



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA QUINTA DE DECISIÓN
CIVIL FAMILIA LABORAL

M.P. ÉDGAR ROBLES RAMÍREZ

PROCESO : VERBAL
DEMANDANTE : CLAUDIA LILIANA IBARRA VÁSQUEZ
DEMANDADO : BANCO BBVA COLOMBIA S.A.
RADICACIÓN : 41001 31 03 001 2018 00200 01
ASUNTO : APELACIÓN DE SENTENCIA
PROCEDENCIA : JUZGADO PRIMERO CIVIL DEL CIRCUITO DE NEIVA

Aprobado y Discutido mediante acta N° 038 del 13 de abril del 2021

Neiva, trece (13) de abril de dos mil veintiuno (2021)

1. ASUNTO

Procede la Sala Quinta de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, a dar cumplimiento a lo ordenado por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STC 007 de 2021, confirmada por la Sala de Casación Laboral de la misma corporación en providencia STL 2540 del año en curso; por medio de las cuales, se ordenó dejar “sin efectos el fallo de segunda instancia emitido dentro del caso materia de este auxilio, exclusivamente, en lo relacionado con el “daño moral” reclamado por Sergio Andrés Peñuela Argüello, y se pronuncie de nuevo sobre ese tópico atendiendo a lo expresado en esta determinación.”

2. ANTECEDENTES

2.1. LA DEMANDA

En el líbello introductorio del presente asunto, la parte demandante solicitó que se declare civil y extracontractualmente responsable al Banco Bilbao Viscaya Argentaria Colombia S.A., por los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes por los hechos ocurridos el 4 de enero de 2016; y en consecuencia, se condene al pago de los daños materiales e inmateriales en la modalidad de lucro cesante, daño moral, daño a la salud y daño a la vida de relación.



2.2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones, relató que el 4 de enero de 2016, el señor Fernando Peñuela Rojas, se encontraba dentro de las instalaciones del Banco BBVA, ubicado en la carrera 7 con calle 11 esquina de la ciudad de Neiva; y al salir de la entidad financiera con destino a su vehículo, a recoger un documento, se tropezó con unas guayas de acero encadenadas entre 3 postes metálicos que atravesaban el antejardín.

Con ocasión de ello, fue transportado en ambulancia a la Clínica de Fracturas, donde tuvo que pagar la primera atención en la suma de \$338.300; y le fue diagnosticada fractura supra e infracondilea del húmero derecho, politraumatismo y lesión en el nervio cubital neuropatía axonal, que se tradujo en la pérdida de capacidad laboral del 30,18%.

Además, adujo que debido a las fracturas, tuvo que ser sometido a 2 cirugías, y pese a ello, no ha logrado recuperar su estado de salud, lo cual, le ha impedido seguir ejerciendo sus labores habituales como manejar taxi y realizar actividades placenteras como recrearse, compartir, jugar, y en general asumir su rol de esposo y padre.

Sostuvo que la conducta de realizar el cerramiento del antejardín con las referidas guayas, se encuentra prohibido en la norma que regula el uso de suelo, y además, no contaban con la señalización requerida para advertir a los transeúntes; y sólo después del accidente, la entidad instauró elementos de prevención.

Por último, señaló que su núcleo familiar se vio afectado moralmente, debido al temor de perder a su ser querido en las intervenciones quirúrgicas y al cambio que ha tenido emocionalmente por depresión, frustración, tristeza, y estrés, emociones que se transmiten a su esposa e hijos.

2.3 CONTESTACIÓN

- BANCO BBVA COLOMBIA.

La demandada se opuso a las pretensiones de la demanda proponiendo como excepciones “inexistencia del hecho” “culpa exclusiva de la víctima” “nadie puede alegar a s favor su propia torpeza o culpa- ausencia de dolo o culpa del banco demandado”, “inexistencia de culpa de BBVA Colombia”, “Inconurrencia de los elementos axiológicos de la responsabilidad civil aquiliana”, “falta de legitimación en la causa por pasiva”,



“inexistencia de la relación causal entre la conducta del banco, el accidente y los hechos dañosos alegados”, “enriquecimiento sin justa causa” y “genérica”

Como fundamento de la defensa, indicó que no se encuentra acreditado que los hechos hayan tenido lugar en la propiedad de la sucursal bancaria, pues para la fecha del accidente, las señoras Aurora y Marina Peñuela, acompañantes del demandante, no contaban con productos financieros.

Refirió que los postes y las guayas, están ubicados en la propiedad privada de la sucursal de la entidad bancaria, y por su estructura, material, color son claramente visibles al ojo humano. Además, que están dispuestos desde hace un largo tiempo en un solo costado del edificio en línea de parámetro con el inicio de la rampa que comunica la sótano del inmueble vecino.

Por otro lado, señaló que a la fecha del accidente el actor contaba con 42 años de edad, en pleno uso de sus facultades y sin padecer discapacidad visual que le imposibilitara percatarse de la presencia de la estructura, y por tanto, la culpa del accidente es del demandante.

Finalmente, dijo que las pretensiones de los demandantes desbordan los límites de la buena fe y persiguen un enriquecimiento injustificado de su patrimonio; y que el dictamen de PCL no realiza la sustentación correspondiente.

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva, en sentencia del 25 de junio de 2019, declaró la responsabilidad civil extracontractual del Banco Vilbao Viscaya Argentaria S.A. BBVA S.A., por el accidente sufrido por el demandante Fernando Peñuela Rojas el 4 de enero de 2016, y en consecuencia condenó a la parte demandada al pago de perjuicios en la modalidad de lucro cesante, daño emergente, daño a la vida de relación, y perjuicios morales. Además, condenó en costas al banco y negó la pretensión de daño a la salud.

Como fundamento de su decisión expuso que se configuraron los elementos de la responsabilidad aquiliana, pues en efecto, dentro del plenario se acreditó que fue la entidad financiera quien instaló los postes y la guaya, sin disponer la señalización necesaria para evitar accidentes. Dijo que si bien se encontraba dentro de la propiedad privada del Banco, no podía desconocerse que por mandato del art. 58 superior, ésta tiene función



social; además que el lugar no permite distinguir entre andén y antejardín y que el banco crea el riesgo al ubicar allí cajeros, creando el riesgo, al propiciar que las personas circulen por ahí.

Señaló que de acuerdo con el concepto emitido por la Alcaldía visible a folio 87, en los predios de uso comercial no se permiten encerramientos y deben estar libres de obstáculos, más aún cuando allí pueden transitar personas en situación de discapacidad. Insiste que si bien, dichos postes no invaden el espacio públicos, si obstruyen el camino, y que después del accidente, el banco tomó medidas de prevención tales como pintar los postes y poner un aviso en las guayas.

De otro lado, sostuvo que el perito de la Junta Médica Regional de Invalidez refrendó el dictamen pericial y resolvió los cuestionamientos de la parte demandada, por lo que le otorgó plena credibilidad, y desestimó los argumentos de la contraparte indicando que éste no cuenta con la idoneidad para desacreditar la PCL, más aún cuando no solicitó una prueba para controvertir el dictamen.

Indicó que de las pruebas testimoniales se pudo acreditar que el demandante manejaba taxi y tenía un restaurante, que si bien no estaba registrado en cámara de comercio, representa una actividad económica productiva, que le generaba ingresos, motivo por el cual, aplicó la presunción de salario mínimo y reconoció lucro cesante.

De acuerdo con la intensidad de dolor acreditada, reconoció daño moral al demandante \$20.000.000, la esposa \$8.000.000 y sus hijos \$5.000.000. También condenó al pago de daño a la vida relación del demandante \$15.000.000 y su esposa \$8.000.000, e hijos \$3.000.000 y finalmente negó el reconocimiento de daño a la salud, porque no ha sido reconocido por la justicia ordinaria, y considera que con la indemnización concedida se repara plenamente al señor Fernando Peñuela Rojas.

4. APELACIÓN

4.1. PARTE DEMANDANTE

Apeló la indebida cuantificación del daño moral y daño a la vida de relación, pues en su criterio, del material probatorio era posible realizar una estimación superior del perjuicio para cada uno de los demandantes.



Igualmente, refirió que la providencia de instancia desconoció la prueba documental y los testimonios que acreditaban el daño a la salud como categoría autónoma de la tipología del perjuicio inmaterial.

4.2. BBVA COLOMBIA

Apeló la integridad de la decisión, argumentando que fue el señor Fernando Peñuela Rojas, quien al asumir una actitud intempestiva e impudente terminó tropezando con una guaya que delimitaba un antejardín, lo cual ocasionó la caída y le provocó una lesión en uno de sus antebrazos, es decir, que existe culpa exclusiva de la víctima.

Frente a la estimación de los perjuicios, dijo que el accidente no dejó huellas irreparables en la familia y que ésta logró seguir haciendo su vida normalmente, pues como se acreditó, el señor Peñuela continuó manejando su taxi.

De otro lado, indicó que existen dudas respecto de la existencia del restaurante, pues no se explica, cómo, si era taxista, tenía tiempo para administrar y cocinar en su restaurante.

Reprochó que el juez de instancia reconociera perjuicio moral y agencias en derecho al hijo mayor, que no vivía dentro del núcleo familiar y no dependía económicamente de su padre.

Dijo que si bien, uno de los hijos tuvo que ir a trabajar, no fue con ocasión del accidente, sino porque se encontraba en edad productiva. Además, que la frustración de uno de los hijos de ser futbolista no puede endilgarse el banco.

Por último, enfatizó en que las condenas impuestas constituyen un enriquecimiento en el patrimonio económico de la familia, pues la lesión sufrida por el señor Fernando Peñuela no le impidió seguir trabajando o continuar con su vida normalmente; y que el Juzgado no se pronunció sobre las objeciones al dictamen de pérdida de capacidad laboral.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. PROBLEMA JURÍDICO

Los problemas jurídicos que estudia en esta oportunidad la sala, consisten en:



- 1.) Establecer si el juez de instancia incurrió en yerro fáctico por indebida valoración probatoria, que lo condujo a declarar civilmente responsable a la demandada BBVA Colombia S.A.
- 2.) De no serlo, corresponderá a la Sala determinar si el juez de instancia incurrió en yerro fáctico por indebida valoración probatoria que lo condujo a reconocer los perjuicios de lucro cesante, daño moral y daño a la vida de relación.
- 3.) Finalmente, la Sala analizará la procedencia del reconocimiento del daño a la salud.

RESPUESTA A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.

- 1) **Incurrió en yerro fáctico por indebida valoración probatoria, que lo condujo a declarar civilmente responsable a la demandada BBVA Colombia S.A.?**

Censura la parte demandada, que el juez de instancia incurrió en error al declarar la responsabilidad civil de la parte demandada, pues en su criterio, el hecho ocurrido el 4 de enero de 2016, acaeció por la imprudencia del señor Fernando Peñuela, de pasar por encima del límite de la zona del antejardín.

Sobre el particular, debe señalar la Sala que no existe discusión que en efecto, el señor Fernando Peñuela Rojas, el 4 de enero de 2016, se encontraba en las instalaciones del Banco BBVA ubicado en la carrera 7 con calle 11 esquina, cuando, al salir con destino a su vehículo, tropezó con una de las guayas ubicadas en el antejardín de la entidad financiera, que le produjo una caída desde su propia altura, y le ocasionó una serie de lesiones que se encuentran documentadas a folios 98 al 191 del cuaderno 1 del expediente.

De ello, da cuenta la declaración de la señora Yolanda Ramos, testigo presencial del hecho, quien se encontraba transitando por el lugar, manifestó que hace aproximadamente 3 años, a comienzo de año, el demandante se enredó con unas guayas que habían colocado afuera y vio cómo se golpeó.



No obstante, el reparo del apelante se dirige a establecer la inexistencia de culpa de la entidad financiera en la ocurrencia del hecho, y ausencia de nexo causal entre el actuar de la demandada y el daño causado al actor.

Para tal efecto, conviene memorar que de acuerdo con lo relatado por el representante legal de la entidad demandada, se instalaron unos postes metálicos encadenados en la zona del antejardín de propiedad del Banco BBVA, para evitar, entre otras cosas, que los vehículos que circularan por la vía se parquearan en ese sitio, y proteger de esta manera, a los clientes que hacen uso de los cajeros que se encuentran allí ubicados.

Del mismo modo, en la respuesta al derecho de petición elevado por la apoderada de la parte demandante, visible a folio 89 al 91 del expediente, **la gerente del banco BBVA** sucursal Av. La Toma, señaló que los postes y su respectiva guaya de acero fueron colocados por cuenta del banco, y que para el mes de enero del año 2016, los mencionados postes y guayas **no contaban** con una señalización adicional a su propia instalación debido a que por su color, textura ubicación y materiales, estaban fácilmente a la vista del público; es decir, que de acuerdo al material probatorio obrante en el plenario, los aludidos postes, se ubicaron en la zona del antejardín del Banco BBVA, por cuenta de la entidad financiera.

Ahora bien, para determinar si dicho actuar fue negligente, imprudente y descuidado, y generó la ocurrencia del hecho dañino, es menester memorar la respuesta emitida por el Director del Departamento Administrativo de Planeación, a la Jefe de Oficina de Control Interno de la ciudad de Neiva, visible a folio 85 al 88 obra en la que se indica que “se realizó la visita al predio en cuestión *–haciendo referencia al lugar donde se encuentra ubicada la sucursal del Banco BBVA–* y se pudo determinar que no existe una ocupación indebida de espacio público (...),” pues “ lo que está encerrado no es el andén sino el área del antejardín, ubicando los tubos y las guayas, diez (10) centímetros, después de la línea de andén, (...) de igual manera se aprecia que la movilidad peatonal en ningún momento ha sido obstruida, afectada o interrumpida.

Pese a lo anterior, observa la Sala que en el mismo documento, se indicó que de conformidad con el artículo 127 #5 del Acuerdo 026 de 2009 “POT de Neiva”, relativo a las normas aplicable a los antejardines, “en los predios con uso comercial no se permite el cerramiento del antejardín” por cuanto debe respetarse la totalidad del área de esta



zona, es decir, que aun cuando ésta hiciera parte de la propiedad privada del Banco, no le era dado instalar los aludidos postes.

Al margen de dicha situación, considera esta Corporación que esa circunstancia no acreditaba *per se* los elementos de las responsabilidades civil, pues aún habiéndose instalado, si la entidad financiera hubiera desplegado todas las gestiones diligentes tendientes a advertir el riesgo, no le sería endilgada responsabilidad alguna.

Sin embargo, de la valoración conjunta de las pruebas es dable colegir que la entidad demandada, actuó con imprudencia e impericia en la instalación de los aludidos postes, pues como se observa en las fotografías visibles a folios 181 a 183, los mismos se encontraban ubicados **sin ningún tipo de señalización**, en la zona lateral de la entidad financiera, donde se han dispuesto distintos cajeros electrónicos para que las personas accedan a ellos.

No comparte la Sala el argumento del apelante demandado, en el sentido de indicar que por su tamaño y color era perceptible a la vista humana, toda vez que del registro fotográfico se evidencia que las guayas, lograban mimetizarse con el pavimento. Para esta Corporación, tampoco es de recibo la tesis de la parte demandada, según la cual, el accidente ocurrió por la imprudencia del demandante al estacionar su vehículo en un lugar donde está prohibido parquear, y no haberlo hecho en el parqueadero ubicado en la carrera 7 con calle 11, al otro costado del banco, pues aún en ese evento, el riesgo generado con la imposición de dicho obstáculo, sin señalización alguna persistiría, y hubiese podido ocasionar que no sólo el demandante sino otras personas, hubieren sufrido un accidente, tal como ocurrió con el hijo de la testigo Yolanda Ramos Celis, que según lo manifestado en su relato en una oportunidad, su hijo se enredó y se cayó porque las guayas no se veían al ser del mismo color del cemento. Y es que, aún siendo una persona extremadamente cuidadosa, no puede soslayar la Sala dicho lugar es ampliamente concurrido, y por allí también circulan ciudadanos con diversidad funcional (invidentes, discapacitados, etc), que pueden ver obstaculizado, no sólo el acceso al banco, sino también su transitar por la vía. Recuérdese que tal como lo refirió el señor Fernando Peñuela, al momento de rendir su interrogatorio no pudo advertir dicho obstáculo, porque además de no tener señalización, el movimiento peatonal no le permitió visibilizar la guaya.



La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha sido invariable en sostener que en tratándose de responsabilidad civil “...*debe realizarse una prognosis que dé cuenta de los varios antecedentes que hipotéticamente son causas, de modo que con la aplicación de las reglas de la experiencia y del sentido de razonabilidad a que se aludió, se excluyan aquellos antecedentes que solo coadyuvan al resultado pero que no son idóneos per se para producirlos, y se detecte aquél o aquellos que tienen esa aptitud* (se destacó - CSJ SC, 26 sep. 2002, rad. 6878; criterio reiterado, entre muchas otras, en SC, 15 en. 2008, rad. 2000-67300-01; SC, 6 sep. 2011, rad. 2002-00445-01; SC, 17 jun. 2012, rad. 2001-01402-01; SC, 16 nov. 2016, rad. 1996-13623-01).”¹

En el caso, considera el Tribunal que aunque existen varios antecedentes que pudieron ser causa, como lo fue que el demandante hubiere dejado su carro estacionado por un costado de la entidad financiera, o que ese día hubiera gran afluencia de personas que le impidió la visibilidad al señor Fernando Peñuela, en realidad, la causa determinante del daño, fue que dichos postes y guayas, se encontraran allí instalados sin señalización alguna, que advirtiera de su ubicación; situación de la cual, emerge además la falta de diligencia y cuidado del Banco BBVA, quien so pretexto de obtener un beneficio propio, creó un riesgo, sin adoptar las medidas de seguridad mínimas para prevenir la causación de un daño a los usuarios que acuden frecuentemente a dicha sucursal, y sólo con posterioridad al accidente, procedió a pintar los mismos.

Tal como ha sido puntualizado por la jurisprudencia y la doctrina en muchas ocasiones, la responsabilidad civil extracontractual se encuentra estructurada bajo los elementos hecho, daño y la relación de causalidad que debe existir entre el primero y el segundo, que implica una afectación de la esfera patrimonial y extrapatrimonial del sujeto pasivo y que genera en el titular de la actividad peligrosa el deber de resarcir los daños, con el objeto de restablecer –de ser posible- el equilibrio que ha sido resquebrajado con su actuar; los cuales, en el presente asunto, se encuentran acreditados, como se expuso en precedencia, razón por la cual se confirmará en este tópico la decisión de instancia.

2) ¿Incurrió el juez de instancia en yerro fáctico por indebida valoración probatoria que lo condujo a reconocer los perjuicios de lucro cesante, daño moral y daño a la vida de relación?

¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia STC 13784 del 10 de octubre de 2019 M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo



Preliminarmente, advierte la Sala se pronunciará en orden, respecto de los perjuicios inmateriales, daño moral y daño a la vida de relación; y seguidamente al lucro cesante reconocido en favor del demandante Fernando Peñuela Rojas.

Para ello, conviene memorar que **el daño moral** consiste en el menoscabo, disminución, detrimento o mengua de la interioridad del sujeto, de sus sentimientos, afectos, en el dolor, congoja, pesadumbre o aflicción, hiriendo su autoestima, entre muchas hipótesis más, daños que se proyectan en la órbita más íntima del sujeto por virtud de su detrimento directo. De acuerdo con lo señalado por la H. Corte Suprema *"está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, 'que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo' (sentencia de 13 de mayo de 2008), de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, desolación, impotencia u otros signos expresivos"*, que se concretan *"en el menoscabo de los sentimientos, de los afectos de la víctima y, por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso"*. (Sentencia de Casación Civil de 18 de septiembre de 2009. Exp.: 2005-406-01)

El daño moral es otro aspecto de la reparación que es producto de la responsabilidad civil, que se ha llamado por doctrina y jurisprudencia como *pretium doloris*, y que tiene por finalidad dar remedio de alguna manera a las angustias y depresiones producto del hecho lesivo, como también aquellas que se originan del dolor físico que determinada persona pueda sufrir por un evento dañino. La indemnización que se decreta con el otorgamiento de una suma de dinero, no busca el pago de las lágrimas ni del dolor causado; se dice que este daño no es posible medirlo con patrones objetivos por ser en esencia subjetivo, pero en el plano conceptual debe mirarse como compensación en el sentido que una suma de dinero ayude a aliviar la pena.

En el caso bajo examen, el Juez de instancia reconoció perjuicios morales al señor Fernando Peñuela, víctima directa, en la suma de \$20.000.000, a la señora Claudia Liliana Ibarra, esposa, la suma de \$8.000.000; a los hijos Nicolás y Daniel Felipe, la suma de \$5.000.000, y finalmente a Sergio Andrés, quien no convive con su progenitor, la suma de \$2.000.000.



Por su parte, el apoderado de la parte demandante censura la estimación de dicho perjuicio, pues en su criterio, los interrogatorios de parte, y pruebas testimoniales allegadas al proceso, lograron demostrar la tristeza, lágrimas, aislamiento, el tener que ver al proveedor de la casa derrotado por no tener la capacidad para sostener la familia, tener que dejar de reunir a la familia alrededor de la sazón culinaria del progenitor, entre otros, por lo que considera, que la cuantía debió ser superior y en condiciones de igualdad para cada uno de los integrantes del hogar. Igualmente, solicitó que al momento de estimar dicho perjuicio, se tuvieran en cuenta los topes reconocidos por la Jurisdicción Contencioso Administrativa en casos similares.

A su turno, la parte demandada refiere que los testigos no fueron suficiente para probar la congoja del señor Peñuela Rojas y su núcleo familiar, pues continuaron su vida con normalidad, y por tanto, no dejó huellas irreparables en el hogar.

Sobre el particular, advierte esta Corporación que confirmará la condena impuesta por el A quo, por las siguientes razones. Frente al señor Fernando Peñuela, es menester resaltar que el daño moral se encuentra acreditado con las declaraciones rendidas por los demandantes, y los testimonios de Sandra Bibiana Patarroyo, y Doris Ligia Vásquez, quienes dieron cuenta de los sentimientos de aflicción que sufrió, no sólo por el dolor que le causó directamente la lesión provocada en su brazo derecho, y las cirugías a las que se vio sometido y sus cicatrices, sino también por lo que en ello se tradujo, como lo fue, la dificultad de realizar acciones cotidianas con autonomía (*pues recuérdese que el señor Fernando Peñuela era diestro*), tales como amarrarse los zapatos, ir al baño, trabajar conduciendo su taxi con la misma intensidad, hacer ejercicio, cocinar, y tener que soportar los sobrenombres, circunstancias que hirieron su autoestima y que lo condujeron a asilarse de su familia y círculo social.

Igualmente, encuentra probado este Tribunal el daño moral causado a la señora Claudia Liliana Ibarra, quien tuvo que acompañar a su cónyuge en la prolongada recuperación de la lesión, ayudarlo a bañar, darle de comer, y soportar la situación económica a la que se vieron enfrentados con ocasión a la imposibilidad del señor Peñuela Rojas de desempeñar su actividad productiva, y que generó el incumplimiento de las obligaciones que había adquirido, como lo era el pago de arrendamiento, de recibos, de la mensualidad del colegio de su hijo Nicolás, entre otros.



Así mismo, se demostró el vínculo entre Sergio Andrés Peñuela Arguello, y Fernando Peñuela. En ese orden, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia en sentencia STC 007 de 2021 reiteró que *“(...) Ya bien lo dijo esta Corte en los albores del siglo XX, al afirmar que “(...) la existencia de perjuicios no se presume en ningún caso; [pues] no hay disposición legal que establezca tal presunción (...)”¹⁰. Sin embargo, tratándose de perjuicios inmateriales, se presume, por tanto, su indemnización es oficiosa por virtud del principio de reparación integral; por supuesto, se itera, ayudado de los elementos de convicción que obren en el juicio, atendiendo la naturaleza del derecho afectado y la prudencia racional del juez¹², se confirmará el monto señalado por el Juez de primer grado.*

El daño moral de los hijos Daniel Felipe y Nicolás Peñuela Ibarra, también se acreditó con el testimonio de la señora Doris Ligia Vásquez, y Sandra Milena Borrero, quienes relataron los sentimientos de congoja e impotencia de los jóvenes, al ver a su progenitor en circunstancias de debilidad, teniendo ellos que sobrellevar el aislamiento y dolor de su padre, a tal punto que, el joven Daniel Felipe tuvo que trabajar manejando taxi para ayudar a solventar los gastos del hogar, y Nicolás, en ocasiones, se abstuvo de pedir dinero para cumplir con sus obligaciones académicas, empezó a ir en bicicleta al colegio y en algún momento, le manifestó a su abuela que quería tirarse de un puente ante la difícil situación económica por la que estaban atravesando.

Para la Sala, es claro que si bien, los demandantes continuaron con su vida, ello no significa que el perjuicio no se hubiera causado, por el contrario, todas las pruebas fueron consistentes y coherentes en acreditar que todos los miembros del núcleo familiar se vieron afectados en su esfera íntima y personal con ocasión de la lesión causada al señor Fernando Peñuela, al punto que como lo manifestó el demandante Daniel Felipe, se les veía llorar con alguna frecuencia en la soledad de su habitación.

Pese a ello, considera la Sala que no resulta procedente acceder a lo pretendido por el apoderado actor y tasar el monto de los perjuicios de la misma manera para cada uno de los demandantes, pues es claro que el daño lo sufrió cada uno de manera distinta, algunos con mayor intensidad que otros, y aunque la jurisdicción contenciosa administrativa tiene establecido algunos topes, es menester resaltar que el reconocimiento de este perjuicio, como lo ha decantado la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil, corresponde al

² CSJ. STC17252-2019 de 18 de diciembre de 2019, exp. 11001-02-03-000-2019-04050-00



arbitrio del juzgador, quien atendiendo a las reglas de la sana crítica debe valorar la intensidad del perjuicio en cada uno de los demandantes. Así en sentencia SC 10297 del 5 de agosto de 2014, con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez, señaló: “No pueden, por tanto, fijarse o establecerse parámetros generales que en forma mecánica se apliquen a la valoración de tal clase de perjuicio, pues cada caso concreto ofrece particularidades que deberán ser apreciadas por el juez al momento de hacer la correspondiente estimación.”; por lo que considera la Sala que los montos establecidos por el Juez de instancia, se ajustan a la intensidad del daño acreditada en el proceso.

Frente al daño a la vida de relación, debe recordarse que este perjuicio, a diferencia del daño moral, *“puede evidenciarse en la disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad. Podría decirse que quien sufre un daño a la vida de relación se ve forzado a llevar una existencia en condiciones más complicadas o exigentes que los demás, como quiera que debe enfrentar circunstancias y barreras anormales, a causa de las cuales hasta lo más simple se puede tornar difícil.(...) la calidad de vida se ve reducida, al paso que las posibilidades, opciones, proyectos y aspiraciones desaparecen definitivamente o su nivel de dificultad aumenta considerablemente.”*

En el presente asunto, el Juez de instancia estimó el daño a la vida de relación, en la suma de \$15.000.000 para el señor Fernando Peñuela, \$8.000.000 para su esposa y \$3.000.000 para sus hijos Daniel Felipe y Nicolás.

Frente a esta modalidad de perjuicio, considera la Sala que se encuentra acreditada la afectación al señor Fernando Peñuela, habida cuenta que con ocasión de la lesión en su brazo derecho, tuvo una pérdida de capacidad laboral del 30,18%³, que le ha impedido realizar aquellas actividades placenteras que ejecutaba de manera habitual en su vida, como lo era, según lo manifestado por los testigos en audiencia, cocinar, manejar motocicleta, realizar reuniones de integración como asados, fiestas, bailar, realizar labores de mecánica, y en general, todos aquellos movimientos que se ven limitados al no tener

³ Fol.96 c.1



completa movilidad en su extremidad superior, como tampoco sentir deseos de salir a paseos con su familia, como lo hacía regularmente.

En cuanto al daño a la vida de relación de la señora Claudia Liliana Ibarra, considera la Sala que contrario a lo señalado por el Juez de instancia, existe orfandad probatoria que le brinde certeza a esta Corporación de la forma en cómo repercutió el daño del señor Fernando Peñuela en la esfera externa de la cónyuge, o que demostrara cómo dicha lesión le ha impedido relacionarse con sus amigos, familiares, o realizar actividades cotidianas y placenteras. Así, ante la duda que le asalta al Tribunal, deberá darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P., sobre la carga de la prueba, que consagra que *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"*, y en tal sentido, denegar el reconocimiento de este perjuicio, por cuanto la parte demandante no acreditó con suficiencia la existencia del mismo.

Frente al daño a la vida de relación reconocido a Daniel Felipe, y Nicolás Peñuela Ibarra, debe señalar este Tribunal que si bien, le asiste razón al apelante en señalar que ser futbolista es algo que se logra con actitudes, capacidades, trabajo y esfuerzo durante mucho tiempo, no puede soslayarse que los hijos del señor Fernando Peñuela, llevaban un ritmo de vida distinto antes de la ocurrencia del daño. En efecto, las pruebas obrantes en el plenario acreditaron que ambos hijos entrenaban fútbol. Igualmente Daniel Felipe relató en su declaración, que entrenaba en el día y estudiaba en la noche, pero que ante la lesión de su progenitor tuvo que alejarse del deporte para socorrerlo en ayuda económica y comenzar a trabajar, manifestación que se acompasa con el relato de la señora Sandra Bibiana Patarroyo y Doris Ligia Vásquez; quienes refirieron que al menor de edad Nicolás Peñuela se le ha visto afectado a causa del daño sufrido por su padre, y se esfuerza muchos por irse en bicicleta, o, a pie a la universidad para no generar gastos, además, que de acuerdo con lo manifestado por Nicolás acostumbraba a ir a pescar al río con su papá, y con ocasión de la lesión no ha vuelto a ocurrir.

Conforme a lo anterior, es claro que el reconocimiento de dicho perjuicio no viene dado por la frustración de Daniel Felipe de ser futbolista, sino por la alteración en las condiciones de existencia de ambos hijos, quienes han tenido que dejar de realizar las actividades habituales, debido al daño causado al señor Fernando Peñuela. Por lo expuesto, habrá de confirmarse la condena impartida por dicho perjuicio, no sin antes señalar que comparte esta Corporación la apreciación realizada por el apoderado de la parte demandada, en



el sentido de indicar que la técnica utilizada por el juzgador al momento de recepcionar el interrogatorio de los demandantes, puede poner en entredicho su imparcialidad, al utilizar un lenguaje jocoso, so pretexto de ser asertivo en su intervención.

En lo que atañe al **lucro cesante**, debe precisar este Tribunal que viene inane la discusión planteada por la parte convocada sobre la legalidad del establecimiento de comercio que tenía el demandante, pues al margen de ello, se acreditó con suficiencia que el señor Fernando Peñuela realizaba un actividad económicamente productiva como lo era la de manejar taxi y atender el restaurante ubicado en la carrera 6w del barrio Santa Inés, las cuales, sirvieron de faro para que el Juez de instancia diera aplicación a la presunción jurisprudencial de que el demandante devengaba un salario mínimo legal mensual vigente al momento de la ocurrencia de los hechos. Al respecto, se pronunció en sentencia del 20 Nov. 2013, Sala de Casación Civil del CSJ así:

"(...) en tratándose de la indemnización de perjuicios patrimoniales, si en el proceso respectivo aparece demostrado que el afectado se desempeñaba de manera permanente como trabajador vinculado mediante contrato de trabajo, o que, con idéntica dedicación, desarrollaba una actividad económica independiente que suponía para él la obtención de un lucro, pero no figura la prueba del valor del ingreso que recibía a cambio, es dable presumir, en desarrollo de 'los principios de reparación integral y equidad' mencionados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, que percibía como tal el salario mínimo legal o la cantidad de dinero que por dicha actividad o por una semejante otros reciben".

Ahora bien, a folios 93 al 97 del cuaderno 1, obra el formulario de calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional del señor Fernando Peñuela Rojas, en la que se indica que el demandante tiene un porcentaje de PCL de 30,18%.

Sobre dicho dictamen, plantea la parte demandada que la Junta Regional de Calificación de Invalidez, no tuvo en cuenta adecuadamente, la valoración de las deficiencias y la valoración del rol laboral, ocupacional y otras áreas ocupacionales, pues consideró patologías que no le habían sido diagnosticadas al demandante, y además no realizó la sustentación correspondiente.

Sobre el particular, observa la Sala que como fundamentos para la calificación de la pérdida de capacidad laboral, el grupo interdisciplinario tuvo en cuenta las deficiencias de



politraumatismos, fractura supra e infra condilea del húmero derecho y la lesión nervio cubital neuropatía axonal, que contrario a lo señalado por el apelante, se encuentran consignadas en la historia clínica, folios 108 “fractura de la epífisis inferior del humero”, folio 124 fractura de la epífisis superior del cubito”, y traumatismos como “Anquilosis articular” consignada a folio 144 del expediente. Así mismo, dentro de los antecedentes laborales se indicó que el demandante desempeñaba la labor de taxista, que fue acreditada con suficiencia en el proceso, y se concluyó como fecha de estructuración el 10 de enero de 2016, es decir, 6 días después de la ocurrencia del hecho.

Adicional a ello, encuentra esta Corporación que en audiencia de contradicción del dictamen, el perito Henry Cortés Forero, médico cirujano, quien cuenta con más de 35 años de experiencia, de los cuales 12 años han sido en la Junta Calificadora, sustentó el dictamen indicando que el señor Fernando Peñuela Rojas presentaba traumatismo de miembro superior derecho, que produjo fractura supra e infra condilea del codo derecho con lesión del nervio cubital. El electro neograma dio neuropatía de tipo axonal rama sensitiva del nervio cubital derecho de carácter moderado. En la audiencia del 14 de noviembre de 2017 – *realizada por la Junta de Calificación de Invalidez*-, había una limitación moderada flexo extensión del codo derecho y el puño y los dedos había una hipostesia de los dedos anular y meñique y parte del antebrazo derecho; deficiencias que valoradas con el rol ocupacional, generó el porcentaje establecido.

En criterio de este Tribunal, el dictamen se encuentra suficientemente sustentado, pues se indicaron los diagnósticos, las deficiencias generadas y el rol ocupacional del señor Peñuela Rojas que se tuvieron en cuenta para arribar a dicha conclusión. Además precisa la Sala que al momento de inquirírsele por el juez, sobre si el diagnostico tiene pronóstico de recuperación con el paso de tiempo, el perito señaló, que debía hacerse mucha terapia pero que no era fácil, y que si bien todo dependía de la motivación de las personas, ello era solo una idea de lo que las personas deben superar, pero que en realidad el puntaje asignado es el que corresponde a la pérdida de capacidad del actor.

De este modo, considera la Sala que fue acertada la decisión del juez de instancia, pues la tasación del perjuicio se realizó con fundamento en la presunción del salario mínimo y en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, es decir, lo que dejó y dejará de percibir la victima a lo largo de su vida a causa de dicha disminución, y no puede liquidarse de la manera en como lo plantea el recurrente, pues para ello, la jurisprudencia ha establecido



la respectiva fórmula, que consiste en indexar los valores a la fecha actual, por el monto de la renta y el número de meses por los cuales se calcula la indemnización, tal como lo hizo el a quo, sin que le fuera dable al juzgador hacer los descuentos de manutención, salud, alimentación como lo solicita el apelante; razón por la cual, se confirmará en este tópico el fallo de instancia.

3) ¿Es procedente el reconocimiento del daño a la salud?

Alega la parte demandante que debe reconocerse el daño a la salud, y afectación a la integridad humana como perjuicio autónomo, y que si existiera el daño punitivo en Colombia, debería sancionarse el actuar de las personas jurídicas, que teniendo la capacidad para establecer situaciones planificadas no lo hacen y solo crean riesgo y causan daño.

Al respecto, debe advertir la Sala que si bien, en la jurisprudencia traída a colación por el apelante, específicamente la sentencia SC 10297 del 5 de agosto de 2014 proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez, se señaló que *“el perjuicio extrapatrimonial no se reduce al tradicional menoscabo moral, pues dentro del conjunto de bienes e intereses jurídicos no patrimoniales que pueden resultar afectados mediante una conducta dolosa o culposa se encuentran comprendidos aquéllos distintos a la aflicción, el dolor, el sufrimiento o la tristeza que padece la víctima”,* y por tanto *“son especies de perjuicio no patrimonial – además del daño moral– el daño a la salud, a la vida de relación, o a bienes jurídicos de especial protección constitucional tales como la libertad, la dignidad, la honra y el buen nombre, que tienen el rango de derechos humanos fundamentales.”*, lo cierto es que hasta la fecha, el Alto Tribunal Civil, no ha reconocido de manera expresa dicho perjuicio.

En razón de lo expuesto, considera la Sala que aunque se acreditó la lesión del señor Fernando Peñuela Rojas, el perjuicio causado se encuentra resarcido a plenitud con el reconocimiento de daño moral y daño a la vida de relación reconocido en el proceso; es decir, que si bien este perjuicio es autónomo, confluye en otros que ya fueron indemnizados, motivo por el cual, no se emitirá condena por el mismo.

Igualmente, es del caso precisar que el daño punitivo es una modalidad sancionatoria del sistema del Common Law que además de resarcir *“implica una sanción ejemplarizante con la punición como criterio de indemnización”*, mientras que en países como Colombia,



que se rigen por el civil law, el sistema de responsabilidad civil tiene como único fin resarcir al sujeto que sufrió el daño, en las condiciones en que estaba, y no consideran el elemento punitivo en su tasación.

Así las cosas, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, se modificará el literal b) de este mismo numeral en el sentido de que la parte demandada deberá pagarle a la señora Claudia Liliana Ibarra Vásquez, solamente la suma de \$8.000.000, por concepto de perjuicio moral.

De otro lado, como quiera que la anterior decisión incide en la condena en costas impuesta, se modificará la misma, respecto de las agencias en derecho en favor de Claudia Liliana Ibarra Vásquez. En lo restante, se confirmará la decisión de instancia.

-COSTAS

De conformidad con el artículo 365 numeral 5 del C.G.P, la Sala se abstendrá de condenar en costas ante la prosperidad parcial de la alzada.

Sin más consideraciones, la Sala Quinta Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia, en el sentido de que se condena al Banco demandado a pagarle a los demandantes las siguientes sumas de dinero:

- | | |
|------------------------------------|-----------------|
| a) FERNANDO PEÑUELA ROJAS: | \$88.239.741,58 |
| b) CLAUDIA LILIANA IBARRA VÁSQUEZ: | \$8.000.000.00 |
| c) NICOLÁS PEÑUELA IBARRA: | \$8.000.000.00 |
| d) DANIEL FELIPE PEÑUELA IBARRA: | \$8.000.000.00 |
| e) SERGIO ANDRÉS PEÑUELA ARGUELLO | \$2.000.000,00 |

SEGUNDO: MODIFICAR del numeral tercero de la sentencia calendada el 25 de junio de 2019 proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva, en el sentido de que el Banco demandado, tendrá que pagarle agencias en derecho a los demandantes así:



- | | |
|------------------------------------|----------------|
| a) FERNANDO PEÑUELA ROJAS: | \$8.000.000.00 |
| b) CLAUDIA LILIANA IBARRA VÁSQUEZ: | \$800.000.00 |
| c) NICOLÁS PEÑUELA IBARRA: | \$800.000.00 |
| d) DANIEL FELIPE PEÑUELA IBARRA: | \$800.000.00 |
| e) SERGIO ANDRÉS PEÑUELA ARGUELLO | \$200.000,00 |

TERCERO: CONFIRMAR en lo restante la sentencia calendada el 25 de junio de 2019 proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Neiva.

CUARTO: SIN CONDENA en costas en segunda instancia según lo motivado.

QUINTO: En firme este proveído vuelva las diligencias el juzgado de origen para lo de su cargo.

NOTIFÍQUESE

EDGAR ROBLES RAMÍREZ

ANA LIGIA CAMACHO NORIEGA

LUZ DARY ORTEGA ORTIZ