



**La valoración e indemnización de perjuicios de carácter patrimonial provenientes
del daño corporal en la responsabilidad civil.**

Estudiante:

Sidney Sabogal Jiménez

Andrés Felipe Serna Rueda

Medellín – Antioquia

Para optar Título de Abogado.

Copyright © 2019 Andrés Serna & Sidney Sabogal. Todos los derechos reservados.

Tabla de contenido

I.	Situación Problemática:	7
II.	Planteamiento Del Problema	10
III.	Pregunta problema	12
IV.	Objetivos	13
-	General.....	13
-	Específicos.....	13
V.	Justificación.....	14
Marco Teórico		16
Sobre la responsabilidad civil extracontractual.....		23
Sobre el daño:		24
Sobre la Culpa:		25
VI.	Diseño metodológico	26
Momentos metodológicos concretos:.....		26
Introducción.....		27
Capítulo 1		30
Conceptos generales de daños y perjuicios.....		30
1.1.	Concepto de daño	31
1.2.	Daño antijurídico.....	32
1.3.	Diferencias entre daños y perjuicios.....	36
CAPÍTULO 2		40
Formas de reparación y liquidación de los perjuicios por daños corporales.....		40
2.1.	Tipología del perjuicio:.....	40
2.1.1.	Perjuicios materiales:.....	41
2.1.2.	Perjuicios inmateriales.....	44
2.2.	Sobre los perjuicios con ocasión de daños corporales.	57
2.2.1.	¿Qué se entiende por daños corporales?	57
2.2.2.	¿Cómo se liquidan los perjuicios patrimoniales con ocasión a los daños corporales?.....	58
2.3.	Deducciones por concurrencia de indemnizaciones. <i>Su desarrollo</i>	94
Implicaciones a los empresarios por la indemnización a la víctima. (Reflexión personal).....		97
Insolvencia y reorganización empresarial.....		99

Principio de no enriquecimiento de las partes en razón del daño	106
Conclusiones	108
Referencias.....	112

Lista de Tablas

Tabla 1 Reparación del daño moral en caso de muerte	22
Tabla 2 Reparación del daño moral en caso de muerte	22
Tabla 3 Recopilación de legislaciones foráneas.....	69
Tabla 4 Acumulación de diferentes compensaciones en un mismo año.....	95

Lista de Gráfica

Gráfica 1 Daños a la persona	8
Gráfica 2 Lucro cesante.....	9

I. Situación Problemática:

Actualmente existen debates planteados en las Altas Cortes, la doctrina y en los escenarios académicos nacionales, en relación a la indemnización de los daños físicos sufridos por una persona y el resarcimiento de los consecuentes perjuicios; toda vez que existen distintos escenarios hipotéticos donde puede ocurrir un daño a una persona y, en consecuencia, suceden varias formas de indemnizar a la misma.

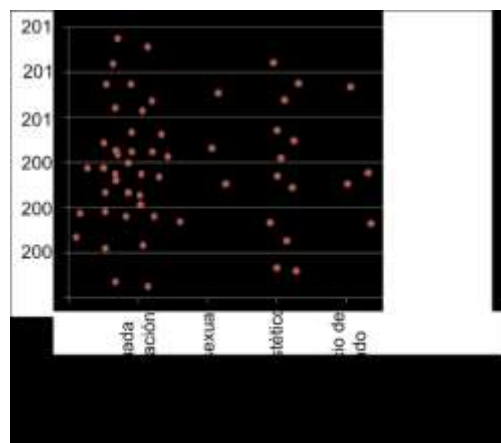
En las Altas Cortes (Corte Suprema de Justicia y Consejo de Estado) surgen formas de indemnización variadas de los perjuicios extrapatrimoniales, como por ejemplo la reparación moral que plantea el Consejo de Estado en sus recientes sentencias de unificación, especialmente en temas al daño a la salud y daños a bienes personalísimos de especial protección constitucional; a su vez la Corte Suprema de Justicia determina en sus providencias lo relacionado a los perjuicios extramatrimoniales de la responsabilidad civil.

Un claro ejemplo de estas variaciones son las posiciones de ambas cortes con respecto a la reparación de daños con ocasión a vulneración de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, toda vez que para la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2016) esta clase de bienes considera que tienen una protección en la cual procede la sanción por la simple vulneración a los mismos (Sentencia SC13925-2016); en cambio para el Consejo de Estado, Sección Tercera (2014) por regla general en esta clase de vulneraciones procede la indemnización simbólica y excepcionalmente monetaria (Sentencia 2500-023-26000-2000-00340-01 (28832)).

Es menester precisar que ambas cortes acuden a criterios de indemnizaciones variados, especialmente en materia de perjuicios por daños inmateriales, toda vez que la Jurisdicción de los Contencioso Administrativo recopiló mediante sentencias unificadoras los toques y conceptos para indemnizar estos perjuicios; *contrario sensu*, la Corte Suprema de Justicia determina los montos de manera libre según cada caso concreto, mediante el arbitrio judicial.

Vale la pena resaltar la labor realizada por el jurista Rojas (2015) en su obra “El daño a la persona y su reparación. Sobre la teoría general, los sistemas de cuantificación, la prueba y los casos difíciles”; mediante la cual realizó un estudio estadístico donde determinó graves problemas sobre la materia de daños a la persona, especialmente al momento de liquidar los mismos, así:

Gráfica 1 Daños a la persona

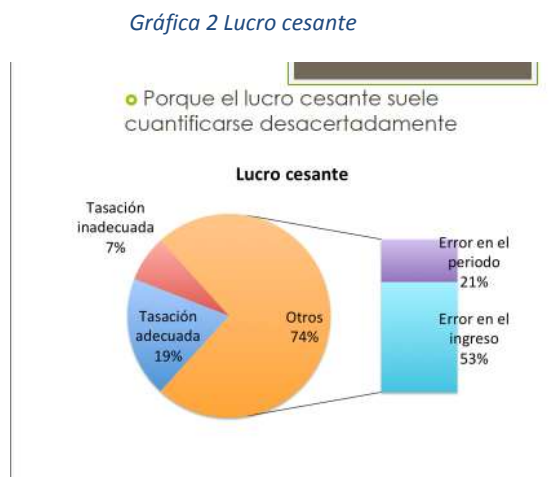


Fuente: Rojas 2015.

Como lo demuestra el citado jurista mediante la gráfica de dispersión, no hay una vertebración aplicada de manera unificada por los jueces, es decir, las posturas dadas por los altos tribunales son ignoradas y/o apartadas por los juzgadores de menor jerarquía, lo cual nos

permite preguntar ¿Hasta dónde llega la independencia judicial de los jueces al desconocer los precedentes de las Altas Cortes?

Pero no solo eso, surgen problemas al momento de liquidar los perjuicios ocasionados por un daño, el mismo jurista demuestra mediante la siguiente gráfica problemas al liquidar el lucro cesante, así:



Fuente: Rojas 2015

Ahora bien, existe una discrepancia, lo cual en la actualidad es motivo de estudios y análisis por la academia; no obstante, surge una interrogante, aquellos perjuicios materiales especialmente los corporales ¿cómo se reparan? ¿es unívoco los criterios para determinar el resarcimiento?

Existe una problemática con respecto a la forma en que se indemniza al sujeto que sufre un daño corporal y sus consecuentes perjuicios materiales e inmateriales. Al no ser un tema regulado de manera normativa, solo la jurisprudencia y el estudio de la misma determina los factores para indemnizar.

II. Planteamiento Del Problema

Las relaciones entre las personas o estas con el Estado frecuentemente generan situaciones en las que una o un grupo de ellas, mediante actos propios o actos de personas bajo su tutela o bajo otras hipótesis, incursionan indebidamente en la esfera de derechos de otra u otras personas ocasionándoles daños.

El derecho ha establecido en el ordenamiento jurídico la llamada responsabilidad, con el fin de regular los efectos de ese proceder dañoso por medio de la mencionada institución jurídica, no obstante, la jurisprudencia colombiana ha desarrollado el tema de la indemnización de daños y perjuicios de manera dinámica, toda vez que el mismo no se encuentra regulado por las normas colombianas en sentido estricto, sino que su desarrollo es propiamente jurisprudencial y no legal.

En contraposición a lo anterior se tiene que, Colombia no es un país donde se regulen legalmente los daños en materia de responsabilidad, especialmente extracontractual; ello en virtud de que son los jueces como operadores jurídicos quienes interpretan la normativa, los principios y la doctrina; y determinan el alcance de la responsabilidad.

En ese sentido, llama la atención el tema de la indemnización, reparación y resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a la persona, especialmente los de carácter físico; entendiendo lo físico en términos de la Real Academia de Lengua Española (en adelante RAE) (S.F.) de la siguiente forma: “perteneiente o relativo a la constitución y naturaleza corpórea, en contraposición a moral”; debido a la poca unificación que existe en los mecanismos y criterios para su establecimiento o tasación.

Así las cosas, sobre la reparación de los daños y perjuicios de lo corporal existe distinta doctrina y jurisprudencia que desarrolla los métodos de cuantificación, por ello el objetivo de esta monografía recopilatoria es estudiar el alcance de los métodos, criterios, y conceptos necesarios para entender el daño y particularmente el daño corporal; verbigracia, la diferenciación entre daño material e inmaterial, fisiológico y corporal.

III. Pregunta problema

¿Cuáles han sido los métodos y criterios doctrinales y jurisprudenciales en Colombia para la reparación de los daños patrimoniales?

IV.Objetivos

- **General.**

Analizar los métodos y criterios doctrinales y jurisprudenciales en Colombia para la reparación de los daños corporal.

- **Específicos.**

- Determinar los criterios de procedencia de la indemnización por daños corporales según la doctrina y la jurisprudencia.
- Identificar y analizar los métodos y objetivos para determinar la reparación de los daños corporales.
- Ponderar las consecuencias jurídicas y fácticas de los distintos métodos y objetivos para determinar la reparación de los daños corporales.

V. Justificación

Según Sanz (2017) la teoría de la responsabilidad en el ámbito del derecho tanto público como privado, es una de las principales fuentes de discusión jurídica, pues desde allí se derivan un importante número de derechos y obligaciones; en el campo del derecho privado el establecimiento de la responsabilidad siempre ha estado medida por diferentes teorías jurídicas que han primado en diferentes momentos históricos y territoriales.

En la actualidad colombiana no existe claridad sobre el tema de la reparación de los daños corporales y sus métodos de cuantificación de los perjuicios patrimoniales y sus eventuales perjuicios extrapatrimoniales, puesto que las decisiones se toman en un marco netamente jurisprudencial; y tanto la doctrina, como el derecho comparado, la equidad, las sentencias de unificación, los precedentes y los principios generales del derecho son fuentes auxiliares para las decisiones judiciales, conforme lo establece el artículo 230 de la Constitución Política de Colombia; razón suficiente para que los togados se amparen en fallos de corte subjetivo sin la existencia de un marco normativo que determine los procedimientos y montos para esta cuantificación, dejando así el Estado Social de Derecho un vacío que representa desigualdad e iniquidad para los afectados en la reparación de daños.

Así las cosas, al carecer de criterios claros para el establecimiento de esta clase de daños, además de generar inseguridad jurídica, puede configurar una negación o violación de derechos a las partes afectadas; es por ello indispensable realizar este tipo de ejercicios académicos que sean portavoz de la realidad que enfrenta esta área del derecho, e ir clarificando el tema mediante aporte de tópicos interpretativos, que además puedan proyectar posibles alternativas de unificación o criterios de ponderación.

Esta monografía es fundamental para la formación de abogados y juristas que interpretan las realidades y permiten su armonización a través del derecho.

Esta mirada profunda de lo que significa la responsabilidad por daños corporales, sus implicaciones, métodos de clasificación y calificación, serán de gran utilidad para el ejercicio pleno del derecho, para la práctica jurídica del estudiante en formación y para nuevas investigaciones que en términos de generación del conocimiento puedan surgir.

Marco Teórico

En Colombia se replica la tendencia de unificar la tipología del daño extra patrimonial a través de las fuentes jurisprudenciales. Los jueces de la jurisdicción civil y de la administrativa han comenzado a decantar las controversias doctrinales sobre la materia en la medida en que han aceptado otras clases de daños extra patrimoniales diferentes a la moral; teniendo en cuenta que el Consejo de Estado Colombiano secundó en la materia durante varios años a la Corte Suprema de Justicia.

El primer antecedente jurisprudencial que en Colombia reconoció expresamente el daño moral fue el fallo Villaveces en el que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia el 21 de julio de 1922, cuyo Magistrado Ponente fue el doctor Tancredo Nannetti, se reconoció el perjuicio causado a un viudo por la extracción ilícita de la fosa de los restos de su mujer, considerando que con dicha acción le causó un daño moral por parte de los empleados del municipio. Nótese como en este fallo la Corte reconoció expresamente la independencia de este tipo de daño de los patrimoniales, un rubro que tiene entidad propia (Henaó, 1998).

Como situación que origina el reconocimiento del perjuicio moral el Consejo de Estado en sentencia emitida el 28 de octubre de 1999, expediente 12.384; fue enfático en determinar que es la muerte de un ser querido la circunstancia que en principio origina el perjuicio moral (con diferenciación de las víctimas directas y las indirectas del hecho, sobre el particular señala la sentencia *ibídem* lo siguiente:

“En el primer caso, por lesiones graves, se ha sostenido: respecto a la víctima, que con la demostración del daño antijurídico por lesión grave tiene derecho a la indemnización de perjuicio moral. En lo que atañe con las víctimas indirectas -en este caso, padres, cónyuge, hermanos, hijos- tienen derecho a la indemnización del perjuicio causado por lesión grave de su pariente o de quien recibe el trato de pariente siempre y cuando demuestren, en primer término, la lesión grave y, en segundo lugar, el parentesco o vínculo de afecto. La jurisprudencia infiere de estos dos hechos, demostrados plenamente, que los actores padecieron dolor moral. En el segundo caso, es decir indemnización por perjuicios morales ocasionados por lesiones “leves”, deben distinguirse las siguientes situaciones: Para la víctima directa, una vez prueba el daño antijurídico por lesión leve, es claro, que tiene derecho a la indemnización por perjuicio moral; es de la naturaleza de los seres humanos que cuando sufren directamente el impacto de una lesión física leve tuvo que padecer congoja y tristeza pues su psiquis se afectó desde el ataque, así el resultado no haya sido de magnitud grave; pero para las víctima indirectas, -como en este caso, padres, cónyuge, hermanos e hijos- es necesario demostrar a más de la lesión leve, el parentesco y además que aquella lesión les produjo dolor moral. Respecto de las lesiones leves la jurisprudencia no infiere padecimiento moral de los dos hechos primeramente mencionados.”

Cursiva fuera de texto.

En aras de brindar una reparación integral a las víctimas y ante la dificultad que genera el hecho de la demostración de los perjuicios inmateriales, el Consejo de Estado ha acudido a ciertas inferencias y hasta presunciones, dándole la mano y en ocasiones exonerando de la carga de la prueba al demandante frente al daño psicológico, corporal, psíquico etc., por sustracción de la materia; es importante resaltar, de una parte, para el caso de las víctima directas una vez demostradas las

lesiones físicas, bien sean leves o graves, se puede deducir que se ha sufrido perjuicios morales y naturalmente procede su reconocimiento; de otra parte, en el caso de las víctimas indirectas, sí es importante diferenciar si trata de una lesión grave o leve, de modo que en el primer evento aquellas deben demostrar la gravedad del daño, es decir; que se trate de una lesión grave de la víctima directa (como es obvio puede ser la muerte de ésta), y además el parentesco o vínculo afectivo, hechos a partir de los cuales se infiere o demuestra el perjuicio moral reclamado.

Para el caso de lesiones leves, no se hacen las mencionadas deducciones, por ello corresponde a la víctima probar la lesión misma, es decir; el padecimiento sufrido, además de los dos supuestos mencionados antes (Pérez, Rodríguez & Pascual, 2010, p. 24).

Es así como en la Sentencia del Consejo de Estado de febrero 14 de 1975, se reconoció que un menor puede reclamar la reparación del dolor moral que sufrió por el fallecimiento de su padre y de igual forma, en la sentencia de la misma Corporación del 14 de diciembre de 1987 se permitió que el hijo tiene derecho a percibir indemnización por perjuicios morales, a causa de la muerte de su padre, e incluso en un fallo más contemporáneo reconoció que puede ser un hijo de crianza, en sentencia de 25 de octubre de 1995.

Al respecto es particular la situación del hijo póstumo al que le fue reconocido el daño moral en la sentencia de fecha 16 de noviembre de 1989 del Consejo de Estado, ya que algunos consideran que en estricto sentido el nasciturus no puede en su condición sufrir daño moral, al punto tal que frustrándose la gestación y no llegando a ser jurídicamente persona, no existiría patrimonio a favor del cual se pueda decretar la indemnización (Henoa, Juan Carlos 1998).

También ha sido reconocido el perjuicio moral causado a un cónyuge por el fallecimiento del otro, desde la sentencia del Consejo de Estado de 7 de marzo de 1985, a pesar de que en el fallo de 24 de agosto de 1995 la Corporación permitió en este caso la indemnización de quien estaba tramitando el divorcio, e incluso en la sentencia de 19 de mayo de 1995 que se indemnizó en los mismos términos a la compañera permanente.

Los abuelos pueden sufrir perjuicio moral por la muerte de sus nietos según providencias de 7 de junio de 1993, 10 de agosto de 1992 y 16 de abril de 1998. Respecto de la muerte de los hermanos ha sido amplia la jurisprudencia que ha reconocido el perjuicio moral: sentencias del Consejo de Estado de 11 de octubre de 1982, 21 de marzo de 1985, 30 de octubre de 1986, 8 de septiembre de 1989, 23 de marzo de 1990, 18 de mayo de 1990 y 21 de noviembre de 1996.

Ahora bien, una jurisprudencia más cercana que reafirma lo anteriormente referenciado la encontramos en el Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 32988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero, la cual determina lo siguiente:

[L]os actores (...), se les reconoce su condición de damnificados, pues según las pruebas se encontraban unidos por estrechos lazos afectivos, de solidaridad y cercanía con [el] (fallecido) y [el](desaparecido), por lo cual los graves hechos que se perpetraron en contra de ellos, les produjeron una gran congoja y sufrimiento.

Ahora bien, la muerte no es la única fuente de perjuicio moral. En la jurisdicción administrativa se reconoce que los sufrimientos físicos pueden ser enjuiciados bajo la perspectiva del perjuicio moral. En el fallo de 6 de agosto de 1982 el Consejo de Estado reconoció que hay daño moral por el solo hecho de sufrir la víctima malestar psíquico sufrido a raíz del accidente y

en sentencia de 30 de septiembre de 1988 ordenó la reparación moral por el estado de angustia que causa el accidente y en general por las lesiones que se generan a partir del hecho traumático concepto confirmado por la misma colegiatura en fallo de 19 de septiembre de 1996. En este caso el daño moral se extiende a los parientes próximos de la víctima como se dijo en providencia de 25 de abril de 1996. De otro lado, así no haya habido lesión física, el Consejo de Estado reconoce el perjuicio moral de la víctima que estuvo sometida al miedo, a la desolación, a la zozobra a la tristeza, como ocurrió en el caso de la toma del Palacio de Justicia, en sentencia de 4 de abril de 1997.

La dignidad humana es un aspecto de especial atención en lo que a los daños morales respecta: *“Cuando la dignidad humana es afectada, el juez no duda en ver el perjuicio moral (Henoa, 1998, p.241)”*. El Consejo de Estado en sentencia de 30 de marzo de 1990 evidenció el perjuicio moral que se causó a una persona y su familia que, en momentos de abordar un avión para salir de vacaciones, fue detenida erradamente por la policía que creía estar frente a un delincuente. El mismo tratamiento se da para la detención o acusación injustificadas, siendo resaltable la sentencia de mayo de 1996 donde la mencionada Corporación dijo:

Ahora bien, precisamente por las consideraciones personales y familiares del doctor Pedro López Michelsen, conocidas ampliamente a nivel nacional e internacional, la información cuestionada lo afectó moralmente, su condición de funcionario pulcro y estricto en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones oficiales, sin duda recibió el impacto de un listado donde figuraron precisamente quienes faltaron a sus obligaciones y responsabilidades con el tesoro público y con mayor resonancia en el servicio diplomático. Esta irregular situación publicitada

como aparece en los periódicos referidos, sin que se hubiere dado una aclaración por parte de la Contraloría General, permite presumir que el buen nombre y la reputación personal, profesional y familiar del doctor López Michelsen sufrió un menoscabo que incidió necesariamente en el fuero íntimo del actor, lastimándolo moralmente, hasta el punto que la Sala estima necesario reconocerle perjuicios de índole moral.

Sobre la detención ilegal de una persona, dijo el Consejo de Estado en sentencia de diciembre de 1996:

Resulta claro, conforme con lo anterior, que la entidad demandada debe indemnizar al demandante los perjuicios morales causados con la detención injusta de que fue objeto.

Los dos anteriores ejemplos muestran como el derecho a la dignidad humana viene a ser presupuesto indemnizatorio para resarcir los daños morales causados por el estado, a lo cual vienen en ilustración los comentarios de la doctrina:

(...) basta que el juez tenga la convicción de que la víctima padeció una aflicción o una tristeza, producida por el hecho dañino, para que la indemnización procesa. El daño es entonces el dolor, la congoja, el sufrimiento y la aflicción, compensables con una suma de dinero o mediante otra forma decidida por el juez (*Henao, 1998*).

Ahora bien, debemos resaltar que la jurisprudencia anteriormente citada, si bien es considerablemente antigua, son posturas que actualmente tienen validez y son criterio

jurisprudencial para indemnizar, solo es recordar las sentencias de unificación emitidas por el Consejo de Estado el 28 de agosto de 2014, donde reiteran estas posiciones y determinan el quantum de indemnización de la siguiente manera:

Tabla 1 Reparación del daño moral en caso de muerte

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Fuente: Sentencias de unificación del Consejo de Estado 8 de agosto de 2014

Tabla 2 Reparación del daño moral en caso de muerte

	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	Victima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2°	Terceros damnificados
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Victima directa	35% del Porcentaje de la Victima directa	25% del Porcentaje de la Victima directa	15% del Porcentaje de la Victima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

Fuente: Sentencias de unificación del Consejo de Estado 8 de agosto de 2014

Sobre la responsabilidad civil extracontractual.

La responsabilidad civil extracontractual es definida como la responsabilidad que surge del hecho o evento que no contemplado dentro de un acuerdo entre partes. Es decir, que entre el autor del hecho que origina el daño y la víctima no existía un vínculo anterior, o si bien, existía algún tipo de vínculo el daño que sufre la víctima no proviene de la relación en referencia sino de otra circunstancia.

Según Alessandri la define como:

La que proviene de un hecho ilícito intencional o no que ha inferido injuria o daño a la persona o propiedad de otro (...) No hay relación entre el autor del daño y la víctima y si la hay el daño se produjo al margen de ella (...) Supone la ausencia de obligación, se produce entre personas jurídicamente extrañas por lo menos en cuanto al hecho de que deriva y es ella la que crea la obligación de reparar el daño,

(Alessandri, 1981, 60)

Definición que es reafirmada por hermanos Mazeaud, cuando indican que en la responsabilidad civil extracontractual “no existía ningún vínculo de derecho entre el autor del daño y su víctima antes de que hayan entrado en juego los principios de la responsabilidad”

(Mazeaud, 1963, p.7)

Según la sentencia C-1008 del 2010 de la Corte Constitucional con ponencia del magistrado Luís Ernesto Vargas Silva, la responsabilidad civil extracontractual se define como “aquella que no tiene origen en un incumplimiento obligacional, sino en un hecho jurídico, ya se

trate de un delito o de un ilícito de carácter civil”

Finalmente, para Josserand, la responsabilidad civil extracontractual se configura cuando “un individuo causa a un tercero directa o indirectamente por su hecho activo o por su negligencia, un daño que no se reduce a la inejecución de una obligación contractual preexistente (...) Si el autor del daño debe repararlo su responsabilidad delictual está comprometida” (Josserand, 1951, Citado por Irisarri Boada, 2000).

Esta definición, sin embargo, adolece del componente fundamental de la responsabilidad, que aunque es nombrado dentro del concepto literal, no es explicitado dentro de las definiciones exhaustivas. Es allí donde radica, en la teoría de la responsabilidad civil la imputabilidad del daño, pues sin el establecimiento de la responsabilidad del autor, no puede endilgarse el resarcimiento del daño. En este orden de ideas, el establecimiento o no de la responsabilidad ha tenido dos tendencias históricas fundamentales, la denominada responsabilidad subjetiva por un lado y la responsabilidad objetiva por el otro.

Sobre el daño:

Bustamante Ledesma (2003) señala que al estudiar los fundamentos de la responsabilidad por el daño ocasionado a una persona, los tratadistas y la jurisprudencia se han trabado en serias y profundas disquisiciones y es así como para algunos la lesión resarcible solo se presenta cuando existe antijuricidad en el hecho causante, en el sentido de ser el producto de una conducta ilícita contraria a la normatividad jurídica. Para quienes así piensan, el daño compromete la responsabilidad si se actuó incumpliendo la obligación de desempeñar sus funciones y prestar un servicio con oportunidad y eficiencia, contraviniendo el orden jurídico o de cualquier manera vulnerando los legítimos derechos de los ciudadanos. Para otros, el concepto de la antijuricidad

específica del hecho dañoso no juega papel alguno en el ámbito de la responsabilidad porque solo basta la lesión de un interés lícito vinculado al patrimonio de la persona afectada para que surja la obligación de indemnizar el daño.

La importancia del daño en el sistema de la responsabilidad civil es reconocida por jueces y doctrinantes pues se considera el elemento sustancial y determinante de la responsabilidad y tal importancia se sintetiza en la expresión “sin daño no hay responsabilidad”.

Sobre la Culpa:

La culpa es una cualidad, característica o modalidad que acompaña el comportamiento humano. La culpa tiene dos sentidos: la falta y la negligencia. Pero también la culpa hace referencia al aspecto subjetivo del comportamiento, la forma como fue realizado el hecho ilícito; y a la vez comporta la violación de reglamentos. La conducta es la modificación de la realidad exterior, y la culpa es el elemento subjetivo que conlleva al agente a comportarse como no lo haría un hombre prudente o avisado (Tamayo Jaramillo, 1999: P. 173).

VI. Diseño metodológico

El enfoque general de esta monografía se ubica en la perspectiva histórica – hermenéutica, ya que busca interpretar los métodos que se utilizan para clasificar y ponderar la responsabilidad por daños corporales y desde allí extraer conclusiones generales que le aporten a la teoría jurídica y a la aplicación del derecho.

Momentos metodológicos concretos:

La presente monografía se concentrará principalmente en la búsqueda en las bases de datos de relatoría de las Altas Cortes, enfocándose en los temas pertinentes, además de salidas constantes a las bibliotecas de la ciudad para búsqueda sistemática y aplicada de doctrina nacional sobre la materia.

Posteriormente se analizará, depurará y clasificará la información recolectada para lograr un análisis profundo que como resultado logre satisfacer los interrogantes planteados.

Enfocaremos como jurisprudencia objeto de estudio la desarrollada especialmente por el Consejo de Estado, especialmente de su sección tercera, y la Corte Suprema de Justicia, en su sala de casación civil, pues son éstas Altas Cortes las que enfatizan sus estudios en el daño y perjuicio que sufre la persona, sea en materia de responsabilidad del Estado o de los particulares.

Introducción

La tipología de los perjuicios corporales hace referencia a los diferentes tópicos indemnizatorios que han utilizado las Altas Cortes Colombianas, y que ha sido abordada por la doctrina, para reparar a las víctimas que en procesos de responsabilidad han reclamado la reparación de varios derechos o intereses lesionados. En Colombia, hay tratados importantes y debates rigurosos, pero no se ha llegado a la delimitación intensiva para la reparación de estos perjuicios.

En Colombia, se necesitó un primer reconocimiento jurisprudencial de los perjuicios corporales, para reforzar su establecimiento dentro del sistema jurídico, para luego poder decantar cuales hechos, circunstancias y derechos merecían ser tenidos en cuenta o excluidos de dicha tipología de perjuicio. Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia en fallo del 21 de julio de 1922 sostuvo lo siguiente:

"todo derecho lesionado requiere una reparación a fin de que se conserve la armonía en la convivencia social, pues aparte de las sanciones penales que se refieren a la seguridad pública, es preciso que la persona ofendida sea en lo posible indemnizada por quien menoscabó sus derechos" Cursiva fuera de texto.

Una vez superado este proceso se procedió a diferenciar de otro tipo de daños. En conclusión, se tiene un activismo judicial general por la protección de la dignidad humana como elemento principal, originario del deber de reparar.

El problema de la delimitación de los ámbitos de reparación de los perjuicios ha sido un asunto que no deja de suscitar arduas discusiones de un lado y de otro país del continente suramericano.

(Los daños a las personas) convocan a problemas reiterados, y suscitan perplejidades e incógnitas; particularmente, para delinear rubros reparables y reflejarlos en montos equitativos (Zavala de Gonzáles, 2008)

Se está en cierta medida, de acuerdo con aquellos que al considerar la inclusión de nuevas subtipologías de daño en las existentes patrimoniales y morales, significa definitivamente incluir nuevas clasificaciones sin mutar de paradigma: “*derramar vino nuevo en odres viejos y ya desvencijados*” (Burgos, 2008).

E incluso, vale la pena traer a juicio aquella tendencia que es todavía más radical, que considera que es preferible una redefinición de las mismas líneas divisorias de los conceptos indemnizables y pues la clásica distinción entre “daño moral” y “daño patrimonial” debería dejar paso a líneas divisorias diferentes (Acciarri & Irigoyen, 2009)

Sin embargo, no puede dejarse de lado las consideraciones que la doctrina nacional ha traído sobre el peligro que implica un cambio de paradigma de tal magnitud:

No participo del criterio de quienes plantean la necesidad de construir un orden autónomo de perjuicio inmaterial para identificar la afectación de cada uno de los derechos en juego, y aluden, entre otros, a los daños psicológico, estético, sexual y a la vida de relación. Podría llegarse de este modo, a una explosión de categorías, que en mi opinión, lejos de contribuir a la precisión conceptual de dicho perjuicio

inmaterial, supondría su indefinición permanente. Además, como lo observa el profesor Navia, no puede perderse de vista que, por la “dificultad de trazar linderos precisos entre los varios daños existentes, se corre el riesgo de indemnizar varias veces a la víctima por el mismo concepto o de solo indemnizarla parcialmente” (Burgos, 2008, p.10).

Este riesgo de indeterminación constante fue también analizado por el profesor Burgos (2008), quien adjudicó al problema una cita literaria suficientemente ilustrativa:

“cierta enciclopedia china que dividía a todos los animales del mundo, en a) pertenecientes al Emperador, b) embalsamados, c) amaestrados, d) lechones, e) sirenas, f) fabulosos, g) perros sueltos h) incluidos en esta clasificación, i) que se agitan como locos, j) innumerables, k) dibujados con un pincel finísimo de pelo de camello, l) etcétera, m) que acaban de romper el jarrón, n) que de lejos parecen moscas (p.20)”

Este sistema clasificatorio acaba por terminar en caos, lo que en derecho significa la negación de la indemnización para víctimas que merecen ser resarcidas.

En la presente monografía se intentará delimitar la tipología de los perjuicios con ocasión al daño corporal, planteando problemáticas traídas por la doctrina y además se aclarará la forma de indemnizarlos.

Capítulo 1

Conceptos generales de daños y perjuicios

En este capítulo inicial se preceptuará la concepción de daño y perjuicio, sus clasificaciones, y en especial el alcance del daño corporal en la jurisprudencia y doctrina nacional.

En el ordenamiento colombiano no se encuentra un concepto normativo de daño, pero el Código Civil prescribe las formas de liquidar el daño de la siguiente manera:

ARTICULO 1613. INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

ARTICULO 1614. DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE.

Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

1.1. Concepto de daño

Según la RAE (S.F.) el daño es “efecto de dañar”, a su vez dañar significa: “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia”.

Por otro lado, la doctrina considera la expresión daño de la siguiente manera:

- Como un detrimento, menoscabo o perjuicio que ha [sic] consecuencia de un determinado acontecimiento experimenta una persona en sus bienes espirituales o patrimoniales. (Escobar, 2006.)
- El daño es un fenómeno natural que tiene como consecuencia la pérdida, disminución o menoscabo sufrido por un sujeto de derecho.
- El daño es un hecho jurídico que debe evitarse o repararse siempre que así lo exija el ordenamiento jurídico, de manera que no toda lesión a intereses patrimoniales o extrapatrimoniales conlleva necesariamente a la intervención por parte del Derecho Positivo, pues se requiere de una calificación jurídica. (Ramos, 2004)
- Para el profesor DE CUPIS citado por Hineirosa (1967), el daño puede ser entendido como consecuencia de un hecho (jurídico) y el cual posee dos elementos estructurales: “*Uno – El elemento material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho físico (hecho considerado tanto en su creación, en su actuación – aspecto dinámico – como en su subsistencia – aspecto estático). Dos – El elemento formal, que proviene de la norma jurídica*”.

No obstante, es importante resaltar que el daño no es solamente una afectación a la esfera externa del sujeto o una vivencia subjetiva del mismo, porque para que tales repercusiones o vivencias alcancen el estatus de daños resarcibles, deben haber sido valoradas previamente por el ordenamiento jurídico como dignas de protección jurídica y de indemnización, en otras palabras, deben conllevar a una verdadera afectación que consecuentemente sea indemnizable (Isaza, 2012).

El daño es objeto del conocimiento común. Pero además de ser un fenómeno físico, puede integrar un fenómeno jurídico, es decir, susceptible de ser jurídicamente calificado y, desde este punto de vista, entra en los dominios del estudio de los juristas. [...] En cuanto hecho jurídico, el daño constituye, como se ha expresado, una especie del daño entendido simplemente como fenómeno de orden físico. El que no todos los fenómenos del orden físico obtengan relevancia jurídica, es un principio general válido también en lo concerniente al daño. El derecho elige los hechos que quiere investir de una calificación propia; (...) La elección recae, ante todo, en el daño ocasionado por un acto humano antijurídico, y es éste, precisamente, su aspecto visible. (...) La antijuridicidad no es más que expresión del valor preferente reconocido por el derecho a un interés opuesto, por lo general tomando en cuenta la apreciación dominante en la conciencia social. (De Cupis, 1975).

1.2. Daño antijurídico

Los requisitos que la ley exige para que el perjuicio que sufre una persona pase a ser responsabilidad de otra son: **la presencia de un daño jurídicamente**

relevante; ahora bien, la Jurisprudencia del Consejo de Estado (2012, Exp.: 21.747) define el daño antijurídico de la siguiente manera:

“El daño antijurídico es una entidad jurídica que requiere para su configuración de dos ingredientes: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v.gr. la desaparición de una persona, la muerte, la lesión, etc.) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada. En este orden, el daño antijurídico no puede ser entendido como un concepto puramente óntico, al imbricarse en su estructuración un elemento fáctico y uno jurídico se transforma para convertirse en una institución deontológica dado que sólo la lesión antijurídica es resarcible integralmente en términos normativos (artículo 16 de la ley 446 de 1998) y, por lo tanto, sólo respecto de esta es posible predicar consecuencias en el ordenamiento jurídico. Es así como, sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga.”
Consejo de Estado.

De igual forma, la jurisprudencia de los altos tribunales también ha definido el daño antijurídico de la siguiente manera:

[P]ermite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado. En la responsabilidad del Estado, la imputación no se identifica con la causalidad material,

pues la atribución de la responsabilidad puede darse también en razón de criterios normativos o jurídicos. Una vez se define que se está frente a una obligación que incumbe al Estado, se determina el título con el cual se atribuye el daño causado por el agente a la entidad a la cual pertenece, esto es, se define el factor de atribución (la falla del servicio, el riesgo creado, la igualdad de las personas frente a las cargas públicas). Atribuir el daño causado por un agente al servicio del Estado significa que éste se hace responsable de su reparación, pero esta atribución sólo es posible cuando el daño ha tenido vínculo con el servicio. Es decir, que las actuaciones de los funcionarios sólo comprometen el patrimonio de las entidades públicas cuando las mismas tienen algún nexo o vínculo con el servicio público. Consejo de Estado, Sección Tercera, (1999) Sentencia Exp.10922.

Pero el daño antijurídico no ha sido un tema único de la jurisprudencia del Consejo de Estado, recientemente la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia abordó este concepto de la siguiente manera:

“El sufrimiento de un mal, menoscabo o detrimento en sentido ‘natural’ no es motivo suficiente para considerar la presencia de un daño resarcible, pues debe tratarse de una lesión a un bien jurídico que goza de protección constitucional o legal, de suerte que dicha trasgresión faculta a su titular para exigir su indemnización por la vía judicial, es decir que el bien vulnerado ha de tener un valor para el derecho, y tal situación se deduce del amparo que el ordenamiento le otorga. El criterio para establecer la existencia del daño es, entonces, normativo; lo que quiere decir que los valores, principios y reglas del propio sistema jurídico dictan las pautas

para determinar lo que debe considerarse como daño. “Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, (2016) Sentencia 05001-31-03-003-2005-00174-01.

Continúa la sentencia trayendo los siguientes lineamientos doctrinales:

[A]un cuando el hecho causa y el hecho resultado pertenecen al mundo de la realidad natural, el proceso causal va a ser en definitiva estimado de consuno con una norma positiva dotada de un juicio de valor, que servirá de parámetro para medir jurídicamente ese encadenamiento de sucesos. Para la debida comprensión del problema, ambos niveles no deben confundirse. De este modo, las consecuencias de un hecho no serán las mismas desde el punto de vista empírico que con relación al área de la juridicidad. En el iter del suceder causal el plexo jurídico sólo toma en cuenta aquellos efectos que conceptúa relevantes en cuanto pueden ser objeto de atribución normativa, de conformidad con las pautas predeterminadas legalmente desinteresándose de los demás eslabones de la cadena de hechos que no por ello dejan de tener, en el plexo ontológico, la calidad de “consecuencias”. (Cita tomada de Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de septiembre de 2016, Exp.: 05001-31-03-003-2005-00174-01, la relación de causalidad en la responsabilidad civil. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2011, p. 8).

Finalmente, el doctrinante Henao (1998), en su obra “El Daño”, determina el mismo como: “la alteración negativa de un estado de cosas existente”, agregando además que es evidente que el daño, a pesar de ser requisito necesario, no es suficiente para la configuración de la responsabilidad, o en los términos del jurista: [E]s lo que ocurre en dos hipótesis: el daño existe pero no se puede atribuir al demandado, como cuando aparece demostrada una de las

causales exonerativas; o el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre”.

1.3. Diferencias entre daños y perjuicios

Es importante realizar una diferenciación entre daño y perjuicio, toda vez que el tema resulta de gran importancia, pues el mismo es un concepto diferenciador necesario al momento de indemnizar. Podemos decir que los perjuicios son la consecuencia de un daño y que los mismos son los que se reparan por el agente dañoso o responsable.

No obstante, a lo anterior, debemos atender el pronunciamiento jurisprudencial expuesto por el Consejo de Estado en sus inicios como corporación, donde confundía la diferenciación de los anteriores conceptos, diciendo así:

Es obvio que el verbo dañar que emplea el artículo citado equivale a hacer daño y que la palabra daño equivale exactamente a perjuicio. Como sinónimas emplea la Corte Suprema estas expresiones en el siguiente párrafo de una sentencia suya que aclara también lo que debe entenderse por perjuicio material que es precisamente todo hecho que menoscaba el patrimonio económico de una persona. Dice la Corte, queriendo contrastar las expresiones perjuicio material y perjuicio moral: "Daño o perjuicio material es el que consiste esencialmente en una disminución o quebranto de un bien en un sentido pecuniario, y que puede afectar a una persona en su patrimonio" Según esa autorizada definición del daño o perjuicio material, cualquier acto que disminuya un elemento del patrimonio se debe entender que causa, perjuicios o daños materiales, o sea, económicos. Consejo de Estado, Sección Tercera. (31 de julio de 1985) Sentencia (Sin expediente).

Como puede verse, la definición no es suficientemente clara, es más, podríamos decir que la misma confunde los términos entre sí. La definición del doctrinante Henao (2007), como precursor de esta diferenciación, determina que “el daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil (...) se plantea con claridad una relación de causalidad entre el daño –como hecho, como atentado material sobre una cosa, como lesión- y el perjuicio –menoscabo patrimonial que resulta del daño, consecuencia del daño sobre la víctima”.

Ahora bien, por su parte, la Corte Suprema de Justicia ha determinado lo siguiente sobre las diferencias que suscitan entre ambos conceptos analizados:

El daño, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó. Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (13 de diciembre de 1943) Sentencia (Sin expediente).

Si bien las sentencias citadas son antiquísimas, consideramos su importancia para dar claridad en los temas, pues actualmente se sigue presentando en la jurisprudencia confusiones en el manejo del lenguaje técnico el cual resulta necesario para el correcto desarrollo doctrinario.

Por otro lado, esta discusión de la diferenciación entre daño y perjuicio es tratada por Tamayo (2015) desde otra perspectiva diciendo que para aquellos que consideran el daño como la destrucción, lesión o muerte de una persona, y perjuicio como la disminución patrimonial o

extra patrimonial que sufre una persona en consecuencia del daño, estarían incurriendo en un error conceptual.

Por consiguiente, para el profesor Tamayo el “daño o perjuicio son lo mismo, toda vez que el daño antijurídico no es un concepto material o físico, sino un concepto relativo a la disminución de una ventaja económica o extrapatrimonial no prohibida por el Estado. Y si esta lesión jurídica se deriva del deterioro o destrucción de un objeto físico, hay dos daños: uno físico y otro jurídico, siendo este último el que constituye elemento de la responsabilidad civil.” (Ibídem)

Crítica el doctrinante Tamayo al decir que “La distinción entre daño y perjuicio, tal y como ha sido planteada por la doctrina que defiende la distinción, es sugestiva, aparentemente, ya que es posible que la acción que causa daño físico por la destrucción o deterioro de una cosa, no genere desventajas patrimoniales o extrapatrimoniales a nadie. O que sí produzca, al mismo tiempo, un daño económico o extrapatrimonial.” (Ibídem)

En otras palabras, un daño físico puede generar un daño o un perjuicio de naturaleza jurídica, es decir, de relevancia para el ordenamiento jurídico, o todo lo contrario puede existir un daño de naturaleza jurídica que no sea resultado de daños físicos a bienes o personas (Daños extrapatrimoniales)

Lo anterior lo reitera Tamayo, partiendo de una lógica conceptual al resaltar que concepto de daño antijurídico, anteriormente desarrollado en esta monografía, vale la pena citar las palabras del doctrinante:

el daño o perjuicio en sentido jurídico no siempre requiere un daño en sentido físico. Si como consecuencia de la inseguridad generada por la afectación del orden público una finca pierde todo su valor económico, sin que se deteriore físicamente en lo más mínimo, habrá un daño en sentido jurídico, equivalente a la desvalorización del inmueble. Y si se lesiona la dignidad de una persona, habrá un daño jurídico, sin daño físico. En ambos ejemplos, hay daño o perjuicio en sentido jurídico, pero no hay daño en sentido físico. (Ibídem)

Siguiendo la lógica planteada por Tamayo Jaramillo, un daño de carácter físico que a la persona genera por sí solo un daño o perjuicio en sentido jurídico, pues la vida y la integridad personal son ventajas que posee lícitamente el perjudicado, así no sufra lucro cesante o daño emergente.

CAPÍTULO 2

Formas de reparación y liquidación de los perjuicios por daños corporales.

Anteriormente se analizó lo relacionado a la responsabilidad, el daño y el perjuicio a la luz de la jurisprudencia de las Altas Cortes, ahora, entrando en materia; específicamente en la reparación y liquidación de los perjuicios con ocasión a los daños de carácter corporal, se pretende estudiar la tipología de los perjuicios de manera general hasta llegar al tema que objeto de análisis, para posteriormente tratar sobre la forma de liquidar y los rubros indemnizables, finalizando con algunos problemas prácticos tomados directamente de la jurisprudencia nacional.

2.1. Tipología del perjuicio:

Inicialmente, perjuicio consiste en provocar detrimento a alguien o algo (Definición.de, S.F.), en materia jurídica los perjuicios se dividen en dos grandes grupos los materiales y los inmateriales, siendo los primeros como aquellos que se perciben en un detrimento patrimonial debido a una afectación material, es decir; el patrimonio de la víctima directa o indirecta se ve menoscabado por el hecho dañoso que no estaba jurídicamente obligado a soportar; en cuanto a los segundos (inmateriales), son de una naturaleza no pecuniaria, que en principio no generan un detrimento en el patrimonio del sujeto dañado; no obstante, esta revestido de tales dimensiones que son indemnizable y deben ser reparados.

Ahora bien, se deben analizar estas dos grandes clasificaciones:

2.1.1. Perjuicios materiales:

Los perjuicios materiales son esencialmente patrimoniales, económicos y onerosos, al respecto Isaza (2015) en su obra de la cuantificación del daño: Manual teórico-práctico, define lo siguiente:

[...] el perjuicio patrimonial está representado por las consecuencias o repercusiones del daño en la esfera económica del reclamante. La medida de esas consecuencias en su patrimonio determina el alcance o el valor del derecho a ser indemnizado por concepto del perjuicio patrimonial.

Ahora bien, se debe recurrir a los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, los cuales enuncian lo siguiente:

Artículo 1613. Indemnización De Perjuicios. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente.

Artículo 1614. Daño Emergente Y Lucro Cesante. Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

Como se puede observar, de la lectura de este cuerpo normativo se desprende que la indemnización de estas clases de perjuicios son comprendidos por el daño emergente (*damnum emergens*) y lucro cesante (*lucrum cessans*), lo anterior es reiterado por la jurisprudencia, vale la pena citar la sentencia del 27 de septiembre de 1990, del Consejo de Estado, exp 5835, la cual dice: “Se clasifican como emergentes y como lucro cesante [...] hechos que son objetos de reparación en el sistema legal colombiano, tanto en el campo contractual, como extracontractual (art 1613 y 1614 del C.C.).”

Se estudiará la subclasificación tratada:

- *Concepto de Daño Emergente (damnum emergens).*

Encuentra su fuente normativa en el artículo 1614 del Código Civil, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha definido el alcance de este concepto, citando la sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp.: 13.168, Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez, el cual precisa:

[E]l daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad –para el afectado- de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración.

Ciertamente el profesor Henao en su libro ya citado, *El daño*, referenciando al profesor *DE CUPIS*, determina que:

[Q]ue el daño emergente puede ser tanto como futuro y lo mismo puede ser el lucro cesante, lo que significa que no puede asimilarse la noción de daño emergente con daño pasado y lucro cesante con daño futuro, pues este último, que siempre tiene la condición de futuro respecto a momento en que se ha producido (en cuanto su objeto es un interés futuro), puede ser presente o futuro relacionado con el instante que se produce el juicio. Con lo que se quiere significar que puede haber tanto daño emergente como lucro cesante pasado y futuro. (Henaó, 2007, citando a DE CUPIS, p. 198)

Lo anterior significa que existe daño emergente futuro y pasado, en relación con la sentencia que liquida el perjuicio, o lo que es lo mismo, consolidado y futuro.

El daño emergente consolidado es aquel que ya se materializó antes del momento de liquidación de estos, de ahí que su tasación depende de la valoración que haga el juez sobre las pruebas que hubiese aportado el demandante. En este evento no hay probabilidades de la ocurrencia del daño sino certeza de su ocurrencia. (Isaza, 2015)

En cambio, el daño emergente futuro se refiere a un perjuicio que a futuro la víctima sufrirá y que consecuentemente es alegado por ella al momento de la demanda, es aquel valor económico que saldrá del patrimonio del demandante con posterioridad a la fecha de liquidación de los perjuicios patrimoniales. (González, 2005)

- *Concepto de Lucro Cesante (lucrum cessans).*

Ahora bien, el lucro cesante, según el artículo 1614 del Código Civil, se entiende como la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardando su cumplimiento.

La definición dada por el doctrinante Mosset (2016), en su obra Responsabilidad por Daños, determina que el lucro cesante no es otra que la ...utilidad o ganancia cierta y no puramente eventual o hipotética, de la cual es privada la víctima. En otras palabras, es el cese de ingresos, de dinero, ganancia, réditos, utilidades, que surge como consecuencia del perjuicio causado por el sujeto dañoso.

El Consejo de Estado, en su Sección Tercera, mediante la Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp 13.168, Consejero Ponente, Mauricio Fajardo Gómez, determinó que “el lucro cesante es la ganancia frustrada, la cual puede ser futura o pasada, vale la pena resaltar lo dicho por este Alto Tribunal, así: Corresponde, entonces, a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima”.

2.1.2. Perjuicios inmateriales.

Se debe precisar que los mismos no son medibles, como lo son los materiales, éstos se reconocen y se indemnizan de conformidad a los avances jurisprudenciales de cada época, toda vez que no existe una norma jurídica que determine la forma de pagarlos, en otras palabras, estos perjuicios son una construcción dinámica por parte de los jueces.

El primer antecedente jurisprudencial que reconoce los perjuicios inmateriales en Colombia se remite al 21 de julio de 1922, donde la Corte Suprema de Justicia determinó que el Daño Moral, es la congoja, aflicción, la perturbación del ánimo (Henaó, 2007), es en la referenciada sentencia que se plantea una interpretación subjetiva en la valoración del daño.

Como argumento, del Alto Tribunal de la época precisó lo siguiente:

El Tribunal violó los artículos 1494, 2341 y 2366 del Código Civil, porque dichos artículos ni limitan el daño de que ellos hablan al solo patrimonio, que se traduce en menoscabo pecuniario, sino que contemplan también los bienes que tienen valor de afección explícitamente reconocidos por el artículo 483 del Código Civil [...] Esa cosa no puede ser otra que un monumento artístico, que por sí solo, o con los restos si se pueden sustituir, colme el vacío que produjo el quebranto moral del demandante. Ahora bien, dada la posición de los interesados, su cultura, la magnitud del pesar causado, etc., estimamos que el mausoleo o monumento en referencia tiene que ser de un costo no menor de tres mil pesos (\$3.000). Por todo lo expuesto avaluamos los perjuicios que se nos ordenó apreciar, en la suma de tres mil pesos (\$3.000) moneda corriente.

Como puede verse, la Corte Suprema de Justicia buscó la reparación no solo de dinero, sino que ese quebrante moral tenía que ser reparado con un monumento artístico.

Ahora bien, actualmente la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado reconoce tres tipos de perjuicios inmateriales, los cuales son:

- Perjuicio moral;

- Daños a bienes constitucionales y convencionales.

- Daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico), derivado de una lesión corporal o psicofísica.

Actualmente, el Consejo de Estado unificó los criterios de indemnización de los perjuicios inmateriales, siendo unánime en la siguiente definición de daño moral: “El concepto se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de agosto de 2014, Sentencia 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251))

Adicional se tiene que el daño moral se subdivide además en daños morales causados, por muerte, lesiones, y privación injusta de la libertad.

Por otro lado, en la Corte Suprema de Justicia, el 13 de mayo de 2008, inicia hablando del daño a vida en relación, clasificando el mismo como un perjuicio inmaterial, además determinó:

es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño –patrimonial o extrapatrimonial– que poseen alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no

pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad (Sentencia del 13 de mayo de 2008, Corte Suprema de Justicia expediente: 1997-9327-01)

Posterior a esta sentencia, la Corte Suprema de justicia, a la par de los avances jurisprudenciales del Consejo de Estado, el 5 de agosto de 2014 indemniza la lesión a bienes jurídicos constitucionales, precisa:

Desde esta perspectiva, y en contraposición al daño estrictamente patrimonial, el perjuicio extrapatrimonial no se reduce al tradicional menoscabo moral, pues dentro del conjunto de bienes e intereses jurídicos no patrimoniales que pueden resultar afectados mediante una conducta dolosa o culposa se encuentran comprendidos aquéllos distintos a la aflicción, el dolor, el sufrimiento o la tristeza que padece la víctima. En este contexto, son especies de perjuicio no patrimonial – además del daño moral– el daño a la salud, a la vida de relación, o a bienes jurídicos de especial protección constitucional tales como la libertad, la dignidad, la honra y el buen nombre, que tienen el rango de derechos humanos fundamentales. (Corte Suprema de Justicia, 5 de agosto, Sentencia SC10297-2014)

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia determina que el daño a la vida de relación es conceptualmente distinguible del patrimonial y del daño a la salud, para lo cual expone que:

Para precisar el significado de esta noción, en el mismo fallo se partió de la jurisprudencia elaborada por el Consejo de Estado sobre esta clase de daño, y en tal sentido se puntualizó cómo éste “no consiste en la lesión en sí misma, sino en las

consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre...”. De igual modo se aclaró, con apoyo en la doctrina, que “el daño a la vida de relación es conceptualmente distinguible del patrimonial y del daño a la salud, y puede coincidir con uno u otro, o presentarse cuando ambos están ausentes”.

(Ibidem)

Una sentencia más reciente sobre el tema fue emitida en el 2016 por la Corte Suprema de Justicia, que reitera los antecedentes mencionados, así:

Dentro de esta clase de daños se encuentra el perjuicio moral, respecto del cual esta Corte tiene dicho que hace parte de la esfera íntima o fuero psicológico del sujeto damnificado, toda vez que sólo quien padece el dolor interior conoce la intensidad de su sufrimiento, por lo que éste no puede ser comunicado en su verdadera dimensión a nadie más. De ahí que el perjuicio moral no es susceptible de demostración a través de pruebas científicas, técnicas o directas, porque su esencia originaria y puramente espiritual impide su constatación mediante el saber instrumental. Por cuanto el dolor experimentado y los afectos perdidos son irremplazables y no tienen precio que permita su resarcimiento, queda al prudente criterio del juez dar, al menos, una medida de compensación o satisfacción, normalmente estimable en dinero, de acuerdo a criterios de razonabilidad jurídica y de conformidad con las circunstancias reales en que tuvo lugar el resultado lamentable que dio origen al sufrimiento. (Sentencia del 24 de agosto de 2016, Corte Suprema de Justicia, M.P.: Ariel Salazar Ramírez, Radicación # 05001-31-03-003-2005-00174-01 142)

Es importante resaltar la advertencia que realiza la Corte Suprema de Justicia sobre el alcance de los perjuicios extrapatrimoniales, diciendo que los mismos no son ilimitados, vale la pena citar lo dicho por la Corte, así:

Lo anterior, desde luego, «no significa de suyo que esa clase de reparación sea ilimitada, bastándole por lo tanto a los demandantes, en un caso dado, reclamarla para dejarle el resto a la imaginación, al sentimiento o al cálculo generoso de los jueces». (CSJ, SC del 15 de abril de 1997) La razonabilidad de los funcionarios judiciales, por tanto, impide que la estimación del daño moral se convierta en una arbitrariedad. Esta razonabilidad surge de la valoración de referentes objetivos para su cuantificación, tales como las características del daño y su gravedad e intensidad en la persona que lo padece; de ahí que el arbitrium iudicis no puede entenderse como mera liberalidad del juzgador. (Sentencia del 24 de agosto de 2016, Corte Suprema de Justicia, M.P.: Ariel Salazar Ramírez, Radicación # 05001-31-03-003-2005-00174-01 142)

Sobre la cuantificación de los perjuicios inmateriales, a raíz de las sentencias anteriormente referenciadas, se puede decir:

- En el 2008, se reconoció una indemnización de \$90.000.000 de pesos, por concepto de vida en relación, mediante la sentencia del 13 de mayo de la Corte Suprema de Justicia con expediente: 11001-3103-006-1997-09327-01. MP. Cesar Julio Valencia Copete.

- En el 2011, por el concepto de daño moral la suma de \$53.000.000 de pesos, mediante la sentencia del 17 de noviembre de la Corte Suprema de justicia expediente: 11001-3103-018-1999-00533-01. MP. William Namén Vargas.
- En el 2012, por el concepto de daño moral la suma de \$55.000.000, Sentencia del 9 de julio de 2012, Corte Suprema de Justicia, con expediente 11001-3103-006-2002-00101-01. MP. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ.
- En el 2013, se pasó a una indemnización de \$140.000.000 de pesos por vida en relación, Sentencia del 9 de diciembre de 2013, Corte Suprema de Justicia, M.P.: Ariel Salazar Ramírez, radicado: 88001-31-03-001-2002-00099-01.
- En el 2014, se reconocieron \$20.000.000 de pesos por lesión a bienes jurídicos constitucionales (Buen nombre), Sentencia SC10297-2014 del 5 de agosto de 2014, Corte Suprema de Justicia, M.P.: Ariel Salazar Ramírez.
- En el 2016, los perjuicios morales se tasaron en la suma de \$60'000.000, Sentencia del 24 de agosto de 2016, Corte Suprema de Justicia, M.P.: Ariel Salazar Ramírez, Radicado nº 05001-31-03-003-2005-00174-01 142.

2.1.2.1. Reflexiones sobre Daño a los bienes personales de especial protección constitucional. Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, como se abordó en líneas anteriores, la Corte Suprema de Justicia ha hablado de una especie de perjuicio inmaterial que vale la pena resaltar, el cual son los daños con ocasión

a los bienes personales de especial protección constitucional, la providencia que definió e indemnizó esta clase de perjuicios fue la Sentencia del 5 de agosto del 2014, con ponencia del magistrado Ariel Salazar Ramírez y radicado 11001310300320030066001, en la cual la Corporación indemnizó perjuicios por vulneración al derecho al buen nombre, tema relevante que no se había tratado aún por dicha corte.

Ahora bien, plantea la Corte que esta clase de perjuicios son autónomos con la indemnización patrimonial y que nunca puede buscarse una doble indemnización, una a raíz de un menoscabo patrimonial en razón de la violación del derecho de relevancia constitucional y otra a razón del daño moral causado, es decir, “... si el daño al buen nombre coincide con la afectación del patrimonio de la víctima, y en la demanda se reclaman sendas indemnizaciones, entonces no será posible conceder ambas pretensiones porque en tal caso se estaría en presencia del mismo perjuicio, imposible de ser reparado por partida doble, dado que uno converge en el otro”. (Ibídem)

No obstante a lo anterior, es preocupante el amplio margen de aplicación que le dio la Corte Suprema de Justicia a esta clase de perjuicios, puesto que solo se requiere la vulneración a un derecho, aunque este no tenga una consecuencia, por tal razón nos preguntamos, ¿Cualquier violación a garantías fundamentales generaría el pago de estos perjuicios?, vale la pena la pregunta, puesto si planteamos el siguiente ejemplo: Toda muerte de una persona no es otra cosa que una vulneración al derecho a la vida, el cual es un derecho de relevancia constitucional. Ergo se debería pagar estos perjuicios en todos los casos donde la víctima fallezca. Dice la Corte:

El daño se configura cuando se demuestra la violación culposa de ese bien jurídico, sin que se requiera la presencia de ninguna otra consecuencia. Es decir que,

una vez acreditada la culpa contractual y la vulneración de la garantía fundamental como resultado de ese incumplimiento, se tiene por comprobado el detrimento al bien superior que es objeto de la tutela civil, y en ese momento surge el interés jurídico para reclamar su indemnización, porque el daño resarcible se identifica con el quebranto que sufre el derecho de estirpe constitucional” (Ibídem)

Da mucho que pensar este tipo de perjuicios, pues solo requiere culpa como elemento modulador de la responsabilidad. Se considera entonces como un perjuicio desmedido que requiere más modulación, siendo esto también prueba de la necesidad de crear una norma jurídica que regule la indemnización de perjuicios, pues el arbitrio judicial no genera garantías suficientes a las partes.

Sobre la culpa en estos casos de perjuicios por afectaciones de bienes personalísimos, resaltamos la apreciación traída por Tamayo (citado por Pantoja, 2015), al decir que ...la culpa, en su pureza ontológica, es de imposible demostración. Por ello hay que decir que jamás se podrá llegar a una culpa probada, ya que la experiencia no permite arribar a tal resultado. Lo cual permite preguntar, ¿Cuándo se viola una garantía constitucional de manera culposa?, ¿la culpa si es suficiente, como modulador de la voluntad, para determinar la responsabilidad del agente dañoso?

De igual forma, Pantoja (2015), precisa que en la acción de daños y perjuicios son indispensables los conceptos de culpa e imputación, además de lo anterior resalta el autor que, al agente dañoso se le imputa un resultado si pudiendo evitarlo y estando obligado por el derecho a ello, no lo evitó.

Se resalta que la indemnización debe buscar es reparar a la víctima de un daño, que no es otra cosa volver a las cosas al estado en que se encontraban antes del siniestro, como lo dice Isaza (2015), referenciando a López y Trigo, ...la indemnización de daños tiene por objeto reponer – en la medida de lo posible – las cosas en su estado anterior (C. C., art 1083), sin convertirse en fuente de lucro para el damnificado y correlativamente en factor de explotación para el dañador.

El daño es el epicentro de la responsabilidad, tal como lo preceptúa Prevot (2008) “el eje de la responsabilidad civil resarcitoria está constituido por la producción de un daño injusto, el cual debe lesionar un interés del actor y haber sido causado adecuadamente por un hecho jurídicamente atribuible al demandado por mediar un motivo que torne justa responsabilidad”, se vuelve a resaltar que por el hecho de dañar puede causarse una afectación a un interés tutelado constitucionalmente, como la salud, pero se resalta que debe existir un perjuicio, de resto solo se está generando a las víctimas a costa del causante.

Este tipo de fallos con tintes sancionatorios llevan a una inseguridad jurídica, pues generan más preguntas que respuestas, puesto que solo se requiere una infracción a un interés tutelado, lo cual contraria de manera evidente el carácter indemnizatorio de los daños, además no se limita quien puede recibirlos (víctima directa o indirecta). No obstante, es importante resaltar la limitación de convergencia de pretensiones que trae esta decisión judicial, pues cuando se busca la reparación de estos bienes personalísimos, sea de manera patrimonial y extramatrimonialmente, en ningún momento podrá ser en partida doble, es decir, si hay detrimento patrimonial por la vulneración de estos derechos, solo podrá cobrarse lo patrimonial y no procedería el pago del rubro de manera extrapatrimonial.

2.1.2.2. Daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. Consejo de Estado.

Sobre esta clase de daños, el Consejo de Estado mediante sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 26.251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, determinó que en caso de violaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados se debería tomar medidas de reparación integral no pecuniarias, no obstante en casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral, podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud.

Hay que resaltar varias cosas en lo planteado por la Corporación:

a) Aquí el sujeto dañoso es el Estado, sus agentes o todo aquel que ejerza función pública, por consiguiente, debido a su deber de protección especial con los ciudadanos, es admisible una reparación más allá de lo material, toda vez que en situaciones de complejidad en materia de derechos humanos, como barbaries, masacres, desapariciones, etc., no solo el dinero consigue indemnizar. Se debe buscar entonces medios para recordar y procurar la no repetición, es decir, una reparación realmente integral, especialmente en el caso del Estado dañador, pues sale de toda lógica que aquel depositario de los fines consagrados en la Constitución Política cause perjuicios violatorios de derechos humanos.

La reparación integral, como lo explica el Consejo de Estado, mediante sentencia N° 2107649 del 12 de octubre de 2017, con ponencia del consejero DANILO ROJAS BETANCOURTH, significa:

En este **género de medidas de reparación integral**, en clave de transformación de las condiciones estructurales que dieron lugar a la victimización, además de las políticas generales que puedan implementarse en el marco de la relación vertical que existe entre el Estado y las víctimas a propósito de la legislación vigente sobre la reparación de aquellas, **también debe tenerse como insumo el componente simbólico que pueda ser aportado por los sujetos pasivos de las acciones vulneradoras, elemento este que sólo puede ser aprehendido por el obligado a llevar a cabo la reparación** cuando a los afectados se los empodera para liderar los procesos de redefinición de imaginarios que se lleven a cabo en el marco de la rehabilitación.

Las medidas de satisfacción, rehabilitación y no repetición como las simbólicas, no se predicen únicamente de los eventos donde el daño provenga de las graves violaciones a derechos humanos, sino también del daño ocasionado a derechos fundamentales que impliquen afectaciones subjetivas en el sujeto afectado; verbigracia, la rectificaciones que deben efectuar los medios de comunicación cuando publican impresiones que afectan el derecho de un particular en su buen nombre y honra.

b) Este tipo de indemnización por regla general es simbólica y no patrimonial, en contraposición de la Corte Suprema de Justicia debido a que aquí se opta por otros medios de reparación distintos al resarcimiento patrimonial para sanar el dolor, congoja y sufrimiento

causado a la víctima, encontramos que la jurisdicción de lo contencioso administrativo intenta regular vía jurisprudencia los escenarios posibles, y busca además una reparación simbólica, que dicha reparación sea totalmente integral, dejando claro a los litigantes y a la víctima directa la procedencia de este tipo de reparación y no permitiendo que concurra el rubro cuando exista daño a la salud. En este apartado la Corte Suprema de Justicia no establece parámetros o reglas específicas para su interpretación lo cual puede ser un reclamo indiscriminado de este concepto.

Por otro lado, es cuestionable que solo la víctima directa pueda ser reparada por este tipo de perjuicios, pues implicaría pensar que las víctimas indirectas no sufren violación a sus garantías constitucionalmente protegidas por la ocurrencia del daño, como la perturbación al derecho a la familia, por ejemplo.

c) Sobre la prohibición que consignó el Consejo de Estado, respecto a la no concurrencia de indemnización del daño a la salud y la afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, debemos decir primeramente que:

- Las afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, versan sobre un daño autónomo, es decir, no depende de otras categorías de daños.
- No está condicionado a la configuración de otros daños tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral.
- No depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

La jurisprudencia de los Contencioso Administrativo con respecto a la reparación por daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados considera que este daño se repara a través de medidas de carácter no pecuniario, medidas no indemnizatorias a las cuales solo tendrá derecho la víctima directa de la lesión, así como su núcleo familiar más cercano. Excepcionalmente, a consideración del juez, si estas medidas no resultan suficientes, podrá ordenarse una indemnización pecuniaria hasta de 100 SMLMV, siempre y cuando la indemnización no se reconozca con fundamento en el daño a la salud.

d) La indemnización simbólica es un medio idóneo para reparar este tipo de perjuicios, la congoja que sufre la víctima no se repara con dinero, pues no es una reparación es una compensación a estas, los daños extrapatrimoniales no son monetizables; la violación de derechos fundamentales y derechos inherentes a la persona humana por parte del Estado, requiere algo más allá del dinero, como por ejemplo una obra artística para recordar la no repetición o una disculpa pública. Habrá que analizar cada caso concreto, pues existirán casos que requieran ambas cosas, es decir, una reparación simbólica y una económica, por la gravedad de los mismos, por lo cual no pueden ser excluyentes, pero a criterio del juez se puede determinar cuándo opera una o cuando operan ambas.

2.2. Sobre los perjuicios con ocasión de daños corporales.

2.2.1. ¿Qué se entiende por daños corporales?

Se debe resaltar que los daños corporales no son otros que daños a la persona, podemos traer las palabras del doctrinante Fernández (2003), en su libro Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y daño moral en el cual plantea que "no existe ningún daño al ser humano que no sea un 'daño a la persona', con prescindencia de su origen, de los aspectos

de la persona que compromete o afecta y de las consecuencias de todo orden (patrimoniales o no patrimoniales) que produce".

La real academia de la Lengua española preceptúa como corporal aquello “Perteneiente o relativo al cuerpo, especialmente al humano” (DRAE, recurso web consultado el 20 de septiembre de 2017), por consiguiente todo menoscabo al cuerpo del ser humano, es decir, todo daño corporal, es un daño a la persona, esta precisión conceptual necesaria para determinar los perjuicios consecuentes, que no son otros que los patrimoniales y extrapatrimoniales, anteriormente analizamos éstos en la jurisprudencia de las Altas Cortes, a continuación nos enfocaremos en la liquidación de los perjuicios patrimoniales con ocasión al daño a la persona.

2.2.2. ¿Cómo se liquidan los perjuicios patrimoniales con ocasión a los daños corporales?

El alcance conceptual del lucro cesante y el daño emergente, como los llamados a determinar el valor indemnizable al momento de reparar los perjuicios patrimoniales ocasionados por un daño, ahora bien, entremos a analizar de manera especial estos ítems de manera específica, la cuantificación e indemnización del daño emergente y lucro cesante.

2.2.2.1. Cuantificación e indemnización del Daño emergente:

Se debe resaltar que no existe legislación colombiana que oriente una cuantificación cierta o por lo menos una guía para reparar el daño emergente, no obstante, como lo resalta el profesor Rojas (2015) en su obra el daño a la persona y su reparación, según la jurisprudencia, “...toda erogación cierta, directa y personal, deberá ser reparada y *quantum* dependerá de la aplicación de una serie de fórmulas matemáticas que actualiza y ajustan su valor. “

El daño emergente no solo consiste en erogaciones de dinero, puesto que al considerarse ser así se entendería que aquellas personas sin las posibilidades de pagarse los tratamientos no se les pagaría este concepto, precisa Tamayo (2007):

“...en principio, la víctima directa tiene derecho a que se le desembolsen todos los gastos razonables que se haya visto precisada a hacer (daño emergente pasado) o que vaya a verse en necesidad de hacer (daño emergente futuro) en razón de una lesión.”

Por consiguiente, la necesidad de gastos futuros es un concepto importante al momento de indemnizar, lo cual es más que lógico en materia de daños a la persona, pues las mismas requieren bien sea prótesis, curaciones, tratamientos y cirugías futuras.

De igual forma, para el profesor Gaviria (2015), el daño emergente consiste en “toda pérdida, todo gasto o erogación en que se incurra como consecuencia de daño sufrido por la víctima”; ahora bien, el mismo puede derivarse de un daño corporal o material. Para Tamayo, este rubro (daño emergente) no lo podemos limitar a erogaciones solamente materiales, sino también a los gastos incurridos para la recuperación de los daños sufridos por la persona o para su efectiva recuperación.

Por otro lado, para la Corte Suprema de Justicia sentencia del 7 mayo de 1968 “el daño emergente involucra la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse responsabilidad”; además el Consejo de Estado, en sentencia del 4 de diciembre de 2006, con ponencia del Consejero Mauricio Fajardo Gómez, determinó que “ El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida con la consiguiente

necesidad, de efectuar un desembolso si lo quiere es recuperar aquello que ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima.”

Por otro lado, señala Rojas (2015) que la fórmula para liquidar el daño emergente depende de dos variables a considerar, la primera, la consolidación del daño en el tiempo y segunda del tipo de suma del que se trate (suma única o periódica). Vale la pena resaltar que Isaza (2015) comparte la posición de Rojas (2015) con respecto de liquidar los perjuicios de conformidad con sumas periódicas o únicas.

Ahora bien, las metodologías para calcular el daño emergente son las siguientes:

Consolidado o pasado.

Como se estudió anteriormente, se entiende pasado según la época que se dicta sentencia, toda vez que se deberá mirar si el daño se consolidó antes de entrar a liquidar.

Para cuantificar este tipo de daños debemos seguir los siguientes pasos, así:

✓ El **valor de erogación**, en otras palabras, la fuente del gasto como por ejemplo gastos hospitalarios, lo anterior requiere un suficiente respaldo probatorio.

Sobre este tema hay que dar una salvedad traída por Gaviria (2015) donde resalta que “el daño emergente deberá ser indemnizado aunque no se haya generado, a la fecha, el desembolso, por ejemplo, la falta de recursos [...] aunque la víctima no haya desembolsado suma de dinero alguna, el responsable deberá indemnizar el daño emergente causado, atendiendo que este perjuicio debe vincularse a una pérdida patrimonial y no, exclusivamente, a un desembolso.”

✓ Determinado el valor de erogación, se procede a **actualizar el valor al presente**, esto debido a la inflación, como es lógico, el dinero cambia en relación al tiempo, puede subir o bajar, por tal razón se debe actualizar la suma de erogación y para ello debemos recurrir al Índice de Precios al Consumidor, que son los valores actuariales traídos por el DANE, quien es quien certifica el IPC. Para realizar esta actualización se debe aplicar la siguiente formula:

$$Suma\ actualizada = Suma\ historica \times \frac{(IPC\ final)}{(IPC\ inicial)}$$

Siendo la suma histórica el valor que actualizamos, que no es otro que la erogación, y el IPC final es aquel que tomamos para la fecha de la liquidación, y el inicial aquel que se tiene del momento de la ocurrencia del gasto. Todos ellos certificados por el DANE.

Autores como Isaza (2015), establecen la formula anteriormente dicha no como una suma actualizada, si no renta actualizada (P.24), de igual forma Pantoja (2015) habla que está indexación se hace para conseguir una renta actualizada.

De igual nos parece importante resaltar la apreciación realizada por el profesor Rojas (2015), al decir que: “no es necesario aportar el valor del índice como prueba en el curso de un proceso específico ya que la Ley y la jurisprudencia han considerado que estos índices son hechos notorios”

✓ Finalmente actualizado el valor, pasaremos a pagar el daño emergente, con sus debidos intereses, que para los casos de responsabilidad civil es el 6% anual, toda vez que se aplica el interés puro que es el regulado por el Código Civil.

Vale la pena precisar que la tasa civil consignada en el artículo 1617 numeral 1, inciso 2, es una tasa efectiva, es decir es el rendimiento del capital en un periodo de doce meses, no obstante para efectos de la liquidación es bajo el parámetro de mes, toda vez que las fórmulas de Responsabilidad Civil trabajan con tiempo mensual, por tal razón esa tasa debe convertirse en una tasa nominal mensual, advirtiendo que es incorrecto dividir entre doce el interés civil, toda vez que de esta manera no se puede apreciar cual es el verdadero rendimiento del dinero en un periodo de tiempo inferior a un año, por tal razón debemos acudir a criterios auxiliares para encontrar la respuesta, y es la matemática financiera la que nos contesta, diciendo que para convertir un tasa efectiva a una nominal mensual debemos aplicar la siguiente formula (Ochoa, 2017):

$$i_n = \left\{ (1 + i)^{\frac{1}{12}} \right\} - 1$$

En donde:

i_n: La ta de interes en un periodo de tiempo;

i: La tasa de interes del periodo mayor a convertir en una tasa menor

Al aplicar esta fórmula notaremos que para un interés civil anual del 6% su tasa nominal mensual es del 0,004867, por tal razón de ahora en adelante cuando estudiemos

las fórmulas para liquidar los perjuicios, la constante i siempre será el valor de la tasa nominal mensual del interés civil mensual.

Ahora bien, teniendo claro lo anterior, hay que aplicar otra fórmula matemática para determinar el rendimiento del daño emergente, que no es otra cosa que la respuesta a la pregunta ¿cuanto rendimiento hubiera podido tener la víctima por el patrimonio perdido debido a la erogación de su patrimonio?, con la advertencia que se aplicarán de conformidad si es por concepto de una suma única o por sumas periódicas (cuotas), así:

- **Suma única.**

Aquí se paga son conceptos únicos y determinados, o en otras palabras sumas globales, por ejemplo una cirugía con precio determinado, la fórmula para su liquidación: (Isaza, 2015) (Rojas, 2015)

$$S = Ra (1 + i)^n$$

Siendo S : la indemnización resultante, Ra : El valor actualizado, que lo determinamos anteriormente, i : el valor de interés mensual que siempre será 0,004867, y n : que es igual al tiempo transcurrido desde el momento de la erogación hasta el momento que se hace la liquidación.

- **Suma periódica.**

Para las sumas periódicas o en otras palabras aquellas que su erogación se produce por cuotas y no en una suma única, la fórmula aplicada por la Corte Suprema de Justicia

en sentencia de 6 de septiembre de 2004, expediente 7576, MP Manuel Isidro Ardila Velásquez, es la siguiente:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Siendo S: la indemnización resultante, Ra: El valor actualizado, que lo determinamos anteriormente, i: el valor de interés mensual que siempre será 0,004867, y n: que es igual al tiempo transcurrido desde el momento de la erogación, hasta el momento que se hace la liquidación.

Futuro.

Ahora bien, este caso es de gran importancia pues el daño emergente futuro no es otro que aquel que no se ha consolidado al momento de la fecha del fallo judicial, o en otras palabras “se trata de un daño en el que se sabe, con razonable certeza, que existirá una erogación que se producirá en una época ulterior a la sentencia que ponga fin al litigio” (Ibídem, p57)

Para Tamayo (2007) ...el daño emergente futuro puede producirse en una fecha única, o diferirse en día a día. Ocurre lo primero cuando, v. gr., un año después de la liquidación del daño, la víctima debe someterse a una nueva intervención quirúrgica cuyo costo se paga en una sola fecha. Ocurrirá lo segundo cuando la víctima debe hacer desembolsos periódicos.

Ahora bien, la liquidación del daño emergente futuro tiene una metodología similar de liquidación al daño emergente consolidado, pero con variaciones significativas, pero se realizan las siguientes apreciaciones:

✓ No sería necesario actualizar la erogación (*sin perjuicio de que se deba actualizar hasta el momento de la liquidación*), pues la misma es hacia el futuro y carecería de sentido, como lo dice el profesor Rojas (2015) esta forma de liquidación lo que haces fungir como un pago anticipado. Por tal razón la formula a aplicar divide el interés y no lo suma, pues lo que busca esta es que esos gatos futuros y ciertos se le descuenta el rendimiento traído por la normativa civil, puesto que no se generarán.

✓ El daño emergente futuro supone un pago anticipado del gasto por parte del agente dañador.

✓ En este caso no se paga intereses, todo lo contrario se descuenta el interés puro del 6% para evitar un enriquecimiento sin causa.

○ **Suma única.**

Podemos encontrar la fórmula para aplicar en TAMAYO JARAMILLO (2007) (P.902)

$$S = R \frac{1}{(1 + i)^n}$$

Siendo S: la indemnización resultante, R: El valor de la suma única, i: el valor de interés mensual que siempre será 0,004867, y n: el tiempo, el cual es aquel desde la fecha donde se tendrá lugar la futura y cierta erogación menos la fecha que se realiza la liquidación.

De igual forma, Gaviria (2015) precisa que además de está formula es igualmente valida aplicar la siguiente (P.64):

$$Def: \frac{Va}{(1+i)^n}$$

Esta variación es solo una aplicación de las propiedades matemáticas de la multiplicación y división, pero en estricto sentido son la misma operación.

No obstante, para el profesor Gaviria (2015) en el daño emergente futuro si se actualiza el *quantum*, asunto que Rojas (2015) e Isaza (2015) no aplican.

Sobre el tema se considera razonable la posición dada por Gaviria, toda vez que se debe actualizar los valores históricos que se generen, verbigracia, si existe una cotización de los servicios que se van a generar, por tal razón se debe realizar una actualización de dicho valor histórico desde la fecha que se conozca el valor de la erogación (aunque no se haya sufragado), hasta la fecha de la sentencia.

○ **Suma periódica.**

Podemos encontrar esta fórmula en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 8 de agosto de 2013, radicado 11001-3103-003-2001-01402-01, MP DR. RUTH MARINA DÍAZ RUEDA.

$$S = R \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

Siendo S: la indemnización resultante, R: El valor de la suma única, i: el valor de interés mensual que siempre será 0,004867, y n: el tiempo, el cual es aquel desde la fecha donde cesará la erogación restando la fecha que se realiza la liquidación, si esta es vitalicia n será la expectativa de vida de la persona.

Ahora bien, como lo hemos mencionado, si la erogación es vitalicia se tendrá la expectativa de vida como un ítem de gran importancia, para determinar ésta, el ordenamiento jurídico Colombiano le dio la facultad a la Superintendencia Financiera de determinar mediante procedimientos actuarios la expectativa de vida los hombres y las mujeres, de conformidad las facultades conferidas por el artículo 45 del Decreto 656 de 1994 y el numeral 9 del artículo 11.2.1.4.2 del Decreto 2555 de 2010. Este cuadro de expectativa de vida se publicará a través de un acto administrativo.

Esta tabla de expectativa de vida se puede encontrar en la Resolución 1555 de 2010 de la Superintendencia Financiera, la cual es anexo de la presente monografía.

2.2.2.2. La prueba del daño emergente en afectaciones a personas.

Como lo resalta Tamayo (2007) “el juez no solo debe establecer la existencia del perjuicio sino también su cuantía. Muchas veces esta última puede lograrse fácilmente” (P. 821) como por ejemplo la persona lesionada solo tiene que aportar facturas de gastos médicos para acreditar la cuantía, con la salvedad que este tipo de documentos no son los únicos medios de pruebas, tomando partido la equidad como forma de determinar la cuantía como lo veremos.

Rojas (2015) determina que “el afectado podrá valerse de los diferentes medios probatorios que admita la legislación colombiana, así como cualquier evidencia que dentro de los cauces de la legalidad pueda aportar: la prueba documental, la pericial, la inspección judicial, la declaración de parte, la declaración de terceros, entre otros” (P. 61)

Son dos cosas las que se deben acreditar para indemnizar cualquier perjuicio, la erogación y la cuantía de la misma. Sin olvidar que lo anterior debe realizarse de conformidad con el principio de reparación integral y la equidad.

Para Rojas (2015), la equidad solo entra en juego como criterio auxiliar, especialmente cuando se tiene acreditado que existió una afectación a la víctima, pero no es posible determinar su monto o cantidad. Es el juez el llamado a determinar el monto basado en criterios de pulcritud para determinar el monto.

La equidad desde antes de la existencia de la Ley 446 de 1998 ha sido un criterio auxiliar para esos casos difíciles, como bien lo señala el Dr. Tamayo (2007), la jurisprudencia colombiana, aun antes de la Ley 446 de 1998, ha sido sensible a la necesidad de utilizar la equidad y el indicio como instrumentos para liquidar el monto de indemnización.

Por otro lado, surge entonces temas de debate de gran importancia, como lo trae Rojas (2015), existen rubros de difícil indemnización, los cuales son tendencia de reparación en otros países, como por ejemplo las erogaciones por ayudas de terceras personas, los gastos de adaptación de vehículos y el incremento de los costos de movilidad y los gastos de adaptación de vivienda. Rubros que poco o nada ha tratado la jurisprudencia nacional, los cuales podrían ser pagados si se causan, de conformidad con lo tratado anteriormente, toda vez que la reparación de daño debe ser integral.

Vale la pena traer la exposición de motivos del proyecto de Ley 122 de 2015 SENADO, que buscaba regular la indemnización de los daños a la persona en los procesos de responsabilidad, en dicho proyecto de ley se quería integrar a nuestro ordenamiento jurídico el

reconocimiento de estos rubros (ayudas de terceras personas, los gastos de adaptación de vehículos y el incrementos de los costos de movilidad y los gastos de adaptación de vivienda), los cuales se encuentran ya regulados en legislaciones foráneas. El proyecto de ley se basaba en legislaciones como la alemana, Inglesa, Francesa y Española, nos permitiremos traer el cuadro recopilatorio consignado en la exposición de motivos así (Proyecto de Ley 122 de 2015 SENADO)

Tabla 3 Recopilación de legislaciones foráneas

Alemania	Inglaterra	Francia	España
<p>Para lesiones permanentes: Se reconocen, como modelo general, los gastos derivados del aumento de las necesidades, tanto para lesiones permanentes como temporales (deben ser estimables pecuniariamente). Ello incluye:</p> <p>a) Tratamientos médicos para aliviar la situación del lesionado, cuando se trata de lesiones permanentes.</p> <p>b) Prótesis y ayudas técnicas.</p> <p>c) Gastos que tienen por objeto hacer frente a alteración de las condiciones de vida que sufre el lesionado. Adaptación de vehículo, adquisición</p>	<p>Para lesiones permanentes: Se reconocen, como modelo general, las siguientes partidas:</p> <p>a) Se indemnizan los gastos médicos que deben realizarse con ocasión de la lesión (los ingleses no establecen una diferencia entre gastos presentes y futuros según la consolidación de la lesión, sino según si ha ocurrido con anterioridad o posterioridad a la primera vista oral).</p> <p>b) También se reconocen las denominadas related expenses (demás gastos derivados de la lesión como los</p>	<p>Para lesiones permanentes: Se reconocen, como modelo general, las siguientes partidas:</p> <p>a) Gastos de salud futuros: incorpora los gastos que deben realizarse con el propósito de aliviar la situación del enfermo, cuando se ha consolidado la lesión. También se refiere a las prótesis y ayudas técnicas que requiere el lesionado (se incorporan rubros como la instalación de la prótesis, etc.).</p> <p>b) Gastos de vehículo adaptado. Incluye el valor de sustitución, de ser necesario, así como los costes</p>	<p>Para lesiones permanentes: Se emplea el sistema de puntos establecido por el baremo (tabla III). A ello se suman los factores de corrección que señala la tabla IV y que aluden, entre otros, a gastos de adecuación de vivienda y gastos de adaptación del vehículo propio (la expresión `propio` ha dado lugar a múltiples discusiones).</p>

Alemania	Inglaterra	Francia	España
de nuevo vehículo, incremento de costes de movilidad, etc. d) Ayuda de tercera persona: para el cuidado personal del lesionado y para la realización de las tareas domésticas.	gastos de constitución de un fondo, incremento de gastos de sostenimiento (que incorpora varias partidas), etc.). Desde 1973 se reconocen los gastos de adaptación de vivienda, pero no se indemniza el valor de la diferencia entre la vivienda adaptada y la no adaptada, sino el interés de la diferencia correspondiente capitalizado por el número de años que sea previsible que el lesionado necesite la vivienda.	asociados con la adaptación, etc. c) Gastos de vivienda adaptada: se trata de gastar un hábitat adecuado para la víctima de acuerdo con la lesión padecida (incluye gastos de mudanza, por ejemplo). d) Ayuda de tercera persona: es importante reiterar que este es un rubro para lesión permanente. Si es lesión temporal, habrá de analizarse otras partidas.	
Para lesiones temporales: Se indemnizan los gastos en que se deba incurrir con ocasión de la lesión, analizado en un marco de razonabilidad y de acuerdo con los criterios de imputación objetiva (causalidad de derecho).	Para lesiones temporales: Se indemnizan los gastos en que se deba incurrir con ocasión de la lesión, analizado en un marco de razonabilidad y de acuerdo con los criterios de imputación objetiva (causalidad de derecho).	Para lesiones temporales: Se indemnizan los gastos en que se deba incurrir con ocasión de la lesión, analizado en un marco de razonabilidad y de acuerdo con los criterios de imputación objetiva (causalidad de derecho).	Para lesiones temporales: Se emplea la tabla V del baremo que establece una indemnización básica (que incluye los daños morales) y que tiene en cuenta un valor diario, tasado en euros. También acá existen unos factores de corrección específicos.
Se incorporan conceptos como: 1. Gastos de viaje: incorpora los gastos relacionados con el	Los ingleses son enfáticos en cuanto a que solamente se indemnizan los gastos que sean	Para restringir los gastos que se reclaman por esta vía, la doctrina francesa alude al concepto de	

Alemania	Inglaterra	Francia	España
<p>desplazamiento del propio lesionado; incremento temporal de los costes de movilidad; desplazamiento de los familiares, siempre que sean medianamente necesarios para que la víctima se recupere.</p> <p>2. Gastos asociados a la adaptación temporal del vehículo o de la vivienda.</p> <p>3. Otros gastos con carácter temporal, como la ayuda de tercera persona.</p>	<p>razonablemente necesarios.</p>	<p>abuso: no se debe pagar cuando se llegue a la frontera de lo abusivo.</p> <p>Se incluyen, por regla general, los gastos médicos y hospitalarios para conjurar las lesiones.</p> <p>También hay una partida de `gastos diversos, que incorpora gastos de viaje, gastos temporales de ayuda de tercera persona, adaptación de vehículo y vivienda, entre otros.</p> <p>Dentro de los rubros, se destacan:</p> <p>a) Gastos de viaje.</p> <p>b) Gastos asociados a la adaptación temporal del vehículo o de la vivienda.</p> <p>c) Otros gastos, como el de ayuda de tercera persona, no desde la perspectiva de los gastos en que debe incurrirse para contratar a la tercera persona, sino como un incremento en las necesidades del sujeto, por lo que aún si la ayuda de tercera persona fue prestada gratuitamente (familiares), debe proceder su indemnización.</p>	

Fuente: Proyecto de Ley 122 de 2015

Esta ley se quedó estancada en las puertas del Congreso de la República, al no cumplir con los tiempos legislativos, por tal motivo se archivó.

2.2.2.3. Cuantificación e indemnización del lucro cesante.

Recordando al doctrinante Mosset (2003), el lucro cesante no es otra que la ...la utilidad o ganancia cierta y no puramente eventual o hipotética, de la cual es privada la víctima. En otras palabras, es el cese de ingresos, de dinero, ganancia, réditos, utilidades, que surge como consecuencia del perjuicio causado por el sujeto dañoso.

2.2.2.3.1. Aspectos problemáticos previos a la liquidación.

Antes de hablar de las reglas actuariales de la liquidación del lucro cesante, debemos analizar algunos aspectos previos necesarios para realizar la liquidación de este ítem.

Como bien lo resalta Gaviria (2015):

Si el perjuicio a liquidar es un lucro cesante que se haya causado por un daño corporal, no basta con establecer el valor actualizado mediante indexación o valor de remplazo, sino que se requiere, además, siempre que el ingreso provenga de una relación laboral, incrementar un porcentaje equivalente a las prestaciones sociales.

Como podemos observar en el lucro cesante el valor de la liquidación puede variar por distintas reglas fijadas por la jurisprudencia, por tal razón procederemos a habar de aquellos problemas antes de liquidar de la siguiente manera:

Legitimados para cobrar el lucro cesante

Al no existir una norma jurídica que determine quien se encuentra legitimado para recibir este rubro de indemnización, la doctrina ha manifestado una regla general, al decir que “serán beneficiarios de la indemnización todos aquellos sujetos que logren acreditar que, en efecto, han padecido la frustración de una ganancia, activo o ingreso económico.” (Rojas, 2015)

Debemos decir entonces que las victimas en el acontecimiento de un daño pueden ser clasificadas en dos tipos. (Corte Constitucional, 8 de febrero de 2012, Sentencia C 052, MP Nilson Pinilla Pinilla):

- a) la víctima directa, quien es el titular directo del interés afectado.
- b) Las indirectas, cuyos daños y perjuicios son ocasionados con relación al daño sufrido por la víctima directa, pero de igual forma surgen menoscabos sea en su patrimonio o calidad de vida

El Consejo de Estado, en sentencia del 5 de septiembre de 1996, con ponencia del magistrado Carlos Betancur Jaramillo indicó, en relación a lo establecido en la acción de reparación directa su legitimación en la causa está a cargo de “la persona interesada”: “*La acción para reclamar perjuicios por muerte pertenece a quien los sufra, sin consideración alguna al parentesco o a las reglas de sucesión*”.

En otras palabras, una cosa es participar como heredero para el pago del daño (acción hereditaria), que ser víctima directa o indirecta del daño.

Existen problemáticas de gran importancia para la liquidación de perjuicios, que desarrollaremos mediante preguntas y respuestas así:

¿Pueden cobrar el lucro cesante futuro los herederos de la víctima si fallece?

No, el lucro cesante futuro no se genera, pues el occiso no tendrá un lucro futuro para su subsistencia, por el contrario, el lucro cesante pasado si podrá cobrarlo, es decir lo dejado de percibir hasta su muerte y la ocurrencia del hecho dañoso. El ingreso dejado de percibir debido a la incapacidad es un crédito a favor de los herederos. Para efectos puede verse la Sentencia SC15996-2016 de noviembre 29 de 2016 de la Corte Suprema de justicia. MP. Luis Alonso Rico Puerta.

Ahora bien, pese a que se cobra el rubro del lucro cesante, mediante la acción personal de las víctimas directas cuando fallece la víctima directa, el concepto no se paga totalmente, puesto que se debe descontar lo que se dedicaba para la subsistencia del fallecido, tal como lo aclara Gaviria (2015) en relación a si la víctima directa fallece, “si quienes pretenden reclamar la indemnización del lucro cesante mediante la acción personal son las víctimas indirectas, es necesario que al valor obtenido hasta el momento se les descuente el porcentaje del ingreso de la víctima directa dedicaba a su propia subsistencia”

Si ese porcentaje de subsistencia no es acreditado en el proceso, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que será de un 25%, teniendo en cuenta

con antelación la adición del factor prestacional. (Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 9 julio de 2012, Radicado: 11001-3103-006-2002-00101-01, MP Ariel Salazar Ramírez)

Por otro lado, es importante determinar, de ser posible, el monto que dedicaba el fallecido para el sostenimiento de las víctimas indirectas, pero, de no ser posible, se acude a algunas presunciones, tal y como lo precisa Gaviria (2015) “se ha acudido al criterio de la sociedad conyugal o patrimonial y de los alimentos que se deben por ley, en donde la mitad será para la pareja, y la otra mitad para los alimentarios en partes iguales, quienes según se ha indicado anteriormente, reclamarán la indemnización mediante el ejercicio de la acción personal”

- *¿Si sobrevive la víctima directa podrán las indirectas cobrar lucro cesante?*

No, toda vez que si se indemniza este rubro a la víctima directa las víctimas indirectas recibirán la ganancia frustrada a través de la misma víctima directa. Vale la pena recalcar la conclusión a la que arriba Gaviria (2015) “si la víctima directa sobrevivió al evento dañoso, [...] es ella la única autorizada a reclamar la indemnización por concepto de lucro cesante”

- *¿Pueden cobrar el lucro cesante futuro los dependientes económicos a la víctima directa que fallece producto del hecho dañoso?*

Si, toda vez que es un perjuicio propio, siempre y cuando acrediten una dependencia con el causante. Para efectos vale la pena observar la sentencia de la Corte

Suprema de Justicia del 9 de julio de 2010, expediente 11001-3103-035-1999-02191-01,
MP WILLIAM NAMÉN VARGAS.

Determinación de ingreso base para la liquidación.

A diferencia del daño emergente, en el lucro cesante se dificulta determinar el valor de la erogación, ha sido la doctrina y la jurisprudencia la que ha determinado unas reglas para el pago de misma, así:

Si la víctima devengaba salario:

Se tomará su salario mensual como base de liquidación, agrega Rojas (2015) citando a Velásquez (2009) que dicho ingreso si es variable deberá promediarse en los últimos doce meses, o en general, en un periodo que permita determinar un valor real. Si la víctima es asalariada deberá igualmente adicionarse el 25% sobre el ingreso, como compensación del factor prestacional. Obviamente si es salario integral no se adiciona el factor prestacional porque ya viene inmerso por estricto mandamiento legal.

Si los ingresos no provienen de un salario:

Se debe considerar un ingreso particular y estable. Es importante resaltar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 20 de enero de 2009, con ponencia de Octavio Munar, expediente 170013103005 1993 00215 01, donde se precisa que si el ingreso era variable para el momento del hecho dañoso, debe considerarse el promedio ponderado de los ingresos dentro de un periodo, que para el caso de la sentencia fue de un año.

Si la víctima no tenía ningún ingreso.

Aquí se acude a la ya tratada equidad, y será el juez que determinará el monto de liquidación, no obstante, si fuere posible se presumirá que será un salario mínimo legal mensual

vigente, este criterio fue tomado por la Sala de Casación civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 30 de junio de 2005, exp. 68001-3103-005-1998-00650-01, MP Jaime Arrubla Paucar.

Propia manutención de la víctima directa al momento de su muerte.

La jurisprudencia ha determinado que si la víctima directa fallece al momento de liquidar no se tendrá que adicionar los gastos de manutención, pues los mismos no se generan pues no los podrá emplear, la Corte Suprema considera que este valor de manutención propia es del 25% del total de ingreso. Vale la pena resaltar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 5 de octubre de 2004, radicado 6975, magistrado ponente PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA.

Sobre situaciones de incapacidad (pérdida de capacidad laboral):

Si la incapacidad es total, el lucro cesante se devengará por la totalidad del ingreso, no obstante agrega Rojas (2015), si la misma no es total se entiende que la víctima aún está en capacidad de laborar, por tal razón no se reconoce la totalidad del ingreso si no a proporción a la incapacidad.

No obstante, que sucede cuando la incapacidad esta entre el 50% y el 100%, Rojas (2015) determina que “según el criterio de las altas cortes, si una persona natural pierde el cincuenta por ciento de su capacidad laboral es preciso reconocer un ingreso frustrado del 50% incluso en aquellas hipótesis en las que, en la praxis, dicha victima pueda ejercitar una actividad diferente que le reporte el mismo nivel ingreso.”

Un artículo de gran importancia para el entendimiento de este tema es el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, el cual preceptúa lo siguiente:

ARTICULO. 38.-Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

El Consejo de Estado, basándose en esta norma jurídica reafirma que cuando la pérdida de capacidad laborar sea superior o igual al 50% se tendrá que calcular el lucro cesante por el 100% de los ingresos percibidos, vale la pena citar lo dicho por la Corporación, así:

Esta Corporación en varias oportunidades ha señalado que en observancia de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, cuando una persona ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral “entendida ésta como el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permitan desempeñarse en su trabajo habitual (Decreto 917 de 1999, art. 2, lit. c), el lucro cesante debe calcularse con el 100% del ingreso devengado. (Consejo de Estado, sentencia del 27 de marzo de 2014, radicado: 17001-23-31-000-2000-00188-01(31002), CP RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO)

En otras palabras, deberá reconocerse el porcentaje de incapacidad, independientemente de si la víctima preserva intacto su nivel salarial o su capacidad de ejercer otras funciones.

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia considera que cuando la pérdida de capacidad laboral es superior o igual al 50%, se debe de reducir el monto al porcentaje, pues se tendría en teoría una capacidad de recibir ingresos, vale la pena recordar la Sentencia N° 7576 Magistrado ponente DR. MANUEL ISIDRO ARDILA VELÁSQUEZ del 6 de septiembre de 2004, donde se dice:

Así, aplicado el porcentaje que por razón de la disminución en su capacidad productiva afecta al demandante (el 80%) a la cifra que corresponde al salario mínimo mensual vigente, tendríase como resultado, base en las operaciones pertinentes, la suma de \$286.400.

¿Qué pasa con el lucro cesante de los menores de edad?

La doctrina considera que sobre este supuesto pasan dos variantes, la primera, cuando el menor no puede acreditar ningún ingreso o una expectativa razonable de tener alguno, en este caso al no haber certeza no procede el pago de indemnización por lucro cesante, no obstante, hay un segundo, que es cuando el menor de edad por razones de talento propio o acreditando una expectativa cierta y razonable de un ingreso, las víctimas podrían reclamar una indemnización por este rubro. Resaltando que la regla general es lo contrario. (Rojas, 2015)

Por otro lado, el hijo menor de edad es dependiente de sus padres en virtud de una presunción, esta se acaba a los 25 años, según reglas jurisprudenciales, no obstante, si subsiste la dependencia económica después de los 25 años esta deberá acreditarse, como por ejemplo la dependencia del hijo discapacitado, que no se encuentra cobijado por la presunción antes referenciada.

Teniendo claro lo anterior, la jurisprudencia se ha planteado el interrogante del tiempo que se debería pagar el lucro cesante a los padres si el menor de edad producía ingresos, recordemos la sentencia del Consejo de Estado del 18 de marzo de 2010, CP RUTH STELLA CORREA PALACIO, en el cual se dice:

En relación con el reconocimiento del lucro cesante a favor de los padres, en jurisprudencia que ahora se reitera, se ha dicho que se presume que los hijos ayudan a sus padres hasta la edad de veinticinco años, en consideración “al hecho social de que a esa edad es normal que los colombianos hayan formado su propio hogar, realidad que normalmente impide atender las necesidades económicas en otros frentes familiares”.

Entonces el tiempo para el lucro cesante sería hasta los 25 años, si no se acredita una dependencia económica de los padres con el menor, al respecto esta misma providencia precisa:

Además, se ha considerado que cuando se prueba que los padres recibían ayuda económica de sus hijos antes del fallecimiento de éstos, la privación de ésta tendría un carácter cierto y se ha presumido que la misma habría de prolongarse en el tiempo, más allá de la edad referida de los hijos, a condición de que se reúnan algunas circunstancias que permitieran afirmar tal presunción como la necesidad de los padres, su situación de invalidez, la condición de hijo único. (Ibidem)

En términos generales el lucro cesante del menor se pagará a los padres hasta que el menor hubiera cumplido los 25 años, a menos que acredite dependencia económica caso en el cual será más allá de la edad ya referenciada.

¿Qué pasa con el lucro cesante futuro de los menores de edad?

Fijado lo anterior, sobre el concepto de lucro cesante futuro, la Corte Suprema de Justicia no ha sido pacífica sobre el reconocimiento de este ítem, siendo reacia inicialmente a concederla

y recientemente fijando reglas para pagarla, podemos estudiar el desarrollo de la siguiente manera:

1. Sentencia del 5 de julio de 2012, con radicado 05001-23-31-000-1997-01942-01(23643), MP OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ de la Corte Suprema de Justicia.

La Corporación determina la improcedencia del lucro cesante futuro de menores por regla general a menos que se acredite. Dice la sentencia:

La jurisprudencia ha sido pacífica en sostener que en tratándose de la muerte de un menor de edad no hay lugar a reconocer el lucro cesante por unos hipotéticos ingresos del menor, dado que estos son eventuales, a menos que se acredite con grado de certeza la obtención futura de estos ingresos y también que en estos casos están sometidos a la doble eventualidad de que el menor hubiera podido llegar a percibir ingresos y que los destinara a ayudar a sus padres.

Llama la atención el criterio que toma la corte en relación a los estudios y formación de personalidad para acreditar lucro cesante:

el solo hecho de que el menor apenas contaba con tres años y nueve meses y no había ni siquiera iniciado su formación educativa y la maduración de su carácter o personalidad, sitúa la existencia del daño en un grado de probabilidad, que implica para el juez entrar en el terreno de las conjeturas, a efectos de cumplir con el deber legal de reparar todo el daño y nada más que el daño. (...) lo relevante a la hora de

reconocer la indemnización de un daño bajo el concepto de lucro cesante futuro, es justamente la certeza sobre su existencia o su posterior materialización. (Ibidem)

2. Sentencia del 10 de mayo de 2016, con radicado 11001-31-03-008-2000-00196-01, MP ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO.

Se enfatiza la necesidad de certeza para conceder este rubro, así:

Llegados a este punto, pertinente es memorar que “[e]n tratándose del daño, y en singular, del lucro cesante, la indemnización exige la certeza del detrimento, o sea, su verdad, existencia u ocurrencia tangible, incontestable o verosímil, ya actual, ora ulterior, acreditada por el demandante como presupuesto ineluctable de la condena con pruebas idóneas en su entidad y extensión”; y que “la jurisprudencia de esta Corte cuando del daño futuro se trata y, en particular, del lucro cesante futuro, ha sido explícita ‘en que no es posible aseverar, con seguridad absoluta, como habrían transcurrido los acontecimientos sin la ocurrencia del hecho’, acudiendo al propósito de determinar ‘un mínimo de razonable certidumbre’, a ‘juicios de probabilidad objetiva’

De igual forma dice la Corte Suprema de Justicia:

El daño resarcible, como ya se puntualizó, en todos los casos, debe ser cierto, premisa igualmente aplicable al supuesto de las ganancias futuras, malogradas como consecuencia del hecho culposo.

[...]

La sola existencia de la persona humana no permite aseverar que ella, en un momento dado de su vida, la mayoría de edad o cualquier otro, fuera a ser económicamente productiva y, mucho menos, calcular el monto de los réditos que hubiera percibido.

Doctrinantes como Gaviria (2017), al analizar la anterior providencia, resalta que la falta de certeza no es excusa para no determinar este concepto, al referirse a la falta de prueba nos dice:

“a falta de prueba de ingresos se cuenta con diversos mecanismos: equidad, prueba de gastos, ingresos de personas que desarrollen la misma actividad, e incluso, acudir al salario mínimo, atendiendo que “cuando se alega la pérdida de ganancias no puede exigirse una certeza absoluta, siendo suficiente la probabilidad de que la víctima las hubiere percibido en caso de no ocurrir el acto ilícito”, es decir, siendo razonable que las personas son laboralmente productivas, y que al alcanzar su mayoría de edad empezarán a obtener algún tipo de ingreso por ejercer actividades de tipo lucrativo, es razonable entender, en atención a la probabilidad, que el acto ilícito que recae sobre un menor, le ocasionará lucro cesante al cumplir 18 años.”

3. Salvamento de voto del Magistrado Ariel Salazar Ramírez aclaró su voto de la sentencia del 10 de mayo de 2016, con radicado 11001-31-03-008-2000-00196-01,

Plantea una nueva perspectiva, resaltando la necesidad de cambiar la postura sobre este tema. Dice el magistrado:

No es posible, por tanto, seguir asumiendo el criterio que esta Sala acogió en el pasado acerca de la improcedencia de conceder la indemnización por lucro cesante futuro a menores de edad por el simple hecho de no estar devengando un salario en la fecha de ocurrencia del hecho dañoso; pues la indemnización integral, equitativa y efectiva de los daños no busca poner a la víctima en la situación exacta en que ‘se hallaba’ antes del daño, sino en la posición en que ‘habría estado’ de no ser por la ocurrencia del hecho dañoso antijurídico.

Es decir que la tasación de este rubro no se hace con base en “certezas” sino que hay que tener en cuenta la situación futura más probable a partir de la condición presente que se probó en el proceso.

4. Sentencia del 8 de febrero de 2017, de la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Rad SP2045-2017, Mp LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO, en la cual reconoció lucro cesante futuro a un menor de edad lesionado, pero en esta sentencia no se realiza mayor argumentación sobre el tema.

5. Sentencia del 29 de marzo de 2017, la Corte Suprema de Justicia Sala Civil con radicado 11001-31-03-039-2011-00108-01, MP ARIEL SALAZAR RAMÍREZ, precisa lo siguiente:

a) Precisa la Corporación que el rubro del lucro cesante futuro es procedente para los menores de edad, ello por el alto grado de probabilidad científica de que éstos no tengan un futuro y desenvolvimiento de una persona que goza de buena salud y al ser incapaz de valerse por sí mismo este rubro es fundado, dice la Corte:

En lo que respecta al lucro cesante futuro por la privación de los beneficios económicos que el menor habría recibido en su edad adulta como contraprestación de una actividad económica lícita de no ser por el grave daño que sufrió, no tiene razón la parte demandada cuando afirma que tal rubro es infundado; pues lo único cierto según el estado psicofísico actual del menor es que es absolutamente incapaz de valerse por sí mismo; y que con un alto grado de probabilidad científica no tendrá en un futuro el mismo desarrollo [...] (Ibídem)

b) En esta sentencia se cambia el precedente tomado en providencias anteriores de la Corte Suprema de Justicia, donde no se aceptaba el pago para los menores de edad de lucro cesante futuro si no había certeza del mismo. En aras de la indemnización integral, equitativa y efectiva de los daños. Dice la sentencia:

No es posible, por tanto, seguir asumiendo el criterio que esta Sala acogió en el pasado acerca de la improcedencia de conceder la indemnización por lucro cesante futuro a menores de edad por el simple hecho de no estar devengando un salario en la fecha de ocurrencia del hecho dañoso; pues –se reitera– la indemnización integral, equitativa y efectiva de los daños no busca poner a la víctima en la situación exacta en que ‘se hallaba’ antes del daño, sino en la posición en que ‘habría estado’ de no ser por la ocurrencia del hecho dañoso antijurídico. (Ibídem)

c) Sobre la cuantía para pagar el lucro cesante en estos casos, dice la corte: “demostrado este detrimento patrimonial, sólo resta calcular su cuantía con el fin de

proferir la condena en concreto, para lo cual se tomará como base el salario mínimo mensual legal vigente, pues ante la imposibilidad material de establecer otro parámetro, ha de adoptarse el estipendio que reconoce la ley [...]” (Ibídem)

d) Se resalta que en esta sentencia la presunción de los 25 años que tratamos con anterioridad en la presente monografía, diciendo que “la suma habrá de pagarse desde cuando el damnificado directo cumpla los 18 años, toda vez que la edad de 25 años que usualmente toma en cuenta esta Corte para tasar dicho rubro sólo es aplicable en los casos en que se considera que la víctima habría cursado estudios superiores” (Ibídem)

e) Resaltamos que esta providencia modula los efectos del fallo, constituyendo una garantía de carácter fiduciario, permitiendo el pago mensual de la suma. Siendo lo anterior un acierto por parte de la Corte y consideramos que es una forma de evitar fallos tendientes a generar insolvencia y quiebra para el agente dañoso; la sentencia precisa:

Dicho monto se pagará desde el 21 de junio de 2025 en rentas periódicas mensuales durante toda la vida de la víctima, para cuya garantía la entidad demandada constituirá un patrimonio autónomo, cuenta fiduciaria o póliza que se encargará de pagar la renta periódica en la cuenta bancaria que señalen los padres d[el menor de edad].

6. Sentencia del 29 de marzo de 2017, Magistrado Ponente ARIEL SALAZAR RAMÍREZ, con radicado 11001-31-03-039-2011-00108-01 de la Corte Suprema de Justicia.

Esta providencia versa sobre los perjuicios de un menor de edad que padece parálisis cerebral y cuadriplejía de por vida, como consecuencia de la deficiente atención médica recibida por su madre en el trabajo de parto.

La sentencia negó la tesis que proclamaba la improcedencia del lucro cesante expuesta en sentencia de 20 de noviembre de 1943.

La tasación de este concepto se realiza confirmando lo determinado en sentencia del 29 de marzo de 2017 de la Corte Suprema de Justicia Sala Civil con radicado 11001-31-03-039-2011-00108-01, de este mismo magistrado, tasación con base en el valor de un salario mínimo legal mensual, en rentas periódicas, desde cuando el damnificado directo cumpla los 18 años.

Todo lo anterior, nos permite concluir que sobre esta materia no existen reglas contundentes y poco a poco la jurisprudencia, al ser dinámica, va variando de posturas y no existe certeza ni seguridad jurídica.

Agotados los asuntos problemáticos sobre la liquidación del lucro cesante, pasaremos a analizar la dinámica actuarial para su determinación, de la siguiente manera:

Lucro cesante pasado:

Igual que el lucro cesante consolidado, se procede a **actualizar el valor al presente la suma a liquidar**, esto debido a la inflación, el dinero cambia en relación al tiempo, puede subir o bajar, por tal razón se debe actualizar la suma de erogación y para ello debemos recurrir al Índice de Precios al Consumidor, que son los valores actuariales traídos por el DANE, que es quien certifica el IPC. Para realizar esta actualización se debe aplicar la siguiente fórmula: (Isaza, 2015), (Pantoja, 2015)

$$\text{Suma actualizada} = \text{Suma historica} \times \frac{(\text{IPC final})}{(\text{IPC inicial})}$$

Siendo la suma histórica el valor que actualizamos, que no es otro que la erogación, y el IPC final es aquel que tomamos para la fecha de la liquidación, y el inicial aquel que se tiene del momento de la ocurrencia del gasto. Todos ellos certificados por el DANE.

Igual que con el daño emergente consolidado, actualizado el valor, pasaremos a pagar este rubro, con sus debidos intereses, que para los casos de responsabilidad civil es el 6% anual, toda vez que se aplica el interés puro que es el regulado por el Código Civil.

Recordamos la fórmula para pasar esa tasa anual de 6% a una tasa nominal mensual, que será constante en todas las fórmulas (OCHOA PEREZ, 2017, PP 790-791).

$$i_n = \left\{ (1 + i)^{\frac{1}{12}} \right\} - 1$$

En donde:

i_n : La ta de interes en un periodo de tiempo;

i : La tasa de interes del periodo mayor a convertir en una tasa menor

Ahora bien, teniendo claro lo anterior, hay que aplicar otra fórmula matemática para determinar el rendimiento del lucro cesante consolidado, que es igual al del daño emergente consolidado, con la advertencia de que se aplicarán de conformidad si es por concepto de una suma única o por sumas periódicas (cuotas), así:

○ **Suma única.**

Aquí se paga son conceptos únicos y determinados (ROJAS QUIÑONEZ, P. 91) (ISAZA POSSE, 2015, P.41):

$$S = Ra (1 + i)^n$$

Siendo S: la indemnización resultante, Ra: El valor actualizado, que lo determinamos anteriormente, i: el valor de interés mensual que siempre será 0,004867, y n: Corresponde al periodo indemnizable en meses, que es el transcurrido entre el momento de la renta frustrada y a que se hace la liquidación.

○ **Suma periódica.**

Para las sumas periódicas o en otras palabras aquellas que su erogación se produce por cuotas y no en una suma única, la fórmula es la siguiente (ISAZA POSSE, 2015, P.42):

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Siendo S: la indemnización resultante, Ra: El valor actualizado, que lo determinamos anteriormente, i: el valor de interés mensual que siempre será 0,004867, y n: Corresponde al periodo indemnizable en meses, que es el transcurrido entre el momento de la renta frustrada, al momento que se hace la liquidación.

Lucro cesante futuro.

Aplica las mismas reglas para el daño emergente futuro, teniendo en cuenta las situaciones problemáticas antes de liquidar que se aplicarán según cada caso concreto.

- **Suma única.** Formula traída por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 9 de julio de 2012, radicado 11001-3103-006-2002-00101-01, MP ARIEL SALAZAR RAMÍREZ, es la siguiente:

$$S = R \frac{1}{(1 + i)^n}$$

Siendo S: la indemnización resultante, R: El valor de la suma única, i: el valor de interés mensual que siempre será 0,004867, y n: periodo indemnizable en meses, que es el transcurrido entre el momento que se hace la liquidación y aquel en que tendrá lugar la suma frustrada.

- **Suma periódica.** Podemos encontrar esta fórmula en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 8 de agosto de 2013, radicado 11001-3103-003-2001-01402-01, MP DR. RUTH MARINA DÍAZ RUEDA.

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n}$$

Siendo S: la indemnización resultante, R: El valor de la suma única, i: el valor de interés mensual que siempre será 0,004867, y n: es el tiempo desde que se hace la liquidación, menos la fecha en la cual cesará la erogación, en atención a las reglas que enunciamos anteriormente, es

decir, si es producto de una incapacidad o si es una erogación vitalicia donde tendrá importancia la expectativa de vida de la víctima directa o indirecta o el periodo de la dependencia económica.

Si la erogación es vitalicia se tendrá la expectativa de vida como un ítem de gran importancia, para determinar ésta, el ordenamiento jurídico colombiano le dio la facultad a la Superintendencia Financiera de determinar mediante procedimientos actuarios la expectativa de vida los hombres y las mujeres, de conformidad las facultades conferidas por el artículo 45 del Decreto 656 de 1994 y el numeral 9 del artículo 11.2.1.4.2 del Decreto 2555 de 2010. Se encuentra consignado en la resolución 1555 del 30 de julio de 2010 de la Superintendencia Financiera.

De igual forma, tal como lo precisa ISAZA POSSE (2015) de conformidad la Circular 071 de 2000, la tabla de mortalidad de personas inválidas es la basada en la experiencia en Chile.

No obstante a lo anterior dicho por la doctrina, consideramos que existe una falta de regulación en la materia de personas con invalidez, toda vez que no se encontró una Resolución Colombiana que determine la tabla de expectativa de vida de éstas personas, por tal razón se considera que se aplicarán las expectativas de vida consignadas resolución 1555 del 30 de julio de 2010 de la Superintendencia Financiera.

Deber de mitigación del daño.

Hemos estado hablando ampliamente sobre el daño y su forma de reparación, pero encontramos que existe una temática de gran importancia que no hemos tratado, la cual es el deber de la mitigación del daño, específicamente en la conducta esperada por la víctima, pues la misma no debe ser indiferente al daño y debe ser diligente para mitigarlo.

Como precisa Jaramillo (2013), no es aconsejable para la víctima la abstención, es decir, el dejar para después. Sería inconcebible reclamar la totalidad del daño como si su actuación hubiera sido impoluta, ausente de cualquier mácula, en otras palabras, con una mano reclama y con la otra daña con su abstención de acción, una omisión de actuar para aumentar el daño.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia sobre el tema ha precisado mediante sentencia del 30 de septiembre de 2002, expediente 7069, MP. CARLOS IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO, que:

importa tener presente que la responsabilidad civil puede deducirse –o emerger- no solo a partir de una típica acción (facere), sino también de una omisión (non facere), como quiera que ésta no sólo puede originarse a raíz de la materialización de actuaciones o conductas positivas, sino igualmente por conductas omisivas, hijas de la abstención, de la evitación o de la inercia comportamental, aspecto éste denominado en la esfera jusprivatista, como “culpa negativa”, o “culpa por abstención”, o “negligencia por omisión”, o culpa in omittendo, etc.,

Razón tiene Jaramillo (2013) al citar a Suescún (1952) al decir “Es sin duda necesario – desde el punto de vista ético, social, jurídico y económico- establecer un patrón de conducta que evite la deslealtad y promueva la diligencia y la acuciosidad frente a la acusación de perjuicios, pues no es posible admitir la inercia del acreedor afectado”

Autores extranjeros como Pérez (2015), determinan que “En la doctrina angloamericana, con la expresión “duty to mitigate” señala Schmitthoff (1961) que se hace referencia a que la

parte que sufre el incumplimiento tiene que realizar todas las medidas razonables para mitigar las pérdidas que ha sufrido, ya que no puede ser indemnizado por aquéllas que pudo mitigar.”

Podemos decir que no se puede obtener indemnización por daños adicionales que pudieron haber sido mitigados por la víctima, es más, como tampoco pueden indemnizarse aquellas que empeora por su propia voluntad para aumentar el daño, como bien reza la expresión propia de la academia “nadie puede beneficiarse de su propio dolo”, de igual se resalta que omitir también puede constituir una violación a aquel deber de mitigar los daños.

Como resalta el autor español Pérez (2015) “el principio rector del cálculo de la indemnización es la reparación integral del daño, así como que dicho criterio o principio no es absoluto, ya que existen tres importantes limitaciones que tienen como finalidad la delimitación del quantum respondatur: el test de previsibilidad del daño; la influencia que haya tenido la conducta del perjudicado en su producción o extensión, en todo o parte del mismo; y por último, la carga que recae sobre el perjudicado de mitigar. Por tanto, su función principal es la delimitación del quantum respondatur.”

En conclusión, analizando los autores citados, quien sufre daño debe buscar la manera de mitigarlo y no aumentar su gravedad, omitiendo o haciendo; como aquel que sufre lesiones por fracturas en sus piernas y de manera arbitraria retira los yesos y decide negligentemente no seguir los parámetros dictados por el médico tratante empieza a caminar, llevando como consecuencia más perjuicios patrimoniales por su actuar descuidado. En este caso se considera que los perjuicios que se causen a razón del actuar de la víctima no son causa ni responsabilidad del agente dañoso inicial.

2.3. Deducciones por concurrencia de indemnizaciones. *Su desarrollo.*

Sobre esta hipótesis resaltamos que la mista tiene ocasión sobre la concurrencia de una prestación asegurativa o del sistema de seguridad social frente a la indemnización por los perjuicios a la persona.

La Corte Suprema de Justicia mediante la sentencia del 9 de julio de 2012, con radicado: 11001-3103-006-2002-00101-01, Magistrado Ponente, Ariel Salazar Ramírez determino la procedencia de la deducción por concurrencia de indemnizaciones, queremos resaltar el análisis realizado por Rojas (2015) donde deduce que en esta sentencia existen tres supuestos para definir cuando un pago hecho a la víctima puede deducirse, siendo:

- La compensación de lucro con daño (*lucri cum damno*), que consiste si las prestaciones a acumular son consideradas como un beneficio o lucro, debe reducirse la indemnización a un monto proporcional al dicho lucro.

De igual forma, en sentencia del Consejo de Estado del 3 de octubre de 2002, radicado 19001-23-31-000-1995-3007-01(14207), CP JUAN MANUEL CARO GONZALEZ, determinó:

El problema jurídico relativo a la posibilidad de acumulación de diferentes compensaciones por un mismo daño, entendido como el derecho a percibir indemnizaciones derivadas de varias fuentes: la plena del responsable del daño y la indemnización a forfait o predeterminada por las leyes laborales, o un seguro privado remite a lo que en la doctrina se conoce como la *compensatio lucri cum damno*. Adriano De Cupis la define como “la

disminución proporcional que el daño experimenta cuando con él concurre un lucro (ventaja) o con otras palabras, la reducción del montante de daño resarcible por la concurrencia de un lucro.

- La naturaleza de los montos a indemnizar, pues si son ambos indemnizatorios no se podrían pagar.
- La existencia de subrogación, puesto que no sería procedente si el tercero que realizó el pago a la víctima se subroga contra el sujeto responsable, puesto el responsable pagaría dos veces.

Lo anterior lo materializa Rojas, 2015, Para efectos pedagógicos, de la siguiente manera:

(p. 154):

Tabla 4 Acumulación de diferentes compensaciones en un mismo año

	Lucro cum damno		Naturaleza compensatoria del pago		Subrogación		Rta
Seguro de responsabilidad	SI	NO	SI	NO	SI	NO	Deduce
Seguro con gastos médicos o funerarios	SI	NO	SI	NO	SI	SI	Deduce
Prestaciones asistenciales del sistema de riesgos laborales	SI	NO	SI	NO	SI	NO	Deduce
Prestaciones asistenciales del sistema general de seguridad de salud	SI	NO	SI	NO	SI	NO	Deduce
Pagos pensionales derivados de	SI	NO	SI	NO	SI	NO	NO Deduce

cualquier sistema de seguridad social							
Pagos derivados de seguros de vida.	SI	NO	SI	NO	SI	NO	NO Deduce

Fuente: Rojas 2015.

Ahora bien, sobre este tema vale la pena recordar lo tratado por Tamayo (2007), al determinar que un responsable no puede pagar dos veces una indemnización, precisando lo siguiente:

La ley tiene que fijar lineamientos claros que permitan al responsable pagar una sola vez la indemnización. Por tanto, debe definir quién es el titular de la acción indemnizatoria. Es entonces cuando adquiere notoria importancia la subrogación especial que a veces consagra en forma expresa el legislador. La existencia o inexistencia de dicha subrogación nos permite responder las preguntas que aquí se plantean.

Como ya lo resaltamos anteriormente, la subrogación es uno de los parámetros a considerar al momento de determinar la acumulación de indemnizaciones, de igual forma se resalta lo dicho por el autor al precisar que es menester una regulación jurídica sobre tema, puesto que el arbitrio juris se hace insuficiente y genera inseguridad jurídica.

Implicaciones a los empresarios por la indemnización a la víctima. (Reflexión personal).

La consecuencia de la obligación nacida por un daño causado es la de resarcir, que no es otra cosa que reparar esa afectación causada a las víctimas, tema ya aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, por otro lado, como se citó anteriormente para HENAO JUAN CARLOS los perjuicios inmateriales no buscan resarcir a la víctima, sino compensar los daños sufridos por ella.

No obstante, es importante que el juez una vez haya determinado la responsabilidad y proceda a condenar la reparación analice la situación particular del responsable, toda vez que existen condiciones del mismo que pueden llevar al juez a determinar formas de pago que mitiguen las sumas a indemnizar, verbigracia una empresa que por distintas razones entre a indemnizar las actuaciones de su empleado y sea condenado a sumas que conlleven a la insolvencia de la sociedad, acaso el cierre de la misma no implica el despido de trabajadores y a su vez afectación a las familias. Si bien no se trata de decir que esto sea un parámetro para la liquidación de daño resarcible, si sea un punto al momento de dictar sentencia y que sea el juez con su poder direccionador del proceso quien consigne formas de pago posibles, garantizando la estabilidad financiera del responsable y el cumplimiento para con la víctima.

Es por eso que no es descabellado pensar que el juez vea más allá de la situación que tenga en frente. En el ordenamiento jurídico Colombiano existe para la Administración una figura denominada incidente de impacto fiscal, regulado en el artículo 334 de la Constitución Política de Colombia (sostenibilidad fiscal) y desarrollada por la Ley 1695 del 2013, el cual tiene por la finalidad de evitar graves implicaciones a la sostenibilidad fiscal mediante el citado incidente, el cual se dirige para que se modulen, modifiquen o difieran los efectos de las

sentencias de las máximas corporaciones judiciales del nivel nacional que conlleven consecuencias para las finanzas públicas.

Cuando se vean afectados derechos de terceros, pequeños y medianos empresarios con un riesgo inevitable de insolvencia, o por cualquier otra razón que el juez debe considerar modular los efectos del fallo, así dando las garantías necesarias para el futuro cumplimiento, inclusive es necesario entonces parámetros reales que permitan establecer los límites del fallo, tanto en sus perjuicios patrimoniales e inclusive los perjuicios inmateriales.

Insolvencia y reorganización empresarial

Como se ha analizado en líneas anteriores, el cumplimiento de un fallo para el pago de los perjuicios materiales e inmateriales a las víctimas por parte de una sociedad debe ser ajustado a las finanzas de la entidad, a fin de preservar el cumplimiento de las obligaciones de la compañía.

Bajo esa premisa, las sociedades podrán cumplir la sentencia y guardar el funcionamiento de la empresa; sin embargo, para los pequeños y medianos empresarios que fueren condenados al pago de perjuicios esto puede llevarles a la falta de liquidez y con ello a la quiebra; lo que conlleva al análisis del presente título, en el cual se pretende de manera sucinta que el lector conozca las herramientas existentes para el cumplimiento de un fallo y las obligaciones ordinarias teniendo como fin la preservación de la empresa.

La insolvencia se define como...*la falta de solvencia {e} incapacidad de pagar una deuda* (RAE, S.F); en otros términos, la carencia de recursos para el cumplimiento de obligaciones contraídas por una persona natural o jurídica. A lo largo de la historia el incumplimiento en el pago de las deudas ha sido regulado por diversas figuras jurídicas, como el pago con cárcel a quienes no cubrieran sus deudas (Ley del talión y biblia), la pérdida de sus criados, bienes muebles, cosechas, inmuebles etc; acciones legales que permitían mantener el sistema jurídico imperante de la época.

En el sistema jurídico Colombiano ninguna persona puede ser privado de la libertad por deudas (Art. 28 C.N.), el marco legal conserva procedimientos para el cumplimiento de las obligaciones como el embargo y remate de bienes muebles e inmuebles, sin perjudicar el bien

jurídico “vida” de las personas naturales comerciantes; al respecto señala el citado artículo lo siguiente:

Toda persona es libre. Nadie puede ser molestado en su persona o familia, ni reducido a prisión o arresto, ni detenido, ni su domicilio registrado, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, con las formalidades legales y por motivo previamente definido en la ley.

La persona detenida preventivamente será puesta a disposición del juez competente dentro de las treinta y seis horas siguientes, para que éste adopte la decisión correspondiente en el término que establezca la ley.

En ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles. (Art. 28 C.N., 1991. Cursiva y negrilla fuera de texto.)

Sin embargo, como consecuencia del no pago, las personas sufren la muerte financiera, ello en virtud de que los establecimientos comerciales y bancarios; no otorgan créditos, lo que impide el cumplimiento de las obligaciones.

Por ello se creó la Ley 1116 expedida en el año 2006, denominada Ley de Insolvencia económica, en la que se otorga un salvavidas a las personas naturales y jurídicas a fin de conservar sus patrimonios y cumplir con el pago de las deudas.

Este sistema se venía implementando en las entidades públicas mediante Ley 550 de 1999, siendo este la fuente principal del proceso de insolvencia económica.

La finalidad del proceso de insolvencia es salvaguardar la empresa, cumplir con las obligaciones a través de la reorganización de la empresa, siendo este segundo paso el que

impulse la explotación económica de la compañía, ya sea para conservar (que es lo ideal) o para liquidar una vez se de cumplimiento a las obligaciones.

Sobre el particular señala el artículo 1 de la Ley 1116 de 2006 lo siguiente:

Artículo 1 .*Finalidad del régimen de insolvencia.* El régimen judicial de insolvencia regulado en la presente ley, tiene por objeto la protección del crédito y la recuperación y conservación de la empresa como unidad de explotación económica y fuente generadora de empleo, a través de los procesos de reorganización y de liquidación judicial, siempre bajo el criterio de agregación de valor.

La reorganización de la empresa o de la persona natural comerciante, permitirá a estas el cumplimiento de la sentencia o fallo que condene al pago de perjuicios, conservando un equilibrio entre los derechos de las partes.

El proceso de reorganización pretende a través de un acuerdo, preservar empresas viables y normalizar sus relaciones comerciales y crediticias, mediante su reestructuración operacional, administrativa, de activos o pasivos.

El proceso de liquidación judicial persigue la liquidación pronta y ordenada, buscando el aprovechamiento del patrimonio del deudor.

El régimen de insolvencia, además, propicia y protege la buena fe en las relaciones comerciales y patrimoniales en general y sanciona las conductas que le sean contrarias.

Ahora bien, se hace necesario y pertinente dar a conocer el trámite que se sigue para iniciar el proceso de insolvencia económica.

Sea lo primero señalar, quienes se encuentran habilitados para iniciar el trámite en concordancia con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 1116 de 2006, los cuales son:

- Personas naturales no comerciantes.
- Personas Jurídicas no excluidas, que realicen negocios permanentes en el territorio nacional de carácter privado o mixto.
- Sucursales de sociedades extranjeras.
- Patrimonios autónomos afectos a la realización de actividades empresariales.

Quedando excluidos de esta lista las demás entidades como son las públicas en sus distintas formas de constitución, empresas industriales y comerciales del Estado, empresas sociales del Estado, las sociedades con capital público; igualmente quedan excluidas las del sector salud, sector financiero, empresas de servicios públicos domiciliarios entre otras entidades que señala el artículo 3 de la Ley 1116 de 2006.

El proceso se puede iniciar ante la Superintendencia de Sociedades en virtud de las facultades otorgadas por el artículo 116 de la Constitución Política de Colombia, es decir, en cumplimiento de funciones jurisdiccionales.

Las empresas que pueden acudir ante esta jurisdicción, según lo dispone el artículo 6 de la Ley ibidem, son las siguientes:

- Las empresas unipersonales

- Las sucursales de Sociedades Extranjeras
- Sociedades del sector real
- Personas naturales comerciantes que lo soliciten.

Frente a las personas naturales, la norma en comento señala que estos podrán asistir ante la Supersociedades a prevención, dejándoles en libertad de acudir ante los Jueces Civiles del Circuito, siendo esta la otra jurisdicción donde podrán acudir los siguientes:

- Personas naturales comerciantes
- Y los demás casos que no se encuentren excluidos del régimen.

Ahora bien, solo podrán iniciar el proceso de insolvencia los siguientes interesados:

1. En la cesación de pagos, por el respectivo deudor, o por uno o varios de sus acreedores titulares de acreencias incumplidas, o solicitada de oficio por la Superintendencia que ejerza supervisión sobre el respectivo deudor o actividad.

2. En la situación de incapacidad de pago inminente, el inicio deberá ser solicitado por el deudor o por un número plural de acreedores externos sin vinculación con el deudor o con sus socios.

3. Como consecuencia de la solicitud presentada por el representante extranjero de un proceso de insolvencia extranjero.

Los citados interesados deberán verificar los requisitos de admisibilidad de que tratan los artículos 9 y 10 de la Ley 1116 de 2006 para efectos de que su solicitud sea procedente, al respecto rezan los citados artículos:

“Artículo 9. supuestos de admisibilidad. El inicio del proceso de reorganización de un deudor supone la existencia de una situación de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente.

1. Cesación de pagos. El deudor estará en cesación de pagos cuando:

Incumpla el pago por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores, contraídas en desarrollo de su actividad, o tenga por lo menos dos (2) demandas de ejecución presentadas por dos (2) o más acreedores para el pago de obligaciones. En cualquier caso, el valor acumulado de las obligaciones en cuestión deberá representar no menos del diez por ciento (10%) del pasivo total a cargo del deudor a la fecha de los estados financieros de la solicitud, de conformidad con lo establecido para el efecto en la presente ley.

2. Incapacidad de pago inminente. El deudor estará en situación de incapacidad de pago inminente, cuando acredite la existencia de circunstancias en el respectivo mercado o al interior de su organización o estructura, que afecten o razonablemente puedan afectar en forma grave, el cumplimiento normal de sus obligaciones, con un vencimiento igual o inferior a un año.

Parágrafo. En el caso de las personas naturales comerciantes, no procederá la causal de incapacidad de pago inminente. Para efectos de la cesación de pagos no contarán las obligaciones alimentarias, ni los procesos ejecutivos correspondientes a las mismas.

Artículo 10. otros presupuestos de admisión. La solicitud de inicio del proceso de reorganización deberá presentarse acompañada de los documentos que acrediten, además de los supuestos de cesación de pagos o de incapacidad de pago inminente, el cumplimiento de los siguientes requisitos:

1. No haberse vencido el plazo establecido en la ley para enervar las causales de disolución, sin haber adoptado las medidas tendientes a subsanarlas.
2. Llevar contabilidad regular de sus negocios conforme a las prescripciones legales.
3. Si el deudor tiene pasivos pensionales a cargo, tener aprobado el cálculo actuarial y estar al día en el pago de las mesadas pensionales, bonos y títulos pensionales exigibles.

Las obligaciones que por estos conceptos se causen durante el proceso, así como las facilidades de pago convenidas con antelación al inicio del proceso de reorganización serán pagadas de preferencia, inclusive sobre los demás gastos de administración.”

Finalmente, una vez realizado el procedimiento y aprobado el acuerdo, la sociedad deberá dar cumplimiento integro al acuerdo de voluntades establecido con sus acreedores a fin de lograr los fines de la reorganización y alcanzar la terminación de la reorganización; lo que nos lleva a citar las causales de terminación de la reorganización, que son:

1. Por el cumplimiento de las obligaciones pactadas en el mismo.
2. Si ocurre un evento de incumplimiento no subsanado en audiencia.
3. Por la no atención oportuna en el pago de las mesadas pensionales o aportes al sistema de seguridad social y demás gastos de administración.

Principio de no enriquecimiento de las partes en razón del daño

El Código de Comercio en su artículo 831 señala que: “Nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas del otro”

Por su parte, el Código Civil colombiano contiene el concepto de enriquecimiento sin causa en su artículo 1524 cuando expresa:

No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.

Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe, carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene una causa ilícita.

Del citado artículo se colige que la naturaleza de una obligación debe contener una causa real y lícita dentro del orden legalmente establecido, luego entonces si hay una cosa o bien intangible para dar en contraprestación de un pago, éste contiene una causa lícita que genera obligaciones reales.

Ahora bien, el surgimiento del negocio o acto jurídico contentivo de uno de sus elementos (causa lícita), da lugar a la obligación entre las partes, circunstancia que jurídicamente debe conservar un soporte documental que le de firmeza a las actuaciones de las partes a fin de proteger los bienes jurídicos entregados; sin embargo, en la práctica cotidiana la naturaleza de los negocios jurídicos es verbal, no conservando evidencias de las actuaciones de las partes; dando paso a posibles incumplimientos y desconocimiento de las obligaciones adquiridas. En tal situación es palpable que el patrimonio de una parte se acrecienta y el de otra se disminuye y/o empobrece, es aquí donde surge la figura sustancial del enriquecimiento sin causa que se hace

efectiva a través de la acción de *in rem verso* o enriquecimiento sin causa, bien sea por la jurisdicción ordinaria o por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Es preciso manifestar que la figura del enriquecimiento sin causa en Colombia tiene dos posiciones. La primera, contenida en el Código Civil, entendiéndose que corresponde a la retribución patrimonial en igual proporción a cargo del enriquecido y a favor del afectado; y la segunda posición administrativa que se agrega a lo citado, es el pago de una indemnización entendiéndose entonces una reparación integral. Esta última posición tiene naturaleza en el reconocimiento de perjuicios compensatorios e indemnizatorios, sobre el particular el Consejo de Estado (Citado por León, 2017) señala:

“{...} el Consejo de Estado consideró que el Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA) se enriqueció a costa de una empresa constructora, ya que esta última construyó un tanque de almacenamiento en favor de la entidad del Estado, sin la existencia de un contrato y sin ninguna prestación remuneratoria. En este caso, el Consejo de Estado consideró que el empobrecido debía ser compensado por su detrimento patrimonial, e indemnizado por concepto de intereses e indexación.”

Conclusiones

1. Es evidente que nuestro sistema normativo no regula de manera íntegra los efectos de un daño y deja los criterios de indemnización a los administradores de justicia.
2. La administración de justicia es dinámica, toda vez que quienes la imparten son seres humanos cambiantes, tanto así que la jurisprudencia sigue en constante desarrollo bien sea por los cambios constantes de las circunstancias sociales y/o políticas.
3. El sistema de indemnización no garantiza una verdadera seguridad jurídica, toda vez que existen fallos judiciales contradictorios en casos similares. Si bien es cierto que el desarrollo jurisprudencial ha sido complejo, el mismo ha sido variable en el tiempo, haciendo que nosotros los administrados (sea como generadores del daño o no) no tengamos una certeza.
4. Sobre los perjuicios de carácter inmaterial o extrapatrimonial, se puede concluir que en materia de indemnización a la persona en la jurisdicción contenciosa administrativa ha tenido un desarrollo más sistemático y definitivo que en la Corte Suprema de Justicia. Lo que no implica que en los recientes años esta Corporación haya tenido un constante crecimiento jurisprudencial.
5. Ni la legislación, ni la jurisprudencia colombiana han pensado en una forma modulada del pago por el daño y perjuicio producido por el responsable, es decir, mecanismos dirigidos a que aquel que comete un daño tenga una forma de pagarlo, de tal forma que no lleve a la ruina o a la insolvencia.

6. Pareciera que la jurisprudencia tendiera a incitar la reorganización empresarial y la insolvencia, puesto que con solo los perjuicios inmateriales y su criterio subjetivo por parte del juzgador no se denota una seguridad jurídica.

Toda vez que los pronunciamientos jurisprudenciales varían según la época histórica, bajan o suben según el criterio de los jueces, lo cual conlleva que los litigantes pidan pretensiones desbordantes que pocos patrimonios pueden soportar.

7. Si bien es cierto que aquel que causa un daño debe indemnizarlo, debe hacerse bajo unos parámetros objetivos que logren el resarcimiento y no el enriquecimiento de ninguna de las partes.

Consideramos que un acercamiento a parámetros objetivos son los traídos por jurisprudencia del Consejo de Estado, en su sentencia de unificación, donde delimitan los montos de pago y crean unos ítems que debe tener en cuenta el juzgador para proceder a indemnizar. No obstante, no es labor de los jueces fijarlos, es el legislador aquel que debe determinar los topes y formas de indemnizar, como lo vemos en otras legislaciones como la españolas con los baremos.

Lo anterior toma una especial relevancia, si aquel llamado a indemnizar no cuenta con el patrimonio para sustentar el pago, no se trata de decir que se busca evadir la reparación integral de la víctima, por supuesto que no, toda vez que dicha reparación es uno de los fines propios del proceso de responsabilidad, pero es importante que el juez analice cada escenario concreto, ya que si quien comete el daño es una empresa cuya insolvencia acarree el despido de sus empleados, indirectamente dejaría sin sustento a una gran cantidad de personas, puesto que las sentencias judiciales son títulos ejecutivos, que cuentan con formas para asegurar su cumplimiento inmediato.

8. Modular los efectos del fallo, cuando lo amerite, podría ser una forma de sopesar fallos de extremada envergadura económica y así evitar la quiebra y la insolvencia del condenado. El juez en la sentencia, cuando lo considere pertinente, podría modular la indemnización y diferir a cuotas el cumplimiento del fallo. Que los futuros recursos que entrarán a la víctima sean administrados por un patrimonio autónomo, o que el Estado cree un organismo que administre y proteja el cumplimiento de los pagos producto de sentencias condenatorias, mediante garantías suficientes.

Por modular nos referimos a amortizar los efectos ejecutivos del fallo, buscar formas de indemnización distintas a saldos insolutos de ejecución inmediata, como patrimonios autónomos que permitan pagos mensuales de mesadas, o similares, es decir buscar una posición eclíptica entre las partes, obviamente dependiendo de cada caso concreto.

De igual forma se debe de tener en cuenta que si se concede una de estas formas de pago se deben de buscar garantías para el cumplimiento de la obligación nacida por el daño.

9. Por su otra parte se concluye del análisis investigativo, en el marco de la víctima, que los Jueces y Magistrados deben trascender el sentido y naturaleza del ser humano, esto es, dejando de verle como un sujeto de derechos en el Estado Social de Derecho, y trasladarlo a un plano de valoración en los atributos de su personalidad, su honra, integridad personal, salud física y mental; o como diría Treviño (2002) los concerniente a las personas tanto físicos como morales. En ese sentido se concluye que la víctima es analizada en todas las dimensiones que afectan su ser.

- 10.** Vista la dimensión del daño corporal causado a la víctima desde el acaecimiento de los hechos que irrumpieron su tranquilidad o estado anterior al daño, se concluye que la Jurisprudencia no fija una línea individual de valoración del citado daño, y ello es lógico debido a que prácticamente es imposible tasar un daño que no es patrimonial, pues a pesar de considerar que el daño causado es físico o psíquico, este siempre trasciende a otras fronteras del ser que no tiene en cuenta el fallador, como son las lesiones temporales, permanentes o quizás la muerte de la víctima.
- 11.** Hoy por hoy se encuentra que los Jueces y magistrados siguen emitiendo sus fallos tasando el daño corporal como una especie del género “daño moral” a través de la figura *pecunia doloris* o precio del dolor; sin definir lineamientos genuinos referente al daño analizado.
- 12.** En consecuencia, se concluye que la víctima en los procesos judiciales se le está desconociendo una indemnización cuya tasación sea objetiva bajo la premisa del daño corporal, y en su lugar se compensa como un apéndice del daño moral, lo cual disminuye la estimación económica que permitiría a la víctima sobrellevar en su individualidad el daño causado por el evento que perturbo su vida, sin perjuicio de ser beneficiario(a) de otras indemnizaciones como resultado de otros daños.

Referencias

- **Monografías**

IRISARRI BOADA, CATALINA (2000), EL DAÑO ANTIJURIDICO Y LA RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO. Universidad Javeriana de Bogotá.

MANCIPE GONZÁLEZ, Andrés Ricardo, 2005, Los perjuicios inmateriales en la responsabilidad extracontractual del estado en Colombia', Tesis de Derecho, Pontificia Universidad Javeriana.

- **Libros**

A. R, Arturo (1981). De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil. Santiago de Chile: Imprenta Universal.

Álvarez Pérez, Orión y Martínez Rodríguez, Pascual. (2010). El estado actual de la jurisprudencia en relación con los perjuicios inmateriales. *Revista de Responsabilidad Civil y del Estado* del Instituto Antioqueño de Responsabilidad Civil y del Estado, Vol. 20, 175 págs.

B. L., Álvaro (2003). *La Responsabilidad Extracontractual del Estado*. 2ª Ed. Bogotá D.C.: Editorial Leyer.

Burgos, Osvaldo R. (2008). La problemática de los daños a la persona en el ordenamiento jurídico argentino. Primera conferencia del autor en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, Perú, en el marco del Seminario internacional “El derecho comparado de los contratos y de la responsabilidad civil”, 17 y 18/11/08, auditorio “José León Barandiarán”, Ciudad Universitaria de la UNMSM, Lima.

CERRERA JIMENEZ (1995)

CORREA VARGAS, Rodolfo Andrés. Teoría General del Derecho. Medellín: Diké, 2009.

ESCOBAR GIL, Rodrigo. (2003) Responsabilidad Contractual de la Administración Pública. Bogotá: Legis.

GAVIRIA CARDONA, ALEJANDRO (2015), Manual de liquidación de perjuicios patrimoniales. UNAULA.

GAVIRIA CARDONA, ALEJANDRO (2017), Disminución de la indemnización para los hijos por el aporte causal de los padres en la producción del daño y lucro cesante de menores de edad. Análisis de la sentencia SC- 16690 de 2016 de la Corte Suprema de Justicia. Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia.

GILBERTO MARTINEZ RAVE (2003), responsabilidad civil editorial: TEMIS S.A

Henao Juan Carlos (1998). *El Daño*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

HINESTROSA, Fernando. (1967) Derecho de Obligaciones, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Hugo A. Acciarri - Matías Irigoyen Testa (2009). Fórmulas Empleadas por la Jurisprudencia Argentina Para Cuantificar Indemnizaciones por Incapacidades y Muertes. Latin American and Caribbean Law and Economics Association. Ed: Selected Works, Bahia Blanca.

I. B, Catalina (2000). El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del estado colombiano. *Tesis para optar al título de Abogada*. Santafé de Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.

ISAZA POSSE, María Cristina (2015), De la cuantificación del daño, Manual teorico practico.

Editorial Temis.

JARAMILLO, Carlos Ignacio (2013)

JAVIER TAMAYO JARAMILLO (2007) tratado de responsabilidad civil tomo II, editorial: LEGIS

M., Henri, M., León y T., André (1963). *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil*

delictual y contractual, Vol. 6. 5ª ed. Buenos Aires: Ediciones

Mazeaud de Leon, Mazeaud Jead, Mazeud Chabas, (1963), Lecciones de derecho civil, editorial

Montcrestien.

MOSSET ITURRASPE, Jorge, (2004) ,Responsabilidad por daños', Parte General, Tomo I, Santa

Fé: Rubinzal Culzoni Editores.

OCHOA PÉREZ, Cesar Mauricio. Tratado de los dictámenes periciales: Diké, 2017.

PANTOJA BRAVO, Jorge (2015)

PREVOT, Juan Manuel (2008)

PEREZ VELASQUEZ (2015), La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento del

contrato, Universidad Pablo de Olavide, Barcelona.

RAMOS ACEVEDO, Jairo (2004) Fundamentos de la responsabilidad extracontractual de la

administración pública', Bogotá: Leyer.

S. Sandro (2005). *Perspectivas sistémicas del derecho Romano y problemas de la responsabilidad*

extracontractual. Ponencia presentada en el III congreso internacional de derecho Romano.

Pekín.

SERGIO ROJAS QUIÑONES (2015) – DAÑO A LA PERSONA Y SU REPARACIÓN. SOBRE LA TEORÍA GENERAL, LOS SISTEMAS DE CUANTIFICACIÓN, LA PRUEBA Y LOS CASOS DIFÍCILES”, editorial: IBÁÑEZ

T. J., Javier (1990). *Culpa Contractual*. Bogotá D.C.: Editorial Temis.

Zavala De González, Matilde (2008). *Palabras preeliminares al Tratado de Daños a la persona*, Tomos 1 y 2, Ed: Astrea, Buenos Aires.

- **Cibergrafía**

Proyecto de ley 122 Senado 2015, <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2014-2018/2015-2016/article/122-por-medio-del-cual-se-regula-la-indemnizacion-de-los-danos-a-la-persona-en-los-procesos-de-responsabilidad>

SANZ ENCINAR, Abraham, El concepto jurídico de responsabilidad en la teoría general del derecho. Universidad Autónoma de Madrid, recurso web, consultado el 06 de septiembre de 2017, disponible en:

<https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/4/ElconceptojuridicoderesponsabilidadenlaTeoriaGeneralDelDerecho.pdf>

Tamayo Jaramillo J. (29 de octubre de 2015) Reflexiones sobre la ontología del daño y la relación entre daño y perjuicio. *Ámbito Jurídico*. Recuperado de:

<https://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/Administrativo-y-Contratacion/reflexiones-sobre-la-ontologia-del-dano-y-la-relacion-entre-dano-y-perjuicio>.

- **Jurisprudencia**

- **Consejo de Estado**

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 5 de mayo de 1996, Expediente 10363 Consejero

Ponente: Daniel Suarez Hernández.

Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 32988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero

Consejo de Estado, en su Sección Tercera, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp 13.168, Consejero Ponente, Mauricio Fajardo Gómez

Consejo de Estado, Sección Tercera – Sentencia de Unificación No. 6600-123-31000-2001-00731-01 (26251), agosto 28 de 2014 – Magistrado Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Consejo de Estado, Sección Tercera – Sentencia de Unificación No. 0500-123-25000-1999-01063-01 (32988), agosto 28 de 2014 – Magistrado Ponente: Ramiro Pazos Guerrero

Consejo de Estado, Sección Tercera – Sentencia de Unificación No. 7300-123-31000-2001-00418-01 (27709), agosto 28 de 2014 – Magistrado Ponente: Carlos Alberto Zambrano

Consejo de Estado, Sección Tercera – Sentencia de Unificación No. 5000-123-15000-1999-00326-01 (31172), agosto 28 de 2014 – Magistrado Ponente: Olga Mélida Valle de De la Hoz

Consejo de Estado, Sección Tercera – Sentencia de Unificación No. 6800-123-31000-2002-02548-01 (36149), agosto 28 de 2014 – Magistrado Ponente: Hernan Andrade Rincón (E)

Consejo de Estado, Sección Tercera – Sentencia de Unificación No. 2300-123-31000-2001-00278-01 (28804), agosto 28 de 2014 – Magistrado Ponente: Stella Conto Díaz del Castillo

Consejo de Estado, Sección Tercera – Sentencia de Unificación No. 05001-23-31-000-1997-01172-01 (31170), agosto 28 de 2014 – Magistrado Ponente: Enrique Gil Botero

Consejo de Estado, Sección Tercera – Sentencia de Unificación No. 2500-023-26000-2000-00340-01 (28832), agosto 28 de 2014 – Magistrado Ponente: Danilo Rojas Betacourth

Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 de agosto de 2014, Sentencia 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251), CP.JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 12 de diciembre de 1996, Expediente 10299, Consejero Ponente: Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado, Sección Tercera. (16 de septiembre de 1999) Sentencia Exp.10922, CP Ricardo Hoyos Duque

Consejo de Estado, Sección Tercera. (28 de agosto de 2014) Sentencia 2500-023-26000-2000-00340-01 (28832) [CP Danilo Rojas Betacourth

Consejo de Estado, Sección Tercera. (31 de julio de 1598) Sentencia (Sin expediente), [CP Ricardo Bonilla Gutiérrez]

Consejo de Estado, Sección Tercera. (7 de marzo de 2012) Sentencia Exp.: 21.747, CP Olga Melida Valle de la Hoz.

Consejo de Estado, sentencia del 27 de marzo de 2014, radicado: 17001-23-31-000-2000-00188-01(31002), CP RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO

○ **Corte Suprema de Justicia**

Corte Suprema de Justicia, sentencia del 8 de febrero de 2017, Rad SP2045-2017, Mp LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO.

Corte Suprema de Justicia del 9 de julio de 2010, expediente 11001-3103-035-1999-02191-01, MP

WILLIAM NAMÉN VARGAS.

Corte Suprema de Justicia, sentencia del 13 de Mayo, expediente: 11001-3103-006-1997-09327-01.

MP. Cesar Julio Valencia Copete.

Corte Suprema de Justicia, 5 de agosto de 2014, Sentencia SC10297-2014 del M.P.: Ariel Salazar
Ramírez.

Corte Suprema de Justicia, M.P.: Ariel Salazar Ramírez, radicado: 88001-31-03-001-2002-00099-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 11001310300320030066001, 05 de agosto de 2014- Magistrado
Ponente: Ariel Salazar Ramírez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (30 de septiembre de 2016) Sentencia 05001-31-
03-003-2005-00174-01, [MP ARIEL SALAZAR RAMÍREZ]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de septiembre de 2016,
SC13925-2016. MP Ariel Salazar Ramírez.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. (13 de diciembre de 1943) Sentencia (Sin
expediente), MP Aníbal Cardoso Gaitán.

Corte Suprema de Justicia, sentencia del 10 de mayo de 2016, con radicado 11001-31-03-008-2000-
00196-01, MP ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO.

Corte Suprema de Justicia, sentencia del 13 de mayo de 2008, expediente: 1997-9327-01.

Corte Suprema de Justicia, sentencia del 17 de Noviembre, expediente: 11001-3103-018-1999-
00533-01.

Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de agosto de 2016, M.P.: Ariel Salazar Ramírez,
Radicación n° 05001-31-03-003-2005-00174-01 142.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 24 de agosto de 2016, Radicación n° 05001-31-03-003-
2005-00174-01 142., M.P.: Ariel Salazar Ramírez

Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de junio de 2005, exp. 68001-3103-005-1998-00650-01,
MP Jaime Arrubla Paucar

Corte Suprema de Justicia, sentencia del 30 de septiembre de 2002, expediente 7069, MP. CARLOS
IGNACIO JARAMILLO JARAMILLO.

Corte Suprema de Justicia, sentencia del 5 de julio de 2012, con radicado 05001-23-31-000-1997-
01942-01(23643), MP OLGA MELIDA VALLE DE LA HOZ, determina la inoperancia de
este rubro en estos casos, toda vez que:

Corte Suprema de Justicia, sentencia del 9 de julio de 2010, expediente 11001-3103-035-1999-
02191-01, MP WILLIAM NAMÉN VARGAS.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia SC10297-2014 del 5 de agosto de 2014, Corte Suprema de
Justicia, M.P.: Ariel Salazar Ramírez.

Sentencia del 24 de agosto de 2016, Corte Suprema de Justicia, M.P.: Ariel Salazar Ramírez,
Radicado n° 05001-31-03-003-2005-00174-01 142

Sentencia del 9 de julio de 2012, Corte Suprema de Justicia, con expediente 11001-3103-006-2002-
00101-01. MP. ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

- **Corte Constitucional**

Corte Constitucional, sentencia C-1008 del 2010 MP. LUÍS ERNESTO VARGAS SILVA

Corte Constitucional, 8 de febrero de 2012, Sentencia C 052, MP Nilson Pinilla Pinilla.