

REPÚBLICA DE PANAMÁ



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍA DE LA
ADMINISTRACIÓN

Vista Número 1770

Panamá, 20 de octubre de 2022

Proceso Contencioso
Administrativo de
Indemnización.

Contestación de la demanda.

Exp. 553-18

La firma forense Orobio & Orobio, actuando en representación de **Andrea Huertas de Bernal**, solicita que se condene a la **Caja de Seguro Social (Estado Panameño)**, al pago de la suma de seis millones de balboas (B/.6,000,000.00) por los supuestos daños y perjuicios causados.

Honorable Magistrado Presidente de la Sala Tercera, de lo Contencioso Administrativo, de la Corte Suprema de Justicia.

Acudo ante usted de conformidad con lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 5 de la Ley 38 de 31 de julio de 2000, con el propósito de contestar la demanda contencioso administrativa de indemnización descrita en el margen superior.

I. Cuestión previa.

Antes de proceder con la contestación de la acción que ocupa nuestra atención, este Despacho estima necesario dejar por sentado que las acciones o reclamaciones elevadas ante esta jurisdicción conllevan el cumplimiento de un mínimo de formalidades; es decir, la observancia por parte de los accionantes de los presupuestos procesales claramente establecidos en las leyes aplicables.

Es por ello, que en virtud de la actuación en defensa del Estado que ejerce la Procuraduría de la Administración en estos casos, que equivale a la salvaguarda de los intereses de todos los ciudadanos y de la colectividad en general, este Despacho procederá a desempeñar dicho rol con respecto a la demanda en referencia.

II. CUANTÍA.

NEGAMOS Y RECHAZAMOS la cuantía de la demanda, por la suma de cinco millones de balboas (B/. 5,000,000.00), en concepto de daños morales; y la suma de un millón de balboas (B/. 1,000,000.00) en concepto de daños materiales, lo cual

asciende a un monto total de seis millones de balboas (B/ 6,000,000.00), por los supuestos daños y perjuicios causados a la demandante como consecuencia de su supuesta afectación por la ingesta de medicamentos contaminados con la sustancia denominada Dietilenglicol, por ser esta cuantía infundada y contraria a los principios de valoración económica que rigen este tipo de indemnización; y además, por carecer de elementos jurídicos y fácticos fehacientes que permitan la determinación de una cuantía tan exorbitante, tal como demostraremos en el presente escrito.

Por otro lado, la apoderada judicial de la demandante solicita al Tribunal que dentro de la cuantía por la que se deba condenar al Estado, se incluyan los "**Gastos del Proceso: ... Los gastos del Proceso que se generen más los intereses legales**" (Cfr. foja 5 de expediente judicial).

Sobre este punto, vale la pena traer a colación la definición que de costas o gastos del proceso nos brinda el artículo 1069 del Código Judicial:

"Artículo 1069. Se entiende por costas los gastos que se nacen por los litigantes en el curso del proceso, para la conveniente y acertada defensa de sus derechos y comprenden:

1. El trabajo invertido por el litigante o por su apoderado en la secuela del proceso;
2. El trabajo en derecho, bien por la parte o por su apoderado ya sea verbal o ya sea por escrito;
3. Los gastos que ocasionan la práctica de ciertas diligencias, como honorarios de peritos y secuestros, indemnización a los testigos por el tiempo que pierden y otros semejantes.
4. ..."

Aclarada la definición anterior, cabe recordar que en virtud de los artículos 1077 (numeral 1) y 1939 (numeral 2) del Código Judicial, **no habrá condena en costas en los procesos en que sea parte el Estado, los municipios o las entidades autónomas.**

Ciertamente, las normas antes referidas son del tenor siguiente:

"Artículo 1077. No se condenará en costas a ninguna de las partes:

1. En los procesos en que sea parte el Estado, los municipios, las entidades autónomas, semiautónomas o descentralizadas;
2. ..."

"Artículo 1939. En los procesos civiles el Estado y los Municipios gozarán de las siguientes garantías:

1. ...

2. No podrán ser condenados en costas..."

Al respecto, la Sala Tercera ha tenido ocasión de pronunciarse en cuanto a la imposibilidad de condena en costas en los procesos en que sea parte el Estado. Traemos a colación el extracto pertinente de las Sentencia de 12 de abril de 2016 y la Sentencia de 5 de julio de 2016, que en ese orden respectivo señalan:

"Respecto al reconocimiento de los gastos del proceso que reclama la actora, esta Corporación de Justicia debe recordarle a la apoderada judicial de la recurrente que no es factible acceder a esa pretensión, puesto que no se le puede atribuir esa carga al Estado por el gasto voluntario en el que ha incurrido la empresa ..., como producto de la presentación de la demanda contencioso administrativa de plena jurisdicción bajo estudio, ya que las costas son los gastos que tienen los litigantes o sus apoderados en la secuela del proceso para la defensa de los derechos de su representado, o bien el trabajo en Derecho que aquellos realicen en el curso del mismo, de ahí que en virtud de lo establecido en el numeral 2 del artículo 1939 del Código Judicial, en esos procesos, en los que el Estado o el Municipio es parte, no existe condena en costas." (Lo destacados es nuestro).

"En concordancia y al tenor de lo preceptuado en los artículos 1077, numeral 1, y 1939, que se aplica por analogía, ambos del Código Judicial, el Estado, ni los Municipios, pueden ser condenados en costas, razón por la cual no es dable reconocer o acceder a dicha pretensión. Además que los honorarios por servicios profesionales o costas en el proceso, solicitados por el demandante, no puede constituir el objeto del presente proceso de indemnización, debido a que la finalidad del mismo debe consistir en probar la existencia de una daño y fijar la cuantía del perjuicio que pudiera haberle sido causado a un individuo por razón de la emisión de un acto administrativo." (La negrita es nuestra).

III. Los hechos en que se fundamenta la demanda, los contestamos de la siguiente manera:

Primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Octavo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Noveno: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Primero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Segundo: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Tercero: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Cuarto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Quinto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Sexto: No es un hecho; por tanto, se niega.

Décimo Séptimo: No es un hecho; por tanto, se niega.

IV. Disposiciones que se aducen infringidas.

La apoderada judicial de la demandante considera infringidas las siguientes disposiciones:

A. De la Constitución Política:

1. El artículo 17, el cual indica que las autoridades de la República están instituidas para proteger en su vida, honra y bienes a los nacionales y extranjeros (Cfr. foja 19 del expediente judicial).

2. El artículo 18, el cual advierte que los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infracción de la constitución y la ley, por extralimitación de funciones y por omisión en el ejercicio de éstas (Cfr. fojas 19 del expediente judicial).

3. El artículo 109, el cual estatuye que es función esencial del Estado velar por la salud de la población de la República (Cfr. fojas 19-20 del expediente judicial).

4. El artículo 111, el cual sostiene que el Estado deberá desarrollar una política nacional de medicamentos, que promueva la producción, disponibilidad, accesibilidad, calidad y control de estos (Cfr. fojas 20-21 del expediente judicial).

B. Del Decreto Ejecutivo 93 de 8 de abril de 1997:

1. El artículo 14, el cual enumera las responsabilidades de los responsables de producción y control de calidad de medicamentos (Cfr. fojas 21-22 del expediente judicial).

C. De la Ley 51 de 2005, Orgánica de la Caja de Seguro Social (identificada de forma equivocada como Ley 55 de 2005):

1. El artículo 41 (numeral 25), el cual indica, entre las facultades y deberes del Director General de la Caja de Seguro Social, la de establecer y mantener un sistema de control interno efectivo, que tenga como propósito la obtención de una seguridad razonable, para que la Institución alcance sus objetivos (Cfr. fojas 21-22 del expediente judicial).

V. Descargos de la Procuraduría de la Administración en defensa de los intereses del Estado.

Antes de adentrarnos en el estudio de la demanda que ocupa nuestra atención, debemos acotar que la demandante, de las seis (6) normas que aduce como infringidas, cuatro (4) corresponden a artículos de nuestra Constitución Política. Cabe recordar que la Sala Tercera no es competente para conocer de infracciones a normas constitucionales, potestad que está exclusivamente reservada para el Pleno de nuestra máxima corporación de justicia por mandato del constituyente, por lo que el análisis de responsabilidad planteada deberá hacerse a la luz de las dos (2) normas de carácter legal y reglamentaria citadas como infringidas.

Aunado a lo antes expuesto, esta Procuraduría observa que la demandante, si bien da fundamento a su reclamación en virtud de la infracción o faltas de funcionarios en el ejercicio de sus funciones, o responsabilidad subjetiva, lo cierto es que **la actora no estimó como vulnerada ninguna norma legal relativa al daño y a la responsabilidad extracontractual del Estado** (Cfr. fojas 18-22 del expediente judicial).

En relación con lo hasta aquí expuesto, el resto de los Magistrados que componen la Sala Tercera, mediante la Resolución de 25 de febrero de 2022, misma que resolvió el recurso de apelación interpuesto en contra de la admisión de la presente acción, se pronunciaron como a seguidas se copia:

“Relativo al señalamiento que se han infringido normas de tipo constitucional, por parte de la demandante, a pesar de que no es el objeto central de un proceso contencioso administrativo de

indemnización, esta Superioridad es del criterio que el Sustanciador debe hacer un llamado de atención a la demandante, en caso de resolverse el fondo de la controversia, y **omitir pronunciarse sobre las normas de tipo constitucional alegadas como vulneradas, ya que no pueden ser valoradas en este tipo de demanda.**” (El resaltado es nuestro) (Cfr. foja 207 del expediente judicial).

Habiendo aclarado lo anterior, la Sala Tercera deberá realizar el presente análisis en base a las dos (2) normas de carácter legal y reglamentario que han sido citadas por la parte actora, a la luz de la responsabilidad extracontractual contemplada en el numeral 9 del artículo 97 del Código Judicial.

A. Breves anotaciones sobre las características del dietilenglicol, su metabolización en el cuerpo y su prognosis con el transcurso del tiempo

Dado que el dietilenglicol es el componente principal en la presente encuesta judicial, esta Procuraduría consideró pertinente consultar literatura científica relativa a dicha sustancia, sobre todo para entender sus características y la forma en cómo se produce su metabolización en el cuerpo. Lo siguiente son breves apuntes extraídos de las publicaciones consultadas de distintos medios científicos y médicos.

El dietilenglicol es un compuesto líquido, viscoso, incoloro, prácticamente sin olor y con un sabor dulce, soluble en agua, alcohol y éter, entre otros. Sus propiedades físicas le confieren buenas características como solvente para productos insolubles en agua. Actualmente es ampliamente utilizado como anticongelante, líquido para frenos, lubricante, suavizante textil, producto intermedio en la síntesis química, tintas y productos de cosmética, entre otras indicaciones.

A lo largo de la historia, se tiene registro de al menos una docena de envenenamientos masivos por dietilenglicol en distintos países del mundo, la mayoría en vías de desarrollo. En todos los casos, las investigaciones iniciaron con un incremento en el número de casos de insuficiencia renal aguda (IRA) de causa desconocida o de muertes por IRA en una o varias unidades de salud.

Desde el punto de vista físico y químico, el dietilenglicol se asemeja a la glicerina y al propilenglicol. Y es precisamente por su gran similitud a estas dos últimas sustancias, aptas para el consumo humano (glicerina y propilenglicol), que en la

mayoría de los casos de envenenamiento masivo, la contaminación fue debido a la utilización de dietilenglicol en sustitución de dichos solventes.¹

La dosis fatal de dietilenglicol en un adulto no ha sido del todo establecida. Algunos estudios han llegado a la conclusión que la dosis letal ronda los 1ml/kg, es decir, un mililitro por kilogramo de peso. Una persona adulta en promedio puede pesar entre 65 Kg a 75 Kg, por lo que la dosis fatal sería 65 ml a 75 ml de dietilenglicol puro, aunque, como es sabido, esto puede no aplicar a todos los casos.²

Respecto a su metabolización, los efectos clínicos de la exposición a dietilenglicol inician con síntomas gastrointestinales (náuseas, vómitos, dolor abdominal y a veces diarrea), aparición de embriaguez y desarrollo de acidosis metabólica, los cuales pueden aparecer poco después de la ingestión o con una latencia de hasta 48 horas. En una segunda fase, se observa un agravamiento de la acidosis metabólica y la evidencia de lesiones renales y hepáticas, normalmente entre uno a tres días tras la ingestión. En la fase siguiente los pacientes normalmente presentan oliguria (disminución de producción de orina), incremento de las concentraciones de creatinina y, eventualmente, anuria (falta de producción de orina) que anuncia la insuficiencia renal. Al llegar a esta última fase, se observaron lesiones renales, hepáticas y, frecuentemente, neurológicas tras la ingestión.³

En este punto, quisiéramos llevar la atención de la Sala Tercera hacia el estudio liderado por la Dra. Laura Conklin del CDC (*Center for Disease Control*) de Atlanta, quien dio seguimiento entre los años 2007 y 2008 a un grupo de pacientes que habían sido identificados como víctimas del envenenamiento masivo ocurrido en nuestro país. El mismo se realizó a petición del Ministerio de Salud y con la aprobación del Instituto Conmemorativo Gorgas y el CDC de Atlanta.

¹ Figueirinha, Maria Inés. "Intoxicación por dietilenglicol en productos de uso medicinal: Análisis de episodios en el período 1990-2015". Tesis Doctoral para aspirar al Título de Doctor en Farmacología. Barcelona, 2017

² Leo Schep y otros. "Diethylene glycol poisoning". Departamento de Medicina Social y Preventiva. Universidad de Nueva Zelanda. Publicado en la Revista "Clinical Toxicology". 2009

³ Figueirinha, Maria Inés. Op. cit.

Como hallazgo relevante, el estudio concluyó que todos los pacientes con déficit neurológico mejoraron con el tiempo. Y de igual forma, la función renal mejoró al cabo de los meses en aquellos pacientes no dependientes de diálisis.⁴

Asimismo, dicho estudio no observó complicaciones renales a largo plazo entre aquellas personas que recuperaron la actividad renal de sus riñones al cabo de tres (3) a seis (6) meses, luego de la exposición. En esta línea, el estudio concluyó que quienes recuperaron la actividad normal de sus riñones, generalmente no desarrollaron mayores complicaciones al cabo de dos (2) años luego del suceso. Es de destacar, que los pacientes que al inicio del estudio presentaron déficits neurológicos no experimentaron recurrencias, recaídas o empeoramiento de sus afectaciones.⁵

Como conclusión, la Dra. Conklin anota que los hallazgos del estudio proporcionan evidencias que vislumbran un potencial mejoramiento en las secuelas neurológicas y renales luego de la recuperación de un envenenamiento por dietilenglicol.⁶

Visto lo anterior, no es el propósito de esta Procuraduría restarle importancia a los hechos acaecidos en el año 2006 producto del envenenamiento masivo ya conocido, ni a las secuelas que en algunas personas el mismo haya podido causar.

No obstante, a la conclusión que puede llegar este Despacho, luego de haber consultado vasta literatura y expertos en la materia, es que la intoxicación por dietilenglicol siempre será aguda, es decir, no crónica. Siempre causará sus afectaciones al momento del consumo y la evidencia no demuestra que posibles afectaciones aparezcan mucho tiempo después. Por el contrario, la literatura y la evidencia comprueban que si se ingiere y no se experimentan síntomas o síntomas muy leves, el cuerpo lo metaboliza, lo excreta y no deja secuelas.

⁴ Conklin, Laura y otros "Long-term Renal and Neurologic Outcomes among Survivors of Diethylene Glycol Poisoning". American Medical Association. 2014

⁵ Ídem.

⁶ Ídem.

B. Antecedentes de la situación que nos ocupa.

Como primer punto para adentrarnos a la temática en estudio, consideramos oportuno iniciar señalando que entre los años 2004 y 2006, un número determinado de personas fue expuesto al uso o consumo de medicamentos contaminados con Dietilenglicol, los cuales fueron elaborados en el laboratorio de la Caja de Seguro Social.

Como consecuencia de ello, la Procuraduría General de la Nación, primeramente, a través de la Fiscalía Auxiliar de la República y, posteriormente, por conducto de la Fiscalía Superior Especial de Panamá, llevó a cabo una investigación penal a objeto de esclarecer todas las circunstancias que dieron lugar a tal situación, incluyendo la comprobación objetiva de los actos que propiciaron la exposición, así como la vinculación de algunos funcionarios públicos.

Concluida la investigación, conformada por diversas actuaciones judiciales ante distintos Tribunales de Justicia, la Sala Segunda de lo Penal, de la Corte Suprema de Justicia, a través de la Sentencia de 11 de abril de 2017, reformó parcialmente la Sentencia de Primera Instancia No. 18 de 26 de julio de 2016, dictada por el Segundo Tribunal de Justicia del Primer Distrito Judicial de Panamá, declarando penalmente responsables a los ex servidores públicos de la Caja de Seguro Social y el Ministerio de Salud, Ignacio Torres Echeverría, Linda Joan Thomas Martín, René Esteban Luciani Lasso, Pablo Narciso Solís González, Edward Enrique Taylor Jurado y Miguel Antonio Algodona de León; así como a los empresarios Ángel de la Cruz y Teófilo Gateno Hafeitz, comerciantes relacionados con la adquisición del insumo para la preparación de los medicamentos.

En atención a lo indicado, un número de personas que se dicen afectadas, han concurrido a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo a fin de obtener una indemnización de naturaleza económica por parte del Estado panameño, a través de la Caja de Seguro Social, como consecuencia de las afectaciones en su salud y en la calidad de vida al consumir medicamentos contaminados por la sustancia conocida como Dietilenglicol.

En este sentido y tal como se desprende de las piezas procesales, el 11 de abril de 2018, la señora **Andrea Huertas de Bernal**, a través de su apoderada judicial, interpuso una demanda contencioso administrativa de indemnización, a fin que se condene al **Estado**, por conducto de la **Caja de Seguro Social**, al pago de una suma resarcitoria, por supuestamente haber sido víctima de la ingesta de medicamentos contaminados con Dietilenglicol (Cfr. fojas 3 a 25 del expediente judicial).

C. Acciones llevadas a cabo por el Estado a fin de mitigar la situación y dar respuestas a las personas afectadas.

Es importante señalar que el Estado Panameño, por conducto de las Instituciones que lo conforman, realizó una serie de acciones sociales y legales dirigidas, en primer lugar, a mitigar la situación objeto del presente proceso, reduciendo significativamente el impacto de la exposición al Dietilenglicol; luego, se ha dedicado a la realización de efectivos programas tendientes a dar atención médica gratuita y expedita, asistencia social y económica, a aquellas personas expuestas y/o afectadas, aseguradas o no, por el Dietilenglicol, entre otras medidas que han mitigado significativamente el impacto que hubiese podido conllevar la posible afectación por la ingesta de Dietilenglicol a su vida diaria y bienestar económico.

En este sentido, iniciamos señalando que dentro de las medidas tomadas por el Estado ante *“la existencia en el mes de septiembre de 2006, de nueve (9) casos con cuadro clínico inusual, reportados en el servicio de Neurología y Nefrología del Complejo Hospitalario Dr. Arnulfo Arias Madrid, ciudad de Panamá, **las autoridades del Ministerio de Salud y la Caja de Seguro Social emiten una alerta sanitaria que no es más que la comunicación del Sistema de Vigilancia Epidemiológica a partir del momento en que el número de casos rebasa el comportamiento histórico esperado para un período de tiempo o en el caso que se presenten pacientes con características de enfermedades poco conocidas o desconocidas.**”* (Cfr. foja 148, Informe de Conducta remitido por la Caja de Seguro Social que reposa en el expediente judicial).

En virtud de la alerta sanitaria consignada en el párrafo anterior, a través de la Resolución N° 730 de 2 de octubre de 2006, la Dirección Nacional de Salud Pública creó una Comisión Técnica Institucional con especialistas del Ministerio de Salud y la Caja de Seguro Social, para investigar las posibles causas que generaron el cuadro clínico que presentaban algunos pacientes.

En adición a lo anterior, la Dirección Nacional de Farmacias y Drogas del Ministerio de Salud, profirió la Resolución N° 314 de 11 de octubre de 2006, mediante la cual, ante la alerta sanitaria en cuestión, ordenó el cierre del Laboratorio de Producción de Medicamentos de la Caja de Seguro Social, así como el decomiso inmediato del jarabe sin azúcar antihistamínico-expectorante de 120 ml., guayacolato de glicerilo, teofilina, complejo b, paracetamol, dextrometorfano y difenhidramina jarabe.

Así mismo, mediante la Resolución N° 880-2006-D.G. del 12 de octubre de 2006, proferida por la Caja de Seguro Social, se ordenó el cierre temporal del Laboratorio de Producción de Medicamentos de dicha institución, lo cual llevó implícito el cese de toda la producción de medicamentos producidos por ésta, hasta que se concluyeran las investigaciones que en esa fecha eran llevadas a cabo a fin de determinar los orígenes y causas de lo que hasta ese momento se conocía como el Síndrome de Insuficiencia Renal Aguda (SIRA), mismo que hoy sabemos, se debió a la ingesta de medicamentos contaminados con Dietilenglicol. (Cfr. Gaceta Oficial N° 25,654 del martes 17 de octubre de 2006).

Las acciones señaladas en los párrafos anteriores no solo evidencian que el Estado Panameño actuó prontamente a objeto de mitigar la exposición al Dietilenglicol, sino que además revela que dichas medidas ayudaron exitosamente a evitar el incremento en su afectación, de aquellas personas que llegaron a ingerir medicamentos contaminados con dicha sustancia.

C.1. Promulgación de leyes para beneficio de las personas afectadas.

Como parte de las actuaciones que ha llevado a cabo el Estado, se encuentra la de concebir una robusta normativa legal tendiente a reconocer importantes derechos

sociales, en materia de salud y económica, a fin de proteger a las personas que fueron afectadas por la intoxicación por Dietilenglicol y a sus familiares sobrevivientes; esto, a efectos de que dicha población no se vea en condiciones de vulnerabilidad en virtud de las afectaciones que hayan podido padecer como consecuencia de la ingesta de medicamentos contaminados con Dietilenglicol.

Es por ello que, una vez la Comisión Técnica Interinstitucional con especialistas del Ministerio de Salud, de la Caja de Seguro Social y del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, atribuyó las causas que generaron el cuadro clínico que presentaban algunos pacientes a la intoxicación por Dietilenglicol, el Estado aprobó, el 29 de marzo de 2010, la Ley 13 de 2010, modificada por la Ley 20 de 2013 y la Ley 12 de 2015, mismas que en resumen, regulan la constitución de una comisión de seguimiento para la atención de las víctimas de la intoxicación masiva con Dietilenglicol y sus familiares, adscrita al Ministerio de Salud, define el carácter de víctimas de la intoxicación con Dietilenglicol y genera el derecho a las víctimas afectadas debidamente reconocidas, al otorgamiento de una pensión vitalicia de carácter especial.

Aunado a lo anterior, las leyes en cuestión, regularon la creación de un centro especial de atención integral a las víctimas. Así mismo, dichas leyes prohíben a las instituciones públicas y a las privadas aplicar cualquier tipo de acción o medida de discriminación o marginación laboral en contra de los trabajadores afectados por la intoxicación por Dietilenglicol.

C.2. Sobre el Centro Especial de Toxicología.

De igual forma, el Estado panameño, a través de la Ley 13 de 29 de marzo de 2010, creó el Centro Especial de Toxicología con el objetivo de brindar atención integral de manera gratuita a las víctimas por la intoxicación masiva con Dietilenglicol, con independencia si dichas víctimas se encuentran o no aseguradas. Su presupuesto anual para el año 2018, fue de un millón trescientos trece mil cuarenta y seis balboas (B/.1,313,046.00), tal como se desprende de la **Nota CET-DM-981-2018**, fechada 15 de noviembre de 2018, aducida como prueba por esta Procuraduría.

El Centro de Toxicología, brinda a las personas afectadas por el Dietilenglicol prestación médica gratuita, expedita, oportuna, completa y adecuada. Incluye tratamientos integrales toxicológicos y de dotación de medicamentos gratuitos, para lo cual, cuenta con personal propio y con un presupuesto eficiente.

De acuerdo a información publicada el 10 de abril de 2018⁷, en el Centro Especial de Toxicología se atienden mensualmente mil doscientos (1,200) pacientes en medicina general, doscientos (200) en especialidades y seiscientos cincuenta (650) en el área de Servicios Técnicos. Cuenta con una cartera de servicios que incluye Medicina Interna, Oftalmología, Pediatría, Medicina Física y Rehabilitación, Otorrinolaringología y Psiquiatría.

Conforme explicó El Dr. Ricardo Torres Castillo, ex-director médico del Centro Especial de Toxicología⁸, *“el tratamiento y el manejo del usuario del CET -Centro Especial de Toxicología-, es multidisciplinario, los tratamientos que se brindan no solo son de tipo farmacológico, ya que la cartera de servicios incluye la parte física y de rehabilitación, fisioterapia, terapia ocupacional, psicología y psiquiatría, los cuales fortalecen el manejo integral del paciente...*

En base a la planificación, se ha identificado alrededor de unos 30 medicamentos de manejo común para este grupo de pacientes y que se encuentran fuera del listado oficial del CSS, sin embargo se realizan las gestiones administrativas con el MINSA para el suministro de los productos.”

Así mismo, el Centro Especial de Toxicología, desde su apertura hasta finales del año 2018, había logrado atender a cada una de las personas que acudieron al mismo, ya sea que llegaran por sus propios medios o remitidos por el Ministerio Público por ser parte del proceso penal, con un total de dos mil doscientos cuarenta y nueve personas atendidas (2,249), de las cuales se determinó que solo 503 habían sufrido algún grado de afectación en su salud por dicha sustancia, situación que evidencia el compromiso del Estado panameño de atender y dar una respuesta médica a cada

⁷<http://www.css.gob.pa/web/10-abril-2018diet.html>

⁸ibidem

persona afectada en su salud como producto de la ingesta de medicamentos contaminados con Dietilenglicol (Cfr. Nota CET-DM-981-2018 de 15 de noviembre de 2018, aducida como prueba por esta Procuraduría).

C.3. Sobre la Ayuda Humanitaria.

Dentro de las medidas económicas que adoptó el Estado panameño para auxiliar a afectados y sobrevivientes de las víctimas afectadas por el Dietilenglicol, tenemos las contenidas en la **Resolución de Gabinete N° 29 de 16 de marzo de 2007, la Resolución de Gabinete N° 74 de 25 de junio de 2007 y la Resolución de Gabinete N° 113 de 12 de septiembre de 2007**, mediante las cuales el Órgano Ejecutivo otorgó apoyo económico por razones humanitarias a sobrevivientes de las víctimas y a pacientes afectados con el Dietilenglicol. La determinación de los pacientes afectados, así como los protocolos de atención para la prestación del servicio de salud, se desarrollaron a través de equipos multidisciplinarios de profesionales de la salud, utilizando criterios epidemiológicos y toxicológicos, los cuales fueron comunicados al Ministerio Público y al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Dichos montos en concepto de ayuda humanitaria fueron otorgados entre los años **2007-2009, y conforme lo señaló el Ministerio de Economía y Finanzas en la Nota MEF-2018-84960, de 12 de noviembre de 2018, ascienden a la suma de nueve millones cuatrocientos veintitrés mil balboas (B/.9,423,000.00)**, divididos de la siguiente forma: a) año 2007, siete millones doscientos sesenta y cuatro mil balboas (B/.7,264,000.00), con cargo a la partida presupuestaria 012.0.3.001.01.03.613, cuya unidad ejecutora fue el Ministerio de Salud; b) año 2008, dos millones ciento setenta y seis mil balboas (B/.2,176,000.00), con cargo a la partida presupuestaria 012.0.3.001.01.03.613, cuya unidad ejecutora fue el Ministerio de Salud, y; c) año 2009, treinta y un mil balboas (B/.31,000.00), con cargo a la partida presupuestaria 012.0.3.001.01.03.613 (Cfr. Nota MEF-2018-84960, de 12 de noviembre de 2018, aducida como prueba por esta Procuraduría).

Lo explicado en párrafos anteriores, deja de manifiesto que el Estado panameño actuó de manera diligente y compensó a las víctimas del Dietilenglicol y/o familiares

sobrevivientes, de forma justa, en cantidades equitativas y acorde a los principios de justicia social y el bienestar general que rigen en nuestra República.

C.4. Sobre la Pensión Vitalicia.

Otra de las medidas adoptadas por el Estado panameño en favor de las personas afectadas por la intoxicación por Dietilenglicol fue el reconocimiento de una pensión vitalicia, la cual se encuentra debidamente regulada y fue concebida por medio de la Ley 20 de 26 de marzo de 2013, que modifica artículos de la Ley 13 de 2010, misma que en su artículo 6, dispuso lo siguiente:

“Artículo 6. Se establece una pensión vitalicia de carácter especial para todas las víctimas afectadas a su salud por Dietilenglicol reconocidas por un monto mensual de seiscientos balboas (B/.600.00), que será revisado cada dos años.

El viudo, cónyuge o compañero en unión de hecho de la víctima afectada a su salud por Dietilenglicol reconocida tendrá derecho a percibir el 100% de esta pensión, salvo que tuvieran hijos menores de dieciocho años de edad o de veinticinco años que realizan estudios universitarios comprobados o hijos inválidos mientras perdure la invalidez o con discapacidad, casos en los que tendrán derecho a percibir el 50% de la pensión y el otro 50% corresponderá al viudo, cónyuge o compañero en unión de hecho. El porcentaje que corresponda a los hijos será distribuido proporcionalmente entre estos.

A falta de viudo, cónyuge o compañero en unión de hecho de la víctima, corresponderá a los hijos con las condiciones antes previstas percibir proporcionalmente el 100% de esta pensión, mientras tengan derecho a esta según los parámetros establecidos. En la medida en que algún hijo pierda el derecho a percibir esta pensión, su cuota-parte se distribuirá proporcionalmente entre los otros que conserven el derecho.

A falta de viudo, cónyuge o compañero en unión de hecho e hijos de la víctima, corresponderá a los padres que le sobrevivan percibir el 100% de esta pensión.”

Respecto de la información referente a la cantidad de pensiones vitalicias otorgadas y los montos a los que asciende dicha pensión, consideramos oportuno traer a colación información suministrada por el Dr. Julio García Valarini, entonces Director General de la Caja de Seguro Social, en la **Nota DENL-N-204-2018, fechada 27 de septiembre de 2018**, la cual es aducida por esta Procuraduría como prueba, concerniente a las pensiones vitalicias que han sido otorgadas a los afectados por la

ingesta de medicamentos con Dietilenglicol. El documento se titula “AFECTADOS DEL DIETILENGLICOL AL 31 DE JULIO DE 2018” y en su parte medular, indica lo siguiente:

“Al 31 de julio de 2018 se encuentran en planilla de pago 1,070 pensionados⁹, de los cuales 25.7% son del sexo masculino y el resto (74.3%) del sexo femenino; de este total 400 corresponden a asegurados cotizantes activos que se encontraban laborando a diciembre de 2012. El monto total pagado a estos pensionados a la fecha asciende a B/. 44.1 millones, desglosados en B/. 33.2 millones en pagos del sexo femenino y B/. 10.9 millones al sexo masculino.

Del monto total indicado anteriormente en el párrafo, B/.20.3 millones corresponde a pagos retroactivos desde la fecha de entrada como pensionado, a la fecha en que se genera el derecho a la pensión vitalicia (1 de enero de 2013) y el resto (B/.23.8 millones), corresponde a pagos efectuados desde la fecha de entrada al goce del beneficio, hasta la fecha focal de la planilla de pago utilizada.” (Cfr. Nota DENL-N-204-2018, de 27 de septiembre de 2018).

En abono de lo previamente expuesto, la Ley 80 de 20 de marzo de 2019, modificó el artículo 6 de la Ley 20 del 26 de marzo de 2013, y además creó una instancia para el seguimiento de los derechos de las víctimas de la intoxicación masiva ocurrida en 2006. Dicha ley estableció un aumento en doscientos balboas (B/.200.00), el monto de la pensión vitalicia recibida por las víctimas por el envenenamiento masivo por el Dietilenglicol; es decir, que la misma pasó a ser de seiscientos balboas (B/.600.00) a ochocientos balboas (B/.800.00).

Lo previamente indicado, no hace más que evidenciar fehacientemente el interés del Estado panameño en brindar una medida económica efectiva a fin de que las condiciones económicas de los afectados por Dietilenglicol no desmejorara, y, contrario a ello, fueran superiores a aquellas que mantenían antes de su afectación.

C.5. Derecho comparado en cuanto a la suma total recibida.

En este punto, resulta de vital importancia destacar que en la Resolución de 11 de abril de 2017 (sentencia penal condenatoria, presentada como prueba por la parte actora), el Magistrado Sustanciador al pronunciarse sobre la eventual responsabilidad

⁹En planilla de pago al mes de julio existen pensionados que están cobrando varias pensiones ya sea como pensionado propio y por concepto de tutoría de menores u otros familiares., según señala el Dr. Valerini en dicha nota.

civil del Estado, trajo a modo de referencia (debido a la similitud de las situaciones acontecidas en ambos países), un breve extracto de lo fallado en un caso de envenenamiento masivo que tuvo lugar en España. La cita en cuestión fue realizada en los siguientes términos:

“En relación a esta responsabilidad consideramos oportuno traer a colación el **Caso Colza**, que fue el primer caso por envenenamiento masivo, en esta ocasión por el consumo del aceite de colza desnaturalizado que tuvo lugar en España, aproximadamente en el mes mayo de 1981 y en el cual se condenó civilmente al Estado.” (Cfr. fojas 120-121 del expediente judicial).

Ahora bien, como quiera que el Magistrado Sustanciador solo citó parcialmente lo contenido en la Sentencia de Casación de 26 de septiembre de 1997, proferida por el Tribunal Supremo de la Sala de lo Penal de Madrid, España¹⁰, tal como se aprecia en los párrafos anteriores, nos vemos obligados también a destacar que en la precitada Sentencia, **hubo un pronunciamiento referente a los descuentos que debían recaer sobre las indemnizaciones a otorgar por parte del Estado a los demandantes**. Dicho pronunciamiento fue al tenor de lo siguiente:

“RECURSO RELATIVO A LOS DESCUENTOS ACORDADOS EN LAS INDEMNIZACIONES.

El último inciso del fundamento de derecho decimoctavo de la sentencia¹¹ (final de la misma) reza de la siguiente forma: ‘Al amparo de lo dispuesto en el artículo 117 del Código Penal, deberán restarse de las indemnizaciones que en su caso hayan de pagarse por el Estado, las cantidades que con anterioridad haya anticipado a los perjudicados, con fines de auxilio y subvención’.

Frente a este acuerdo se alzan la mayor parte de las acusaciones particulares en su calidad de recurrentes y lo hacen a través también del artículo 849.1° de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por entender, en esencia, que tales deducciones son inadecuadas en cuanto únicamente supusieron en su día una simple ayuda para paliar el verdadero estado de necesidad y miseria en que alguno de los afectados y sus familias se encontraron con motivo de la enfermedad adquirida por el consumo del aceite de **colza** desnaturalizado, ayuda que es ajena (según su tesis) al montante indemnizatorio nacido de la responsabilidad civil ‘ex delicto’ que corresponde al Estado en su calidad de deudor subsidiario. En términos coloquiales, parecen decir estos recurrentes que una cosa es un ‘acto de caridad’ y otra muy distinta un ‘acto de justicia’, lo primero nacido de la propia voluntad del

¹⁰Sentencia de Casación N°895/1997, fechada 26 de septiembre de 1997.

¹¹Sentencia de primera instancia N°34/96, fechada 24 de mayo de 1996.

protector, y lo segundo surgido de una obligación real impuesta por el Juez.

Entendemos erróneo este planteamiento en su conjunto (matices aparte) ya que, en principio, y aunque en este caso tampoco la sentencia argumenta en modo alguno su decisión como hubiera sido de desear, hay que tener en cuenta que esos ‘auxilios y subvenciones’ de que se habla suponen indiscutiblemente un pago a los afectados de parte de lo que en su día les pudiera corresponder como indemnización global, es decir, suponen un ‘adelanto’ de lo debido o de lo que ahora se declare debido por los Tribunales. Entender lo contrario supondría, en primer lugar, un trato no igualitario entre los afectados con derecho a indemnización, ya que los que recibieron subvenciones sumarían a éstas las indemnizaciones completas, y, sobre todo, si se diera lugar a la pretensión estaríamos en presencia de un enriquecimiento injusto por parte de los acreedores y de un pago excesivo (o doble) por parte del deudor obligado al abono de las indemnizaciones. Ello, como es lógico, iría en contra de las más elementales reglas de la equidad y de las normas legales que rigen el campo crediticio.” (El subrayado y resaltado es nuestro).

Del extracto de la Sentencia de Casación traída a colación, se hacen palpables importantes aspectos, a saber:

1) El primero de ellos y más importante, que el Tribunal de Casación reconoció como parte del pago indemnizatorio ordenado en contra del Estado, los auxilios y subvenciones otorgadas por éste en favor de los demandantes.

2) Así mismo, se determinó en el fallo que en caso de no reconocerse como parte de la indemnización dichos auxilios y subvenciones, se daría lugar a un trato desigualitario entre aquellos demandantes que sí recibieron subvenciones y los que no.

3) Finalmente, dicho Tribunal manifestó que, de no descontarse del monto indemnizatorio la suma dada en concepto de auxilios y subvenciones, se daría lugar a un pago excesivo por parte del Estado, y a un enriquecimiento injusto a favor de los demandantes.

Sobre éste último punto, tenemos que los Tribunales de Justicia de aquel país en el propio fallo implementaron una tabla con el monto indemnizatorio correspondiente a cada demandante según su grado de afectación, esto con el objeto de evitar que la lamentable situación ocurrida fuese direccionada hacia un enriquecimiento injusto a favor de las personas que se vieron afectadas.

Y es que, como se aprecia de la atenta lectura del precitado fallo, los montos concedidos por el Tribunal Español en favor de los demandantes, en concepto de indemnización, fueron exponencialmente inferiores a lo solicitado por los hoy accionantes, ya que se tomó en cuenta que el Estado se encontraba frente a una multitud de demandas y peligraba su estabilidad económica y su función de garante de los derechos económicos, sociales, entre otros, de todos los ciudadanos que habitan ese país.

Por lo tanto, a la luz de lo dictaminado en la Sentencia (y dada la similitud existente entre el caso de España y el que ocupa a Panamá), el cual, reiteramos, fue traído a colación por el propio Magistrado Sustanciador de la Sentencia Penal que motiva este proceso, por una parte, resulta perfectamente viable que, en el hipotético caso que se llegara a condenar al Estado al pago de un monto indemnizatorio a favor de la parte demandante, de dicho pago sean descontados todos los montos otorgados a ésta en concepto de auxilios, ayudas, pensiones y subvenciones, conforme se detallan al inicio de este propio epígrafe.

Por otra parte, es importante, que se tome en cuenta que nos encontramos frente a una gran cantidad de demandas por esta misma causa, las cuales persiguen, en su mayoría, un monto indemnizatorio excesivo y que de no ser estrictamente delimitado podrían terminar en un enriquecimiento injusto que, en caso de ser concedida en los términos pretendidos, pudiera peligrar la estabilidad económica del Estado, y por ende, los derechos ciudadanos de todos los panameños.

Es por ello que los montos en concepto de pensión vitalicia, asistencia sanitaria y humanitaria, deben ser considerados frente a la pretensión de la demandante, ya que en este caso, se ha demostrado que los demandantes han recibido distintos tipos de subvenciones por parte del Estado, las cuales deben ser tomadas en cuenta por este Alto Tribunal en el hipotético caso que decidiera condenar al Estado panameño.

D. Con respecto a la cuantía indemnizatoria reclamada.

Con relación a la suma indemnizatoria reclamada, se aprecia que la parte actora pretende una condena contra el Estado panameño que asciende a la suma de seis

millones de balboas (B/.6,000,000.00) que se desglosa, tal como señalamos al inicio del desarrollo de esta vista, de la siguiente manera:

1. Daño moral: cinco millones de balboas (B/.5,000,000.00)
2. Daños materiales: un millón de balboas (B/.1,000,000.00), desglosados así:
 - 2.1. Daño emergente: quinientos mil balboas (B/.500,000.00)
 - 2.2. Lucro cesante: quinientos mil balboas (B/.500,000.00)

D.1. La prueba del perjuicio.

Como primer punto, este Despacho advierte que la parte actora no ha llevado a cabo los esfuerzos suficientes para demostrar los perjuicios económicos alegados en sus argumentos, contradiciendo de esta forma el hecho de que la carga de la prueba le corresponde a aquella, conforme lo dispone el artículo 784 del Código Judicial, que a su letra manifiesta:

“Artículo 784. Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables.

...” (El subrayado es nuestro).

Del artículo recién invocado, se desprende que es la parte actora quien debe probar los supuestos perjuicios económicos sufridos, situación que no queda evidenciada en la demanda en cuestión, pues, se aprecia que la demandante invoca perjuicios por la suma de seis millones de balboas (B/. 6,000,000.00). No obstante, no hace esfuerzos en probar los supuestos perjuicios que justifiquen que su cuantificación económica ascienda a tan elevado monto.

Es por ello que debemos reiterar, que la carga de la prueba, a fin de acreditar los supuestos perjuicios materiales y morales que la parte actora dice sufrir, le corresponde a ella, no al ente demandado y que los mismos no han podido ser probados en la demanda presentada.

D.2. Daño emergente

Respecto al daño emergente, esta Procuraduría estima necesario citar al jurista Gilberto Martínez Rave, quien lo describe como: *"el empobrecimiento directo incluyen de patrimonio del perjudicado...lo conforma lo que sale del patrimonio del perjudicado"*

para atender el daño y sus efectos o consecuencias." (Gilberto Martínez Rave, Responsabilidad Civil Extracontractual, 8ª edición, Biblioteca Jurídica Diké, 1995, págs. 194 y 195).

Otra definición de daño emergente la encontramos en la obra "El daño a la persona y su reparación" de Sergio Rojas Quiñones, en la que se define el mismo como: *"aquella modalidad de perjuicio patrimonial que alude a las erogaciones en que se incurrió o se incurrirá con ocasión del hecho dañoso"*.

Vistas las dos definiciones anteriores, podemos decir que el daño emergente incluye todos los gastos médicos, quirúrgicos o farmacéuticos provocados por algún tipo de daño corporal o psiquiátrico, los cuales deberán ser reconocidos a la víctima, **siempre que acredite su prueba dentro del proceso**. En otras palabras, si los mismos no pueden ser acreditados por la parte actora, el Tribunal no podrá reconocer ninguna erogación al respecto, toda vez que este rubro no se trata de aspiraciones meramente hipotéticas o que resultan remotas frente al hecho dañoso, en cuyo caso su reconocimiento no será procedente.

La Sala Tercera se ha pronunciado en reiteradas ocasiones respecto a la imposibilidad de reconocer sumas en concepto de daño emergente, si el mismo no es fehacientemente comprado dentro del proceso a través de los medios idóneos. Muestra de ello vemos en la Sentencia de 29 de junio de 2018, en donde categóricamente se sostuvo lo siguiente:

"Frente a lo pedido, la actora debe saber que toda cuantía **en materia de daño emergente manifestada por el peticionario se debe probar como se genera**; de allí que sea la parte demandante, en virtud del principio según el cual a las partes les incumbe demostrar los hechos y al juez dispensar el derecho, o sea el onus probandi contemplado en nuestra legislación en el artículo 784 del Código Judicial que a la letra dice: 'Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables', **debió probar los daños materiales sufridos la parte actora**, de acuerdo a lo establecido en nuestra legislación, a fin de que los mismos le fueran resarcidos, **situación que no ocurre en el negocio jurídico en cuestión**, recordando, que la carga procesal definida como 'la condición que establece la ley de ejecutar determinados actos procesales si se desea lograr ciertos propósitos', le corresponde en este caso, a quien solicita a esta Corporación de Justicia le sean resarcidos los daños y perjuicios ocasionados por el Estado." (Lo destacado es nuestro).

Siguiendo esta línea de pensamiento en relación al daño emergente, debemos hacer especial mención de la Sentencia de 30 de diciembre de 2021, dado que en ella la Sala Tercera resolvió el fondo de una liquidación de condena en abstracto respecto de un caso de igual naturaleza al que nos ocupa, es decir, un caso de envenenamiento por dietilenglicol. En dicha oportunidad, el Tribunal hizo hincapié en la necesidad de aportar copia de facturas o recibos de pago para demostrar el aludido daño emergente. Sin más, veamos el referido fallo:

“Así las cosas, este Tribunal advierte, que en el Informe Pericial elaborado por el Actuario..., en representación de la Firma de Servicios Actuariales y Tecnológicos Save Haven Consulting, visible a fojas 61-95 del expediente judicial, **no se observa ninguna documentación, como facturas y recibos de pago, que demuestren la viabilidad de liquidar la suma de un millón cuarenta y dos mil ciento veintidós balboas con 70/100 (B/.1,042,122.70), a favor de...**

Indicamos lo anterior, pues, si bien es cierto, dentro del citado Informe se observan cotizaciones de medicamentos de la Farmacia Metro y la Botica El Javillo; y una fotografía de precios de productos de alimentación especial; sin embargo, **no se comprueba que, efectivamente, la prenombrada haya realizado gastos en relación a los medicamentos y productos alimenticios mencionados; en consecuencia, el Tribunal no tomará la referida cuantía al momento de determinar la cantidad liquidable en concepto de Daño Emergente.**

...

Por lo expuesto, a juicio de la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo de la Corte Suprema de Justicia, **no resulta posible acceder a la pretensión monetaria solicitada por la accionante, en concepto de Daño Emergente.**” (La negrita es nuestra).

Ahora bien, dado que el daño emergente comprende los gastos médicos y demás erogaciones en las que haya incurrido el afectado producto de la situación nociva, en la sentencia previamente citada la Sala Tercera ha advertido que si el Estado, como ente demandado, ha destinado fondos para subsanar el daño a través de sus dependencias hospitalarias o a través de todo el sistema de salud en general, estas sumas deberán descontarse de la sumatoria final. Así, tenemos que en el fallo antes visto el Tribunal agregó:

“Ahora bien, mediante Nota No. DENL-N-90-2019 de 2 de abril de 2019, visible a fojas 460-479, **la Caja de Seguro Social certifica que realizó algunos Gastos Médicos en Consultas, Medicamentos, Laboratorios, Procedimientos, Hospitalización,**

Gabinete, entre otros, a favor de ..., relacionados con el envenenamiento que sufrió. Estos Gastos fueron enunciados de acuerdo a las unidades de servicios médicos de esa Institución de seguridad social, en los cuales se ejecutaron los mismos:

- Policlínica Manuel Patiño Ocaña:
- Hospital de Especialidades Pediátricas Omar Torrijos Herrera: ...
- Complejo Hospitalario Doctor Arnulfo Arias Madrid: ...
- Hospital Irma de Lourdes Tzanetatos: ...
- Policlínica Presidente Remón: ...
- CAPPS Los Nogales: ...

La cuantía de los Gastos descritos dan un gran total de diez mil ciento cincuenta y ocho balboas con 44/100 (B/.10,158.44), suma que deberá descontar el Tribunal al momento de calcular lo que le corresponde, en concepto de Daño Material, a... En la siguiente tabla se ilustra los gastos realizados por las diferentes dependencias mencionadas de la Caja de Seguro Social, a favor de la prenombrada: ..." (Lo destacado es nuestro).

D.3. Lucro cesante.

Con respecto al lucro cesante, éste se puede conceptualizar como *“una cesación de pagos, una ganancia o productividad frustrada, ya sea de un bien comercialmente activo o de una persona que haga parte del mercado laboral de forma dependiente, liberal o como empresa unipersonal.”*¹²

Por su parte, el reconocido autor Gil Botero en su obra “Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado”, sobre el tema indica:

“La reparación del daño a título de lucro cesante en los eventos de fallecimiento, estará constituido por el derecho a recibir lo que dejará de aportar el fallecido, no es suficiente que se demuestre la capacidad productiva del causante, es necesario que se dé el daño por la privación del beneficio que se recibía, no en calidad de heredero, sino en calidad de perjudicado o beneficiario al no seguir recibiendo el mismo.”

Al tratar sobre el tema, la Sala Tercera de la Corte Suprema, en su sentencia de 26 de abril de 2016, ha señalado lo que a seguidas copiamos:

“El lucro cesante no puede basarse en una mera expectativa, sino en una utilidad razonablemente esperada en razón de una ocupación productiva permanente de un bien o persona, o en razón de su proyección profesional o comercial, de la que se deduzca, sin lugar a duda, que en el futuro, antes de producirse el daño que le deja cesante, se ocuparía

¹²(Responsabilidad del Estado y sus regímenes, Wilson Ruiz Orejuela, Ecoe Ediciones, 2010, p.101)

productivamente en algo que le generaría una renta o utilidad.” (La negrita es nuestra).

En este caso, se aprecia que la demandante solicita la cuantía de quinientos mil balboas (B/. 500,000.00), **en concepto de lucro cesante**. No obstante, **la parte actora no especifica la existencia de algún tipo de cesación de pagos, ganancias o productividad frustrada**. Tampoco aporta las pruebas pertinentes, que demuestren que efectivamente haya surgido un déficit económico en las categorías anteriormente indicadas.

En tal sentido, resulta de suma importancia demostrar los ingresos dejados de percibir producto de la afectación para que el Tribunal pueda acceder a un monto indemnizatorio en concepto de lucro cesante. Lo anterior, fue dejado de manifiesto en la Sentencia de 30 de diciembre 2021, misma que guarda mucha relación con el caso que nos ocupa puesto que en ella se trató el fondo de una liquidación de condena de envenenamiento por dietilenglicol. En dicha ocasión, la Sala Tercera sostuvo que el lucro cesante emanaba de la cesación de pagos ante la imposibilidad de ejercer una carrera, actividad laboral diaria o profesión a la que se aspira. Observemos el extracto pertinente:

“Ahora bien, la accionante expone que el Lucro Cesante, **consiste en los ingresos que no podrá percibir en el ejercicio de la Ingeniería Civil, profesión a la que quería dedicarse**, producto del envenenamiento del que fue víctima por la utilización de medicamentos contentivos del tóxico dietilenglicol, **concepto que comparte el Tribunal, por lo que pasará a analizar este rubro y determinar la cantidad que corresponde liquidar**.

...

En ese contexto, no está de más señalar, que en esta causa cobra preponderancia el hecho que los Daños que la demandante exige, le sean resarcidos en concepto de Lucro Cesante, **se deriva, en los ingresos que no podrá percibir en el ejercicio de la Ingeniería Civil, profesión a la que quería dedicarse**, producto de las afectaciones que sufrió por la utilización de medicamentos contentivos del tóxico dietilenglicol.” (La negrita es nuestra).

En virtud de lo plasmado en los dos puntos anteriores, es evidente que al analizar el expediente de marras, se observa que el caudal probatorio inserto para fundamentar los daños materiales resarcibles no goza de soporte idóneo que pueda justificar la

cuantía invocada por la demandante, ya que no concurren parámetros que ilustren sobre una posible lesión patrimonial que se haya experimentado como consecuencia de su afectación por el Dietilenglicol.

D.4. Sobre los perjuicios inmateriales.

Respecto al daño moral o agravio moral requerido, cabe indicar que el Diccionario Jurídico de Manuel Osorio manifiesta que: *“Consiste en el desmedro sufrido en los bienes extrapatrimoniales, que cuentan con protección jurídica, y que se atiende a los efectos de la acción antijurídica, el agravio moral es el daño no patrimonial que se inflige a la persona en sus intereses morales tutelados por la ley.”*

En este orden de ideas, Gilberto Martínez Rave y Catalina Martínez Tamayo, en su obra Responsabilidad Civil Extracontractual¹³, manifiestan que por daños morales subjetivos o pretium doloris debe entenderse a: *“aquellos que lesionan aspectos sentimentales, afectivos o emocionales, que originan angustias, dolores internos, psíquicos, que no son fáciles de describir, de definir y menos de evaluar... Son aspectos íntimos, vinculados a los sentimientos y emociones de la persona y por eso se les conoce, para su mejor comprensión, con el distintivo pretium doloris, o precio del dolor, como lo denominaban los romanos...”*

El daño moral abarca aquellos perjuicios que afectan el aspecto personal o emotivo, derivado de la violación de los derechos inherentes a la personalidad, como el honor, la reputación, la fama, el decoro, entre otros. En tal sentido, el daño moral se encuentra debidamente descrito en nuestros artículos 1644-A y 1645, ambos del Código Civil, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 1644-A. Dentro del daño causado se comprende tanto los materiales como los morales.

Por daño moral se entiende la afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada, configuración y aspecto físico, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás.

Cuando un hecho u omisión ilícitos produzcan un daño moral, el responsable del mismo tendrá la obligación de repararlo

¹³Undécima Edición, Editorial Temis, 2003, págs 266 y 267

mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material, tanto en materia de responsabilidad contractual, como extracontractual. Si se tratare de responsabilidad y existiere cláusula penal se estaría a lo dispuesto en ésta.

Igual obligación de reparar el daño moral tendrá quién incurra en responsabilidad objetiva así como el Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio y sus respectivos funcionarios, conforme al Artículo 1645 del Código Civil.

Sin perjuicio de la acción directa que corresponda al afectado la acción de reparación no es transmisible a terceros por acto entre vivos y sólo pasa a los herederos de la víctima cuando ésta haya intentado la acción en vida. El monto de la indemnización lo determinará el Juez tomando en cuenta los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable, y la de la víctima, así como las demás circunstancias del caso...”

“Artículo 1645. La obligación que impone el artículo 1644 es exigible no solo por los actos u omisiones propios sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder...

El Estado, las instituciones descentralizadas del Estado y el Municipio son responsables cuando el daño es causado por conducto del funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, dentro del ejercicio de sus funciones.”

Las citadas disposiciones establecen como regla para fijar el monto indemnizatorio, que el juzgador considere los factores descritos en la norma, los cuales recaen en la naturaleza del derecho lesionado, el grado de responsabilidad del sujeto generador del daño, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias relativas al perjuicio reclamado.

Estos factores constituyen una herramienta de ayuda para la formación del criterio del juez, el cual debe basarse esencialmente en el principio de la sana crítica, toda vez que goza de amplios poderes discrecionales en materia de tasación de daños y perjuicios.

No obstante lo anterior, dentro del margen de discrecionalidad que posee el juzgador, **la Corte Suprema de Justicia ha manifestado en abundante jurisprudencia que la reparación por daño moral no debe convertirse en una fuente de enriquecimiento sin causal**, caso que se configura perfectamente en este

proceso, ya que la demandante aspira a una indemnización que asciende al monto de cinco millones de balboas (B/. 5,000,000.00), en concepto de daño moral, cifra que no es acorde a la realidad de este tipo de indemnizaciones, por tanto, nos vemos obligados a rechazarla.

Para un mayor alcance de lo aquí planteado, nos permitimos traer a colación la Sentencia de 14 de agosto de 2015, en la que, ante una situación similar a la hoy expuesta, la Sala Primera de lo Civil, de la Corte Suprema, manifestó:

“La labor de cuantificar el daño moral, constituye una de las que más dificultad suscita al juzgador, por el hecho de tratarse de un daño extrapatrimonial, es decir, que recae sobre bienes o derechos que no se pueden reponer, porque no circulan en el tráfico jurídico, tales como el honor, el dolor, la tristeza, etc. De ahí que, si bien el Código Civil utiliza la expresión reparación del daño moral (artículo 1644a), ha de acotarse que tal indemnización no cumple una función propiamente reparadora, como ocurre con el daño material, sino que constituye esta, más bien, una compensación económica por el perjuicio moral sufrido por la víctima, según lo sostiene la doctrina mayoritaria. Por ende, al fijar la indemnización el juez no busca con ello reparar al demandante el derecho lesionado, es decir, retrotraerlo a la situación en que se encontraba antes de que se produjera el hecho causante del daño sufrido, pues el sufrimiento o afectación psicológico una vez tienen lugar, no puede borrarse.

Es preciso, también, que se tenga en claro, que tampoco tiene la indemnización del daño moral carácter de daño punitivo o punitive damages (como se le denomina en el Derecho anglosajón), por lo que no debe entenderse como una especie de ‘plus de indemnización que se concede al perjudicado, que excede del que le corresponde según la naturaleza o alcance del mismo’ (Fernando Reglero Campos (coordinador). Lecciones de Responsabilidad Civil. Aranzadi, España, 2002, pág. 37). Por ende, no puede pretenderse, a través de la compensación del daño moral la obtención de un enriquecimiento o lucro indebido, sino que se reitera que su cálculo ha de obedecer a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y equidad, aspectos a los que apunta precisamente la norma del artículo 1644a del Código Civil, la cual le señala al juez los parámetros en los que debe enmarcarse para fijar el quantum indemnizatorio de dicho daño, a saber, los derechos lesionados, el grado de responsabilidad, la situación económica del responsable y de la víctima, así como las demás circunstancias del caso.

...

Como ha quedado expuesto, pues, la compensación económica por el daño moral no tiene por propósito facilitar un enriquecimiento indebido a quien lo ha sufrido, por lo que su tasación ha de responder a precisos criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Es así que, al daño moral del

codemandante..., con respecto al cual juegan los mismos elementos y criterios tenidos en cuenta para tasar el daño moral de la codemandante..., salvo que en el caso de..., como quiera que se trata solamente del daño moral futuro, no puede estimarse en la misma suma reconocida a la progenitora de la víctima, sino que corresponde fijarlo en una cuantía inferior. En este aspecto, juzga la Sala razonable fijar en la suma de \$.40,000.00, la indemnización del daño moral futuro examinado."

Asimismo, en sentencia de 26 de enero de 1998, igualmente proferida por la Sala Primera de lo Civil, de la Corte Suprema de Justicia, sostuvo lo siguiente con relación al daño moral:

"LA REPARACIÓN DEL DAÑO.

En la reparación del daño moral se conjugan o sintetizan la naturaleza resarcitoria que para la víctima tiene la reparación, con la naturaleza sancionatoria que con respecto del ofensor le impone a éste el deber de reparar las consecuencias del acto ilícito del cual es responsable. También es cierto que la reparación del agravio o daño moral debe guardar relación con la magnitud del perjuicio, el dolor o la afección que haya causado, sin dejar de tomar en consideración el factor subjetivo que pudo haberle servido de inspiración al infractor cuando cometió el ilícito. Son esos los factores recogidos por el artículo 1644-A del Código Civil cuando señala:

...

Encontrar una adecuada proporción o equivalencia entre la reparación y el daño tratándose de la afectación de bienes extrapatrimoniales ofrece, como es natural, serias dificultades y exige del juzgador poner en juego sus facultades discrecionales de la manera más seria y prudente posible. Para, comenzar se debe considerar la gravedad objetiva de la ofensa y la extensión palpable del agravio.

...

Aun cuando la Sala no comparte la opinión de los peritos que señalaron la indemnización que se merece el Ing. Demetrio Basilio Lakas fijándola en la suma de 250 mil balboas, en virtud de que no es admisible que la reparación se convierta en fuente de un enriquecimiento sin causa, sí considera de justicia que se le reconozca al demandante el pago de una indemnización que, inspirándose en los principios de la equidad, sea suficiente para darle satisfacción al ofendido. Desde ese punto de vista se estima que una indemnización adecuada en este caso puede ser fijada en la suma de CINCUENTA MIL BALBOAS (B/.50,000.00)". (El resaltado y subrayado es nuestro).

Por su parte, la Sala Tercera se ha pronunciado respecto de la congruencia que debe existir en la tasación del daño moral, en el sentido que las indemnizaciones a otorgar deben ser acordes con los montos asignados en las

sentencias precedentes, de modo que la indemnización que se vaya a conceder no exceda razonablemente las otorgadas en casos relativamente análogos.

Un ejemplo de esta postura, lo podemos encontrar en la Sentencia de 14 de agosto de 2017, en la cual, la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia, de manera categórica precisó:

Por lo antes expuesto, esta Sala considera prudente hacer un señalamiento con respecto a que la valoración o tasación del daño moral, tanto en presente negocio jurídico como en cualquier otro que sea sometido a consideración de esta Superioridad, misma que debe ser congruente con los montos asignados en sentencias previas, de modo que la indemnización que se vaya a asignar no exceda razonablemente las otorgadas en casos relativamente análogos.

Tomando en consideración estas circunstancias, los elementos probatorios aportados, en aplicación a la sana crítica y del principio de proporcionalidad, y al fijarse el daño moral como compensación o reparación originada de los daños causados al señor ... por el accidente sufrido en la Autoridad del Canal de Panamá, en la suma de veinte mil balboas (B/.20,000.00), esto totaliza la indemnización a pagar en el monto de veintidós mil novecientos diecisiete balboas con 00/100 (B/.22,917.00), que corresponde a la sumatoria de todos los daños y perjuicios materiales y morales aceptados por la Sala...” (El resaltado y subrayado es del Despacho).

La jurisprudencia invocada no hace más que sustentar lo plasmado por nosotros en líneas anteriores, en el sentido que la cuantía pretendida en concepto de daño moral no es acorde a la realidad de este tipo de procesos, ni puede constituir un enriquecimiento injustificado.

En este orden de ideas, resulta preciso señalar que la parte recurrente no acreditó la existencia de daño moral que deba ser reconocido, pues, no puede perderse de vista que a la demandante le incumbe la carga de la prueba, por mandato del artículo 784 del Código Judicial.

Sobre la obligatoriedad que recae en la parte actora de probar fehacientemente como se genera la cuantía a la que estima tiene derecho, la Sala Tercera se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia. Al respecto, reproducimos en breve extracto de la Sentencia de 7 de diciembre de 2016, que a la letra dice:

“Sin embargo, frente a lo pedido la actora debe saber que **toda cuantía que manifiesta el peticionario debe probar cómo se genera; de allí que sea a la parte demandante**, en virtud del principio según el cual a las partes les incumbe demostrar los hechos y al juez dispensar el derecho, o sea el *onus probandi* contemplado en nuestra legislación en el artículo 784 del Código Judicial que a la letra dice: “Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables”, **debió probar los daños materiales y morales sufridos la parte actora, de acuerdo a lo establecido en nuestra legislación, a fin de que los mismos le fueran resarcidos, situación que no ocurre en el negocio jurídico en cuestión**, recordando, que la carga procesal definida como “la condición que establece la ley de ejecutar determinados actos procesales si se desea lograr ciertos propósitos”, le corresponde en este caso, a quien solicita a esta Corporación de Justicia le sean resarcidos los daños y perjuicios ocasionados por el Estado.

La carga de la prueba, implica la obligación que tiene una parte de conseguir la prueba; Además ese es un deber de las partes y sus apoderados y cuando no aparece probado el hecho, ello permite que el juez no pueda otorgar la pretensión de quien pide; pues ello, se resume en esa frase romana *onus probando incumbit actori*, es decir la carga de la prueba le incumbe al actor.

Y este principio obliga al actor probar la cuantía, pues a él le interesa que la condena sea por lo que el pide y pruebe. Pues aquí no es demostrar el hecho sino el valor de los daños reclamados que es lo que no probó el actor en su demanda.”
(La negrita es nuestra).

Muy relacionado a lo anterior, vale la pena traer a colación la Sentencia de 2 de febrero de 2017, en la cual se resolvió el fondo de una **situación de idéntica naturaleza** a la que hoy nos ocupa, es decir, **un caso de afectación por dietilenglicol.**

En aquella ocasión, la Sala Tercera sostuvo lo que a seguidas copiamos en relación a la cuantía solicitada en concepto de daño moral:

“Esta Corporación de Justicia, al analizar el cuadernillo de marras, observa que **el caudal probatorio inserto para fundamentar los daños materiales resarcibles es escaso y no constituye prueba cierta que le pueda orientar al Tribunal, según su sana crítica, sobre la cuantía en que deba tasar el daño, por lo cual no es procedente fijar como monto indemnizable la suma reclamada por el demandante, pues no están todos los daños debidamente probados.**

Frente a lo pedido, la actora debe saber que **toda cuantía que manifiesta el peticionario debe probar cómo se genera;** de allí que sea a la parte demandante, en virtud del principio según el cual a las partes les incumbe demostrar los hechos y al juez dispensar el derecho, o sea el *onus probandi* contemplado en nuestra legislación en el artículo 784 del Código Judicial que a la letra dice:

'Incumbe a las partes probar los hechos o datos que constituyen el supuesto de hecho de las normas que le son favorables', **debió probar los daños materiales y morales sufridos la parte actora**, de acuerdo a lo establecido en nuestra legislación, a fin de que los mismos le fueran resarcidos, situación que no ocurre en el negocio jurídico en cuestión, recordando, que la carga procesal definida como 'la condición que establece la ley de ejecutar determinados actos procesales si se desea lograr ciertos propósitos', le corresponde en este caso, a quien solicita a esta Corporación de Justicia le sean resarcidos los daños y perjuicios ocasionados por el Estado.

La carga de la prueba, implica la obligación que tiene una parte de conseguir la prueba; Además ese es un deber de las partes y sus apoderados y cuando no aparece probado el hecho, ello permite que el juez no pueda otorgar la pretensión de quien pide; pues ello, se resume en esa frase romana *onus probando incumbit actori*, **es decir la carga de la prueba le incumbe al actor.**

Y este principio obliga al actor probar la cuantía, pues a él le interesa que la condena sea por lo que el pide y pruebe. Pues aquí no es demostrar el hecho sino el valor de los daños reclamados que es lo que no probó el actor en su demanda. Lo anterior es así, ya que el demandante no ha podido demostrar el daño material (daño emergente y lucro cesante) ocasionado por el envenenamiento, toda vez que la prueba consistente en el cálculo de lucro cesante, contenido en la demanda, elaborado por el demandante, no se encuentra refrendado por un profesional de la contabilidad o actuario ni ha presentado algún otro documento sustentatorio en la fase probatoria correspondiente.

Con respecto a la prueba del daño moral, acota José Pablo Vergara Bezanilla en su escrito 'La mercantilización del daño moral'... señala que 'para la prueba del daño moral es ciertamente legítimo recurrir a presunciones, a condición de que ellas estén **basadas en hechos reales y probados y no en meras suposiciones**. Por consiguiente, la sola conjetura, tan frecuente en la práctica, de que el demandante ha debido padecer un daño moral dadas las circunstancias del hecho o su parentesco con la víctima, **no constituye una presunción judicial válida para darlo por establecido.**'

En ese orden de ideas, la Sala observa que **para poder valorar el daño material emergente y daño moral causado en el presente proceso**, no fueron admitidas pruebas al respecto, **sólo consta en el expediente de marras que la joven... cuenta con una pensión vitalicia de 600.00 balboas de por vida**, los cuales le fueron pagados a partir del año 2013 (foja 141), **y que sobre el daño moral tampoco reposa ninguna prueba dentro del expediente**, por lo que en este marco de referencia, la Sala es del criterio que **no se encuentran acreditados de modo suficiente, el monto de los daños y perjuicios para su fijación exacta.**"

Del extracto jurisprudencial que resolvió una situación de igual naturaleza, podemos extraer las siguientes conclusiones: **a) el caudal probatorio siempre debe**

ser suficiente para probar la cantidad a la que se aspira, de lo contrario el Tribunal se ve en imposibilidad de indemnizar por la suma reclamada; b) incumbe a las partes el probar como se genera la cuantía que menciona en su acción; y, c) no solo basta con demostrar los hechos sino demostrar el valor de los daños reclamados.

En virtud de los planteamientos expuestos por esta Procuraduría, somos del criterio que al analizar el expediente de marras, se hace palpable que el caudal probatorio inserto para fundamentar los daños alegados por **Andrea Huertas de Bernal**, no constituye prueba cierta que pueda orientar, según la sana crítica, sobre la cuantía en que deba tasar el daño, por lo cual no es procedente fijar como monto indemnizable la suma reclamada. De igual forma, nos manifestamos en contra de la cuantía pretendida, al ser esta excesiva e infundada, y contraria además a los montos asignados en sentencias previas en este tipo de procesos.

Por todas las consideraciones expuestas, esta Procuraduría solicita al Tribunal se sirva declarar que el Estado panameño, por conducto de la Caja de Seguro Social, **NO ES RESPONSABLE** de pagar a **Andrea Huertas de Bernal** las sumas descritas en concepto de daños materiales y daños morales, que ésta reclama como resarcimiento por los perjuicios que alega haber sufrido.

VI. Pruebas.

A. Objeciones a las pruebas periciales:

a.1. Se objetan las preguntas enumeradas dentro de la **prueba pericial médica**, propuesta por la parte actora, por inconducentes al tenor de lo normado por el artículo 783 del Código Judicial y que a continuación detallamos:

*“- Indicar si **las secuelas físicas representan adecuaciones significativas en su estilo de vida (ámbito familiar, social)** como consecuencia de su diagnóstico médico y/o tratamientos”*

*“- Indicar **a cuanto asciende el daño material** sufrido por la examinada”* (La negrita es nuestra) (Cfr. foja 23 del expediente judicial).

La objeción de este Despacho a las preguntas antes descritas radica en el hecho que un peritaje médico no es el mecanismo procesal idóneo para determinar secuelas físicas en el entorno familiar, y mucho menos cuestiones de índole económica como determinar el daño material sufrido.

a.2. Asimismo, se **objetan** por inconducentes las preguntas de **las pruebas periciales psiquiátrica y psicológica**, que a continuación describimos:

*“- Determinar **si las afecciones Psicológicas/Psiquiátricas indicadas en el historial médico del demandante** en el transcurso de estos años han mejorado o empeorado, **y de haber empeorado**, en qué sentido”* (La negrita es nuestra) (Cfr. foja 23 del expediente judicial).

La objeción de esta Procuraduría a la pregunta propuesta tiene fundamento en el hecho que el apoderado judicial de la parte actora **formula la misma de manera sugerente**, puesto que se parte del hecho que en efecto **existieron afectaciones psicológicas sin haber practicado la pericia propuesta**; y aunado a lo anterior, en la segunda parte de la pregunta asume que se ha dado un empeoramiento de la situación.

*“- Concretar el impacto en la salud mental de la examinada, como consecuencia de las secuelas físicas sufridas, **limitaciones funcionales, adecuaciones a su estilo de vida**, desde el momento en que fue declarada como víctima de envenenamiento con dietilenglicol”*. (La negrita es nuestra) (Cfr. foja 23 del expediente judicial).

Al igual que la objeción a la pregunta anterior, esta Procuraduría observa que **la pregunta propuesta viene formulada de forma sugerente**, puesto que la misma **asume que existen limitaciones funcionales y adecuaciones a su estilo de vida**, lo cual desvirtúa la objetividad que debe primar en una prueba pericial.

*“- Establecer el **grado de sufrimiento emocional que presenta la víctima** incluyendo afectaciones de carácter moral y ¿Cuáles son?”*

*“- Indicar las **afecciones emocionales que sufre la víctima** producto de las secuelas físicas, limitaciones físicas y adecuaciones a nivel social, familiar, laboral; son de índole permanente o transitoria, son de índole estática o progresivas; y si sus*

afecciones son leves, moderadas o severas” (La negrita es nuestra) (Cfr. foja 23 del expediente judicial).

La objeción de esta Procuraduría a las preguntas antes citadas tiene fundamento en el hecho que la segunda **resulta innecesaria**, puesto que de su lectura se desprende que guarda la misma finalidad que la pregunta anterior, de ahí que resulta **redundante e inconducente**.

“.- Definir si las afecciones emocionales que sufre la examinada repercuten en una **afectación económica**? Sustente su respuesta.”

“.- Indicar **a cuánto asciende el daño material y moral** sufrido por la examinada” (La negrita es nuestra) (Cfr. foja 24 del expediente judicial).

La objeción de este Despacho a las preguntas antes descritas radica en el hecho que un profesional de la psiquiatría o de la psicología **no es el idóneo para determinar aspectos económicos de una supuesta afectación ni tampoco el idóneo para indicar una cuantía o suma líquida relacionada a un daño material o moral**.

Sobre este punto el autor Jairo Parra Quijano en su obra ‘Manual de Derecho Probatorio’, Editorial ABC, Edición Décimo Octava, 2011, pág. 148, indica lo siguiente con respecto al concepto de la inutilidad de la prueba:

“...En términos generales, se puede decir que la prueba es **inútil cuando sobra, por no ser idónea, no en sí misma, sino con relación a la utilidad que le debe prestar al proceso**, ya que éste sólo puede recaudar las pruebas necesarias para el pronunciamiento del fallo...” (El subrayado es nuestro).

a.3. En cuanto a la prueba pericial contable, esta Procuraduría **objeta** la pregunta que conforma la misma, por las siguientes razones:

a.3.1. En primer lugar, la pregunta solicita al perito que establezca *“a cuánto ascienden los daños... morales ocasionados”* (Cfr. foja 24 del expediente judicial).

La razón de la objeción de este Despacho a la referida pregunta se debe al hecho que la Sala Tercera ha sostenido en reiteradas ocasiones que el daño moral no puede ser cuantificado por medio de pruebas periciales, dado que la cuantificación del mismo es a total discreción del Tribunal en virtud del artículo 1644-A del Código Civil, el cual

advierde que respecto al daño moral: “*El monto de la indemnización lo determinará el juez*”. Lo anterior se puede observar en un sinnúmero de pronunciamientos de la Sala Tercera, en particular en el Auto de Pruebas 278 de 11 de mayo de 2022, el cual sostuvo:

“No se admiten los dos últimos puntos del cuestionario a absolver en la presente prueba pericial psicológica y psiquiátrica aducida por la parte demandante, en relación a la estimación económica del daño moral. Lo anterior obedece a que **la estimación del daño moral compete al juez**, al tenor de lo establecido en el artículo 1644-A del Código Civil...

...

No se admite la estimación del daño moral por parte del perito contable, ya que como ha reiterado la Sala en diversas ocasiones, **es competencia del juez establecerlo** en virtud de lo dispuesto en el artículo 1644-A del Código Civil.”

a.3.2. En segundo lugar, la pregunta de igual forma solicita al perito que establezca “*a cuánto ascienden los... **gastos procesales** producto del envenenamiento por dietilenglicol*” (Cfr. foja 24 del expediente judicial).

Como ya hemos mencionado en las primeras líneas de este escrito, los gastos procesales se consideran costas (Cfr. artículo 1069 del Código Judicial).

La razón de la objeción de este Despacho a la referida pregunta encuentra sustento en virtud de lo establecido en los artículo 1077 (numeral 1) y 1939 (numeral 2) del Código Judicial, los cuales sostienen que **no habrá condena en costas en los procesos en que sea parte el Estado, los municipios o las entidades autónomas.**

a.4. Sin perjuicio de lo anterior y en caso que se admita la referida prueba pericial, esta Procuraduría solicita, en virtud de lo contemplado en el artículo 967 del Código Judicial que establece que dentro del término de traslado la contraparte podrá formular su cuestionario, que se agreguen las siguientes interrogantes al cuestionario dirigido al profesional de dicha materia:

1- Diga el perito, a cuánto asciende el monto recibido por la parte demandante en concepto de pensión vitalicia especial, desde que la misma fue otorgada hasta el momento de realizar el respectivo informe.

2- Diga el perito, teniendo en cuenta el hecho que la pensión es de carácter vitalicio, a cuánto ascenderá la suma que recibirá la parte actora en este concepto, tomando en consideración la expectativa de vida de la misma.

3- Teniendo en cuenta que la pensión además de vitalicia es heredable, diga el perito a cuánto asciende la suma a recibir por parte de los posibles herederos de la parte actora.

Para la práctica de las pruebas antes referidas, esta Procuraduría nombra a Eusebio Elías Bravo Barrios, con cédula de identidad 7-98-194, como perito para la prueba pericial médica; a Daniel José Alexis Cifuentes, con cédula de identidad 3-702-1723, como perito para la prueba pericial psiquiátrica; a Lourdes Restrepo Batista, con cédula de identidad 2-83-1788, como perito para la prueba pericial psicológica; a Rosemarie Raquel Ríos de Aguilera, con cédula de identidad 4-703-1304, como perito para la prueba pericial de trabajo social; y a Alejandro Cuadra, con cédula de identidad personal 8-387-182, como perito para la prueba pericial contable.

B. Este Despacho solicita respetuosamente a la Sala Tercera se admitan los siguientes medios probatorios:

b.1. Prueba de Informe para que el Tribunal ordene a la Caja de Seguro Social certifique lo siguiente:

- La cuantificación total en concepto de pensión vitalicia por intoxicación por dietilenglicol que ha recibido **Andrea Huertas de Bernal**.

- La cuantificación individual del valor de las asistencias sanitarias (consultas, estudios de laboratorio y especializados, hospitalización, tratamientos, insumos, medicamentos, y todos los que estén relacionados) recibidos a través de la Caja de Seguro Social, el Centro Especializado de Toxicología o cualquiera otra dependencia de dicha institución a favor de **Andrea Huertas de Bernal**.

VII. Excepción de Prescripción.

Sin perjuicio de lo expuesto, con sustento en el artículo 86 y siguientes de la Ley 135 de 1943, estimamos pertinente retomar lo externado por el resto de los Magistrados que componen la Sala Tercera a través de la Resolución de 25 de febrero de 2022, en

donde han manifestado que la prescripción será un elemento que deberá resolverse al pronunciar la sentencia de fondo, y no en fase de admisibilidad, tal como se puede apreciar a continuación:

“Con respecto al tema de la prescripción, esta Sala ha sido reiterativa que **la fase de admisibilidad no es la oportunidad procesal para verificar los temas de prescripción**, por lo cual **dicho supuesto deberá ser analizado por el Sustanciador, en el fondo de la demanda.**” (La negrita es nuestra) (Cfr. foja 207 del expediente judicial).

Al constituir la prescripción un elemento que deberá verse al resolverse el fondo de esta causa, esta Procuraduría debe reiterar lo ya advertido al momento de apelar la admisión de la presente acción, en el sentido que la demanda se encuentra prescrita para todo aquel que no logre demostrar su participación en el proceso penal que da fundamento a esta causa.

A fin de sustentar el punto antes mencionado, debemos recordar que la responsabilidad exigible al Estado mediante una demanda de indemnización, es aquella de tipo extracontractual, que a falta de una regulación especial que contenga los escenarios propios o particulares de este tipo de reclamaciones, su análisis se realiza a la luz de las conductas contenidas en los artículos 1644, 1644-A y 1645 del Código Civil.

Bajo esa premisa, la Sala Tercera ha señalado en reiterada jurisprudencia que en materia de prescripción de las acciones tendientes a reclamar responsabilidad por las obligaciones originadas de la culpa o negligencia de que trata el artículo 1644 del Código Civil, rige lo dispuesto en los artículos 1706 y 1707 de esa misma excerpta legal, cuyos textos rezan así:

“Artículo 1706: La acción civil para reclamar indemnización por calumnia o injuria o para exigir responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que trata el Artículo 1644 del Código Civil, prescribe en el término de un (1) año, contado a partir de que lo supo el agraviado.

Si se iniciare oportunamente acción penal o administrativa por los hechos previstos en el inciso anterior, la prescripción de la acción civil se contará a partir de la ejecutoria de la sentencia penal o de la resolución administrativa, según fuere el caso.” (La negrita es nuestra)

“Artículo 1707: Para el reconocimiento de la pretensión civil, en ningún caso es indispensable la intervención de la jurisdicción penal.

El tiempo para la prescripción de toda clase de acciones, cuando no haya disposición especial que otra cosa determine, se contará desde el día en que pudieron ejercitarse.”

En este sentido, queda claro que quienes pretendan una indemnización con fundamento en un proceso penal previo, **deberán demostrar su participación en el mismo**, para así poder verse amparados por el término de prescripción contemplado en el artículo 1706 antes citado.

Tal como ha quedado expuesto, la demandante no ha acreditado haberse constituido como parte dentro del proceso penal, por tanto el cómputo de la prescripción debe iniciar desde el momento que tuvieron conocimiento del supuesto daño, situación que se materializó con varios años de anticipación al momento de la presentación de la demanda, tal como lo expresó la propia demandante en los hechos de su demanda.

En efecto, al revisar las constancias procesales que obran en el presente expediente, se advierte que el apoderado judicial de la actora, en los hechos que fundamentan su demanda, expresa lo siguiente:

“SEGUNDO: Nuestra representada es víctima del envenenamiento masivo con dietilenglicol, hecho este acreditado conforme al diagnóstico elaborado por galenos del INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES DEL MINISTERIO PÚBLICO, a través del Oficio N°.IMELCF-DG-SDEG-303(sic)-1-2017 **de fecha 26 de enero de 2017**, que certifica a la señora **ANDREA HUERTAS DE BERNAL**, con cédula de identidad personal **N°.7-57-125**, como afectada (envenenada), conforme a los CRITERIOS Y GUIAS APLICABLES PARA LA CLASIFICACIÓN DE CASOS DE INTOXICACIÓN CON DIETILENGLICOL (FASE CRÓNICA) EN ADICIÓN A LOS PREVIAMENTE ESTABLECIDOS POR LA COMISIÓN INTERINSTITUCIONAL DE LA CAJA DE SEGURO (sic) SOCIAL, EL MINISTERIO DE SALUD, Y EL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES DE 2010, **cumpliendo con los criterios 1 y 3.**” (Lo destacado es nuestro) (Cfr. foja 9 del expediente judicial).

De lo anterior, fácilmente se puede colegir que **desde el día 26 de enero de 2017**, fecha que según lo indicó el diagnóstico elaborado por galenos del INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES DEL MINISTERIO PÚBLICO, a través del Oficio IMELCF-DG-SDEG-030-1-2017 de misma fecha, **la demandante tuvo**

conocimiento de que un medicamento contaminado con dietilenglicol le había sido recetado y proporcionado por el Estado y, en consecuencia, pudo ejercer su derecho a reclamar un resarcimiento indemnizatorio, pero no es sino hasta el 11 de abril de 2018, cuando presentan la acción de indemnización, habiendo transcurrido en exceso el término contemplado en el artículo 1706 del Código Civil.

En este orden de ideas, traeremos a colación la parte medular del Auto de 30 de abril de 2008, proferido por la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, que al pronunciarse sobre el particular, lo hizo en los siguientes términos:

"...En cuanto a la figura jurídica de la prescripción en materia del contencioso administrativo de indemnización **la jurisprudencia de la Sala, ha sostenido que la misma se produce transcurrido un año a partir en que el sujeto agraviado por la acción del Estado tuvo conocimiento o supo de la afectación.**

Para ello, se ha tomado como base jurídica el artículo 1706 del Código Civil, el cual señala lo siguiente:

'La acción civil para reclamar indemnización por calumnia o injuria o para exigir responsabilidad civil por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que trata el Artículo 1644 del Código Civil, prescribe en el término de un (1) año, **contado a partir de que lo supo el agraviado'**...". (La negrita es nuestra).

En esta misma línea y como corolario a todo previamente expuesto, es pertinente traer a colación la Sentencia de 27 de agosto de 2021 proferida por la Sala Tercera, la cual resolvió el fondo de una demanda de indemnización como la que nos ocupa. En dicha ocasión, y al igual que ocurre en la presente acción, la excepción de prescripción fue puesta de manifiesto desde el recurso de apelación a la admisión. No obstante, los Magistrados que integran la Sala realizaron un interesante análisis en cuanto al porqué **la excepción de prescripción debía ser resuelta en el fondo en ese caso particular, y no en admisibilidad**; tal como sucede en el caso que nos ocupa, y por sus similitudes con la demanda bajo examen, nos permitimos reproducir el contenido más relevante de dicha decisión:

"No obstante, y como quiera que el Señor Procurador de la Administración considera que la demanda de indemnización que nos

ocupa está prescrita, por haberse interpuesto luego de haber precluido en demasía el término de un año para ello, **resulta procedente analizar dicha situación**, pues constituye un presupuesto básico que debe cumplir toda demanda para luego verificarse el fondo de la pretensión.

...

Ahora bien, como quiera que este tema fue abordado en el presente expediente mediante Recurso de Apelación presentado por el Ministerio Público, y en donde **el resto de la Sala decidió que ante la etapa incipiente del proceso, no le era posible determinar cuándo efectivamente es que la parte tuvo conocimiento del daño, y que debería determinarse en la sentencia de fondo**, si efectivamente la demanda fue presentada en tiempo oportuno, es que se analizará de manera previa esta petición del Ministerio Público, para luego verificarse el fondo de la pretensión, en caso que la presente demanda cumpla con lo señalado en el artículo 1706 del Código Judicial.

Ante lo expuesto, la Sala concuerda con el sustento utilizado por el Procurador de la Administración en el sentido que, aun cuando **no consta fecha exacta en que la demandante conoce del asunto objeto de controversia, lo cierto es que en los hechos segundo, tercero y cuarto de la demanda, se hace mención que desde el año 2013, la señora ..., tenía conocimiento que existía una afectación en su contra, y tomando de referencia esa fecha, como el momento en que la actora tenía certeza del supuesto daño ocasionado, la acción indemnizatoria en estudio, al haber sido presentada el 12 de junio de 2019, debe considerarse prescrita.**

Visto lo anterior, la presente demanda Contenciosa Administrativa de Indemnización se encuentra prescrita, toda vez que ha transcurrido más del año estipulado por el artículo 1706 del Código Civil, para este tipo de acciones tal y como lo ha establecido la Sala en sendos fallos en donde indica que el término de prescripción para reclamar al Estado indemnizaciones por actos u omisiones ejercidos por funcionarios en el ejercicio de sus funciones o en casos de deficiente prestación de los servicios públicos se produce transcurrido un año a partir en que el sujeto agraviado por la acción del Estado tuvo conocimiento o se enteró de la afectación, es decir, desde el momento en que el perjudicado pudo ejercitar dicha acción.

Esta Sala ha sostenido en diversos fallos que **la prescripción de las demandas Contenciosa Administrativa constituye un presupuesto de admisibilidad más que una circunstancia que debe verificarse al resolverse en el fondo...**

Por otro lado nuestro ordenamiento jurídico permite que **durante el curso de un proceso, o en una etapa determinada del mismo, las partes presenten incidentes o excepciones de prescripción, para que el Tribunal sin demora verifique tal situación y decida sobre la misma sin tener que esperar que el proceso quede en estado de decidir para resolver sobre dicha prescripción.** (El énfasis es nuestro).

El pronunciamiento judicial que hemos visto ha dejado de manifiesto situaciones que guardan mucha similitud con el caso que nos ocupa, los cuales pasamos a detallar.

En primer lugar, la Sala Tercera sostuvo no se podía decidir la prescripción en la etapa de admisibilidad, tal como sucede en el presente caso, puesto que en ese momento todavía no se podía conocer con certeza en qué momento la parte actora había tenido conocimiento de su daño.

Por otro lado, y como uno de los puntos más importantes de dicha decisión, los Magistrados advirtieron que si bien no consta fecha exacta del momento en que la parte actora tuvo conocimiento de sus daños, lo cierto es que en los hechos de sus demanda expone que desde varios años antes a la presentación de su acción tenía conocimiento que existía una afectación en su contra, y si se toma como referencia esa fecha, para todos aquellos accionantes que no han demostrado su participación en el proceso penal, su reclamación se encuentra prescrita, tal como ocurre en nuestra situación.

En suma, tal como hemos sostenido a lo largo de estas líneas, para aquellos demandantes que no hayan acreditado haber formado parte del proceso penal, el cómputo de la prescripción debe iniciar desde el momento que tuvieron conocimiento del daño, situación que se materializó con varios años de anticipación al momento de la presentación de la demanda, y que en muchos casos puede corroborarse con la emisión del oficio del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses que establecían los criterios de afectación.

VIII. Excepción de error en la identificación de los supuestos por medio de los cuales se puede exigir responsabilidad extracontractual al Estado (numerales 9 y 10 del artículo 97 del Código Judicial).

Sin perjuicio de todo lo antes expuesto, esta Procuraduría observa que la parte actora ha sido imprecisa en cuanto a la normativa que da lugar a las reclamaciones contra el Estado por responsabilidad extracontractual. Nos referimos a los numerales 9 y 10 del artículo 97 del Código Judicial, los cuales comprenden dos de los tres supuestos que abren el compás para las demandas de reparación directa contra el aparato estatal. Veremos en este apartado en qué consiste la referida imprecisión.

En este sentido, se hace necesario destacar que el error en los fundamentos jurídicos que originan la reclamación en la demanda de indemnización que nos ocupa

da mérito suficiente para que la Sala Tercera no acceda a las pretensiones del actor; ya que, como el Tribunal podrá apreciar, **la demandante ha encausado su pretensión más bien como una falla del servicio público (numeral 10 del Código Judicial); sin embargo, da fundamento a su pretensión a través de la sentencia penal emitida por la Sala Segunda antes referida (numeral 9 del Código Judicial).**

En efecto, este Despacho no puede inobservar el hecho consistente en que la acción promovida por la demandante **se sustenta, en la condena de los funcionarios del Estado como consecuencia de la omisión o negligencia en el ejercicio sus funciones** como garantes de la elaboración de los productos medicinales, **lo que guarda estrecha relación con el supuesto jurídico establecido en el numeral 9 del artículo 97 del Código Judicial.**

Para una mejor comprensión del punto antes señalado, consideramos pertinente destacar lo indicado por el demandante en los hechos de la demanda, los cuales indican:

“PRIMERO: Que producto de la Sentencia de Segunda Instancia del 11 de abril de 2017 emitida por la Sala Segunda de lo Penal de la Corte Suprema de Justicia, en la cual resultaron condenados varios funcionarios de la CAJA DE SEGURO SOCIAL, y del Ministerio de Salud, por el envenenamiento masivo con dietilenglicol, quedó en exceso demostrado, **que dichos funcionarios, incluyendo al Director de dicha entidad, actuaron de forma culposa y negligente, al realizar las siguiente actuaciones:**

...” (Lo destacado es nuestro) (Cfr. fojas 8-9 del expediente judicial).

Así las cosas, tal como se puede observar, **Andrea Huertas de Bernal** aporta como sustento de su pretensión, la Resolución de 11 de abril de 2017, que modificó la Sentencia Penal 18 de 26 de julio de 2016, emitida por el Segundo Tribunal Superior de Justicia, a través de la cual, como hemos señalado, se condenó al autor material del delito y a los servidores públicos de la Caja de Seguro Social, en razón de las responsabilidades que le atribuían las normas sobre medicamentos y productos para la salud humana.

No obstante, en la acción que ocupa nuestra atención, se observa que en el apartado destinado a indicar la normativa jurídica que se consideran infringidas y su

concepto infracción, **solamente se ha hecho referencia a disposiciones que guardan relación con la mala prestación del servicio, como lo son el artículo 14 del Decreto Ejecutivo 93 de 1997, por el cual se reglamenta las buenas prácticas de fabricación de productos farmacéuticos; y el artículo 41 (numeral 25) de la Ley 51 de 2005, que habla sobre las facultades del Director General de la Caja de Seguro Social**, puesto que como quedo demostrado en líneas precedentes, el resto de las normas invocadas como infringidas corresponden a artículos de la Constitución Política, lo que deja entrever que **la actora no estimó como vulnerada ninguna norma relativa al daño y a la responsabilidad extracontractual del Estado** (Cfr. fojas 18-22 del expediente judicial).

Bajo la premisa anterior, queda claro que **la construcción del daño atribuido al Estado en el caso que nos ocupa ha sido fundamentado en supuestos cuya naturaleza genera un análisis jurídico procesal distinto en cada uno**, de allí que la responsabilidad subjetiva contenida en el numeral 9 del artículo 97 del Código Judicial, se deslinda de la acción u omisión; es decir, de la infracción cometida por un servidor público en el ejercicio de sus funciones o con pretexto de ejercerlas.

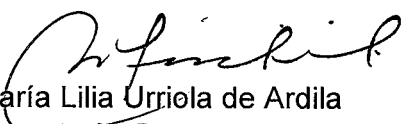
En contraposición se encuentra la responsabilidad objetiva del Estado por la mala prestación de servicios públicos (numeral 10 del artículo 97 del Código Judicial), del cual se coligen dos (2) aspectos fundamentales: el primero, que se deriva de una conducta omisiva, **independiente del proceso penal**; así, podemos decir que el daño se causa por la inobservancia o incumplimiento de la preexistente relación jurídica de vigilancia y salvaguarda que la ley atribuye a los servidores públicos.

Lo anterior, igualmente, guarda muchísima relación con el principio de congruencia o justicia rogada sobre el cual descansa la jurisdicción contencioso administrativa, en virtud del cual el juez solo podrá pronunciarse por lo solicitado por los activadores judiciales, toda vez que son las partes las que estructuran el objeto litigioso y la sentencia debe estar en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda (Cfr. Fallo de 8 de enero de 2007).

Esta realidad procesal, hace evidente que en el desarrollo de la demanda existe una **pretermisión que deviene en un error en la estructuración de la acción**, toda vez que se configura una incongruencia en el **sustento jurídico que fundamenta la reparación por daños y perjuicios solicitada al Estado**, en virtud de las marcadas diferencias que constituyen la **responsabilidad subjetiva (numeral 9) y la responsabilidad objetiva (numeral 10) de aquél**, aunado a los términos de oportunidad procesal en que se deben interponer cada una de las acciones antes señaladas.

Del Honorable Magistrado Presidente,


Rigoberto González Montenegro
Procurador de la Administración


María Lilia Urriola de Ardila
Secretaría General