El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

**TEMAS: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL / ACCIÓN DIRECTA CONTRA EL ASEGURADOR / COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CIVIL AUNQUE EL ASEGURADO SEA UNA ENTIDAD PÚBLICA / EJERCICIO DE ACTIVIDAD PELIGROSA / CARGAS PROBATORIAS / DAÑO MORAL / FORMA DE DETERMINARLO / PRESUNCIÓN DERIVADA DEL PARENTESCO / VALORACIÓN PROBATORIA.**

… en la actualidad la competencia del superior en segunda instancia está ceñida a los argumentos que exponga el apelante, a menos que deba adoptar decisiones de oficio en los casos previstos en la ley, y este no es uno de ellos (art. 328 CGP). Es lo que se da en denominar la pretensión impugnaticia, que sugiere que el funcionario de segundo grado está llamado a resolver la alzada con sujeción concreta a los fundamentos que sirvieron para la sustentación del recurso. (…)

… se trata de la acción directa contra el asegurador, prevista en el artículo 1133 del C. de Comercio, modificado por el artículo 87 de la Ley 45 de 1990, en virtud del cual, “Para acreditar su derecho ante el asegurador, de acuerdo con el artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador”. (…)

… si se trata del ejercicio de una actividad peligrosa, de aquellas que enuncia el artículo 2356 del mismo estatuto, como la conducción de vehículos automotores, se aligera la carga probatoria del demandante, porque lleva envuelta una presunción de culpa, de manera que a la víctima le incumbe probar, simplemente, el hecho, el daño y el nexo causal, en tanto que el agente, para liberarse de responsabilidad, debe acreditar, como eximente, una fuerza mayor o un caso fortuito, el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, es decir, que la discusión se da en el ámbito de la causalidad y no de la culpabilidad. (…)

… el daño moral se refleja en la esfera interior de la persona, por el dolor, la aflicción, la congoja que padece, producto de una lesión que se le ha infligido, a diferencia del daño a la vida de relación, que obedece a las consecuencias de orden externo que de allí emergen, por la frustración que se le causa en lo social, en lo familiar, en lo cotidiano. (…)

Valga anotar que en la sentencia SC5686-18, del 21 de febrero de tal año, en el radicado 2004-00042-01, con ponencia de la Magistrada Margarita Cabello Blanco, se compendió lo que hasta el momento ha sido el norte del daño moral: 2018, y se dijo:

Tratándose de perjuicios morales, las máximas de la experiencia, el sentido común y las presunciones simples o judiciales que brotan las más de las veces de la situación de hecho que muestra el caso sometido a consideración del juez serán suficientes a los efectos perseguidos. Es sabido que no hay prueba certera que permita medir el dolor o la pena, ni menos cuando han pasado años desde el acaecimiento del evento dañoso. De tal modo que, ante la imposibilidad de una prueba directa y de precisar con certidumbre absoluta si existe o no y en qué grado el dolor, congoja, pánico, padecimiento, humillación, ultraje y en fin, el menoscabo espiritual de los derechos inherentes a la persona de la víctima, como consecuencia del hecho lesivo, opta válidamente el juez por atender a esas particularidades del caso e inferir no sólo la causación del perjuicio sino su gravedad. Es que el daño moral se manifiesta in re ipsa, es decir, por las circunstancias del hecho y la condición del afectado.

**SALVAMENTO DE VOTO: DOCTORA CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

… a continuación expongo la razón por la que me aparté parcialmente de la decisión adoptada en la sentencia proferida el 19 de los corrientes, en la que se abstuvo de imponer condena en costas en esta sede, a favor de los demandantes que triunfaron en sus pretensiones, señores Bernardo Gutiérrez García y Jefferson Stiven Gutiérrez Pérez.

A mi juicio a ello ha debido procederse de conformidad con el numeral 4º del artículo 365 del CGP, según el cual “Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias”.

# TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

**SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA**

Magistrado: Jaime Alberto Saraza Naranjo

Expediente: 66170-31-03-002-2017-000345-01

Proceso: Verbal- Responsabilidad Civil Extracontractual

Juzgado: Segundo Civil del Circuito de Pereira

Demandante: BERNARDO GUTIÉRREZ GARCÍA

ANDRÉS FELIPE GUTIÉRREZ PÉREZ

JEFFERSON STIVEN GUTIÉRREZ PÉREZ

JESSICA COLORADO RIVERA

JOSÉ FABIÁN RIVERA

JOSÉ RIVERA RINCÓN

MARÍA LILIA RIVERA GRISALES

Demandados: ASEGURADORA LA PREVISORA S.A.

Recurrente: Demandante

Sentencia: 05 de Julio 2018

Audiencia: 19-07-19

**HECHOS:**

1. El 12 de septiembre de 2015, aproximadamente a las 7:25 de la mañana, Carlos Andrés Gutiérrez Rivera, se desplazaba por la cerrera 27 con calle 6 del barrio Mirador del Frailes, municipio de Dosquebradas. En esta misma dirección se desplazaba un vehículo recolector de basura de propiedad de la empresa Serviciudad ESP, con placas OCA-052, conducida por el señor José Eliecer Osorio Ruiz.
2. En el momento en que el conductor del camión mencionado cruzó la intersección de la carrera 27 con calle 6 detuvo su marcha sobre esta calle e inició de manera repentina una maniobra de reversa del automotor, el cual iba sin acompañamiento de los recolectores que debían despejar el camino y respaldar u orientar la marcha de este vehículo. Dicha maniobra sorprendió al señor Gutiérrez pues tampoco tenía encendida la alarma de reversa, como consecuencia de ello lo arrolló con las llantas traseras, quedando por debajo de ellas luego de ser atrapado y arrastrado por el suelo, ya que el vehículo solo detuvo su marcha ante las voces y gritos de auxilio de la comunidad
3. Al lugar de los hechos se trasladaron los agentes de tránsito municipal; una vez realizado el informe de tránsito y el croquis en el cual se consignó como causas probables de la ocurrencia del evento las Nº 134 y 145 atribuibles al conductor del tracto camión.
4. Carlos Andrés fue trasladado al hospital Santa Mónica de Dosquebradas, luego de efectuarse su valoración se le diagnosticó traumatismos compatibles con accidente de tránsito en el abdomen, región lumbosacra y de la pelvis; se registró somnoliento con inmovilización cervical y tabla rígida, cuando fue llevado a RX se indica que se descompensó, por lo que fue valorado de inmediato por un médico quien realizó intubación mecánica, bajo sedación y estando intubado entró en paro en dos ocasiones y se ordenó su remisión como urgencia vital a la Clínica COMFAMILIAR.
5. Allí ingresó a las 10:52 am, fue trasladado al quirófano con maniobras de reanimación, no se le alcanzó a realizar exploración urológica ya que el paciente continuó con pupilas dilatadas de 5 minutos, con paro presenciado por lo que se suspende la reanimación y se declara su fallecimiento a las 11:25 horas de la mañana.

**PRETENSIONES:**

PRIMERA: Se declare a la aseguradora LA PREVISORA S.A. civilmente responsable de los daños producidos a los demandantes, a título de garante de la responsabilidad civil de la empresa SERVICIUDAD ESP.

SEGUNDA: Se condene a la demandada la indemnización del daño proveniente del perjuicio moral la suma de $53.000.000 a cada uno de los demandantes

TERCERA: Se condene a la demandada por concepto de daño a la vida de relación la suma de $31.500.000 para cada uno de los reclamantes.

CUARTA: Se condene al demandado al pago de la indexación y costas.

**RESPUESTA Y EXCEPCIONES.**

El apoderado de la PREVISORA S.A. se opuso a la totalidad de las pretensiones y presentó como excepciones las que nominó: existencia de coaseguro – Distribución de riesgos – Limite de responsabilidad y límite a los amparos y valores asegurados.

**SENTENCIA:**

Empezó por interpretar la demanda para deducir que de acuerdo con lo que prevé el artículo 1133 del Código de Comercio, en el seguro de responsabilidad civil, la víctima, en ejercicio de la acción directa, podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización de la aseguradora; por lo que ha de entenderse que eso es lo que se busca con la demanda es demostrar la responsabilidad del asegurado y obtener la condena en cabeza de la aseguradora.

Halló acreditados los presupuestos procesales y pasó a ocuparse de la cuestión debatida, en los términos del artículo 1133 del Código de Comercio, por el que la parte demandante tenía un cometido doble en el presente asunto; el primero lo obtención o demostración de la responsabilidad en cabeza del asegurado y el segundo la obtención de la condena al resarcimiento de los perjuicios por parte de LA PREVISORA compañía de seguros, en esa labor en tanto el hecho que motivó la responsabilidad que se reclama, se produjo en el contexto de una actividad de riesgo es el artículo 2356 del Código Civil el que gobierna la responsabilidad o régimen de responsabilidad que sería del caso a aplicar en el presente asunto en la tarea como ya se dijo de demostrar la responsabilidad en cabeza del asegurado; ese régimen de responsabilidad que se deriva del ejercicio de actividades de riesgo comporta una presunción de culpa, de modo que sus elementos o componentes axiológicos se reducen a la demostración del hecho dañoso, el daño y el nexo de causalidad, excluyendo el elemento subjetivo o de culpa, en tanto el mimo se presume en virtud del ejercicio de esa actividad de riesgo, sentada esa premisa inicial es válido analizar en primer término la legitimación en la causa como quiera que se trata de un asunto de revisión oficiosa por más que no haya sido planteado por vía de las excepciones. En este caso demandan a título de consanguíneos del señor Carlos Andrés Gutiérrez Rivera, los señores Bernardo Gutiérrez García, padre; Andrés Felipe Gutiérrez, hermano; Jéfferson Steven Gutiérrez, hermano; Jessica Cantor Rivera, hermana; José Fabián Rivera, hermano; José Rivera Rincón, abuelo y María Lilia Rivera Grisales, tía. Respecto de la prueba de esa condición de consanguíneos el decreto 1270 del año 60, exige que la condición o las calidades o circunstancias atinentes al estado civil de las personas se prueban mediante el correspondiente registro civil de nacimiento, en este caso sin embargo, se echa de menos los registros civiles que acrediten la calidad de consanguíneos por parte de José Rivera Rincón y María Lilia Rivera Grisales pues no se acreditó o no se acompañó el registro civil de nacimiento de alguno de los padres de Carlos Andrés Gutiérrez Rivera para acreditar que las personas antes mencionadas fueran respectivamente su abuelo y su tía, en esa medida las mismas carecen de legitimación en la causa por la parte activa, ello ameritaría de acuerdo a lo que se expuso con antelación el decreto oficioso de la prueba en el sentido de que se arrimen los registros civiles de nacimiento echados de menos, sin embargo por las razones que adelante se expondrán no se adoptara decisión en ese sentido; por lo demás el despacho encuentra legitimados a los restantes demandantes en calidad de victimas de rebote o víctimas secundarias respecto del evento de tránsito en el cual falleció Carlos Andrés Gutiérrez, y en cuanto a la PREVISORA S,A por los motivos también ampliamente discutidos y en virtud al ejercicio de la acción de los damnificados en el seguro de responsabilidad, encuentra el despacho que está legitimada por pasiva LA PREVISORA S.A.

Superado ese examen de legitimación, corresponde entonces verificar el cumplimiento de los restantes presupuestos axiológicos de la pretensión, en primer lugar el que se refiere a la existencia del hecho dañoso, cuya ocurrencia no se pone en entredicho y efectivamente aparece acreditada mediante el informe policial de accidente de tránsito que al menos en este aspecto puntual cumple en asocio con la historia clínica que se allegó, con el cometido de probar que efectivamente existió el hecho dañoso y el despacho lo da por acreditado de esa forma como primer elemento o presupuesto axiológico de la pretensión.

No acontece lo mismo respecto de los restantes presupuestos axiológicos de la pretensión, esto es el daño en primer lugar y en segundo lugar el nexo causal. Si bien es cierto, dentro de la culpa opera la presunción a la que se ha hecho alusión, no acontece lo mismo en cuanto al daño, el daño no está provisto de esa misma garantía probatoria a favor del demandante y por lo mismo es de su cargo la acreditación de la existencia del daño y de la intensidad del daño; en este caso se aduce o se reclama que existe o que existió daño bajo dos modalidades, la primera daño moral y la segunda daño a la vida en relación.

En cuanto a lo primero debe decirse que efectivamente como lo manifiesta el apoderado de la parte actora opera en esta materia una presunción derivada de la relación de parentesco que fue acreditada en las personas ya referidas con anterioridad, de manera que demostrada la existencia de consanguinidad entre quienes son familiares de aquel que padeció el daño, en este caso de Carlos Andrés Gutiérrez Rivera, quien falleció en el evento de tránsito se activa u opera una presunción respecto de que esos familiares sufrieron aflicción, congoja, pesadumbre que edifica el daño moral que en este caso se reclama, sin embargo, esa presunción no es una presunción de derecho sino que es una presunción legal y por lo mismo admite prueba en contrario, y más allá de eso, el efecto que tiene es que no exime, no dispensa de acompañar prueba de la aflicción, lo que quiero decir es que obra la presunción, pero esa presunción es una presunción legal que tiene para los efectos la calidad o condición de un indicio y en resumidas cuentas para lo que interesa a esta decisión no exime o no dispensa de prueba a quien la alega; en este caso más allá de la acreditación del parentesco y con el propósito de demostrar el daño moral aducido únicamente se presentó al plenario y en la fase de instrucción, la declaración de parte de los demandantes, esa declaración de parte fue referida por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial de providencia del 08 de marzo del año 2018, en la cual se indicó que a ese respecto es oportuno tener en cuenta que tales versiones en las declaraciones de parte a partir de la vigencia del Código General del Proceso constituyen medios de convicción autónomos, de modo que ya no son un simple instrumento para obtener la confesión sino como lo fueron bajo el imperio del Código de Procedimiento Civil así lo dispone el artículo 176 del Código General del Proceso en concordancia con el artículo 191, los cuales imponen valorarlas de acuerdo con las reglas de apreciación de la prueba, en ese sentido las declaraciones de parte vertidas en el curso de esta audiencia de acuerdo con ese pronunciamiento cumplen la función probatoria autónoma que les fue asignada por el Código General del Proceso y en esa medida son idóneas y válidas para probar en este caso el daño moral, sin embargo, su apreciación según esas mismas normas debe hacerse de acuerdo con los criterios generales o reglas generales de apreciación de la prueba y esas reglas generales de apreciación de la prueba sugieren que existen circunstancias que pueden afectar la credibilidad, más que la credibilidad la imparcialidad de los testigos y esos testigos que estén afectados por esas circunstancias o esos testimonios que estén afectados por esas circunstancias, si bien no merecen exclusión fulminante, si merecen una evaluación o un examen más riguroso en cuanto a la atribución del poder persuasivo que le corresponde , muy especialmente exigen ese tipo de testimonios y con mayor razón las declaraciones de parte, valoración conjunta o respaldo en otros medios probatorios adicionales o diferentes que permitan convencerse que efectivamente lo que allí se declara es veraz y corresponde a la realidad. En este caso sin embargo, esas declaraciones de parte aparecen aisladas sin respaldo en ningún otro medio de prueba, resumiendo entonces la relación de consanguinidad constituye una presunción pero esa presunción no es de derecho sino legal cumple entonces los efectos de un indicio y por lo mismo, no exime de prueba; en este caso sin embargo, la única prueba que se adoso fue la declaración de parte de los demandantes que no encuentra respaldo o eco, o corroboración en ningún otro medio probatorio y por el contrario es contrastada o contradicha por lo que aparece consignado en la historia clínica porque de esa historia clínica en distintos apartes, especialmente en los folios 19 y 20 se menciona que el señor Carlos Andrés Gutiérrez es habitante de calle, circunstancia que desdice de la relación de cercanía y parentesco que se aduce en este proceso; adicionalmente en el registro civil de defunción aparece como denunciante una persona ajena, distinta a quienes alegan aquí esas relaciones de consanguinidad y parentesco, sumado a ello también en la historia clínica folios 19 y 20 así como en el folio 32 se indica que el señor Carlos Andrés Gutiérrez presentaba olor a pega y a alcohol, por una parte; y por otra parte que el accidente se produjo porque estaba dormido y el carro de la basura al dar reversa lo arroyó o causó las lesiones de las que se hace alusión, en ese orden de ideas los restantes medios probatorios obrantes en el plenario, lejos de corroborar la versión rendida por los demandantes, lo que hacen es contrastarla o contradecirla; a ese respecto válido es mencionar que en cuanto al efecto de la presunción derivada del parentesco sobre la prueba del daño moral, se refirió la Corte Suprema de Justicia sala de Casación Civil en el expediente 10297-2014 referido por el Tribunal Superior de este Distrito Judicial en sentencia del 01 de noviembre de 2017 expediente 2012-274-01, allí se puede constatar en síntesis que la presunción que se deriva de las relaciones de consanguinidad no eximen o dispensa de prueba respecto del daño moral.

En cuanto a lo que hace a la otra modalidad del daño alegado esto es el daño a la vida de relación la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil en providencia del 13 de mayo de 2008, expediente 1997-9327-01, respecto a las características de ese daño moral indicó que tiene naturaleza extrapatrimonial que se refleja en la esfera externa del individuo en situaciones prácticas o en el desenvolvimiento afectando el entorno personal, familiar o social impidiendo o exigiendo, imponiendo privaciones, vicisitudes, limitaciones, alteraciones temporales o definitivas en mayor o menor grado que deben soportarse puede tener origen en lesiones o trastornos físicos según las circunstancias puede sufrir las víctimas directas o terceros y su reconocimiento persigue fines de satisfacción, en ese orden de ideas si bien es posible que los familiares de la víctima padezcan a raíz de su deceso daños en la vida de relación, lo cierto es que tampoco se aportó al plenario prueba alguna que acredite la ocurrencia de esos daños, válido en este punto reiterar lo dicho en las declaraciones de parte y su poder persuasivo reiterando igualmente que en este campo ninguna otra prueba adicional se adosó con el agravante en este punto de que ni siquiera las propias declaraciones de parte dan cuenta de las circunstancias precisas, claras, concretas en las cuales se pueda evidenciar ese daño en la vida de relación más allá de que haya una reunión anual para festejar el fin de año; en ese orden de ideas no se cumplió tampoco con la carga que incumbía a la parte actora en el sentido de probar la existencia o la ocurrencia del daño en esta segunda modalidad que se refiere a la vida de relación.

Finalmente, pasando al otro presupuesto axiológico de la pretensión y que tiene que ver con el nexo causal; en este punto tampoco opera presunción alguna, y es carga de la parte actora en su labor de demostrar la responsabilidad del asegurado; acreditar la existencia del nexo causal, con ese propósito se alude o se hace referencia al informe policial de accidentes de tránsito y a la historia clínica que se adosó con la demanda, esos dos instrumentos sin embargo no cumple el cometido de probar el nexo causal, en primer lugar porque el primero solamente contiene hipótesis relativas a la ocurrencia del hecho como bien lo destaco el abogado de LA PREVISORA S.A. y las mismas son formuladas por quien no presenció directamente los hechos, a lo cual debe agregarse que no contiene una explicación razonada de por qué son esas las hipótesis o las causas que se aduce para poder colegir de allí su racionalidad o su verosimilitud aparecen aisladamente las causas distinguidas con los números 134, 145 y 410; dos de ellas imputables al conductor por iniciar la marcha y por cruzar sin precaución; y la tercera a la víctima en el sentido de que haya cruzado desatendiendo las normas de tránsito o bajos los efectos de alguna sustancia alucinógena o similar; la historia clínica por otra parte en los folios a los que ya me referí 19-20 y el protocolo de necropsia en el folio 32 indican, la primera de ella folio 19, motivo de la consulta, lo cogió el carro de la basura, enfermedad actual: paciente traído por unidad de rescate quienes refieren paciente se encontraba reciclando al parecer estaba dormido, le pasó el carro de la basura por encima, se desconoce el lugar y hora de los hechos; el folio 20 reitera esa misma apreciación, hallazgos de valoración: paciente que ingresa en mal estado en general, no es el folio 20 es el folio 32 que se refiere al informe pericial de necropsia al que hizo alusión el apoderado de la parte actora destacando el componente relativo al estado del paciente, en el cual se indica, cadáver de un hombre adulto de 33 años de edad, contextura mediana, buen estado nutricional, aspecto cuidado; sin embargo ese mismo documento indica historia clínica expedida por la ESE Hospital Santa Mónica de Dosquebradas, según el cual ingresa el día 12 de septiembre de 2015 a las 8:26 traído por unidad de rescate, quienes refieren paciente se encontraba reciclando, al parecer estaba dormido y le paso el carro de la basura por encima, ingresa consciente, álgido, diaforético, con piel fría, olor a pega y a alcohol, esas anotaciones en la historia y en el protocolo de necropsia, si se le va a atribuir o se van a dar fe de las circunstancias en ellas contenidas, como quiera que este protocolo se trata de un documento público y la fe en la que ellos consignen como funcionarios públicos en la declaraciones suyas pues habría que abordarlo en su integridad y tener como tales no solamente las relativas allí buen estado nutricional, sino también las relativas a las condiciones en que entró el paciente y a las que se hace alusión con respecto a la ocurrencia del evento de tránsito; en ese orden de ideas, si bien es cierto no alcanza las menciones referidas para acreditar como existente una circunstancia que rompa el nexo causal como la culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o caso fortuito; lo que sí se observa es que no obra o media prueba respecto de la existencia del nexo causal y esa sí es una carga que le incumbe a la parte actora, como quiera que se trata de un presupuesto axiológico o de fundabilidad de la pretensión. En resumen el despacho no encuentra acreditados los presupuestos axiológicos de existencia del daño en las modalidades de daño moral y daño a la vida de relación, y tampoco encuentra probado el presupuesto relativo a la existencia del nexo causal. Ambos pilares de la responsabilidad, cuya prueba estaba en cabeza de la parte demandante que únicamente estaba dispensada como bien lo anotó su apoderado de probar o acredita la culpa en tanto la misma se presume; sin embargo esa exoneración o esa dispensa de la prueba no era extensiva a los otros dos pilares de la responsabilidad, esto es, al nexo de causalidad y la existencia del daño.

Recapitulando, se tiene que no se probaron los mencionados presupuestos procesales, cuyo examen adicionalmente es oficioso por tratarse de condiciones de fundabilidad de la pretensión, y en ese sentido se digna el fracaso de las pretensiones y por lo mismo no es del caso decretar la prueba a la que se hizo alusión y que se refiere a la legitimación de los demandantes, en tanto por motivos diferentes a ese, se orienta la sentencia en sentido de desestimar las pretensiones, en mérito de lo expuesto el Juzgado Segundo Civil del Circuito administrado justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la ley

**FALLA:**

PRIMERO: Desestimar las pretensiones de la demanda de responsabilidad civil extracontractual presentada por Bernardo Gutiérrez García, Andrés Felipe Gutiérrez Pérez, Jéfferson Steven Gutiérrez Pérez, Jessica Colorado Rivera, José Fabián Rivera, José Rivera Rincón y María Lilia Rivera Grisales, contra aseguradora LA PREVISORA S.A.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante en iguales proporciones a la parte demandada; como agencias en derecho se fija la suma de $21.000.000, liquídense por secretaria.

**REPAROS PARTE DEMANDANTE**

Se compendian en lo siguiente:

1) El nexo causal que echó de menos el juzgado está probado con el informe de accidente y el croquis, en los que se describen las características del lugar, las personas involucradas y el vehículo que causó el daño; con el informe de necropsia en el que también se detalló lo ocurrido. De allí se desprende la maniobra imprudente del conductor del vehículo que no fue controvertida, ni se allegó prueba de una circunstancia de exoneración de responsabilidad en el régimen de culpa probada, por tratarse del ejercicio de una actividad peligrosa.

2) Se controvierte la desestimación de la presunción del daño moral reclamado en la demanda respecto de cada uno de los demandantes, porque si bien no recordaron algunos aspectos, si fueron contestes sobre la actividad a la que se dedicaba la víctima, su lugar de residencia, la periodicidad y el lugar donde se veían y los eventos que compartían.

**CONSIDERACIONES**

1. Los presupuestos procesales se cumplen cabalmente y no se advierte nulidad que dé al traste con lo actuado.

2. Se trata en este caso de una acción directa que, por causa de la muerte de Carlos Andrés Gutiérrez Rivera, instauraron Bernardo Gutiérrez García, en calidad de padre, Jéfferson Stiven Gutiérrez Pérez, Andrés Felipe Gutiérrez Pérez, José Fabián Rivera y Jéssica Colorado Rivera, como hermanos, José Rivera Rincón, abuelo, y María Liria Rivera Grisales, en su condición de tía de la víctima, es decir, con soporte en el parentesco, contra La Previsora S.A. Compañía de Seguros.

3. El Juzgado, luego de interpretar la demanda, de hallar cumplidos los presupuestos del proceso, entre otros el de la competencia, por cuanto la demanda se dirige exclusivamente contra la aseguradora La Previsora S.A., y de establecer que respecto de José Rivera Rincón y María Liria Rivera Grisales faltó acreditar el parentesco que los legitimara por activa, negó las pretensiones de los restantes demandantes porque no halló estructurados, como elementos fundantes de la acción, el daño y el nexo causal.

Lo primero, porque a pesar de la presunción de hombre que se cierne sobre el daño causado a los familiares cercanos de la víctima directa cuando esta fallece, ella admite prueba en contrario y, además, no dispensa de acompañar la prueba de la aflicción, congoja, pesadumbre que edifica el daño moral, lo que se omitió en este caso, pues solo se trajeron los registros civiles que acreditan el parentesco y se escucharon las versiones de los mismos demandantes, carentes de respaldo en otro medio de prueba; en cambio sí, de la historia clínica se desprende que la víctima era un habitante de la calle.

Sobre el daño a la vida relación, tampoco se aportó un medio de convicción que permitiera concretarlo respecto de los demandantes; ni siquiera sus mismas versiones servirían a ese fin.

Y, por último, dijo que el nexo causal, que era carga probatoria de los demandantes, no se acreditó, por cuanto ni el informe de accidente, ni la historia clínica cumplen ese cometido. En el informe apenas se plantean hipótesis que no pasan de ser eso, y la historia clínica y el protocolo de necropsia refieren que la víctima estaba reciclando y al parecer estaba dormido, olía a pega y alcohol, insuficientes para *“acreditar como existente una circunstancia que rompa el nexo causal, como la culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito, lo que sí se observa es que no obra o media prueba respecto de la existencia del nexo causal y esa sí es una carga que incumbe a la parte actora, como quiera que se trata de un presupuesto axiológico o de fundabilidad de la pretensión”.*

4. En relación con la legitimación en la causa, que es aspecto que de oficio incumbe insistir en que en la demanda se hace derivar el perjuicio del parentesco, que en el caso de Bernardo Gutiérrez García, Andrés Felipe Gutiérrez Pérez, Jéfferson Stiven Gutiérrez Pérez, Jéssica Colorado Rivera y José Fabián Rivera, fue acreditado con los registros de folios 54 a 56 y 58 a 61 del cuaderno principal, que dicen que el primero fue el padre, y los demás, hermanos de Carlos Andrés Gutiérrez Rivera.

No ocurre igual con María Liria Rivera Grisales y José Rivera Rincón, por cuanto los documentos de folios 57 y 62 son insuficientes para probar que se trata del abuelo y la tía, respectivamente, de Carlos Andrés. A pesar de que en esta instancia se brindó la oportunidad de completar esa prueba, se trajo un registro de defunción, no el de nacimiento pedido, de la señora María Soledad Rivera Grisales, que se requería para acreditar esas condiciones.

Esto es relevante, en la medida en que si las pretensiones vienen edificadas en el parentesco de cada uno de los demandantes con la víctima directa del suceso, no en otra calidad, como se dijo en primera instancia, a falta de tal prueba respecto de ellos, su legitimación en la causa quedó sin acreditarse.

Por tanto, se confirmará el fallo en cuanto les negó a estos demandantes lo pedido.

Y por pasiva, como adelante se verá, la tiene La Previsora Compañía de Seguros, por virtud de la póliza que cubría los daños causados con el vehículo de placas OCA-052, de propiedad de Serviciudad ESP.

4. La alzada se soporta, en síntesis, en dos cosas:

a) El nexo causal que echó de menos el juzgado está probado con el informe de accidente y el croquis, en los que se describen las características del lugar, las personas involucradas y el vehículo que causó el daño; con el informe de necropsia en el que también se detalló lo ocurrido. De allí se desprende la maniobra imprudente del conductor del vehículo que no fue controvertida, ni se allegó prueba de una circunstancia de exoneración de responsabilidad en el régimen de culpa probada, por tratarse del ejercicio de una actividad peligrosa.

b) Se controvierte la desestimación de la presunción del daño moral reclamado en la demanda respecto de cada uno de los demandantes, porque si bien no recordaron algunos aspectos, si fueron contestes sobre la actividad a la que se dedicaba la víctima, su lugar de residencia, la periodicidad y el lugar donde se veían y los eventos que compartían.

A estos aspectos restringirá su análisis la Sala, teniendo en cuenta que en la actualidad la competencia del superior en segunda instancia está ceñida a los argumentos que exponga el apelante, a menos que deba adoptar decisiones de oficio en los casos previstos en la ley, y este no es uno de ellos (art. 328 CGP). Es lo que se da en denominar la pretensión impugnaticia, que sugiere que el funcionario de segundo grado está llamado a resolver la alzada con sujeción concreta a los fundamentos que sirvieron para la sustentación del recurso. Así lo resaltó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela, en la providencia STC9587-2017, del 5 de julio de ese año, con ponencia del Magistrado Álvaro Fernando García Restrepo, que sirve como criterio auxiliar.

5. Para adoptar la resolución pertinente, la Sala aludirá a la acción directa contra el asegurador, a la responsabilidad que surge de la ejecución de actividades peligrosas y sus elementos, al daño moral, su naturaleza y prueba. En ese derrotero, se analizará el caso concreto para dilucidar el problema que aquí se plantea, esto es, si debe confirmarse el fallo por falta de demostración de los elementos estructurales de la responsabilidad, o debe revocarse como pregonan los recurrentes, porque cumplió la carga probatoria.

Desde ahora se anticipa que el fallo de primer grado se revocará parcialmente.

6. Como bien interpretó el funcionario, se trata de la acción directa contra el asegurador, prevista en el artículo 1133 del C. de Comercio, modificado por el artículo 87 de la Ley 45 de 1990, en virtud del cual, “*Para acreditar su derecho ante el asegurador, de acuerdo con el artículo 1077, la víctima en ejercicio de la acción directa podrá en un solo proceso demostrar la responsabilidad del asegurado y demandar la indemnización del asegurador”.*

Recientemente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SC665-2019 del 7 de marzo de 2019, con ponencia del Magistrado Octavio Augusto Tejeiro Duque, recordó, por un lado, que esta acción se dirige a establecer la responsabilidad del asegurado y, a partir de allí, la satisfacción de la indemnización que esté a cargo de la aseguradora, no a que se declare una solidaridad entre el asegurador y el garante; y por el otro, que desde la sentencia de casación del 10 de febrero de 2005, radicado 7614, reiterada en la del 29 de junio de 2007, radicado 1998-04690, se dejó sentado que el buen suceso de la acción directa queda *supeditado a la comprobación tanto de la existencia de un contrato en el cual se amparara la responsabilidad civil del asegurado, porque «sólo en cuanto dicha responsabilidad sea objeto de la cobertura brindada por el contrato, estará obligado el asegurador a abonar a la víctima, en su condición de beneficiaria del seguro contratado, la prestación prometida», como de la responsabilidad del asegurado frente a la víctima, y la magnitud del daño a ella irrogado, «pues el surgimiento de una deuda de responsabilidad a cargo de aquel, es lo que determina el siniestro, en esta clase de seguro».*

A partir de esta interpretación, y antes de adentrarnos en el fondo de la cuestión, es pertinente anotar, en relación con los importantes señalamientos que hace el apoderado judicial de la demandada en torno a la jurisdicción competente para dilucidar un asunto en el que se asegura la responsabilidad de una entidad pública y la especie de litisconsorcio que pueda darse en un caso como estos, que, como bien lo anotó, la discusión en ambos aspectos no es pacífica.

En lo que toca con la jurisdicción, doctrinariamente se plantean inquietudes sobre el tema cuando el asegurado es una entidad pública, cuya responsabilidad correspondería analizar, en principio, a la contencioso administrativa, es lo cierto que, dado que la víctima puede dirigir su demanda exclusivamente contra la aseguradora, en los términos del artículo 105 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), se sustraen de ella, entre otros asuntos, *“Las controversias relativas a la responsabilidad extracontractual y a los contratos celebrados por entidades públicas que tengan el carácter de instituciones financieras, aseguradoras, intermediarios de seguros o intermediarios de valores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuando correspondan al giro ordinario de los negocios de dichas entidades, encluyendo los procesos ejecutivos”,* que es precisamente lo que ocurre en el caso de ahora.

Bajo el entendido de que el litisconsorcio es facultativo, si esta demanda se promoviera ante la justicia administrativa, se repelería la competencia por falta de jurisdicción, en aplicación estricta de la norma en comento. Por ello, a pesar de lo discutible que pueda parecer la situación, incumbe a la jurisdicción ordinaria, en la especialidad civil, ventilar la responsabilidad impetrada, solo para efectos de establecer si la aseguradora está llamada a responder en las condiciones pactadas en la póliza.

Ahora, en lo que atañe al litisconsorcio, la Sala toma partido por señalar que, ya que no se trata de declarar una solidaridad como dice la Corte, y que el artículo 1133 citado permite accionar directamente contra la aseguradora, el litisconsorcio que eventualmente pudiera darse si se cita también al asegurado, es meramente facultativo, pues el propósito del legislador del noventa fue permitirle a la víctima dirigir sus pretensiones contra uno u otro, o contra ambos. Por supuesto que la causa en cada evento es diferente, y por ello, no hay comunidad de suertes, si bien, al asegurado se le demandaría por la eventual responsabilidad civil y los daños infligidos, en tanto que a la compañía de seguros, por el compromiso contractual adquirido con aquel, de garantizar el pago de los perjuicios que a un tercero se le puedan ocasionar, producto de dicha responsabilidad. Se acoge, en consecuencia, de las tesis que el apoderado mencionó, aquella expuesta por López Blanco, en sus comentarios al contrato de seguros, edición 2004, p. 376, que aboga por señalar que:

“Debemos cuidarnos de pensar que entre asegurado (causante del daño) y y aseguradora existe, frente al damnificado y beneficiario, un litisconsorcio necesario, por cuanto no se presenta el requisito esencial estructurante de la figura, de identidad de relación sustancial, lo que se evidencia en que no existe comunidad de suerte, pues bien puede suceder que la aseguradora triunfe y que el damnificado, que no demandó al asegurado, inicie en su contra proceso ordinario, el que es posible precisamente por cuanto la sentencia del primer proceso no lo cobijó y por ende no generó efectos de cosa juzgada y en esta otra actuación obtenga decisión favorable”.

Sin demeritar la importancia de otras corrientes, como la que encabeza Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, halla la Sala que la alternativa que la ley le brinda ahora a la víctima no puede truncarse por una situación de orden procesal en la que, se repite, se debate una relación sustancial diferente, a pesar de que en el proceso tenga que demostrarse la responsabilidad del asegurado, pues solo así se abriría paso la reclamación a la aseguradora.

7. Dicho esto, se sabe, según el informe de accidente (f. 28, c. 1), que en el suceso que causó la muerte de Carlos Andrés Gutiérrez Rivera estuvo involucrado el vehículo de placas OCA-052, de propiedad de Serviciudad ESP, amparado con la póliza colectiva 3000885 para los casos de responsabilidad civil extracontractual, tomada por la aludida entidad, que figura también como asegurada, tal como se desprende de los documentos de folios 63 a 66 del mismo cuaderno.

Así que el primero de aquellos presupuestos está cumplido.

7. Respecto del segundo, recordó recientemente esta Sala, en providencia del 18 de febrero de 2019, en el radicado 2015-00421, que quien causa un daño a otro debe resarcirlo, según señala el artículo 2341 del Código Civil, siempre que se demuestre, y esa es carga de quien invoca la responsabilidad, que hubo el hecho, que medió culpa del agente, que hubo un daño y que entre aquella y este existió un nexo causal; y que si se trata del ejercicio de una actividad peligrosa, de aquellas que enuncia el artículo 2356 del mismo estatuto, como la conducción de vehículos automotores, se aligera la carga probatoria del demandante, porque lleva envuelta una presunción de culpa, de manera que a la víctima le incumbe probar, simplemente, el hecho, el daño y el nexo causal, en tanto que el agente, para liberarse de responsabilidad, debe acreditar, como eximente, una fuerza mayor o un caso fortuito, el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, es decir, que la discusión se da en el ámbito de la causalidad y no de la culpabilidad.

Así lo reiteró la Corte, en la sentencia antes citada, en la que resaltó que “*en el proceso de responsabilidad extracontractual por daños ocasionados en el ejercicio de actividades peligrosas, la víctima sólo está obligada a probar el daño y la relación de causalidad, mientras que al autor no le basta probar diligencia o cuidado, ni ausencia de culpa -dado que esta se presume-, sino que debe acreditar plenamente la presencia de un elemento extraño como causa exclusiva del daño, esto es, fuerza mayor o caso fortuito, culpa de la víctima o intervención de un tercero”.*

En el caso que se analiza, ninguna discusión se cierne acerca de la existencia de la contingencia que cobró la vida del señor Carlos Andrés Gutiérrez Rivera; por el contrario, el juzgado dio por sentado que el 12 de septiembre de 2015 se levantó el informe policial de accidente de tránsito, según el cual, el vehículo de placas OCA052, de propiedad de Serviciudad ESP causó lesiones a *“Carlos Andrés NN”,* a las 7:25 de la mañana (f. 28 a 31, c. 1). La víctima fue llevada por la unidad de rescate a la ESE Hospital Santa Mónica de Dosquebradas, según consta en la historia clínica (f. 19, c. 1), y se informó que el paciente “*se encontraba reciclando al parecer estaba dor{m}ido y le pasó el car{r}o de la basura por encima, se desconoce lugar y hora de los hechos”.*

En adición, el Juzgado pasó por alto que con la demanda se trajo una declaración extrajuicio, rendida por Julián Andrés Medina Calvo ante el Notario Único de Dosquebradas, en la que refiere que el 12 de septiembre de 2015, a las siete de la mañana aproximadamente, estaba en el andén de su casa, en la calle 6 No. 26-65 de Dosquebradas, barrio El Japón, y percibió que en la esquina siguiente estaba retrocediendo el carro de la basura y no había nadie que le informara al conductor que detrás se hallaba un hombre reciclando cartón, de manera que el vehículo siguió su rumbo y le pasó por encima y la gente empezó a gritar para que el conductor parara; llegaron los bomberos y llevaron a la víctima al hospital Santa Mónica.

Ese testimonio anticipado, aunque se recibió en el año 2015, fue aportado con la demanda en el año 2017, así que se debe acudir a las reglas del artículo 188 del CGP, cuyo último inciso señala que a estas declaraciones, con o sin intervención del juez, rendidas sin citación de la persona contra quien se aduzcan, se les aplicará el artículo 222 ibídem, que dice, a su vez, que para que sea necesaria la ratificación, es imprescindible que dicha parte lo solicite, y en la contestación de la demanda nada se dijo sobre el particular (f. 108 a 127, c. 1).

Se tiene, en consecuencia, que el hecho ocurrió; la culpa, por la estirpe de la responsabilidad, se presume, y el nexo causal es indiscutible, muy a pesar de lo que se concluyó en primera instancia: la muerte, de la que deriva el daño, producto de las lesiones que la víctima recibió en el accidente de tránsito, pues así quedó consignado en la historia clínica (f. 21 a 27, c. 1) y en el protocolo de necropsia (f. 32 a 35, c. 1).

Por cierto que, una cosa es que se cause un daño, otra, diferente, si con ella se irroga un perjuicio, que es lo que, a la postre, se entiende que dio por sentado el juzgado. Tal distinción ha sido resaltada por la jurisprudencia, como es posible leerlo, por vía de ejemplo, en la sentencia SC2107-2018.

Y ya se señaló que es carga que incumbe al causante del daño, o en un caso como este a la aseguradora, ante la presunción que deriva del ejercicio de una actividad peligrosa, probar una eximente derivada de fuerza mayor o caso fortuito, del hecho exclusivo de la víctima o de un tercero, nada de lo cual aconteció y, por ello, les asiste razón a los recurrentes, en la medida en que el juzgado invirtió el régimen aplicable.

No ocurrió así, simplemente porque lo que se sabe es que el carro recolector de basuras en Dosquebradas, identificado con las placas OCA052, al momento de retroceder impactó a Carlos Andrés Gutiérrez Rivera, quien al decir del testigo señalado, en el momento estaba reciclando cartón. Nótese que en la información que la unidad de rescate le dio a la clínica, se dejó en entredicho si estaba trabajando en ese momento o se hallaba dormido.

Se dirá, como planteó el apoderado judicial de la demandada en sus alegatos, que no se le puede atribuir la carga de la prueba que le incumbía a la asegurada, pero en ello carece de razón, por cuanto, procurada por la víctima la acción directa, sin vincular al proceso al asegurado, o aun en presencia de este, el asegurador tiene expedita la posibilidad de proponer las excepciones que pudieran tener cabida, no solo en relación con el contrato de seguro, sino con la responsabilidad misma, tal cual lo hubiera podido hacer en caso de que fuera llamada en garantía; con tanta mayor razón, en una situación como esta, en la que la reclamación es directa. Así que nada le impedía demostrar la exonerante que se echa de menos. Y no se olvide que estando de por medio el ejercicio de una actividad peligrosa, la culpa se presume.

Por tanto, la primera conclusión del juzgado, referida a la falta de acreditación del nexo casual, se viene a menos. Una cosa no puede ser y no ser al mismo tiempo. Si como viene de resumirse, el fallo dice que las menciones que contienen la historia clínica, el informe de necropsia y el informe del accidente son insuficientes para *“acreditar como existente una circunstancia que rompa el nexo causal, como la culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero, la fuerza mayor o el caso fortuito”* se ofrece desatinado concluir, a renglón seguido que “*lo que sí se observa es que no obra o media prueba respecto de la existencia del nexo causal y esa sí es una carga que incumbe a la parte actora, como quiera que se trata de un presupuesto axiológico o de fundabilidad de la pretensión”.* El nexo causal sí existió, y lo que debía era desvirtuarse con una eximente, que no se probó.

Se concluye, por tanto, que el segundo presupuesto de la acción directa, esto es, la responsabilidad del asegurado frente a la víctima, también se cumple.

8. Lo que sigue, en consecuencia, es verificar si con la muerte de Carlos Andrés Gutiérrez Rivera, se produjo el perjuicio moral que reclaman los recurrentes. Ya está dicho que a este aspecto reducirá la Sala el análisis, porque la absolución por el daño a la vida de relación impetrado no fue objeto de réplica.

Tiene sentado esta misma Sala, como se recordó en la providencia del 20 de noviembre de 2018, radicado 2015-00633-01, que el daño moral se refleja en la esfera interior de la persona, por el dolor, la aflicción, la congoja que padece, producto de una lesión que se le ha infligido, a diferencia del daño a la vida de relación, que obedece a las consecuencias de orden externo que de allí emergen, por la frustración que se le causa en lo social, en lo familiar, en lo cotidiano. Así lo recordó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 17 de noviembre de 2016, SC16690-2016, con ponencia del Magistrado Álvaro Fernando García Restrepo, en la que se rememoró la del 13 de mayo de 2008, radicado 1997-09327-01, que incursionó, en sede ordinaria, en el reconocimiento del daño a la vida de relación.

En esas providencias se reitera, lo que ya es tesis decantada, que el valor a reconocer por estos conceptos, precisamente por la naturaleza del daño, debe provenir del arbitrio judicial y son las altas Cortes las encargadas de ir fijando unos baremos que sirvan de guía a los jueces, sin que se erijan expresamente en topes máximos o mínimos (sentencia SC21828-17).

Tal arbitrio parte del supuesto de que el daño esté probado. La cuestión es que en estas materias, el perjuicio moral admite unas reglas de convicción un tanto laxas, en la medida en que se aceptan en general presunciones de hombre, incluso, que dejan ver que la víctima y sus familiares más cercanos, sin perjuicio de que existan otras personas que de rebote sufran las consecuencias del daño irrogado a la víctima, quedan marcados por la tristeza de perder a su ser querido, o de verlo postrado, o sufriendo por las consecuencias de la lesión (Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Civil, sentencia de septiembre 30 de 2016, SC13925-2016, radicado 05001-31-03-003-2005-00174-01, M.P. Ariel Salazar Ramírez).

Se trata, según lo ha dicho de tiempo atrás la misma Corporación, de una indemnización que en lugar de obedecer a un criterio compensatorio, corresponde a uno satisfactorio, por lo inconmensurable de la vida humana, que se destina a paliar la pena que deja la ausencia de un ser amado, por lo que, *“en su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser querido, entre otras cosas, para con cimiento en la equidad, arribar al más justo valor* (sentencia del 15 de abril de 2009, radicado 1995-10315-01, M.P. César Julio Valencia Copete).

Valga anotar que en la sentencia SC5686-18, del 21 de febrero de tal año, en el radicado 2004-00042-01, con ponencia de la Magistrada Margarita Cabello Blanco, se compendió lo que hasta el momento ha sido el norte del daño moral: 2018, y se dijo:

Tratándose de perjuicios morales, las máximas de la experiencia, el sentido común y las presunciones simples o judiciales que brotan las más de las veces de la situación de hecho que muestra el caso sometido a consideración del juez serán suficientes a los efectos perseguidos. Es sabido que no hay prueba certera que permita medir el dolor o la pena, ni menos cuando han pasado años desde el acaecimiento del evento dañoso. De tal modo que, ante la imposibilidad de una prueba directa y de precisar con certidumbre absoluta si existe o no y en qué grado el dolor, congoja, pánico, padecimiento, humillación, ultraje y en fin, el menoscabo espiritual de los derechos inherentes a la persona de la víctima*,* como consecuencia del hecho lesivo, opta válidamente el juez por atender a esas particularidades del caso e inferir no sólo la causación del perjuicio sino su gravedad. Es que el daño moral se manifiesta *in re ipsa*, es decir, por las circunstancias del hecho y la condición del afectado.

Con todo, si bien es cierto que cualquier tipo de perjuicio injustamente causado da lugar a una acción que busque su reparación, en esto del resarcimiento de daños morales, no puede dejarse de admitir que como en la vida en sociedad es usual que los seres humanos tengamos molestias, inquietudes, incertidumbres y perturbaciones de ánimo, todas ellas no pueden llegar a ser resarcibles, como simples molestias que son parte del diario vivir. Tampoco puede actuarse mecánicamente, desde luego que, así como acontece con el daño patrimonial, en aquel debe existir certidumbre, lo que implica que en el proceso existan medios de convicción que den cuenta de su existencia e intensidad, “... *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)» (CSJ SC del 25 de noviembre de 1992, rad. 3382, G.J. CCIX, n°2458, pág. 670).

De esas presunciones judiciales o de hombre, de la mayor importancia, como lo ha reconocido de antaño esta Corporación, es la que procede de los estrechos vínculos de familia a efectos de deducir los perjuicios morales que padecen los allegados a la víctima directa, en atención a que se presume, por los dictados de la experiencia, que entre ésta y aquellos existen fuertes lazos de afecto por lo que, sin duda, el interés jurídico tutelado y transgredido con el acto dañoso no es, en criterio de la Corte, únicamente el dolor psíquico o físico dado que este suele ser una consecuencia (pero no la única) de la trasgresión a un derecho inherente a la persona, a un bien de la vida o un interés lícito digno de protección, como en este caso son las relaciones de la familia como núcleo esencial de la sociedad, dolor que quizás no se manifiesta en infantes ni menos en recién nacidos, pero no por ello ha de concluirse que el menoscabo a un bien extrapatrimonial de que gozaba o podía llegar a gozar ese menor no deba ser objeto de resarcimiento.

Como se anticipó, derivado el perjuicio del parentesco, que en el caso de Bernardo Gutiérrez García, Andrés Felipe Gutiérrez Pérez, Jéfferson Stiven Gutiérrez Pérez, Jéssica Colorado Rivera y José Fabián Rivera, fue acreditado con los registros de folios 54 a 56 y 58 a 61 del cuaderno principal, que dicen que el primero fue el padre, y los demás, hermanos de Carlos Andrés Gutiérrez Rivera, el Juzgado, desestimó lo pedido, porque a pesar de la aludida presunción, ella admite prueba en contrario y no dispensa a la víctima de la prueba de la aflicción. Y para decirlo así, trajo a colación una providencia del 1° de noviembre de 2017, proferida por esta Corporación en la Sala que preside el Magistrado Duberney Grisales Herrera, en el radicado 2012-00274-01. En ello hay un desacierto, porque lo que allí se dijo fue algo diferente, si bien se señaló que:

Se ha considerado que el daño corporal sufrido por alguno de los miembros de la familia es un indicio de la afección de los demás[[1]](#footnote-1), en atención a los lazos de cercanía, solidaridad y afecto. Quien acredite la prueba del parentesco con la víctima, tendrá a su favor, probada la existencia del daño, derivada del indicio de agravio de esa relación afectiva, restará entonces determinar cuál será el grado de afectación padecido, su intensidad, y en tal norte de pensamiento la justicia civil, CSJ (2016)[[2]](#footnote-2), a la sazón apunta como postulados guía para su tasación: *“(…) la valoración de referentes objetivos para su cuantificación, tales como las características del daño y su gravedad e intensidad en la persona que lo padece; de ahí que el arbitrium iudicis no puede entenderse como mera liberalidad del juzgador (…)”.*

De manera que el razonamiento del juzgado es equivocado, porque lo que se ha sostenido es que, probado el parentesco, se presume el daño, sin necesidad de acudir a otros medios de persuasión. En cambio, debe acotarse que, más allá de la presunción judicial, en el proceso pueden obrar pruebas que la desdigan, que es lo que aquí acontece en el caso de algunos de los demandantes.

Es que, tratándose de varios de los hermanos, al margen de su relación parental, bien puede concluirse que se carece de elementos de convicción que demuestren el perjuicio que se les irrogó. Diferente es la situación con uno de los colaterales y del padre, sin perjuicio de que, eso sí, se tengan en cuenta ciertas circunstancias para la graduación del perjuicio.

En efecto, la prueba recaudada, además de la documental que se limita a demostrar la relación filial, se circunscribe al relato que hicieron algunos de los demandantes, los cuales pueden tenerse en cuenta, mirados en conjunto, siguiendo las reglas de la sana crítica, pues como bien lo señaló el juez en el fallo, hoy la declaración de parte se erige en un medio de prueba autónomo, separado de la confesión. Así está previsto en los artículos 165, 191 y 196 del CGP.

Bernardo Gutiérrez García, padre de Carlos Andrés, dijo que se veía con su hijo día de por medio, en compañía de Jéfferson, otro de sus descendientes. Se encontraban en el barrio El Japón; Carlos Andrés arrimaba a tomar desayuno o a almorzar y conversaban; también iba a su casa y algunos domingos jugaban fútbol; se reunían en diciembre, pues a su hijo le gustaba vivir independiente. Afirmó que por épocas vivió con él, en otras estuvo con el abuelo José Rivera, o con su hermano Fabián que hoy está en Brasil. Dijo que la muerte de Carlos le ha dado muy duro a Jéfferson; aceptó que nunca visitó a Carlos en su residencia, ni lo hacía ninguno de los de su núcleo familiar, porque todos trabajaban y se encontraban en el barrio El Japón o en el barrio Buenos Aires. Dijo desconocer desde cuándo vivía su hijo en Corocito y sobre la relación de este con su abuelo José Rivera; señaló que ocurrieron circunstancias por las cuales no pudo vivir más con su compañera y ella se fue con Carlos a vivir donde José, por eso él dice que es el padre; esa separación ocurrió cuando Carlos contaba 8 años más o menos.

Jéfferson Steven Gutiérrez, hermano paterno de Carlos, dijo que ignora por qué este no suministró información sobre sus familiares al llegar a la clínica, tal vez, por su estado lo omitió; agregó que se veía mucho con Carlos, porque mantenía mucho en el barrio El Japón, iba a su casa, donde vivía con su cuñada y su otro hermano Felipe, y los visitaba; mencionó que su hermano vivía solo en el barrio Corocito. Aseguró que fue al lugar donde vivía Carlos un par de veces; mencionó que la tía que acudió a la audiencia lo tenía afiliado a La Ofrenda, y entre todos se encargaron de las gestiones para el sepelio. Adujo que a veces se reunían en familia, y la última vez fue unos 10 o 15 días antes de la muerte, porque él iba esporádicamente a almorzar; además, solían reunirse en diciembre, el 24 y el 31.

Jéssica Colorado Rivera, hermana materna, señaló que tenía contacto con Carlos, se veían varias veces en el año, porque ambos iban donde el abuelo y se lo encontraba allí, pues él iba más que todo a ver al abuelo y a la hija de la deponente; admitió que nunca llegó a visitar a Carlos; y recordó que la última vez que se reunieron en familia junto con Carlos fue el 31 de diciembre de 2014.

María Liria Rivera Grisales, tía, aseguró que no vivió con Carlos y lo poco que sabe es que este residió un tiempo con la mamá y su abuelo y cuando su hermana falleció se quedó a vivir con su ascendiente, por eso compartía con él; afirmó que el 31 de diciembre se aparecía en la casa cuando ya no vivía con el abuelo; lo veía cuando menos pensaba; sabe que vivía en Corocito, pero nunca lo visitó allí. Terminó diciendo que la persona más cercana a Carlos del núcleo familiar era su abuelo, con quien vivió hasta que se enfermó, aunque se seguían viendo en un puestico que este tuvo en Ciudad Victoria, donde, incluso, le ayudaba.

José Rivera Rincón, abuelo de Carlos, afirmó que fue él quien lo crió y lo tuvo hasta que cumplió 25 años, pagó arriendo y trabajó para mantenerlo; vivió con él hasta que ya no fue capaz de trabajar más y tuvo qué abrirse; dijo que Carlos estuvo viviendo en el barrio Corocito y aunque él nunca fue allí, su nieto lo visitaba cada quince o veinte días, o cada mes.

Al margen de estas versiones, se cuenta con la información que registra la historia clínica (f. 19, c. 1), en la que consta que el paciente, a su arribo a la ESE Hospital Santa Mónica de Dosquebradas, se hallaba consciente y, de acuerdo con la anamnesis señaló que lo cogió el carro de la basura; en sus datos quedó registrado que su nombre era Andrés, tenía 27 años, era soltero y habitaba en la calle. Además, a la primera revisión se le halló con *“olor a pega y a alcohol”*, aunque también se anotó que no presentaba signos de embriaguez.

Es todo lo que se tiene a disposición para establecer si, en realidad, más allá de la simple presunción, se puede concluir que a los demandantes se les causó el perjuicio por el daño moral que reclaman, pues por la información que se registró en el centro hospitalario, queda en evidencia que, contrario a lo que los deponentes afirman, el señor Carlos Andrés no tenía un específico lugar dónde vivir y solo Jéfferson dijo que lo había hecho en dos o tres ocasiones, pero no supo explicar con suficiencia dónde era que su hermano residía.

Ahora, el hecho de que fuera un habitante de la calle, sería irrelevante por sí solo para desvirtuar la presunción, si se tienen en cuenta factores que inciden en el comportamiento de la población, que la llevan a desviarse de la senda del buen vivir, sin que, a veces, la familia pueda prodigar ayuda suficiente.

No obstante, en lo que atañe a Andrés Felipe Gutiérrez Pérez y José Fabián Rivera, hermanos, fácil es concluir que, en realidad poca relación tenían con su colateral, como para pensar que su deceso les causara la desazón que afirman en la demanda. Al menos en los últimos años de vida de Carlos, se desconoce que compartieran con él situaciones cotidianas o se preocuparan mínimamente siquiera por su bienestar, según se deprende de las versiones escuchadas.

Lo mismo cabe decir de Jéssica Colorado Rivera, hermana, quien dijo que sus encuentros con Carlos eran casuales, solo cuando él iba a visitar a su abuelo y a su sobrina, no a ella, lo encontraba en casa de aquel; nunca lo visitó, ni se sabe tampoco que le causara preocupación la situación que afrontaba.

En ninguno de estos casos, en consecuencia, puede predicarse la causación de un daño moral, con entidad para ser reparado, pues la presunción aludida se viene a menos; así que en ese aspecto se confirmará el fallo de primera instancia, en cuanto, sin daño, ninguna responsabilidad cabría declarar en relación con la asegurada y, por contera, nada tiene que cubrir la aseguradora.

No ocurre igual con el hermano Jéfferson y el padre.

En lo que atañe a Jéfferson, de acuerdo con las versiones escuchadas, parece haber mantenido un contacto directo con Carlos, al menos cuando se lo cruzaba en la calle o este decidía ir a almorzar a su casa de cuando en vez. Por estas circunstancias, y por su parentesco en segundo grado, estima la Sala que una suma que sirve para aminorar su dolor, es la de $15’000.000,oo.

Otro tanto puede predicarse del padre, porque aunque en él se presumiría la mayor aflicción, es lo cierto, de acuerdo con su propio dicho, que desde los ocho años no convivió con su hijo, si bien este estuvo al lado de su abuelo materno, y se desconoce cómo fue la relación durante todo ese tiempo; apenas sí se sabe que en los últimos tiempos se encontraban en la calle y charlaban. Por tanto, se cuantificará el perjuicio en la suma de $15’000.000,oo.

Estas cifras están dentro de los márgenes que la jurisprudencia ha venido señalando y que en casos extremos, en los que se acredita con suficiencia tal padecimiento, ha extendido las condenas a $60’000.000,oo, como se lee, por ejemplo, en la reciente sentencia SC665-2019.

9. Resumiendo todo, se confirmará el fallo en cuanto negó las pretensiones de Andrés Felipe Gutiérrez Pérez, Jéssica Colorado Rivera, José Fabián Rivera, María Liria Rivera Grisales y José Rivera Rincón, aunque por las razones aquí señaladas.

Se revocará en lo demás para, en su lugar, declarar que Serviciudad ESP fue responsable en el suceso que causó la muerte de Carlos Andrés Gutiérrez Rivera, que generó daño moral a los señores Bernardo Gutiérrez García y Jéfferson Stiven Gutiérrez Pérez, y que por virtud de la póliza que ampara dicha responsabilidad, la aseguradora deberá abonar a las víctimas las sumas que, de acuerdo con lo pactado se deriven.

Para ello, ha de tenerse en cuenta que La Previsora S.A. al contestar la demanda propuso como excepciones las que denominó *existencia de coaseguro – distribución de riesgos – límite de responsabilidad* y *límite a los amparos y valores asegurados.* A decir verdad, ninguna de estas defensas se erige propiamente en una excepción, en la medida en que no buscan desvirtuar con hechos nuevos las pretensiones incluidas en la demanda; lo que se persigue es, simplemente, que las condenas a impartir se limiten a lo que fue el compromiso adquirido por la aseguradora, como en efecto corresponde hacerlo (sentencia SC130-2018-01, febrero 12 de 2018).

Ahora bien, en la póliza 3000885, se alude a un coaseguro entre la Previsora S.A. y Seguros del Estado; la primera asumió el riesgo en un setenta por ciento, y la segunda, en el treinta por ciento. Contra esa previsión, ninguna prueba en contrario se aportó, por lo que, atendiendo lo que señala el artículo 1095 del C. de Comercio, en armonía con el artículo 1092 ibídem, a La Previsora S.A., se le impondrá el pago, a título de indemnización, a las víctimas de rebote ya señaladas, de las sumas antes referidas, ya que están dentro de la cobertura pactada, en un setenta por cierto, que fue a lo que se comprometió con el coaseguro.

Esto, aunque la parte demandante discutiera, al descorrer el traslado de las excepciones, que era deber de la demandada convocar al proceso a Seguros del Estado S.A. para liberarse de la obligación total, lo que, en parecer de la Sala es equivocado, porque se trata en este caso de un litisconsorcio facultativo y la iniciativa en su conformación debe partir del demandante, que no la tuvo.

10. Como no se propusieron otras excepciones, ningún pronunciamiento adicional corresponde hacer a la Sala.

11. En lo atinente a las costas, se tiene que las impuestas en primera instancia se revocarán. En su lugar, se dispondrá que la demandada pague a los demandantes Bernardo Gutiérrez García y Jéfferson Stiven Gutiérrez las que se causan a su favor, en proporción a la condena impuesta.

Por su parte, los demandantes Andrés Felipe Gutiérrez Pérez, Jéssica Colorado Rivera, José Fabián Rivera y María Liria Rivera Grisales, pagarán las causadas a favor de la sociedad demandada.

Para tal fin, el funcionario señalará las agencias en derecho respectivas.

No habrá condena en costas en esta sede, en tanto la sentencia de primer grado solo se revocará parcialmente (art. 365, numerales 3 y 4, CGP).

**DECISIÓN**

En armonía con lo dicho, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE:**

1. Se **CONFIRMA** el ordinal primero de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pereira el 5 de julio de 2018, en este proceso verbal, en cuanto negó las pretensiones elevadas por Andrés Felipe Gutiérrez Pérez, Jéssica Colorado Rivera, José Fabián Rivera, María Liria Rivera Grisales y José Rivera Rincón.

2. Se **REVOCA** en lo demás. En su lugar,

2.1. Se declara que Serviciudad ESP fue responsable del suceso que causó la muerte de Carlos Andrés Gutiérrez Rivera, a consecuencia de lo cual, ha debido resarcir el daño moral infligido a algunos de los demandantes, que se tasa así:

Para Jéfferson Stiven Gutiérrez Pérez, quince millones de pesos ($15’000.000,oo).

Para Bernardo Gutiérrez García, quince millones de pesos ($15’000.000,oo).

2.2. Se declara que, en virtud del contrato de seguro contenido en la póliza 3000885, La Previsora S.A., deberá abonar a estos demandantes la indemnización de tales perjuicios, en cuantía del 70%.

3. Las costas de primera instancia se imponen a cargo de la demandada y en favor de los demandantes Bernardo Gutiérrez García y Jéfferson Stiven Gutiérrez Pérez en proporción a las condenas impuestas.

Por su lado, los demandantes Andrés Felipe Gutiérrez Pérez, Jéssica Colorado Rivera, José Fabián Rivera, María Liria Rivera Grisales y José Rivera Rincón, pagarán las causadas a favor de la sociedad demandada.

Para tal fin, el funcionario señalará las agencias en derecho respectivas.

Sin costas en esta sede.

Decisión notificada en estrados

Los Magistrados

**JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO**

**CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Pereira, julio 29 de 2019

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO**

Magistrado Ponente : Jaime Alberto Saraza Naranjo

Expediente No. : 66001-31-03-002-2017-00345-01

Proceso  : Responsabilidad civil contractual

Demandante : Bernardo Gutiérrez García y/o

Demandados : La Previsora S.A.

Con todo el respeto que merecen mis demás compañeros de Sala, a continuación expongo la razón por la que me aparté parcialmente de la decisión adoptada en la sentencia proferida el 19 de los corrientes, en la que se abstuvo de imponer condena en costas en esta sede, a favor de los demandantes que triunfaron en sus pretensiones, señores Bernardo Gutiérrez García y Jefferson Stiven Gutiérrez Pérez.

A mi juicio a ello ha debido procederse de conformidad con el numeral 4º del artículo 365 del CGP, según el cual “*Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias.”*

En este caso se daban esas condiciones, pues el fallo de primera instancia se revocó frente a esos demandantes y la parte demandada resultó vencida; además, se les favoreció con esa condena en primera instancia; sin embargo, sin sustento alguno dejó de hacerse lo mismo en segunda.

Atentamente,

**Claudia María Arcila Ríos**

Magistrada

1. CSJ, Civil. Sentencia del 18-12-2012, MP: Salazar R., No. 2004-00172-01. [↑](#footnote-ref-1)
2. CSJ. SC13925-2016. [↑](#footnote-ref-2)