



Exp: 15-000076-1028-CA

Res: 000283-F-S1-2017

SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. San José, a las diez horas treinta minutos del dieciséis de marzo de dos mil diecisiete.

Ejecución de Sentencia establecida en el Juzgado Contencioso Administrativo y Civil de Hacienda por [Nombre 001], [...] y [Nombre 003], [...]; contra la CAJA COSTARRICENSE DE SEGURO SOCIAL, representado por la apoderada general judicial sin limitación de suma, Ana María Cortés Rodríguez, abogada, vecina de Heredia. Las personas físicas son mayores de edad y con la salvedad hecha, casadas y vecinas de San José.

#### RESULTANDO

1.- Con base en la sentencia firme de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, no. 2014014934, de las 15 horas 30 minutos del 10 de setiembre de 2014, las ejecutantes presentan la respectiva liquidación para que en sentencia se apruebe la cancelación de: a- ¢5.000.000,00 por concepto de daño moral. b- ¢75.000,00 por costas procesales y personales del recurso de amparo y c- el pago de ambas costas de la presente ejecución.

2.- La ejecutada se opuso a la ejecución e interpuso la excepción de falta de derecho.

3.- El juez Isaac Guillermo Amador Hernández en sentencia no. 1147-2015 de las 10 horas 15 minutos del 30 de junio de 2015, resolvió: *"Se rechaza la excepción de falta de derecho. Se declara PARCIALMENTE CON LUGAR, debiendo entenderse denegada en lo no expresamente concedido, la presente demanda de ejecución de [Nombre 003] en contra de la CCSS, la que en consecuencia con lo así resuelto, se condena al pago a favor de dicha ejecutante los siguientes rubros y montos: 1- por daño moral subjetivo la suma de un millón de colones; 2- por costas personales de recurso de amparo, la suma de setenta y cinco mil colones; 3- se declara con lugar el reconocimiento de intereses sobre las sumas otorgadas en esta sentencia, los que corren desde la firmeza de esta sentencia y hasta el efectivo pago de dichas sumas a la ejecutante. 4- Son ambas costas de la ejecución a cargo de la demandada. Firme lo resuelto cúmplase con lo ordenando."*

4.- La licenciada Cortés Rodríguez, en su expresado carácter, formula recurso de

casación indicando las razones en que se apoya para refutar la tesis del Juzgado.

5.- En los procedimientos ante esta Sala se han observado las prescripciones de ley. Interviene en la decisión de este asunto la magistrada suplente Ana Isabel Vargas Vargas.

Redacta el magistrado Rivas Loáiciga

#### CONSIDERANDO

I.- La señora [Nombre 001] y su madre doña [Nombre 003] formularon proceso de ejecución de sentencia en contra de la Caja Costarricense del Seguro Social (CCSS ó Caja). Ejecutan el fallo de la Sala Constitucional no. 2014-14934 de las 15 horas 30 minutos del 10 de setiembre de 2014, que doña [Nombre 001] presentó en favor de su madre –doña [Nombre 003]- y donde se tuvo por verificada una lesión al derecho a la salud de esta última por parte de la CCSS. La Sala Constitucional, determinó que la lesión de comentario se produjo, por cuanto se hizo esperar a doña [Nombre 003] por una cirugía; ello, sin considerar su condición de persona adulta mayor. Ante esto, se ordenó a esa institución, la realización de las actuaciones correspondientes, con el fin de que se interviniera quirúrgicamente a doña [Nombre 003]; así como el pago de las costas, daños y perjuicios provocados. En razón de esa condenatoria, las co-ejecutantes solicitan un reconocimiento económico por daño moral en la suma de ₡5.000.000,00, las costas personales y procesales por la presentación del recurso de amparo (₡75.000,00), los intereses y el pago de los gastos del proceso de ejecución. La CCSS, contestó negativamente la demanda y opuso la excepción de falta de derecho. De acuerdo con los hechos que se tuvieron por demostrados y en lo que interesa a este recurso, el Juzgado consideró que el derecho fundamental de doña [Nombre 003] se quebrantó al no programarse en un tiempo razonable una intervención quirúrgica en su pierna a fin de extraerle el material de osteosíntesis (placa con tornillos) el cual había sido implantado en una primera cirugía y que estaba causándole molestias que le impedían tener calidad de vida; ello por cuanto, para el dictado de la sentencia del recurso de amparo habían transcurrido ya cinco meses de espera. De acuerdo con esas circunstancias, el Juzgado decidió rechazar la falta de derecho incoada por la ejecutada, declarar parcialmente con lugar la demanda, ordenar el pago a favor únicamente de doña [Nombre 003] – y no a su hija- la suma de ₡1.000.000,00 por daño moral, las costas del recurso en el tanto de ₡75.000,00, los intereses; y, ambas costas del proceso de ejecución. Inconforme con lo dispuesto la CCSS recurre por medio de su apoderada especial judicial Ana María Cortés Rodríguez.

II.- Dos fueron las censuras acusadas. Ambos vicios de índole sustancial. En el primero, aduce error de derecho por indebida valoración probatoria. Endilga, infracción del canon 196 de la LGAP, en el tanto la sentencia controvertida otorga una reparación de naturaleza extra patrimonial por un daño inexistente; ello pese a que ese postulado establece que habrá responsabilidad de reparación cuando la

lesión sea efectiva, evaluable e individualizable. Dice, de acuerdo con lo expuesto por la actora en su demanda, el daño moral se justifica en que, no contó con la atención médica para que le fuera practicada la cirugía que requería; sufriendo con ello de molestias físicas por espacio de 17 meses. Transcribe lo planteado por el juzgador de instancia en el tanto determinó que de no haberse formulado el recurso de amparo la cirugía no se hubiera llevado a cabo. Lo anterior, reclama, pese a que la CCSS explicó en la contestación de la ejecución, -posición que fue ampliada por el testigo (Doctor Chaves)- que a la paciente se le brindó la atención debida desde el momento cuando ingresó al servicio de emergencias hasta el día en que se le realizó el retiro del material de osteosíntesis. Sumado a lo anterior, explica, existía un periodo necesario para que la paciente pudiera volver a ser intervenida nuevamente; porque resultaba preciso que su callo óseo estuviera maduro y sólido a fin de que su salud no se viera afectada. El doctor Chaves, señala, explicó claramente que la fractura de la ejecutante- era compleja y con un pronóstico de difícil recuperación. Incluso, expresa, se explicó que requería rehabilitación; de ahí que se dispusiera el envío de su caso a esa área hospitalaria para que le fuera dada la atención pertinente. Expone, ante la pregunta del Juzgador respecto del tiempo requerido por una adulta mayor para concluir el proceso de sanación de este tipo de fractura, el testigo señaló que la osteosíntesis provee de estabilidad al paciente y que deberían transcurrir unos seis meses; tiempo después, debe analizarse a futuro para decidir respecto de un reemplazo articular que nunca tiene carácter de emergencia. Asegura no comprender, porque el juez concluye que de no haberse presentado el recurso de amparo no se hubiera operado a la ejecutante pues aún y cuando se tenía claridad de la necesidad de retirar la osteosíntesis no se señalaba plazo pues se acreditó que ese retiro no era urgente. Explica, durante el tiempo que esperó por su cirugía, la ejecutante siempre estuvo atendida y medicada por la Caja; razón por la cual, no existe justificante para otorgar un monto por daño moral, pues su sólo dicho no es suficiente. Afirma, su representada actuó conforme a la medicina lo establece, por lo tanto no puede ser cierto que si no hubiera presentado el recurso de amparo no se le hubiera retirado el material de osteosíntesis. Finaliza, la prueba fue incorrectamente observada. De acuerdo con lo dicho por el testigo, debió concluirse que a la ejecutante se le había atendido conforme con la ciencia médica, que se le tenía debidamente medicada y que la operación del retiro de la osteosíntesis no tenía carácter urgente. En el segundo reproche, acusa quebranto a los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad. Dice, al haber considerado el Juzgador existente el daño que refiere cometido en su contra la ejecutante, se condena a la Caja al pago de un monto que se considera desproporcional e irracional. A tono con el combate esbozado en el primer cargo, de haberse valorado correctamente los elementos demostrativos no se hubiera condenado en la forma que se hizo.

III.- En el primer reproche, reclama la objetante que el fallo controvertido contiene un vicio indirecto al haberse valorado erróneamente la prueba testimonial traída al proceso. Desde su punto vista, el daño alegado es inexistente; de ahí que

por el fondo esté siendo quebrantado el cardinal 196 de la LGAP. De acuerdo con el criterio esbozado en el fallo impugnado, el daño alegado por doña [Nombre 003] si existió y por ende es indemnizable. Como sustento de la decisión, se estableció que si bien la cirugía practicada a la actora pudo estar apegada a los protocolos médicos observables; tal acción no se habría realizado si la recurrente no hubiere interpuesto el recurso de amparo. De ahí que, la presencia del material en su pierna durante el tiempo de espera, si causó una alteración en su ánimo y debe repararse. El nexo causal se determinó en dos vertientes, la primera de ellas en cuanto existió una falta de asignación de recursos logísticos necesarios para atender a una persona adulta mayor. La segunda, en el tanto se sometió a doña [Nombre 003] a una lista de espera, que de acuerdo con el criterio vertido constituye un mecanismo que legitima y reproduce la desatención de los pacientes.

IV.- De previo a emitir el pronunciamiento por el fondo correspondiente, debe analizarse cuál es punto de discusión en el caso concreto. En este proceso de ejecución de sentencia, lo que se ejecuta es un fallo de la Sala Constitucional que consideró violentado el derecho a la salud de la ejecutante; de ahí que se ordenase el pago de los daños y perjuicios ocasionados. Según el criterio sostenido por este Órgano decisor, una resolución de esa naturaleza no otorga per se un derecho a la parte a que sea reparada por las lesiones ocasionadas ante un ilegítimo actuar sino que, la parte interesada necesariamente ha de acudir a la sede contencioso administrativa no sólo a hacer valer su eventual derecho sino a demostrarlo. Es entonces ese, el meollo de este asunto, corresponde en este proceso determinar si doña [Nombre 003] fue víctima o no de un daño de naturaleza extra-patrimonial con esa infracción a su derecho a la salud que la Sala Constitucional determinó quebrantado. En criterio de la casacionista, la postura adoptada por el Juzgador es incorrecta pues determinó que el daño de afección acusado si existió, quebrantándose por el fondo el artículo 196 de la LGAP al haberse valorado indebidamente la prueba testimonial ofrecida en el juicio oral. De acuerdo con lo expresado en el escrito de demanda, el daño se produjo *"...por la negativa a darle a doña [Nombre 003] atención médica oportuna y adecuada, dado que siendo operada por una fractura grave de tibia de grado seis, y haber recibido una implantación de una platina con tornillos en la rodilla derecha estuve enyesada 3 meses, pero recibiendo dólares (sic) muy intensos, imposibilidad para caminar que alteraron mi vida, lo anterior, por una mala operación por cuanto la platina colocada se desacomoda y alterando mi piel donde se logra apreciar esa platina dado que se estaba saliendo y debía de ser operada nuevamente pero se me negó dicha posibilidad..(sic)"* (el resaltado no es del original). En la primera parte de su relato, doña [Nombre 003] expone que el daño moral que adujo causado se generó al no recibir la atención médica oportuna y además porque sufría de fuertes dolores en su pierna. Al respecto, estima esta Cámara que esas argumentaciones no se podrían tomar como fundamento para otorgar una reparación por el daño moral que se reprocha cometido. Ello, toda vez que de acuerdo con la prueba testimonial constante en autos – testimonio de [Nombre 008] hija de la actora- y sus propias manifestaciones en el escrito de demanda, le

queda claro a esta Sala que doña [Nombre 003] fue vista y atendida por la CCSS en varias ocasiones y que esa atención que había recibido fue buena así expresamente lo indicó al rendir declaración su hija doña [Nombre 008]. De esa manera, fue correctamente observado también por el juez de instancia, cuando en el considerando quinto apartado c) señaló que la demandada le proveyó del tratamiento necesario a la ejecutante. El tema de los dolores que sobrellevó, tampoco pueden ser el motivo para que sea otorgada una partida por daño moral; toda vez que esas dolencias eran propias de la fractura que lamentablemente sufrió la ejecutante y no se generaron del actuar ilegítimo que se atribuyó a la ejecutada. Pese a lo anterior, la justificante para que se otorgara el daño moral a doña [Nombre 003] no se limitó a los puntos citados supra. La ejecutante también expresó que la CCSS no le practicó oportunamente la cirugía pertinente donde se haría la extracción de la osteosíntesis. Quedó demostrado, tanto en la resolución que resuelve el recurso de amparo cuanto en el proceso de ejecución, que se está ante un caso de una adulta mayor quien fue puesta en una lista de espera para retirarle una platina y unos tornillos de su pierna. En criterio de esta Cámara, esa espera a la que se sometió a doña [Nombre 003] para ser intervenida, hace que se configure el nexo causal entre el hecho lesivo y la afección causada; siendo procedente entonces la reparación que se reclama. Sin lugar a dudas, doña [Nombre 003] pudo experimentar con esa espera, alteraciones en su fuero interno que pudieron afectarla de forma negativa; tales como preocupación, tristeza, desesperanza, impotencia e inseguridad ante el sistema de salud. Ello, no sólo porque se le ingresó en una lista de espera, sino porque en razón de su avanzada edad y su condición de adulta mayor; esas alteraciones emocionales pueden potencializarse. Ya esta Sala ha reconocido las especiales limitantes y características de esta población. Se ha dicho que confluyen, por un lado, aspectos intrínsecos del envejecimiento fisiológico, con un declinar paulatino de la funcionalidad de los órganos y sistemas, disminución de la reserva funcional y alteración a precario del equilibrio dinámico del organismo, aumentando su vulnerabilidad ante situaciones de estrés o enfermedades y la especial forma de presentación de estas últimas, llevan a la conceptualización de la fragilidad de quienes pertenecen a este grupo etario. Este Órgano decisor ha señalado en abundantes pronunciamientos que para establecer la existencia del daño moral, no se requiere prueba directa sino que su determinación es "in re ipsa" sea que se infiere por medio de la experiencia y las presunciones humanas; eso sí, considerando las condiciones particulares de quien lo reclama. Para esta Cámara, de acuerdo con la experiencia y las condiciones que rodean el caso de estudio, el daño de afección que acusa causado doña [Nombre 003] realmente existió y se generó de esa espera de cinco meses para ser intervenida quirúrgicamente y que quedó verificada el fallo de la Sala Constitucional que aquí se ejecuta. No se observa un indebido examen de las probanzas ofrecidas por parte del juzgador de instancia; toda vez que en efecto, se determinó que a doña [Nombre 003] se le brindó atención médica, pero llega a concluir al igual que esta Sala lo hace, que de no haber planteado la ejecutante el recurso de amparo no hubiera sido

operada con la prontitud con que se hizo. No resultan tampoco de recibo, los argumentos de la casacionista en el tanto aduce que el testimonio del doctor Chaves hizo referencia específica al caso de la ejecutante, sea en torno al tiempo necesario para intervenirla o si el caso era de emergencia o urgencia. Lo anterior, por cuanto, en ningún momento del testimonio del citado profesional, se hizo indicación puntual del caso de doña [Nombre 003], sino que se manifestó de acuerdo con su experiencia a aspectos generales de un paciente cualquiera con ese tipo de fracturas; de hecho, cuando se le consultó si conocía a la ejecutante, manifestó no recordarla dada la gran cantidad de pacientes que atiende. Así, es criterio de esta Sala que el juzgador apreció correctamente los elementos demostrativos ofrecidos, por lo cual no hubo quebranto de la norma que se acusa violentada sea el numeral 196 LGAP; dado que resulta evidente que el daño si existió y es perfectamente individualizable en la persona de doña [Nombre 003]. En consecuencia, el primer embate debe rechazarse.

V.- Ahora bien, en su segundo reproche el casacionista aduce que la suma otorgada no es proporcional. De acuerdo con lo indicado anteriormente corresponde, entonces, analizar si el monto fijado se encuentra dentro de los márgenes debidos, en el entendido, de que para este Órgano decisor se tiene por demostrada la lesión extra-patrimonial cuya indemnización se pretende, conforme se estableció en el fallo controvertido. Según ha quedado constatado, la CCSS sometió a una espera injustificada de cinco meses a una adulta mayor quien requería de una cirugía en una de sus piernas. Ante tal irregularidad, calificada por la Sala Constitucional como violatoria del derecho fundamental a la salud de doña [Nombre 003]; fue dispuesto por el Juzgador de instancia que la señora [Nombre 003] debería ser compensada por el daño moral subjetivo causado con la suma de ¢1.000.000,00. El sustento que dio al respecto, fue que se sometió a una adulta mayor como lo es doña [Nombre 003], a una espera con base en un mecanismo que legitima y reproduce la desatención alegada. Esta Sala coincide con el planteamiento del Juzgado más no con la suma concedida. Desde tal composición fáctica y según lo resuelto en vía constitucional, se infiere en razón de presunciones de "hombre", en conjunto con las máximas de la experiencia, y mediante un juicio lógico, que el tiempo transcurrido sin que la amparada fuera intervenida quirúrgicamente con la debida diligencia, ciertamente la llevó a soportar en su fuero interno un sufrimiento producto de la impotencia ante el actuar de la CCSS, que pudo haberle producido las afecciones emocionales antes comentadas; pero sin que justifiquen la suma concedida por concepto de daño moral subjetivo. Es evidente, que doña [Nombre 003] debe ser reparada por las lesiones emocionales causadas con esa espera; lo que no se comparte como se reitera, es el monto con el cual se procura compensarle, dado que en efecto la suma concedida no es proporcional. Si bien esta Cámara ha reconocido que existió un daño moral el cual se debe reparar, ha de considerarse también para establecer un monto de resarcimiento razonable, que aún y cuando doña [Nombre 003] estaba esperando por una cirugía, el sistema de salud le seguía ofreciendo los fármacos necesarios para sus dolencias; ello de acuerdo con el

testimonio de su hija doña [Nombre 008]. También debe estimarse que al cabo de esos cinco meses –aún y cuando fue por orden de la Sala Constitucional- doña [Nombre 003] recibió la tan esperada intervención quirúrgica; reduciéndose así considerablemente su aguardo y con ello las afecciones que acusó cometidas. De ahí que, un monto razonable que a criterio de esta Sala, se estima justo, proporcional, consecuente con la lesión sufrida, con el tiempo que se prolongó esa afección y la condición de adulta mayor de la ejecutante es el monto de ¢500.000,00. Atendiendo a lo expuesto, el agravio del casacionista debe acogerse; lo que amerita la modificación del fallo impugnado, únicamente en ese sentido sea que ordena el otorgamiento de ¢500.000,000 en lugar del ¢1.000.000,00 concedido originalmente.

VI.- En consecuencia, lo procedente será declarar parcialmente con lugar el recurso formulado por la representación de la CCSS ordenándose modificar lo resuelto en la resolución impugnada, únicamente en lo tocante al monto concedido de ¢1.000.000,00 para que en su lugar le sea reconocida la suma de ¢500.000,00.

#### POR TANTO

Se declara parcialmente con lugar el recurso. Resolviendo por el fondo, se dispone la modificación del monto otorgado originalmente por concepto de daño moral subjetivo de ¢1.000.000,00 para que en su lugar le sea cancelada la suma de ¢500.000,00 a favor de la co-ejecutante [Nombre 003].

Luis Guillermo Rivas Loáiciga

Román Solís Zelaya Carmenmaría Escoto Fernández

William Molinari Vílchez Ana Isabel Vargas Vargas

ATREJOSA/larce