**TRIBUNAL SUPERIOR DE PEREIRA**

**Sala de Decisión Civil Familia**

Magistrado:

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

Pereira, Risaralda, quince (15) de julio de dos mil dieciséis (2016)

Acta No. 335 del 14-07-16

Expediente 66001-31-03-005-2012-00323-01

**I. Asunto**

Resuelve el Tribunal el recurso de APELACIÓN interpuesto por ambos extremos de la litis, contra la sentencia dictada el 26 de junio de 2014 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, en el proceso ordinario promovido por JOSÉ LEONEL LEDESMA VÉLEZ y NOHORA QUICENO CASTRO, quienes actúan en nombre propio y en representación de su hijo YEISSON ANDRÉS LEDESMA QUICENO, contra la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SALUDCOOP.

**II. Antecedentes y trámite de la demanda**

1. Por conducto de apoderado judicial, los promotores del litigio pusieron en conocimiento los hechos en que fundamentan sus pretensiones, que admiten el siguiente compendio:

1.1. El señor JOSÉ LEONEL LEDESMA VÉLEZ vive en unión libre con NOHORA QUICENO CASTRO, con quien procreó a su hijo YEISSON ANDRÉS LEDESMA QUICENO.

1.2. El señor JOSÉ LEONEL se encuentra afiliado a SALUDCOOP EPS desde hace varios años y ante unas dolencias que presentó en la región de la cintura, le fue diagnosticado “lumbago no especificado”; consultó en repetidas ocasiones, le ordenaron tratamientos, fisioterapia y reubicación laboral, empero no tuvo mejoría, por lo cual el 25 de agosto de 2008 se sometió a una intervención quirúrgica denominada “Microdiscoidectomía”, realizada por el médico cirujano Fernando Vela de los Ríos.

1.3. La cirugía presentaba varios riesgos en la afectación de otros órganos, sin que esta situación le fuere informada antes al paciente. Riesgos que se hicieron efectivos, pues empezó a padecer prostatitis crónica, vejiga de esfuerzo y eyaculación retrógrada neural, esta última difícil de recuperación según el urólogo Augusto Fernando Muñoz Mendoza; diagnosticadas el 14 de mayo de 2009 por el médico urólogo Edgar Velasco Zamora; aunado a lo anterior, con la cirugía no mejoró en su dolor lumbar.

1.4. Los padecimientos producidos después de la intervención quirúrgica, empezaron a generar en el señor LEDESMA VÉLEZ afectaciones sicológicas, estrés, trastornos emotivos y depresiones, estado que fue avanzando, a tal punto que el 22 de febrero de 2010, la médico siquiatra GLORIA ELIZABETH LOOR ZAPATA le prohibió el porte de armas; circunstancia que empeoró su situación, pues su actividad laboral es vigilante y con esta restricción afectó su sustento diario; debido a ello no lo quieren volver a recibir en el trabajo.

1.5. Ante tal situación y con la seguridad de no conocer los perjuicios que dicha cirugía le acarreaba, solicitó a Saludcoop le dieran a conocer el documento donde había firmado que estaba expuesto a tan alto riego, pero solo a través de una acción de tutela, le contestaron que no fue posible encontrarlo; lo que confirma que el tal consentimiento nunca existió; del mismo no se encuentra constancia en ninguna parte de la historia clínica.

1.6. Actualmente el citado actor tiene una pérdida de capacidad laboral del 47.72%, dictaminada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual no le permite adquirir pensión, circunstancia que lo obliga a seguir trabajando sin tener las condiciones físicas, mentales y laborales.

1.7. Para el grupo familiar ha sido una situación traumática, la pareja ha visto frustrada la posibilidad de ser padres por segunda vez, de mantener relaciones sexuales normales y se han venido abajo sus sueños e ilusiones, así mismo su deseo de compartir con su niño en los juegos.

2. Con fundamento en lo anterior, se pidió acoger las siguientes pretensiones:

Primera. Declarar que la EPS SALUDCOOP es contractual y civilmente responsable de los daños ocasionados al grupo demandante.

1. Subsidiaria: Declarar que EPS SALUDCOOP es contractualmente responsable de los daños ocasionados a JOSÉ LEONEL LEDESMA VÉLEZ y extracontractual y civilmente responsable de los daños causados a NOHORA QUICENO CASTRO y YEISSON ANDRÉS LEDESMA QUICENO.

2. Subsidiaria: Declarar que la EPS SALUDCOOP es extracontractual y civilmente responsable de los daños ocasionados al grupo demandante.

Se condene a pagar a la demandada:

Por perjuicios inmateriales o extrapatrimoniales:

1. Morales para el grupo familiar: cien (100) smlmv para cada uno de ellos. 2. Psicológico para JOSÉ LEONEL LEDESMA VÉLEZ: cien (100) smlmv. 3. A la vida de relación, para el grupo familiar: 100 smlmv, para cada uno de ellos.

Subsidiariamente a la pretensión de perjuicios inmateriales o extrapatrimoniales: el monto que por perjuicios patrimoniales (materiales), resulte probado en el proceso y el monto que por perjuicios extrapatrimoniales (inmateriales), señale el juzgador, para los demandados, atendiendo los principios de reparación integral y equidad (art. 16 Ley 446 de 1998).

3. De la demanda conoció inicialmente el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pereira, quien la admitió y dio traslado de la misma.

3.1. Trabada la litis, SALUDCOOP EPS respondió aceptando unos hechos, negando otros y de los demás dijo que no le constaban. Se opuso a las pretensiones y formuló las excepciones que denominó: *“Inimputabilidad de las presuntas consecuencias del acto médico a la EPS”, “Discrecionalidad científica que no responsabiliza a Saludcoop Entidad promotora de Salud EPS”, “Falta de participación en el acto médico de la EPS Saludcoop”, “Inexistencia de causalidad”, “Exigencia de culpa probada” y “La genérica”*.

3.2. Estando el proceso en trámite, por disposición de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, fue enviado al Juzgado Segundo Adjunto del Primero Laboral del Circuito, en donde se llevó a cabo la primera audiencia (art. 77 C.L.), en la que no se registró acuerdo sobre el asunto y se decidió lo concerniente a las pruebas (decreto y práctica). Luego, en virtud de la entrada en vigencia de la Ley 1564 de 2012 (CGP), su conocimiento correspondió al Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira; se surtió la etapa de las alegaciones, con intervención de ambas partes.

**III. La sentencia recurrida**

1. Fue proferida el 26 de junio de 2014; la *a quo* acogió la pretensión de responsabilidad; negó las excepciones de mérito; condenó al pago de perjuicios morales para el señor José Leonel Ledesma Vélez por la cantidad de veinte millones de pesos ($20.000.000) y para Nohora Quiceno Castro y el menor Yeisson Ledesma Quiceno, diez millones de pesos ($10.000.000) a cada uno; por daño a la vida de relación, para José Leonel Ledesma Vélez y Nohora Quiceno Castro, la suma de veinte millones de pesos ($20.000.000) a cada uno y los negó para el menor Yeisson Ledesma Quiceno.

2. La funcionaria judicial, tras anunciar los fundamentos fácticos y pretensiones, se refirió a la responsabilidad civil contractual, extracontractual y médica, a los elementos de la misma (daño, hecho generador del daño y nexo causal entre ambos) y al consentimiento informado. Luego de un análisis probatorio se pronunció sobre las excepciones para despacharlas desfavorablemente. Así razonó:

*“De lo analizado se puede extraer que en realidad se omitió para llevar a cabo la cirugía que se le practicó al señor Ledesma, y de la cual dice él se derivaron los males que hoy aquejan al grupo familiar, pedirle el consentimiento para su práctica, previa la información detallada, clara y precisa sobre los riesgos que el procedimiento le acarrearía, omisión que tal como se desprende del aparte jurisprudencial que fuera transliterado, genera responsabilidad en la entidad encargada de atender sus requerimientos de salud.”*

Más adelante agrega:

*“Según lo que se ha venido analizando entonces, se cumplen en este caso todos los presupuestos necesarios para la existencia de la responsabilidad civil y así se declarará, haciendo claridad que en relación a las pretensiones declarativas planteadas, la principal es improcedente porque Saludcoop no tiene ningún vínculo contractual con Nohora Quiceno Castro y el menor Yeisson Ledesma Quiceno; por ende se acogerá la primera subsidiaria, toda vez que a tono con lo discurrido, Saludcoop es contractual y civilmente responsable de los daños ocasionados a José Leonel Ledesma Vélez y civil y extracontractualmente de los daños ocasionados a Nohora Quiceno Castro y el menor Yeisson Ledesma Quiceno ….”*

**IV. El recurso de apelación**

1. Inconformes con el fallo, las partes apelaron.

1.1. Alegan los impulsores del litigio, en resumen, que el valor de la indemnización del perjuicio moral es irrisorio frente al dolor infligido. En cuanto al perjuicio psicológico y a la vida de relación, tampoco está de acuerdo con su tasación, que dice no fueron equitativos para Ledesma y su esposa; y con respecto al menor Yeisson, porque de las declaraciones trascritas salta a la vista que sí existe un daño a la vida de relación del mismo, pues se está privando de poder disfrutar de actividades con su padre, que otros niños pueden realizar con un papá en un buen estado de salud.

En cuanto al perjuicio material o patrimonial, expresa que no fue analizado por la a quo y como consecuencia de ello lo negó, situación que dice no comparte, porque existen dentro del proceso los elementos probatorios suficientes para establecerlo.

1.2. Por su parte, SALUDCOOP EPS ataca la sentencia, porque en su sentir el acervo probatorio fue apreciado subjetiva, equivocada y parcialmente por la a quo; el mismo denota que la demandada no incurrió de ninguna manera en una falla administrativa o médica; por el contrario, garantizó para su afiliado JOSÉ LEONEL LEDESMA el correcto, oportuno y adecuado acceso a los servicios de salud contenidos en el POS y dentro de los parámetros establecidos en la Ley 100 de 1993, así como bajo la red de servicios habilitada y autorizada por el ente territorial respectivo.

Se duele porque la funcionaria judicial de primer grado, por su sola interpretación de la historia clínica la llevó a la convicción de que la información nunca se otorgó al paciente por el cuerpo médico para la cirugía, sin otro medio de prueba que lo corroborara.

Expresa que las excepciones de fondo no fueron objetivamente analizadas; además, que se accedió a los montos de perjuicios que de ninguna manera fueron acreditados por el actor.

Señala no quedó científicamente comprobado que hubiera existido nexo causal entre el correcto actuar de los profesionales tratantes y el evento adverso presentado en la humanidad del señor Ledesma, como consecuencia de la compleja patología padecida y sus condiciones físicas, considerado por la ciencia como irresistible e imprevisible.

2. Al hallarse cumplido el trámite del recurso, procede el Tribunal a resolverlo.

**V. Consideraciones y fundamentos**

1. Están reunidos los presupuestos procesales y no hay motivo de nulidad que imponga invalidar lo actuado, por lo que se procede a continuación al estudio de la impugnación formulada por ambos extremos de la litis.

2. Conforme a lo expuesto en precedencia, lo que se debate aquí es la responsabilidad de la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SALUDCOOP, por la presunta omisión de información de los riesgos inherentes a la cirugía de “MICRODISCOIDECTOMÍA”, practicada a su afiliado JOSÉ LEONEL LEDESMA VÉLEZ. Definido lo anterior, si es el caso, deberá determinarse la procedencia de los perjuicios reclamados y su cuantificación.

3. En lo que atañe a la responsabilidad civil, ha de decirse que, conforme al artículo 2341 del Código Civil, el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a indemnizarlo. Ese daño pude ser directo o indirecto, conocido éste último como reflejo o de rebote (art. 2342 ib.). Significa que con un mismo hecho se pueden causar perjuicios a varias personas a la vez.

4. Tanto en la responsabilidad civil, como en la médica, sabida es su clasificación en contractual o extracontractual. Aquélla, exige una relación jurídica preexistente entre las partes, o, lo que es más general y frecuente, la existencia y validez de un contrato, su incumplimiento, el daño y la relación de causalidad. En cambio, en la segunda, el quebranto se produce al margen de cualquier vínculo jurídico previo entre aquellos que se relacionan con ocasión del daño.

5. La responsabilidad de las Entidades Prestadoras de Salud - EPS también es contractual o extracontractual. Con relación al afiliado o usuario, la afiliación, para estos efectos, materializa un contrato, y por tanto, en línea de principio, la responsabilidad es contractual. Contrario sensu, la responsabilidad en que pueden incurrir las EPS respecto de terceros perjudicados por los daños al afiliado o usuario con ocasión de la prestación de los servicios médicos del plan obligatorio de salud, es extracontractual. En este caso concreto, la demanda fue presentada ante los jueces laborales por el afectado directo JOSÉ LEONEL LEDESMA VÉLEZ y por su compañera e hijo menor (afectados indirectos); empero, en criterio de la Sala, ello no representa obstáculo alguno que impida pronunciarse de fondo, puesto que una y otra se pueden acumular en un mismo proceso.

6. Ahora, pertinente resulta advertir que, la Ley 100 de 1993, por la cual se creó el sistema de seguridad social integral, le impone a las Entidades Promotoras de Salud el deber legal de garantizar la calidad y eficiencia de los servicios de salud, por cuya inobservancia comprometen su responsabilidad, sea que lo presten directamente o mediante contratos con las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) y profesionales respectivos (art. 177 num. 6 y 179). Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la *lex artis*, compromete su responsabilidad civil y prestándolos mediante contratación con IPS u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas. *(Corte Suprema de Justicia Cas. civ. sentencias de 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430; 18 de mayo de 2005, SC-084-2005, exp. 14415)*.

7. De otro lado, la salud, es derecho fundamental y la prestación del servicio médico y los servicios de salud, constituyen derecho esencial del ser humano; de allí su protección constitucional y legal. Y por su función de alto contenido social, reconocida en la Ley 23 de 1981 –art. 1º-, al profesional de la salud es exigible una especial diligencia en el ejercicio de su actividad acorde al estado de la ciencia y el arte. Ha expresado la Corte Suprema de Justicia que, *“En este contexto, por regla general, la responsabilidad del médico no puede configurarse sino en el ámbito de la culpa, entendida no como error en que no hubiere incurrido una persona prudente o diligente en idénticas circunstancias a las del autor del daño, sino más exactamente en razón de su profesión que le impone deberes de conducta específicos más exigentes a la luz de la lex artis, mandatos, parámetros o estándares imperantes conforme al estado actual de la ciencia, el conocimiento científico, el desarrollo, las reglas de experiencia y su particular proyección en la salud de las personas (arts. 12, Ley 23 de 1981 y 8º decreto 2280 de 1981), naturalmente "el médico, en el ejercicio de su profesión, está sometido al cumplimiento de una serie de deberes de diversa naturaleza”, incluso éticos componentes de su lex artis, respecto de los cuales asume la posición de garante frente a la sociedad y a los usuarios del servicio.”* (Cas. civ. Sent. de 31 de marzo de 2003, exp. 6430).

8. El artículo 15 de la citada ley señala que *“El médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física y síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente.”* Es lo que se conoce como consentimiento informado, del cual ha señalado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que se trata de una obligación legal del profesional de la salud, cuya omisión vulnera los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad humana, igualdad y libertad. Pero además agrega que,

***“El médico, en efecto, “no expondrá al paciente a riesgos injustificados”, suministrará información razonable, clara, adecuada, suficiente o comprensible al paciente acerca de los tratamientos médicos y quirúrgicos “que puedan afectarlo física o síquicamente” (art. 15, Ley 23 de 1981), la utilidad del sugerido, otras alternativas o su ausencia, “el riesgo previsto” por reacciones adversas, inmediatas o tardías hasta el cual va su responsabilidad (art. 16, Ley 23 de 1981 y 10, Decreto 3380 de 1981), deber que cumple “con aviso que en forma prudente, haga a su paciente o a sus familiares o allegados, con respecto a los efectos adversos que, en su concepto, dentro del campo de la práctica médica, pueden llegar a producirse como consecuencia del tratamiento o procedimiento médico” (artículo 10, Decreto 3380 de 1981) y dejará constancia “en la historia clínica del hecho de la advertencia del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerla” (artículo 12, Decreto 3380 de 1981).***

***Para la Sala, la omisión de la obligación de informar y obtener el consentimiento informado, hace responsable al médico, y por consiguiente, a las instituciones prestadoras del servicio de salud, obligadas legalmente a verificar su estricta observancia, no solo del quebranto a los derechos fundamentales del libre desarrollo de la personalidad, dignidad y libertad, sino de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales causados a la persona en su vida, salud e integridad sicofísica a consecuencia del tratamiento o intervención no autorizado ni consentido dentro de los parámetros legales según los cuales, con o sin información y consentimiento informado, “[l]a responsabilidad del médico por reacciones adversas, inmediatas o tardías, producidas por efectos del tratamiento, no irá más allá del riesgo previsto” (artículo 16, Ley 23 de 1981), salvo si expone al “paciente a riesgos injustificados” (artículo 15, ibídem), o actúa contra su voluntad o decisión negativa o, trata de tratamientos o procedimientos experimentales no consentidos expressis verbis, pues en tal caso, el médico asume los riesgos, vulnera la relación jurídica y existe relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.***

***El consentimiento informado, es un acto dispositivo espontáneo, esencialmente revocable, singular al tratamiento o intervención específica, recepticio, de forma libre o consensual, puede acreditarse con todos los medios de prueba, verbi gratia, documental, confesión, testimonios, etc., y debe ser oportuno.”[[1]](#footnote-1)***

9. Descendiendo al caso concreto tenemos: no ofrece duda para la Sala que como consecuencia de las dolencias lumbares que el señor JOSÉ LEONEL LEDESMA VÉLEZ presentaba, sin mejoría, en la IPS CLÍNICA PEREIRA y con autorización de la EPS SALUDCOOP, a la cual estaba afiliado, el 25 de agosto de 2008 el médico neurocirujano FERNANDO VELA DE LOS RÍOS le practicó una cirugía denominada “MICRODISCOIDECTOMIA”[[2]](#footnote-2).

Que dicho procedimiento no mejoró las condiciones del paciente, persiste el dolor y le dejó secuelas que afectan su cuerpo: eyaculación retrógrada y vejiga neurógena, como el mismo galeno VELA DE LOS RÍOS –médico tratante- lo dejó consignado en la historia clínica en la siguiente nota: “Enfermedad actual: NO HA TENIDO NINGUNA MEJORÍA EL PACIENTE MANIFIESTA VEJIGA NEUROGENA (NO TIENE RELACION CON EL ABORDAJE) Y EYACULACION RETROGRADA (COMPLICACION ESPERADA EN ESTA CX)…”[[3]](#footnote-3)

El pluricitado profesional de la medicina, mediante dicha anotación, reconoce que las dolencias que ahora presenta su paciente constituyen riesgos inherentes a la cirugía que le practicó “MICRODISCOIDECTOMIA”, de ahí que no sea necesario acudir a los dictámenes periciales que obran en el expediente, que entre otras cosas, no fueron rendidos por expertos en la materia, o por lo menos por profesionales de la misma especialidad que la del médico demandado.[[4]](#footnote-4)

10. Como ya se expresara, encuentra el grupo de actores la responsabilidad que endilgan a la EPS demandada, en la falta de advertencia sobre los riesgos de la cirugía que efectivamente le fue practicada al señor LEDESMA VÉLEZ por el citado médico neurocirujano. En el expediente no obra prueba alguna de la que pueda inferirse con certeza que fue advertido sobre la posibilidad de no corrección de dolencia, como tampoco que pudieran ocurrirle secuelas como las antes anotadas, lo que en efecto sucedió con posterioridad a la intervención quirúrgica.

Ni siquiera de una observación minuciosa de la historia clínica que obra en el expediente (fl. 348-471 c. ppl. Tomo II), puede inferirse la existencia de tal advertencia. Era el doctor FERNANDO VELA DE LOS RÍOS la persona obligada a señalar al paciente los posibles efectos negativos de la misma. No se dejó, entonces, constancia en la historia clínica del riesgo previsto o de la imposibilidad de hacerlo, en los términos del artículo 12 del Decreto 3380 de 1981.

11. Si como se dijo, el consentimiento informado es un acto singular al tratamiento o intervención específica, que puede acreditarse con los medios de prueba disponibles en el ordenamiento procesal, la parte demandada no lo ha demostrado.

12. Visto lo anterior, el análisis de las pruebas que se acaban de mencionar, permite concluir que el médico neurocirujano FERNANDO VELA DE LOS RÍOS omitió cumplir su deber de obtener en debida forma el consentimiento informado de su paciente, esto es con advertencia de los riesgos del procedimiento, hecho que lo hace responsable, de manera solidaria con la EPS SALUDCOOP a la cual el señor JOSÉ LEONEL LEDESMA VÉLEZ se hallaba afiliado. Y no puede liberarse de responsabilidad la EPS, porque no aparece probado en el proceso que el médico especialista que practicó la cirugía suministró al paciente la información necesaria, para que éste tuviese la oportunidad de decidir, si a pesar de los riesgos inherentes a la cirugía, a esta se sometía. Además, no se trataba de una situación de urgencia médica que no diera tiempo para diligenciar el consentimiento informado, en los términos ya explicados.

13. Las circunstancias puestas de presente, permiten deducir que concurren los elementos que comprometen la responsabilidad civil de la accionada (en particular el acto o hecho dañoso, imputable a título de dolo o culpa, el daño y la relación de causalidad). Como quedó demostrado, se presentó un hecho que afectó o le causó daño directamente al demandante JOSÉ LEONEL LEDESMA VÉLEZ y de rebote a sus familiares más cercanos; se le cercenó la posibilidad de conocer los riesgos de la cirugía para efectos de decir si a pesar de ellos, a esta se sometía. Para la Sala es incontestable la responsabilidad civil por la omisión del mentado galeno, que compromete, como ya se dijo, en forma solidaria a la EPS SALUDCOOP. Por consiguiente, las excepciones de fondo denominadas: *“Inimputabilidad de las presuntas consecuencias del acto médico a la EPS”, “Discrecionalidad científica que no responsabiliza a Saludcoop Entidad promotora de Salud EPS”, “Falta de participación en el acto médico de la EPS Saludcoop”, “Inexistencia de causalidad”, “Exigencia de culpa probada” y “La genérica”* carecen de vocación de prosperidad.

14. Establecida, entonces, la responsabilidad de la demandada y probado como se encuentra que los daños causados al señor LEDESMA VÉLEZ, con ocasión de la cirugía que le fuera practicada el 25 de agosto de 2008, consistieron en “eyaculación retrógrada y vejiga neurógena”, corresponde ahora a la Sala definir lo relacionado con los perjuicios reclamados.

15. El daño a la persona, que la Corte Suprema de Justicia de vieja data ha señalado como un desmedro a la integridad física o mental, puede dar origen a múltiples consecuencias, algunas de ellas con carácter patrimonial como, verbigracia, los gastos de curación o rehabilitación o las ganancias ciertas que por tal motivo ha dejado o dejará de percibir, mientras que otras pueden repercutir en el *“equilibrio sentimental”* o verse igualmente reflejadas en *“quebrantos transitorios o definitivos, más o menos graves, en la vida de relación del sujeto”*. Frente a los daños, así se pronunció años atrás el alto Tribunal:

***“El primero de tales conceptos corresponde a las nociones de daño emergente y lucro cesante que, se itera, constituyen expresiones características del perjuicio que reviste naturaleza eminentemente patrimonial, en los términos en que han sido descritos por los artículos 1613 y 1614 del Código Civil. El segundo se identifica con la noción de daño moral, que incide o se proyecta en la esfera afectiva o interior de la persona, al generar sensaciones de aflicción, congoja, desilusión, tristeza, pesar, etc. Y el tercero, es el denominado daño a la vida de relación, que se traduce en afectaciones que inciden en forma negativa sobre su vida exterior, concretamente, alrededor de su “… actividad social no patrimonial…”, como se lee también en el citado fallo.***

***Específicamente, con respecto a las dos últimas categorías, es de notar que aunque se trata de agravios que recaen sobre intereses, bienes o derechos que por su naturaleza extrapatrimonial o inmaterial resultan inasibles e inconmensurables, en todo caso, ello no impide que, como medida de satisfacción, el ordenamiento jurídico permita el reconocimiento de una determinada cantidad de dinero, a través del llamado arbitrium judicis, encaminada, desde luego, más que a obtener una reparación económica exacta, a mitigar, paliar o atenuar, en la medida de lo posible, las secuelas y padecimientos que afectan a la víctima.”[[5]](#footnote-5)***

16. Pidió el grupo demandante la indemnización de perjuicios inmateriales o extrapatrimoniales, en tres modalidades: (i) morales y (ii) a la vida de relación para el grupo familiar y (iii) psicológico para JOSÉ LEONEL LEDESMA VÉLEZ. Subsidiariamente a esta pretensión, pidieron *“el monto que por perjuicios patrimoniales (materiales), resulte probado en el proceso y el monto que por perjuicios extrapatrimoniales (inmateriales), señale el juzgador, para los demandantes…”*

Como ya se dijo, el despacho judicial de primer nivel acogiendo la pretensión principal; condenó al pago de perjuicios morales para el señor José Leonel Ledesma Vélez por la cantidad de veinte millones de pesos y para Nohora Quiceno Castro y el menor Yeisson Ledesma Quiceno, diez millones de pesos a cada uno; por daño a la vida de relación, para José Leonel Ledesma Vélez y Nohora Quiceno Castro, la suma de veinte millones de pesos a cada uno y los negó para el menor Yeisson Ledesma Quiceno.

17. Con relación al perjuicio moral, este es indeterminable y de naturaleza extrapatrimonial, lo que ha permitido al juez(a) ejercitar el *arbitrium judicium* en su reparación y como ya se esbozó, más que ostentar un carácter resarcitorio, cumple una función paliativa, tratando con ella de obtener que la víctima reciba una compensación suficiente, acorde con la aflicción; por ello, la magnitud del daño causado y las secuelas que hubiese producido son factores que necesariamente han de incidir en su valoración. De otro lado, ha entendido esta Corporación que es posible presumirlos para el caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso. Así las cosas, el parentesco, entonces, resulta ser un elemento que permite deducir y tener por demostrado el afecto derivado de las relaciones familiares, por lo que debe presumirse que el daño antijurídico causado a una persona, también genera dolor y aflicción a sus parientes cercanos, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales (hermanos)[[6]](#footnote-6), presunción de hombre, se insiste, que puede ser desvirtuada, cuando aparezca probado en el proceso que las relaciones filiales y fraternales se han debilitado notoriamente, se han tornado inamistosas o, incluso que se han deteriorado totalmente.

18. Con la partida del estado civil que se arrimó al proceso, está acreditado que JOSÉ LEONEL LEDESMA VÉLEZ es el padre de YEISSON ANDRÉS LEDESMA QUICENO, habido de la relación con NOHORA QUICENO CASTRO (Fl. 15 c. ppl. tomo I).

De otro lado, los testimonios de Germán Ricardo Salgado, José Darío Hernández Vélez y Néstor Adolfo Valencia Castro, dan fe de que JOSÉ LEONEL y NOHORA, junto con su hijo YEISSON, conviven bajo el mismo techo desde muchos años atrás y siempre se han mantenido unidos (fls. 256-260 c. ppl. tomo II).

19. En el sub lite está demostrado que el procedimiento quirúrgico tantas veces mencionado practicado al señor JOSÉ LEONEL LEDESMA VÉLEZ, no solo no le curó su dolencia, sino que quedó con secuelas de eyaculación retrógrada (de la que es poco lo que queda por hacer, según anotación en el registro de su historia clínica, folio 401 c. ppl. T II) y vejiga neurógena, que le impiden sostener unas relaciones sexuales normales. De otra parte, no hay registro en la misma, en el sentido de que el señor JOSÉ LEONEL haya consultado o sido tratado antes por estas dolencias, esto es, haber sido prexistentes a la cirugía que se le practicó.

De lo anterior, puede inferirse la existencia del daño moral cuya indemnización reclama, con ocasión de la aflicción y angustia que ha debido sentir y sigue sintiendo dada su disfuncionalidad sexual y urinaria, además de la persistencia del dolor lumbar. De la misma manera, puede inferirse que sus parientes más próximos, esto es su hijo, como también su compañera, sufrieron y sufren angustia y pesar por la situación de JOSÉ LEONEL. Por lo anterior, era menester en primera instancia fijar los perjuicios morales a todo el grupo que conforma la parte impulsora del litigio, en atención a que se encuentra demostrado el parentesco y el vínculo marital y no aparece probado en el proceso que las relaciones filiales y fraternales de dicho núcleo familiar se hayan debilitado notoriamente, tornado inamistosas o se hayan deteriorado totalmente.

20. Ahora, respecto de la cuantificación del daño moral, el discreto arbitrio del juez(a) no puede abrir el camino para fijar excesivas condenas. En consecuencia, aunque no puede desconocer la Sala el sufrimiento y la angustia que deben experimentar el actor y sus familiares más próximos, el criterio de esta Magistratura para fijarlos ha de ser conforme a las pautas de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que ha venido señalando unas sumas orientadoras del juzgador(a), no a título de imposición sino de referentes, como en el caso de la sentencia de 17 de noviembre de 2011, exp. 11001-3103-018-1999-00533-01, que fijó la suma de cincuenta y tres millones de pesos, para lo cual tuvo en cuenta la gravedad del marco de circunstancias en que falleció una persona, lo que de suyo generó intensa aflicción a sus parientes y vinculados, así como por los estrechos vínculos familiares y los nexos afectivos con padres, hermanas e hijo, padecimientos interiores, congoja, angustia, impotencia y profundo dolor. Posteriormente subida a $55.000.000 para la esposa y $55.000.000 para el hijo (sent. 9 de julio de 2012, exp. 11001-3103-006-2002-00101-01).

21. En este caso, solicitan los actores 100 smlmv para cada uno de ellos, que a la fecha de hoy equivalen a $68.945.400; una cantidad que la Sala considera no corresponde a la naturaleza del daño, pues si bien este es grave, no tiene la entidad suficiente para efectos de reconocer estas sumas pedidas. JOSÉ LEONEL no falleció, pero quedó con secuelas que afectan su sexualidad y aparto urinario, además, el dolor lumbar, con limitación importante para la marcha, persiste (fl. 358 c. ppl. T. II). En esas condiciones, por las razones plasmadas, se confirmarán los perjuicios fijados por la a quo, esto es, la suma de $20.000.000 para el señor JOSÉ LEONEL LEDESMA VÉLEZ. Y en lo que atañe a su compañera y su hijo, para cada uno de ellos $10.000.000; esta Corporación considera que si bien dichas personas han debido haber sufrido y siguen sufriendo angustia y dolor por la discapacidad parcial de JOSÉ LEONEL, su afectación no sería mayor a la que experimenta el propio afectado.

22. En cuanto al daño a la vida de relación, en la providencia de la Corte Suprema de Justicia a la que ya se hizo referencia en párrafos anteriores, se precisa:

***“…esta especie de perjuicio 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. Por lo mismo, recalca la Corte, 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. Es así como de un momento a otro la víctima encontrará injustificadamente en su camino obstáculos, preocupaciones y vicisitudes que antes no tenía, lo que cierra o entorpece su acceso a la cultura, al placer, a la comunicación, al entretenimiento, a la ciencia, al desarrollo y, en fin, a todo lo que supone una existencia normal, con las correlativas insatisfacciones, frustraciones y profundo malestar.”***

23. En la demanda con la que se inició el proceso, se afirmó con respecto a los perjuicios inmateriales, que *“Para JOSÉ LEONEL LEDESMA VÉLEZ, NOHORA QUICENO CASTRO, y su hijo menor de edad YEISSON ANDRÉS LEDESMA QUICENO, ha sido muy traumática la situación, pues ver a su esposo y padre en el estado de salud en que se encuentra hoy día luego de la cirugía es algo traumático, igualmente han visto frustrada la posibilidad de ser padres por segunda vez y se han venido abajo sus sueños e ilusiones, así mismo, su deseo de compartir con su hijo de sus juegos, pues su estado de salud no se lo permite ya que el dolor en su espalda y extremidades es mucho, quedando limitado para realizar todas las actividades físicas de lúdica y diversión con su familia, así como las relaciones íntimas (sexuales) con su esposa pues la eyaculación retrógrada le causa gran dolor no permitiendo disfrutar placenteramente del momento, generando traumatismos en su comportamiento.”* (fl. 5 c. ppl. Tomo I).

Como se puede observar, el libelo inicial da cuenta de hechos que sustentan la existencia del daño a la vida de relación que se reclama. Se hace referencia a la alteración en el estado de salud sexual y sistema urinario, que dificultan las relaciones íntimas del actor LEDESMA VÉLEZ, por lo que hay como inferir que para el citado, además del perjuicio moral, las consecuencias del procedimiento quirúrgico tienen trascendencia en su esfera sexual y lo afecten en sus relaciones con su compañera, sin que tal circunstancia haya impedido la convivencia con su compañera y su hijo.

Ahora, la Sala considera que el quantum fijado en primera instancia –veinte millones de pesos para JOSÉ LEONEL y la misma cantidad para su compañera NOHORA- es desproporcionado frente a los obstáculos y vicisitudes que antes no tenían, como también respecto a la reducción de la calidad de vida, que no ha sido total. Según las pruebas conviven aun y con su hijo, no han perdido totalmente su capacidad física o mental y por ende, no se ofrece de manera diáfana que los resultados no deseados de la cirugía hayan afectado totalmente su vida de relación. Tampoco obra prueba en el proceso que demuestre que como consecuencia de la contingencia médica se haya entorpecido su acceso a la cultura, al placer, a la comunicación, al entretenimiento, a la ciencia, al desarrollo y, en fin, a todo lo que supone una existencia normal. En consecuencia, esta clase de perjuicios se tasarán para cada uno de ellos en la suma de diez millones de pesos.

Se confirmará la denegatoria para el hijo YEISSON ANDRÉS, al no haberse demostrado en el proceso en qué forma se le causa esta clase de perjuicio; recuérdese que desde antes de la cirugía de microdiscoidectomía practicada a JOSÉ LEONEL, el dolor lumbar no le permitía ciertas actividades (practicar deportes, levantar objetos pesados, etc.) y ello continuó después de la intervención quirúrgica, por lo cual despacho no encuentra una modificación sustancial en las actividades que compartían padre e hijo.

24. En cuanto al reclamo del grupo demandante, respecto de la negativa a la fijación de los perjuicios materiales, que no fueron analizados por la jueza a quo, la Sala mantendrá dicha decisión, por los motivos que ahora se explican:

Sabido que la incongruencia es la desacertada relación entre dos extremos de necesario contraste que son el litigio y la sentencia, se manifiesta en la falta de concordancia lógica y jurídica entre el objeto del proceso, conformado por aquellas pretensiones más las oposiciones que eventualmente puedan delimitarlas, y el pronunciamiento que al mismo proceso le pone fin, concordancia que el propio ordenamiento positivo impone, al exigir, (antes en el artículo 305 del C.P.C. y ahora en el 281 del C.G.P.) que las sentencias sean consonantes con los hechos y las pretensiones aducidas.

Por lo general, es el escrito de demanda el que en definitiva fija los límites básicos de la controversia y por lo tanto, determinada claramente en el libelo cuál es la sentencia judicial que persigue el actor, es decir cuál debe ser la materia sobre que haya de recaer el fallo, no puede el sentenciador salirse de ese ámbito que le marca el propio actor para fallar en sentido distinto a sus súplicas.

En este orden de ideas, reviste especial interés la acumulación objetiva de pretensiones (art. 82 C.P.C. – 88 C.G.P.) y dentro de ella aquellos eventos en que las distintas pretensiones reunidas en el libelo, no han sido formuladas con el mismo carácter, bien por ser accesorias o dependientes las unas respecto de las otras, ora porque revestidas todas de autonomía, han sido propuestas subsidiariamente, distinción esta que es importante para la correcta elaboración técnica de la sentencia, habida cuenta que como pasa a verse, en este ámbito aquél principio juega papel preponderante.

Si la acumulación es subsidiaria, que ocurre cuando la segunda de las pretensiones propuestas en la demanda la invoca el demandante para que el juez la estudie y decida en el caso de que se rechace la anterior, como la gradación de las peticiones depende exclusivamente del interés del demandante, ese orden no puede ser variado por el fallador, pues al hacerlo está modificando los extremos de la demanda, lo que no le está permitido. Entonces, el juez solamente puede entrar a estudiar la pretensión subsidiaria, para resolverla, en el único evento en que, previamente, haya desestimado la principal.

Aquí se le pide al juez que decida sobre la pretensión principal de indemnización de perjuicios inmateriales o extrapatrimoniales (en tres modalidades, morales, daño a la vida de relación y psicológico) y subsidiariamente los materiales.

La jueza de primer nivel decidió favorablemente la pretensión principal, por lo cual mal hubiese procedido si se pronuncia frente a los materiales, porque, como se acaba de expresar, ello constituiría una flagrante violación al principio de congruencia.

25. Visto lo anteriormente expuesto, se confirmará la sentencia confutada, pero se modificará la decisión sobre el daño a la vida de relación en la forma antes indicada. No se condenará en costas, por no haberse causado en esta instancia.

**VI. Decisión**

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Civil Familia de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

**PRIMERO: SE CONFIRMA** la sentencia dictada el 26 de junio de 2014 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, en este proceso promovido por JOSÉ LEONEL LEDESMA VÉLEZ, NOHORA QUICENO CASTRO y YEISSON ANDRÉS LEDESMA QUICENO, contra la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SALUDCOOP.

**SEGUNDO**: **MODIFICAR** el numeral 2 del ordinar tercero, el cual quedará así:

2. DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN

1. Para JOSÉ LEONEL LEDESMA VÉLEZ, diez millones de pesos ($10.000.000.)
2. Para NOHORA QUICENO CASTRO, diez millones de pesos ($10.000.000.)

**TERCERO:** Sin costas en esta instancia.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,

**EDDER JIMMY SÁNCHEZ CALAMBÁS**

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

1. Cas. Civ. Sentencia de 17 de noviembre de 2011, exp. 11001-3103-018-1999-00533-01. M.P. William Namén Vargas. [↑](#footnote-ref-1)
2. Ver folio 313 c. ppl. Tomo II [↑](#footnote-ref-2)
3. Ver folio 382 ib.. [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver folio 491-497 c. ppl. Tomo II y 6-10 c. No. 4 [↑](#footnote-ref-4)
5. Corte Suprema de Justicia Sala Civil de Casación. Sentencia de 13 de mayo de 2008. M.P. César Julio Valencia Copete. Ref: Exp. 11001-3103-006-1997-09327-01. [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional, sentencia T-934 de 2009. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. [↑](#footnote-ref-6)