se solicitó en la demanda²⁶, al igual que no se acreditó que sus cálculos físicos o matemáticos fueran equívocos, de suerte que en consideración de la Sala aquel tiene valor probatorio conforme a la sana crítica (artículo 187 del C.P.C.).

No obstante lo anterior, conviene analizar la actuación de la lesionada, Ana Beatriz Vivas de Pulido, quien para el momento de los acontecimientos caminaba por la calle, sin cerciorarse de manera absoluta de la inexistencia de peligro para hacerlo, como hubiera sido verificar la no presencia de vehículos, y con ello desconoció la regulación del Código Nacional de Tránsito el cual establece que “Dentro del perímetro urbano, el cruce debe hacerse sólo por las zonas

¹⁹ Ver folio 45 del cuaderno 1.

²⁰ Ver folios 44 y 45 del cuaderno 1.

²¹ Ver folios 261 a 277 del cuaderno 2.

²² Ver folios 265 del cuaderno 2.

²³ Ver folio 5 del cuaderno 1.

²⁴ Ver folio 310 del cuaderno 2.

²⁵ Ver folios 298 a 299 del cuaderno 2.

²⁶ Ver folios 163 y 166 del cuaderno 1.

autorizadas, como los puentes peatonales, los pasos peatonales y las bocacalles”; además que de acuerdo a los cálculos realizados en el primer experticio se colige que la lesionada estaba sobre la vía, puesto que “de haberle colisionado el vehículo a la Sra. Vivas, estando ella ubicada en el andén el golpe hubiera sido 15 cm abajo del mentón, es decir a la altura del torso”²⁷.

Recuérdese que para que se genere el fenómeno de “conurrencia de culpas”, es necesario que exista una relación de causalidad entre el error de conducta del agresor y de la víctima, y que ésta última sea eficiente, de acuerdo con las reglas de la experiencia, para la producción del suceso; lo que significa que debe de ser de tal magnitud que el que sufre el menoscabo fue porque se expuso descuidadamente a él.

Frente al particular, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que:

“Concurrencia de culpas: principio de la causalidad adecuada. El principio implica, de una parte, concurrencia de culpas, y, de otra, necesariamente, una relación de causalidad de cada culpa frente al daño, es decir, del hecho del agresor y del hecho de la víctima con el perjuicio reclamado en el proceso.

(...).

Para determinar la relación de causalidad, cuando media pluralidad de hechos o de culpas, cuestión que en ocasiones suele presentar serias dificultades, la doctrina dominante acoge el criterio de las consecuencias adecuadas, expuesto por Von Kries a finales del siglo pasado, sin excluir otros criterios, que no es del caso relacionar, pero que no siempre conducen a resultados equitativos. Según el criterio de la causalidad adecuada tan sólo pueden estimarse efectos de una causa aquellos que según las reglas del sentido común y de la experiencia suelen ser su resultado normal. Se acude pues a las leyes naturales.

‘... No basta con establecer la participación de distintos hechos o cosas en la producción del daño, es preciso determinar la idoneidad de la culpa o del riesgo, según los casos, para producir normalmente el hecho dañoso’ (Jorge Bustamante Alcina, Teoría general de la

²⁷ Ver folio 266

responsabilidad civil, 4ª edición, pág. 256).

Analizadas en abstracto las circunstancias en que se produjo un daño, se determina en concreto cuál o cuáles de ellas, según el normal devenir de las cosas, fueron causa eficiente del daño, descartando aquellas que sólo favorecieron la producción del resultado o que eliminaron un obstáculo para el mismo, denominadas, por el lenguaje de Pirson Et de Villé, citado por Jorge Peirano Facio, con el nombre de condiciones u ocasiones (Responsabilidad extracontractual, III edición, pág. 425)"²⁸. (se subraya)

En ese orden de exposición, la sentencia recurrida será revocada, y en su lugar, se procederá a declarar la responsabilidad civil extracontractual de los demandados, junto con la culpa de la víctima en la producción de los hechos que generaron el incidente, pero en un 50%, el cual debe ser aplicado a la valoración de los menoscabos que se hace a continuación.

En cuanto a la “excepción cualquiera otra que se logre probar dentro de este proceso y exima de responsabilidad a mis representados”, esto es, la genérica contemplada en el artículo 306 del C.P.C., además de la configuración de la “concurrency de culpas” ya anotada, no encuentra la Sala supuestos probados diferentes a los mencionados.

Los perjuicios.

Corresponde a la Sala examinar el tema de los perjuicios, que como bien se sabe, son los materiales que comprenden tanto el daño emergente como el lucro cesante y los morales que atañen a la afectación de aspectos emocionales.

En cuanto a los primeros, resulta evidente la ausencia de elementos de convicción que los acredite, pues la demandante no demostró que hubiera incurrido en gastos por causa del memorado suceso, menos cuando tales valores los reconoció el Seguro Obligatorio en Accidentes de Tránsito -SOAT-, (folios 41 a 46 del cuaderno No.1).

Y si bien es cierto que en el dictamen practicado en el aludido proceso penal se hizo una suposición respecto a unos emolumentos, debe decirse que éste no es útil para ese propósito,

²⁸ CSJ, Cas. Civil, Sent. mar. 30/93. M.P. Alberto Ospina Botero.

en la medida que sus conclusiones carecen de elementos de convicción; obsérvese que no obran en el plenario las facturas ni los recibos que den cuenta de los egresos en que incurrió el extremo activo, tras lo cual agrega la Sala que la prueba pericial no es de obligatoria aceptación, por el contrario, es de libre apreciación, con sujeción a la sana crítica (artículo 187 del C.P.C.); por ende, el Tribunal estima que no procede su condena ante la falta de pruebas que indique que sufrió el daño, es decir, la pérdida patrimonial.

En lo que atañe al lucro cesante, esto es, “la ganancia o provecho que deja de reportarse...” (artículo 1614 ibídem), la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones ha establecido que debe demostrarse su existencia, como su cuantía²⁹.

En el presente asunto, del análisis de las declaraciones de los señores Martha Lilia Villarraga de Rojas³⁰, John Jairo Coca Rodríguez³¹, José Ruperto Rojas Pulido³², Diana Marcela Pulido Vivas³³ y Luz Adriana Guzmán Arango³⁴, se colige que la señora Ana Beatriz Vivas de Pulido es comerciante y se dedica a la venta de tapetes los domingos en el barrio 20 de Julio, aunque no se acreditó el valor de los ingresos que dejó de percibir.

No obstante, en el evento que se encuentra probado que la víctima desarrollaba una actividad lucrativa, pero no se acredita su cuantía, se presume que devenga un salario mínimo³⁵ bajo criterios como el de la equidad³⁶.

Frente a éste último aspecto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha puntualizado que:

“invocado principio de la equidad, vale la pena recordar, además, con apego a numerosos contenidos doctrinarios, jurisprudenciales y, por supuesto, normativos, que no obstante las consecuencias inherentes al ejercicio de la delicada carga probatoria atrás aludida, hay casos en que sería injusto no concretar el valor de la indemnización so pretexto de

²⁹ C.S.J. Sent. 20 de 14 de marzo de 1996.

³⁰ Ver folio 174 del cuaderno 1.

³¹ Ver folio 176 del cuaderno 1.

³² Ver folio 179 del cuaderno 1.

³³ Ver folio 182 del cuaderno 1.

³⁴ Ver folio 184 del cuaderno 1.

³⁵ C.S.J. Sent. de 30 de junio de 2005. Exp. 1998-00650-01

³⁶ C.S.J. Sent. de 5 de octubre de 2004. Exp. 6975

que a pesar de estar demostrada la existencia del daño, su cuantificación no ha sido posible, pues ante esta circunstancia, el juez, además de estar impelido a usar las facultades oficiosas que en materia probatoria ponen a su alcance las normas procesales, ha de acceder a criterios de equidad que le impiden soslayar los derechos de las víctimas (Cas. Civ. 5 de octubre de 2004. Exp. 6975)”³⁷ (se subraya).

De la misma forma, el alto Tribunal ha precisado que debe efectuarse con el salario vigente al momento de la sentencia, toda vez que éste trae implícita la pérdida del poder adquisitivo de la moneda³⁸.

Entonces, como quiera que el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses le dictaminó a la señora Ana Beatriz Vivas de Pulido una incapacidad médico legal por 40 días³⁹ su cálculo se realizará con base en el salario mínimo vigente para el 2013 -\$589.500.00-⁴⁰, lo que da un total de \$786.000.00; a dicho valor se le descuenta el porcentaje ya indicado por compensación de culpas, para un total de \$393.000.00, suma que será la que se reconocerá por concepto de lucro cesante.

Con soporte en lo dicho se declarará probada la excepción “Hacer valer a su nombre facturas que se encuentran a nombre de Seguros del Estado y del Consorcio Fidusalud”, con efectos parciales, la nombrada “no existencia de perjuicios materiales”, pues, como recién se ilustró, no hay lugar a realizar condena alguna por daño emergente, pero sí procede la indemnización por lucro cesante por un monto de \$393.000.00.

En lo atinente a los morales puramente subjetivos (pretium doloris), debe decirse que son de carácter extrapatrimonial y hacen alusión “al precio del dolor”⁴¹, los que tienen una entidad propia y difieren con las secuelas que el hecho le dejó al lesionado.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia tiene sentado que: “consisten en proporcionar al perjudicado o lesionado una satisfacción por la aflicción y la ofensa que se le causó, que le otorgue no ciertamente una indemnización propiamente dicha o un equivalente mensurable por la pérdida

³⁷ C.S.J. Sent. 28 de febrero de 2013. Exp. 2002-01011-01

³⁸ C.S.J. Sent. 30 de junio de 2005. Exp. 1998-00650-01 ibídem

³⁹ Ver folio 9 del cuaderno 1.

⁴⁰ C.S.J. Sent. 30 de junio de 2005, exp. 1998-00650-01 ibídem

⁴¹ Consejo de Estado, Sección tercera. Sent de 19 julio 2000. C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez

de su tranquilidad y placer de vivir, pero sí una cierta compensación por la ofensa sufrida y por la injusticia contra él personalmente cometida”⁴².

En otras palabras, el perjuicio moral debe ser probado en su existencia como en su intensidad⁴³, por tal motivo es necesario que mediante cualquier medio probatorio, quien lo alega, acredite que sufrió el detrimento y en qué medida lo afectó; sin embargo, la prueba del *pretium doloris* puede establecerse a través de la denominada presunción judicial, incluso cuando se trata de “víctimas directas”, el cual se establece a través de indicios⁴⁴.

En caso de lesión corporal, se ha señalado que la acreditación del daño en el proceso en algunas ocasiones dará lugar a que el juzgador infiera la existencia del menoscabo moral⁴⁵, lo cual nada tiene que ver con aplicar el “*arbitrium iudicis*”, pues esta solo opera para determinar el *quatum*, mas no así para probar su existencia⁴⁶.

Desde ese contexto, no existe duda de la aflicción y del sufrimiento que padeció la señora Ana Beatriz Vivas de Pulido como consecuencia de la “fractura de cuerpo mandibular derecho”⁴⁷, lo que le produjo serias afectaciones de salud, tales como: dolor, intervenciones quirúrgicas, inflamación en el rostro, inquietud, preocupación, circunstancias que se deducen de los testimonios de John Jairo Coca Rodríguez⁴⁸, José Ruperto Rojas

⁴² CSJ, sent de 25 de noviembre de 1992. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

⁴³ Verdad es que, como en su tiempo lo enseñaron Planiol y Ripert (Tratado, Tomo VI, pág. 751), cualquier clase de perjuicio justifica una acción en juicio, “tanto si afecta a la persona como a los bienes, sea material o moral e independientemente de que sea susceptible o no de exacta evaluación en dinero ...”, sin embargo, en este último evento, vale decir cuando del daño moral puro se trata, son condiciones indispensables para su compensación que sea personal de quien acciona y, además, que sea cierto, implicando esta segunda exigencia que la existencia y la intensidad del agravio alegado encuentren consistente respaldo procesal “... toda vez que —para decirlo con palabras de la Corte— es apenas su cuantificación monetaria, y siempre dentro de restricciones caracterizadamente estrictas, la materia en la que al juzgador le corresponde obrar según su prudente arbitrio ...” (C. S. J., auto de 13 de mayo de 1988 sin publicar)

⁴⁴ Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera – Subsección “B”. junio 30 2011; Exp. 19836 Rad.19001-23-31-000-1997-4001-01; C.P. Danilo Rojas Betancourth “12.1 Cuando se pretende el reconocimiento de perjuicios morales, la parte demandante tiene así el deber mínimo de probar su existencia y esta Corporación ha avalado los indicios como un medio de prueba para su configuración. (...)12.1.3 El análisis para la configuración de un indicio, esto es, el paso entre el hecho indicador y el hecho indicado es una operación que debe realizar el juez en cada caso concreto, de acuerdo con las reglas de la experiencia y siempre que no obre prueba en contrario que lo desvirtúe”⁴⁴

⁴⁵ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 24 de abril de 2008, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, Exp. 15981

⁴⁶ VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio; Responsabilidad Civil extracontractual; pg. 438-440

⁴⁷ Ver folios 13 a 32 del cuaderno 1.

⁴⁸ Ver folio 176 del cuaderno 1.

Pulido⁴⁹ y Diana Marcela Pulido Vivas⁵⁰, y las pruebas documentales que militan a folios 13 a 32 del cuaderno principal, de manera que se infiere que ésta clase de menoscabo se encuentra demostrado.

En lo que atañe a su cuantificación, se rige por el “*arbitrium iudicis*”, el que debe estar regido por los principios de equidad y prudencia; aún así, esta facultad no es ilimitada para el juez, porque su cálculo debe ser racional, conforme a su sano juicio, en el que se observe las condiciones particulares de las víctimas y del detrimento en concreto⁵¹, por lo que es indispensable advertir el tipo de herida padecida, grave o leve, lo cual “es útil para determinar la intensidad del daño y es relevante para la graduación del perjuicio”⁵².

En el presente asunto, la parte actora deprecó el monto de 500 gramos oro por concepto de perjuicios morales, lo que motiva a destacar, que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al reconocer la indemnización de esta clase de daños, lo hace en una suma determinada de dinero, sin que ello represente un obstáculo en el particular, como quiera que los gramos oro que se indican en el texto genitor, se apreciarán por su equivalente en pesos colombianos, y servirán como tope dinerario fijado por la interesada, para no incurrir en incongruencia, y no fallar más allá de lo pedido (*ultra petita*), o por fuera de lo pedido (*extra petita*).

Decantado lo precedente, es pertinente recordar que en la actualidad, 500 gramos oro tienen un valor de \$37.346.160, ya que el valor de la unidad (1 gramo) equivale a \$74.692.32⁵³, por lo que el monto de la condena no podrá sobrepasar tal cuantía, como se advirtió líneas arriba.

Así las cosas, al aplicar tales premisas en el sub iudice, se reconocerá la suma de \$4.000.000.00 por ese concepto.

La gestora de la litis pidió 500 gramos oro por “perjuicio fisiológico” y otro tanto igual por la “secuela permanente

⁴⁹ Ver folio 180 del cuaderno 1.

⁵⁰ Ver folio 183 del cuaderno 1.

⁵¹ C.S.J. Sentencia de 18 de septiembre de 2009, exp. 20001-3103-005-2005-00406-01

⁵² Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera – Subsección “B”. junio 30 2011; Exp. 19836 Rad.19001-23-31-000-1997-4001-01; C.P. Danilo Rojas Betancourth

⁵³ Precios de compra y venta de metales preciosos para las operaciones propias del Banco de la República - Serie histórica. http://www.banrep.gov.co/es/series-estadisticas/see_met_prec_dia.htm.

consistente en deformidad del rostro”; frente a esa solicitud la pasiva propuso la excepción de “cobrar dos veces la indemnización por la misma lesión”.

Para resolver la prosperidad de la defensa, cumple recordar, en primer lugar, el deber del juez a la hora de interpretar la demanda para no sacrificar un derecho⁵⁴, y la obligación de hacer efectivos los bienes protegidos constitucional y legalmente; por ello, es menester atender a los principios de la primacía de lo sustancial⁵⁵, la reparación integral a las víctimas⁵⁶ y la dignidad humana, con el fin de que no quede sin “indemnización” aquello que debió denominarse daño a la vida de relación; en segundo término, que para la fecha de la presentación del libelo (18 de diciembre de 2003), esa noción era empleada como sinónima del “perjuicio fisiológico” por la jurisprudencia (sentencia de 6 de mayo de 1993 exp.7428).

Lo anterior, por cuanto el Consejo de Estado, según lo ha reconocido la doctrina, “resultó hablando de ‘daño fisiológico’ (préjudice d’agrément –placer, agrado, diversión-), indistintamente, como si se tratara de sinónimos de ‘alteración de las condiciones de existencia’ (troubles dans les conditions d’existence), para designar la afectación de las relaciones sociales, del estilo de vida de alguien por las lesiones personales (jestético!) que padece o padeció la víctima demandante”⁵⁷.

Por consiguiente, con miras a no sacrificar el derecho sustancial y proceder a una reparación integral (artículo 16 de la Ley 446 de 1998), el Tribunal procederá a interpretar las pretensiones de la demanda y entenderá que la súplica relativa al “perjuicio fisiológico” hace alusión a los daños a la vida de relación y la otra petición atinente a la indemnización por “secuela permanente consistente en deformidad del rostro”, se le dará el tratamiento de “perjuicio fisiológico” o menoscabo a la salud, de suerte que con soporte en los anteriores argumentos, el mecanismo defensivo erigido sobre un posible doble cobro indemnizatorio no tiene vocación para prosperar, puesto que se reclama el resarcimiento de perjuicios diferentes e independientes.

Entiéndase por quebranto a la vida de relación como aquel que:
“a) tiene naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, en tanto incide o

⁵⁴ C.S.J. Sentencia de 6 de febrero de 2001, expediente No. 5656

⁵⁵ Art.228 de la Constitución Política.

⁵⁶ Art. 16 de la ley 446 de 1998

⁵⁷ El DAÑO. Juan Carlos Henao. Prólogo, página 17. Universidad Externado de Colombia. Año 2002.

se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es económicamente inasible, por lo que no es dable efectuar una mensura que alcance a reparar en términos absolutos la intensidad del daño causado; b) adquiere trascendencia o se refleja en la esfera externa del individuo, situación que también lo diferencia del daño moral propiamente dicho; c) en las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico; d) no sólo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la lesión a otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos...”⁵⁸

Revisado el cardumen probatorio que reposa en el plenario, se observa que la lesión que sufrió la Ana Beatriz Vivas de Pulido le originó un menoscabo en la personalidad externa del individuo, que afectó el entorno personal, familiar y social, como se desprende de las siguientes declaraciones:

Diana Marcela Pulido Vivas señaló que: “...ella tuvo secuelas, para comer ella no podía masticar a ella se le escurría la comida mejor dicho, se le inflamó la cara, y tenía hematomas en el cuerpo, a consecuencia de eso ella quedó, ahorita después de 8 meses quedó, le volvió a repercutir el acceso, y por ejemplo a ella a veces le da mal olor en la boca y moralmente ella era muy alegre y a pesar de eso ella quedó deprimida le repercutió también en el trabajo”⁵⁹.

En igual sentido, José Ruperto Pulido Rojas narró que: “El perjuicio ha sido bastante en esos 8 años que lleva, se siente mal ahorita más que todo que le está supurando un hueco que se le hizo en la mandíbula, la cara le quedó dormida y todavía sigue dormida”, tras lo cual manifestó que: “desde un principio quejándose que le dolía, que no ha dormido, en un principio que no puede comer, al comienzo se untaba todo porque no sentía la cara, hasta la actualidad sigue lo mismo”⁶⁰

Con soporte en las anteriores declaraciones, para el Tribunal es evidente que la lesión infligida a Ana Beatriz Vivas de Pulido le redujo, en forma considerable, el desarrollo de sus actividades normales, afectando su entorno personal, familiar o social, debido a

⁵⁸ C.S.J. Sent. del 13 de mayo de 2008, Exp. 11001-3103-006-1197-09327-01

⁵⁹ Ver folio 181 y 182 Cuaderno 1

⁶⁰ Ver folio 181 y 182 Cuaderno 1

que labores rutinarias como comer o mantener la higiene oral, al día de hoy, le representan dificultades que antes del golpe propinado por el rodante no tenía, constatándose la alteración de su esfera externa, por lo que se reconocerá la suma de \$5.000.000.00, como modo de satisfacción por el daño a la vida de relación; a dicho valor se le descuenta el 50% por compensación de culpas, para un total de \$2.500.000.00.

Con relación a la indemnización por la secuela de carácter permanente que resultó en su rostro por la lesión o el denominado perjuicio fisiológico en el derecho francés, o el nombrado deterioro a la salud en el ordenamiento italiano, cumple recordar que la sección tercera del Consejo de estado en sentencia de 14 de septiembre 2011⁶¹ abarcó el menoscabo “fisiológico” en la categoría de “daño a la salud”⁶², en la que precisó que:

“se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo”.

Se suma a lo anterior, que la noción de:

“daño a la salud italiano (o el perjuicio fisiológico francés), en definitiva, debiera ser para nosotros principalmente eso, una nueva forma de ver, valorar y liquidar esa clase de daño, que no prescinde del dato primario y objetivo constituido por la lesión psicofísica en sí misma considerada (más exactamente, del detrimento de las funciones de los órganos y miembros del cuerpo humano), y que supera la visión restrictiva que tiende a considerarlo exclusivamente como sus repercusiones en la ‘vida de relación y/o en la esfera patrimonial de la víctima’”⁶³

⁶¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre 2011, Exp. 19.031, M.P. Enrique Gil Botero

⁶² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias proferidas en sala plena del 14 de septiembre de 2011, Exps. 19.031 y 38.222, M.P. Enrique Gil Botero

⁶³ Koteich Khatib, Milagros; La REPARACIÓN del DAÑO como MECANISMO de TUTELA de la PERSONA, de los daños a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales; Universidad Externado de Colombia, febrero de 2012, Pg. 256

Por tanto, el perjuicio fisiológico debe ser entendido como un criterio que busca la reparación integral de la víctima conforme al mandato del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, catalogado como un perjuicio extrapatrimonial diferente del moral y el de la vida de relación, porque repara la afectación a la unidad anatómica de la persona.

Para su valoración se debe atender dos criterios, uno “objetivo”, dirigido a determinar el daño corporal sufrido o la incapacidad que le corresponde soportar, y otro subjetivo, que corresponde al sano juicio del juez (*arbitrium iudicis*), el que no es ilimitado, por cuanto le incumbe tener en cuenta la gravedad de la lesión, la naturaleza de la misma, su durabilidad, la edad del lesionado.

Lo que aquí toca en el caso en concreto, se tiene que la señora Ana Beatriz Vivas de Pulido probó la lesión sufrida “fractura de cuerpo mandibular derecho”⁶⁴, la que le generó una “deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente”⁶⁵, según lo dictaminó el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, como también se corrobora con las fotografías que obran a folio 35 del Cd. 1; entonces, en atención a las circunstancias personales de la actora y la trascendencia del quebranto se señalará la suma de \$10.000.000.00 por concepto de indemnización de ese menoscabo; sin embargo, a dicho valor se le descuenta el 50% por compensación de culpas, para un total de \$5.000.000.00.

En lo que atañe a los medios de defensa “Cubro de lo no debido”, “No existencia de la obligación” y “Pago” debe decirse que no están llamadas a triunfar, como quiera que el extremo pasivo no acreditó que desembolsó suma alguna para indemnizar los menoscabos sufridos por Ana Beatriz Vivas de Pulido.

Llamamiento en garantía.

Se observa que a las llamadas Compañías de Seguros Generales Cóndor S.A. y Seguros del Estado S.A., no se les notificó la demanda principal, ni los respectivos llamamientos, por lo que no se precisa un pronunciamiento a este tenor.

⁶⁴ Ver folio 16 Cuaderno 1

⁶⁵ Ver folio 54 Cuaderno 2

En conclusión, se revocará la providencia apelada; en su lugar, se declarará no probada la objeción al dictamen pericial efectuado por la demandante, se negará la prosperidad de todas las excepciones que propusieron los demandados salvo las de “coparticipación de culpas en el accidente de tránsito”, “compensación de culpas”, “Hacer valer a su nombre facturas que se encuentran a nombre de Seguros del Estado y del Consorcio Fidusalud” y, con efectos parciales, la nombrada “no existencia de perjuicios materiales”; en consecuencia, se declararán civilmente responsables a Luis María Carreño López, Ramón Carreño López y a Transportadores Fontibón S.A. del accidente de tránsito ocurrido el 14 de enero de 2003, con concurrencia de culpas con el extremo actor, de manera que la indemnización será reducida en un 50%; así que deben cancelar la suma de \$393.000.00, por concepto de lucro cesante; \$4.000.000.00. por perjuicios morales; \$2.500.000.00 por menoscabos a la vida de relación y \$5.000.000.00 por perjuicio fisiológico; se niega la condena por daño emergente.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá en Sala Séptima Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Revocar la sentencia de fecha y origen preanotados.

Segundo. Declarar impróspera la objeción realizada al dictamen pericial realizada por el extremo actor, así como de todas las excepciones salvo las de “coparticipación de culpas en el accidente de tránsito”, “compensación de culpas”, “Hacer valer a su nombre facturas que se encuentran a nombre de Seguros del Estado y del Consorcio Fidusalud” y, con efectos parciales, la nombrada “no existencia de perjuicios materiales” propuestas por el extremo pasivo.

Tercero. Declarar civilmente responsable a los señores Luis María Carreño López, Ramón Carreño López y a Transportadores Fontibón S.A. del accidente de tránsito ocurrido el 14 de enero de 2003, con concurrencia de culpas con el extremo actor, de manera que la indemnización será reducida en un 50%.

Cuarto. Como consecuencia de la anterior, se condena a Luis María Carreño López, Ramón Carreño López y a Transportadores Fontibón S.A. a pagar dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia a la demandante la suma de \$393.000.00, por concepto de lucro cesante; \$4.000.000.00. por perjuicios morales; \$2.500.000.00 por menoscabos a la vida de relación y \$5.000.000.00 por perjuicio fisiológico, como se dijo en la parte motiva, atendida ya la compensación de culpas.

Quinto. Denegar la condena con relación al daño emergente.

Sexto. Condenar en costas del proceso, pero sólo en un 60%, a los demandados. Líquidense en cada instancia.

El magistrado ponente, por concepto de agencias en derecho, previo descuento del porcentaje indicado, fija la suma de **\$1.200.000.00** a cargo de cada uno de los demandados.

NOTIFÍQUESE

Los Magistrados,

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA

(Rad. 110013103033200300641 02)

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA

(Rad. 110013103033200300641 02)

ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

(Rad. 110013103033200300641 02)