





**CRITERIOS PARA LA LIQUIDACIÓN  
DEL LUCRO CESANTE  
EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL**



ANDRÉS ORIÓN ÁLVAREZ PÉREZ  
MARIANA CASTRO ECHAVARRÍA  
SARAY GUIRAL MONSALVE  
ANDRÉS FELIPE MOLINA CUARTAS  
SANTIAGO RESTREPO ARBOLEDA  
DIEGO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ  
NATALIA VALENCIA RODRÍGUEZ  
IRMA VÁSQUEZ CARDONA

**CRITERIOS PARA LA LIQUIDACIÓN  
DEL LUCRO CESANTE  
EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

**Respuestas de la doctrina y la jurisprudencia**

Criterios para la liquidación del lucro cesante en la responsabilidad civil: respuestas de la doctrina y la jurisprudencia / Andrés Orión, Álvarez Pérez ... [et al.]. -- 1a. ed. -- Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez, 2020.

200 páginas; 15 x 23 cm

Incluye referencias bibliográficas.

ISBN: 978-958-791-307-1

1. Daños y perjuicios – Colombia – Jurisprudencia 2. Responsabilidad civil – Colombia - Jurisprudencia 3. Indemnización judicial – Colombia – Jurisprudencia I. Álvarez Pérez, Andrés Orión II. Serie

CDD: 345.04 ed. 23

CO-BoBN- a1057372

© ANDRÉS ORIÓN ÁLVAREZ PÉREZ  
MARIANA CASTRO ECHAVARRÍA  
SARAY GUIRAL MONSALVE  
ANDRÉS FELIPE MOLINA CUARTAS  
SANTIAGO RESTREPO ARBOLEDA  
DIEGO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ  
NATALIA VALENCIA RODRÍGUEZ  
IRMA VÁSQUEZ CARDONA

© GRUPO EDITORIAL IBÁÑEZ  
IMPRENTA: Carrera 69 Bis No. 36-20 Sur  
Tels.: 2300731–2386035  
LIBRERÍA: Calle 12 B No. 7-12. L. 1  
Tels: 601-7018621  
LIBRERÍA TEUSAQUILLO: Calle 37 No. 19-07  
Tels: 7025760 – 7025835  
Bogotá, D.C. – Colombia  
[www.grupoeditorialibanez.com](http://www.grupoeditorialibanez.com)

Queda prohibida la reproducción parcial o total de este libro por cualquier proceso reprográfico o fónico, especialmente por fotocopia, microfilme, offset o mimeógrafo.

Ley 23 de 1982

ISBN: 978-958-791-307-1

Diagramación electrónica: Luisa Barrera

Diseño de portada: Vanessa Peña A.

## *Dedicatoria*

Para el Dr. Javier TAMAYO JARAMILLO, maestro, inspirador del rigor, el debate, y sobre todo, de la disciplina por el estudio del derecho de la responsabilidad civil y el derecho de seguros, quien desde mucho antes de su proyecto fundacional Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, IARCE, marcó una pauta para muchas generaciones. Somos privilegiados quienes tenemos la oportunidad de compartir con un profesional de estas condiciones. Hombre claro, disciplinado, de criterio, de posturas, si se quiere polémicas, pero fruto de su tesón, dedicación y natural inteligencia, de carácter, leal, sincero, sencillo, generoso, gran maestro. La posición alcanzada como uno de los tratadistas más destacados del mundo en la disciplina de la responsabilidad civil, es más que merecida, y por esto, como persona en primer lugar, y como académico, visionario, tratadista y profesional, en segundo lugar, sólo tenemos gestos de reconocimiento, gratitud y profunda admiración. ¡¡Gracias Maestro!!

*Para los Jueces*, a quienes desde un principio tuvimos muy presentes en la elaboración de este proyecto. Con su marcada vocación de servicio, disciplina, coraje y entrega, asumen el estudio y la resolución de los procesos objeto de los debates aquí planteados, donde queda claro que con su noble función, como representantes del estado de derecho y del orden social, se enfrentan día a día a estos y otros debates aún mas profundos, en el mundo de la responsabilidad civil, por ello, hacemos un sentido reconocimiento para que quienes así se desempeñan y ejercen su honroso cargo con dignidad, valores y rigor, lo sigan haciendo, de la mano de la cátedra, de las universidades, de los abogados litigantes, de la doctrina especializada y sobre todo, de la sociedad que tanto los necesita. Tan excelsa labor requiere de las características que Sócrates le atribuía a un buen Juez “*Escuchar cortésmente, responder sabiamente, ponderar prudentemente y decidir imparcialmente*”.



## PRÓLOGO

Luego de una lectura pausada y juiciosa al trabajo elaborado por Andrés Orión ÁLVAREZ y su equipo, se puede concluir que se realizó un profundo, serio y muy detallado análisis sobre el lucro cesante como una tipología del daño. En cada uno de los capítulos que componen esta obra, el litigante y los operadores judiciales encontrarán válidos y muy precisos argumentos para fundamentar una demanda en la que se formulen pretensiones de responsabilidad civil, contractual, extracontractual o del Estado; o para formular una adecuada defensa de un responsable al que se le solicita la indemnización de un lucro cesante. Los jueces en este texto encontrarán los argumentos legales, doctrinales y jurisprudenciales que les permitirán cumplir la obligación que les impone el Código General del Proceso de fundamentar sus decisiones.

En esta obra se analizan temas como la dependencia económica como presupuesto para el reconocimiento del lucro cesante, la presunción del ingreso equivalente al salario mínimo legal, la liquidación del lucro cesante cuando se establece una pérdida de capacidad laboral del 50% o más, el reconocimiento de lucro cesante en menores, el acrecimiento de lucro cuando un beneficiario alcanza la edad de reconocimiento del perjuicio, la reducción de gastos personales de la víctima fallecida, la prueba del lucro cesante con los dictámenes de pérdida de capacidad laboral y la acumulación de las prestaciones debidas por el sistema de seguridad social, con la propias de la responsabilidad civil. Todos estos temas en torno a los cuales giran la mayor parte de los litigios de responsabilidad civil en los que se debate el reconocimiento de lucro cesante.

La metodología empleada por el tratadista Andrés Orión ÁLVAREZ y su equipo, le permitirá a quién consulte el texto, tener claridad de la problemática que cada tema presenta y el estado actual de la jurisprudencia en torno al mismo.

Es grato ver cómo Andrés Orión, además de su gran desempeño profesional, continúa con esa pasión de aportar a la academia análisis sobre temas de tanta controversia.

Se confirma entonces que sus grandes amores son sus hijos y la responsabilidad civil, a su formación le ha dedicado la mayor parte de su vida profesional y este libro es un gran fruto de su capacidad, estudio, dedicación y persistencia.

Quien consulte este texto, seguro encontrará respuestas a múltiples inquietudes en torno al lucro cesante.

¡Qué bueno ver que el alumno superó al maestro!

Julio César YÉPES RESTREPO

## CONTENIDO

<b>PRÓLOGO</b> .....	9
<b>PRESENTACIÓN</b> .....	15

### **DEDUCCIÓN DE GASTOS PERSONALES EN LA LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE, POR MUERTE DE LA VÍCTIMA DIRECTA**

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	19
2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA .....	21
3. CONSEJO DE ESTADO .....	29
4. CONCLUSIÓN .....	37

### **ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DEL INGRESO EQUIVALENTE AL SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE**

1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	41
2. ¿PRESUNCIÓN DE DERECHO O LEGAL? .....	42
3. DAÑO VIRTUAL Y DAÑO HIPOTÉTICO .....	43
4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL .....	44
4.1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA .....	44
4.2. CONSEJO DE ESTADO Y EL AUMENTO POR PRESTACIONES SOCIALES .....	46
5. ANÁLISIS DOCTRINAL .....	53

6.	PROYECTO DE LEY DEL DAÑO A LA PERSONA .....	57
----	---	----

### **LOS DICTÁMENES DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL PARA ACREDITAR EL LUCRO CESANTE**

1.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	61
2.	NATURALEZA DE LOS DICTÁMENES DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL .....	62
3.	VALORACIÓN Y CONTRADICCIÓN AL INTERIOR DE UN PROCESO JUDICIAL .....	66
4.	LA PERTINENCIA Y NECESIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN DONDE SE SOLICITE PERJUICIOS MATERIALES EN LA MODALIDAD DE LUCRO CESANTE .....	72

### **DEPENDENCIA ECONÓMICA COMO FUNDAMENTO PARA PRETENDER LA REPARACIÓN DEL LUCRO CESANTE**

1.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	75
2.	JURISPRUDENCIA .....	76
	2.1. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA .....	77
	2.2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL .....	82
3.	DOCTRINA .....	88
4.	CONCLUSIÓN .....	92

### **LUCRO CESANTE EN MENORES DE EDAD**

1.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	93
2.	DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN DONDE NO SE RECONOCE EL LUCRO CESANTE A FAVOR DE LOS PADRES .....	94

3.	DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN DONDE SE RECONOCE EL LUCRO CESANTE A FAVOR DE LOS PADRES .....	98
4.	TESIS ACTUAL .....	106
5.	CONCLUSIÓN .....	107

### **EL ACRECIMIENTO**

1.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	109
2.	EL LUCRO CESANTE EN EL SUPUESTO EN QUE LA VÍCTIMA DIRECTA FALLECE .....	111
3.	POSICIÓN CLÁSICA DE LA JURISPRUDENCIA .....	114
4.	EL ACRECIMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL ..	115
5.	PRESUPUESTOS QUE DEBEN CONCURRIR PARA LA PROCEDENCIA DEL ACRECIMIENTO .....	117
6.	CONSEJO DE ESTADO, SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL 22 DE ABRIL DE 2015 .....	118
7.	RÉPLICAS .....	122
8.	LA LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE FUTURO CON ACRECIMIENTO .....	128
9.	CONCLUSIÓN .....	130

### **LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE ANTE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL IGUAL O SUPERIOR AL 50%**

1.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	133
1.1.	CONCEPTO DE INVALIDEZ .....	134
1.2.	PERJUICIO INDEMNIZABLE EN RESPONSABILIDAD CIVIL O DEL ESTADO .....	135
1.3.	SOLUCIONES QUE OFRECE LA JURISPRUDENCIA .....	137
	<i>1.3.1. SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO ...</i>	139

1.3.2.	<i>SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA</i> .....	142
1.3.3.	<i>SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA</i> ..	146

**EL PROBLEMA DE LA ACUMULACIÓN  
Y LOS DESCUENTOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL:  
LA SUBSISTENCIA DEL PERJUICIO**

1.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA .....	153
2.	ANÁLISIS DOCTRINAL .....	154
2.1.	CASO ESPECIAL EN EL EVENTO DE EXISTIR DERECHO A LA SUBROGACIÓN A FAVOR DE LA ENTIDAD QUE PAGA LA PRESTACIÓN DE INVALIDEZ O MUERTE .....	159
3.	ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL .....	163
3.1.	IMPROCEDENCIA DE LA ACUMULACIÓN .....	164
3.1.1.	<i>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA CIVIL</i> ....	164
3.1.2.	<i>CONSEJO DE ESTADO—SECCIÓN TERCERA</i> .....	165
3.1.3.	<i>TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL</i> .....	170
3.1.3.1.	<i>Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil. Principles of European Tort Law – PETL</i> .....	171
3.2.	PROCEDENCIA DE LA ACUMULACIÓN .....	173
3.2.1.	<i>CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA CIVIL</i> ....	174
3.2.2.	<i>CONSEJO DE ESTADO—SECCIÓN TERCERA</i> .....	180
4.	CONCLUSIÓN .....	185
	<b>REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS</b> .....	187

## PRESENTACIÓN

La presente cartilla, como hemos decidido llamarla en Andrés ORIÓN ÁLVAREZ ABOGADOS, surgió de la necesidad que iba creciendo día a día en nuestro ejercicio profesional. Quienes ejercemos esta bella profesión desde la responsabilidad civil y el derecho de seguros, venimos encontrando algunas dificultades interpretativas respecto de la forma objetiva y acertada en que deben abordarse los diferentes tópicos de la liquidación del lucro cesante consolidado y futuro, como aquel ingreso que deja de percibirse a raíz del hecho lesivo, el verdadero ingreso frustrado a raíz del daño.

Es más, desde la docencia, algunos afirmábamos que el terreno de los daños materiales, esto es, el daño emergente, y para el caso de nuestro escrito, el lucro cesante, eran terrenos de la objetividad, de la certeza del daño, de la prueba contrastable, objetiva, determinada o por lo menos, determinable; afirmación que si nos lo permiten, debemos reconsiderar, pues en el campo del lucro cesante, hemos venido encontrando, en la doctrina, en la jurisprudencia, en el día a día procesal, en los debates del nuevo sistema de la oralidad y ahora, de la virtualidad, en fin, en diferentes escenarios, variadas interpretaciones sobre los criterios que deben tenerse en cuenta para una acertada liquidación del lucro cesante, desde luego, de cara a la atención y aplicación del principio de la reparación integral del daño, y no del empobrecimiento, pero tampoco del enriquecimiento de la víctima.

Es así como aparecen discusiones serias, con posturas opuestas, en temas como la legitimidad y extensión de los beneficiarios de la ayuda económica, la necesidad o no de acreditar la dependencia económica, la edad hasta donde se presume la ayuda, los gastos personales que se deben descontar del ingreso base de liquidación, los descuentos o no, de los pagos que recibe la víctima del sistema general de seguridad social y con ello la discusión de la procedencia de la acumulación, los ingresos de la víctima, la forma de acreditarlos, las ayudas probatorias o presunciones de ingresos, el acrecimiento

y su debida aplicación, la acreditación de la pérdida de la capacidad laboral, la contradicción de dicha prueba, el debate sobre la naturaleza de la prueba, si se aporta como documental o es necesariamente pericial, con su protocolo procesal de contradicción, la diferencia entre daño y perjuicio, en fin, una serie de discusiones y debates que estamos seguros, la jurisprudencia y la academia vienen dando, sin que hayamos llegados a puerto firme en muchas de ellas, razones entonces, como lo decía al inicio, que motivaron nuestras inquietudes, para realizar este trabajo descriptivo, de la mano de la doctrina y de las fuentes jurisprudenciales, que nos permitan por lo menos organizar un poco el tema y los focos de discusión.

Sin mayores pretensiones académicas, y sin que este sea un trabajo con el rigor que impone una verdadera investigación, quisimos hacer una descripción del estado del arte, conscientes de que es sólo un principio, una semilla que puede y debe abonarse para futuras y productivas discusiones en torno al tema.

Va todo mi reconocimiento a quienes me acompañaron como coautores del presente texto, pues con abnegación, compromiso, rigor y disciplina, además con dificultades de tiempo por sus ocupaciones laborales y profesionales precisamente en AOA, además de sus compromisos académicos, lograron estructurar y desarrollar cada uno de los temas asignados, en lo que venimos trabajando hace aproximadamente dos años. A todos, mis sinceros reconocimientos, admiración y respeto por el trabajo desarrollado, a quienes paso a mencionar con todo merecimiento: Irma VÁSQUEZ CARDONA, Natalia VALENCIA RODRÍGUEZ, Mariana CASTRO ECHAVARRÍA, Saray GUIRAL, Andrés Felipe MOLINA CUARTAS, Santiago RESTREPO ARBOLEDA, Diego RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, y con otras funciones, a Daniela GIRALDO.

Dejamos finalmente una pequeña reflexión, extraída de una sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, que ilustra un poco la necesidad del estudio y del debate, de cara a una acertada probanza y liquidación de tan importante daño patrimonial o económico.

*“El lucro cesante actual no ofrece ninguna dificultad en cuanto hace a la certidumbre del daño ocasionado, pues, como viene de explicarse, se trata de la ganancia o del provecho no reportado al patrimonio del interesado, como hecho ya cumplido. En cambio, en el lucro cesante futuro, precisamente, por referirse a la utilidad o al beneficio frustrado cuya percepción debía darse más adelante*

*en el tiempo, su condición de cierto se debe establecer con base en la proyección razonable y objetiva que se haga de hechos presentes o pasados susceptibles de constatación, en el supuesto de que la conducta generadora del daño no hubiere tenido ocurrencia, para determinar si la ganancia o el provecho esperados, habrían o no ingresado al patrimonio del afectado.*

*En oportunidad reciente, la Sala reiteró que [en 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]; precisó igualmente que [‘las más de las veces, el confín entre la certeza y el acontecer ulterior, es extremadamente lábil, y la certidumbre del daño futuro sólo puede apreciarse en un sentido relativo y no absoluto, considerada la elemental imposibilidad de predecir con exactitud el desenvolvimiento de un suceso en el porvenir, por lo cual, se remite a una cuestión de hecho sujeta a la razonable valoración del marco concreto de circunstancias fácticas por el juzgador según las normas jurídicas, las reglas de la experiencia, la lógica y el sentido común (...); y recordó 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’ y ‘a un prudente sentido restrictivo cuando en sede litigiosa, se trata de admitir la existencia material del lucro cesante y de efectuar su valuación pecuniaria, haciendo particular énfasis en que procede la reparación de esta clase de daño en la medida en que obre en autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido’ (cas. civ. sentencia de 4 de marzo de 1998, exp. 4921) (Cas. Civ., sentencia del 9 de septiembre de 2010, expediente No. 17042-3103-001-2005-00103-01; se subraya)’ (CSJ SC de 1º de nov. de 2013, Rad. 1994-26630-01).*

Creemos pues que estos escritos, donde se abordan diferentes aspectos del lucro cesante, pueden orientar el debate, que como vemos, no es tan pacífico, en un rubro o componente de la tipología

del daño, de la mayor importancia, por lo que aquí consignado, se constituye en un anhelo de ir construyendo algunos caminos claros, uniformes y objetivos en beneficio de las víctimas, de los victimarios, de los sectores asegurador, transportador, y salud, entre otros, y mas importante aun, de nuestro jueces que todos los días se enfrentan a estos debates, en fin, de toda la sociedad que demanda una pronta y adecuada administración de justicia.

Andrés Orión ÁLVAREZ P.  
Director

# DEDUCCIÓN DE GASTOS PERSONALES EN LA LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE, POR MUERTE DE LA VÍCTIMA DIRECTA

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Nuestro ordenamiento jurídico ha implementado en el campo de la reparación de perjuicios un principio que permite determinar, aunque, de una cierta manera abstracta, la forma en que se debe resarcir a la víctima; el cual contiene una directriz que indica que en la medida de lo posible el afectado debe ser devuelto a las condiciones en las que se hallaba antes de sufrir el agravio. Es así que, a partir del *Principio de Reparación Integral*, surge para el agresor una obligación, para la víctima un derecho y para el juez el deber de materializar ese principio que se plantea en los linderos de la vaguedad, pues el mismo debe confluir entre el ofendido y el ofensor, ya que debe tomar una decisión en la que no deje en una escala inferior a la que se encontraba el ofendido pues no estaría aplicando el principio en mención; pero del otro lado no puede posicionar a la víctima en una escala superior pues estaría reparando más allá del perjuicio, configurando así una aplicación inadecuada de la *reparación integral*.

Es de esta forma como se obtiene un parámetro que orienta las medidas que se deben tomar para que en lo posible se pueda llevar a la víctima a las condiciones anteriores, esto se convierte en límites para los jueces, quienes deben realizar un trabajo intelectual para moverse dentro de esas barreras, pues el principio plantea un fin, pero no ofrece las herramientas para que el mismo se materialice y esto se debe al déficit legislativo, quien no ha delimitado objetivamente cuales son los perjuicios que se deben reconocer para cada caso en concreto y sobre todo cuales son los test de proporcionalidad, fórmulas financieras,

topes en el monto a indemnizar, etc., los cuales reduzcan decisiones arbitrarias y otorguen seguridad jurídica, y así evitar eventos donde dos o más personas en situaciones fácticas similares resultan siendo reparadas de formas diametralmente opuestas.

En ese sentido y para tratar de dar una aplicación al mencionado principio, se han desarrollado ciertas pautas, en gran medida de desarrollo jurisprudencial y con algunos doctrinantes abanderados, para cerrar la brecha de la vaguedad, lo que en última se traduce en un esfuerzo encaminado a determinar criterios auxiliares que permitan dar el calificativo de *certeza* a un perjuicio sufrido por las víctimas.

Ya deteniéndonos en esas pautas y adentrándonos en el objetivo del presente trabajo, nos situaremos en unos de los perjuicios que reporta la víctima de un hecho dañoso, más específicamente en el que se deriva de la muerte de un ser querido, con el cual se sostenía una estrecha relación proveniente del vínculo conyugal o de convivencia marital o el que se finca en las relaciones paterno-filiales. Y que es raíz de esa pérdida, que la víctima deja de percibir un ingreso a su patrimonio, el cual lo reportaba ese ser querido, y que dicha privación toma el nombre de lucro cesante.

Sin embargo, no es suficiente afirmar que esa persona que falleció abrigaba económicamente a determinadas personas, se debe demostrar efectivamente la existencia de la dependencia económica, aunado a que de no haber fallecido, tal beneficio se seguiría reportando<sup>1</sup>:

*“Al respecto, conviene recordar, en lo pertinente al caso, que lo que confiere el derecho para reclamar el pago de perjuicios materiales de índole extracontractual, derivados de la muerte de una persona es la dependencia económica del reclamante con respecto al extinto, siempre y cuando, claro está, exista certeza de que, dadas las circunstancias, la ayuda o socorro habría continuado de no haber ocurrido su fallecimiento”.*

En ese sentido una vez aclarada esa legitimidad amparada en la dependencia económica, surge una duda, cuál es el valor que destinaba en vida esa persona para el sostenimiento de sí mismo y de los que ahora pretende tales perjuicios, es así que se establece el objeto de

---

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sent. 7 de diciembre de 2000, Exp. 5651, M.P. Jorge Antonio CASTILLO RUGELES.

estudio del presente trabajo, el cual se centra en conocer el tratamiento que le ha dado la jurisprudencia nacional y el cual se ha denominado descuentos por gastos personales en la liquidación del lucro cesante, por muerte de la víctima directa.

## 2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Esta Corporación ha venido produciendo fallos en los cuales ha reconocido la procedencia de una deducción en el lucro cesante debido a los gastos personales del fallecido, denotando que no hay discusión frente a la procedencia de esta disminución; sin embargo, en lo que sí ha habido variación es en el porcentaje que debe ser descontado al momento de la tasación del perjuicio, ya que el mismo ha variado según el supuesto de hecho, así como el número de dependientes económicos del fallecido.

En primer lugar, traemos a colación una sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Negocios Generales, que data de 1959, la cual tenía como fundamento la liquidación de los perjuicios sufridos por los padres de un subteniente de la Policía Nacional, el cual había fallecido en el desarrollo de sus funciones como miembro adscrito a esta institución.

Sin embargo, antes de pasar a determinar lo relacionado con el lucro cesante, la Corte primero se detuvo estudiar la *certeza* de estos perjuicios y concluyó que estos perjuicios no eran eventuales si no que se consolidaron como ciertos a raíz de dos factores fundamentales:

1. La Corte encontró que en el proceso se había logrado probar que efectivamente el fallecido realizaba una contribución económica a sus padres.
2. Encontró probado la capacidad económica del fallecido funcionario.

Es plausible este razonamiento de la Corte en la cual, para proceder a reconocer el lucro cesante, determinó que el requisito fundamental era que la parte actora del proceso lograra probar que efectivamente recibía un aporte económico del fallecido y no que se reconociera a partir de presunciones o del solo hecho de acreditar parentesco.

En lo que respecta al descuento por gastos personales, el Alto Tribunal determinó que se debía realizar una deducción del 50%, pues este era al rubro que el fallecido destinaba para satisfacer sus propias necesidades, pero lo que llama la atención, es que la Corte vía presunción concluyó que se debía liquidar con este descuento hasta que el funcionario alcanzará los 29 años, pues después de esta edad lo más probable es que el fallecido contrajera matrimonio y a partir de este momento se liquidaba el lucro cesante futuro con un descuento del 75%, pues ya tendría que destinar la mayoría de sus recursos al sostenimiento de su nueva familia.

Al respecto veamos<sup>2</sup>:

*“... Es verdad que se conoce la suma que el occiso devengaba el tiempo de su muerte que era de cuatrocientos noventa y cinco pesos mensuales (\$495.00) según informe oficial que obra en autos: pero esa cifra apenas serviría como punto de partida para fijar el justiprecio de la indemnización. No se puede presumir que ella era percibida totalmente por los padres, sino que este tomaría lo suficiente para sus propias necesidades de acuerdo con su posición; ni puede saberse hasta cuándo ni en qué momento subsistiría tal ayuda del hijo, en razón de la vida probable de sus padres y teniendo en cuenta un probable cambio de estado civil de aquel, etc. Etc. (SIC). Factores estos indispensables para fijar una indemnización justa por el perjuicio sufrido. Por tal razón, a este respecto debe hacerse una condenación en abstracto, para que el incidente posterior previsto por el artículo 553 del Código Judicial, se haga la regulación del caso teniendo en cuenta las bases que la jurisprudencia ha sentado para el efecto en casos idénticos”.*

(...)

*“También el tribunal acogiendo a este respecto el dictamen de los peritos, fijo la cuantía de dicha ayuda económica en el 50% de los ingresos del oficial fallecido en tanto permaneciera soltero y en un 25% de ese mismo ingreso en cuanto contrajera matrimonio, hecho que sobrevendría en el año de 1960. La Sala así mismo comparte esa apreciación porque es normal que una persona célibe reserve la indicada parte de su sueldo para gastos personales, formación de un capital propio, etc. Y por cuanto para el computo de dicha asistencia –según lo ha expresado la jurisprudencia y lo advierte*

<sup>2</sup> Corte Suprema de Justicia – Sala de negocios generales, Gaceta Judicial Bogotá 8 de septiembre de 1959. M.P. Luis Carlos ZAMBRANO.

*la misma sentencia que se liquida— debe entrar en juego la circunstancia contingente, pero fundada en la naturaleza humana, de que una persona “contraiga obligaciones nuevas, como las que emanan del matrimonio, y disminuya de ese modo las posibilidades económicas anteriores, respecto de terceros. La doctrina tiene en cuenta ese evento para deducir, de antemano, dentro de esas posibilidades, lo que corresponde a los compromisos que el nuevo y probable estado matrimonial cause en el obligado a reparar un perjuicio civil”. Y es muy aceptable la posibilidad de que una persona se case a los 29 años de edad, como en este caso lo indica el Tribunal con fundamento en la respectiva peritación”.*

Es así como se logra observar que ya para esa época la Corte habría delimitado la postura frente a la deducción por gastos personales cuando quienes reclaman son los padres, aplicando así un 50% de descuento; por otro lado, llama la atención la deducción realizada por la presunción de contraer matrimonio, la cual consideramos que corresponde al factor cultural de la época y que probablemente la aplicación de esta presunción en el ahora sería algo cuestionable, pues no esta tan arraigada la concepción del matrimonio como lo era en ese entonces.

Continuando con las posturas de la Corte Suprema de Justicia, y centrándonos en las últimas dos décadas encontramos una providencia en sede de instancia en la que se encargaba de liquidar los perjuicios productos del accidente de tránsito en el cual fallecen dos personas, el primero, el señor Marco Aurelio OBREGÓN y el segundo, el señor Manuel Salvador MORALES SALAZAR<sup>3</sup>.

Debido a la muerte del señor Obregón, iniciaron proceso judicial la cónyuge supérstite y sus seis hijos, y por el fallecimiento del señor Morales su compañera permanente y sus dos hijos, en ambos casos se concedió el lucro cesante y se tomó un ingreso presuntivo del salario mínimo debido a la dificultad para determinar los ingresos de los fallecidos, pero lo que llama la atención es que en ambos casos se aplicó un descuento por gastos personales del 25%.

De esto se desprende que el criterio utilizado por la Corte en esta oportunidad, para aplicar determinado porcentaje de descuento por gastos personales, paradójicamente no obedeció al número de

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sent. 7 de octubre de 1999, Exp. 5002. M.P. Manuel ARDILA VELÁSQUEZ.

personas que dependían económicamente del causante, pues como se vio en dicho supuesto el señor Obregón sostenía a siete personas, mientras que Morales sostenía a tres, y aun así en ambos casos descontó la cuarta parte de los ingresos.

Así las cosas, dicho porcentaje obedeció a la aplicación de una presunción, la cual no tiene presente las máximas de la experiencia, ya que se podría afirmar, casi que sin contradictor alguno, que una persona que devenga un salario mínimo, que sostiene a siete personas y junto con él conforma un grupo familiar, fácilmente no va a destinar la cuarta parte de sus ingresos para atender sus necesidades.

En ese mismo sentido lo ha planteado el doctor Javier TAMAYO, quien ha determinado que ante un supuesto como el antes mencionado, puede llegar inclusive a no existir tal deducción<sup>4</sup>.

*“Así mismo, si el hogar está constituido por los dos cónyuges y un hijo, no es absurdo pensar que el padre destine un 25% de su ingreso a su mantenimiento personal. Tratándose de grupos familiares numerosos, el descuento podría oscilar entre un 10 y un 20%, e inclusive no existir”.*

Continuando con la línea planteada anteriormente, en sentencia del 2007, con ponencia del doctor Edgardo VILLAMIL PORTILLA, la Corte Suprema de Justicia<sup>5</sup> reitera la postura anterior pues al casar una sentencia del Tribunal Superior del Distrito de Medellín, aplica nuevamente una deducción del 25% por gastos personales:

*“Y es verdad que en ese fragmento de la decisión incurrió en desatino el sentenciador de segunda instancia, pues para cuantificar los perjuicios materiales, siguiendo una larga tradición jurisprudencial sobre la materia, es razonable suponer que del salario mensual de \$742.921,00 que devengaba Edgar Rodríguez como empleado del Municipio de Itagüí, debía destinar un 25% para la propia subsistencia, por tanto, solamente el 75% restante constituiría el beneficio patrimonial perdido para su compañera permanente y sus dos hijas (...)”.*

<sup>4</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. Tratado de Responsabilidad Civil, Editorial LEGIS, 2007, Tomo II, p. 1006.

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sent. 26 de marzo de 2007, Exp. 5125, M.P. Edgardo VILLAMIL PORTILLA.

En ese sentido se ratifica el patrón, en el cual se observa que ante una familia en la que alrededor de tres personas dependían económicamente del fallecido, se aplica un descuento por los gastos de la propia manutención correspondiente a la cuarta parte del ingreso que en vida percibía el de cujus.

Así en renglones posteriores materializó tal deducción:

*“Como atrás quedó dicho, la indemnización para las demandantes se limitará al tiempo de vida probable con que aún contaba el paciente—diez años—, a partir de sus ingresos mensuales, deducidos en el veinticinco por ciento (25%) por concepto de gastos personales, con los reajustes de tiempo para los 25 años de sus entonces menores hijas, según quedó explicado.”* Subrayado fuera del texto.

A este punto es de resaltar una providencia de la Corte Suprema de Justicia en sede de casación, en la cual la parte actora pretendía la reparación de los perjuicios por el fallecimiento del señor Alvis Manuel Berliza González<sup>6</sup>, lo particular de este caso es que los demandantes estaban conformados, entre otros, por la cónyuge del fallecido, sus cinco hijos, su madre y la compañera permanente del señor Barliza, es decir ocho dependientes, los cuales pretendían que se les reconociera el lucro cesante consolidado y futuro, determinando que los ingresos del fallecido se distribuían en un 50% para la ayuda económica de los demandantes y el otro 50% por concepto de gastos personales del occiso.

El lucro cesante lo terminó reconociendo la Corte, con base al planteamiento que había realizado la parte demandante, esto es, realizó una deducción del 50% por concepto de gastos personales y el restante para liquidar el lucro cesante. A pesar de ello, son este tipo de situaciones las que llaman la atención, pues en el caso en que la parte demandante no haya realizado dicha distribución, hubiese surgido la necesidad de que el Tribunal de Casación se pronunciara al respecto; surgiendo la duda si ante la ayuda económica que el fallecido le brindaba a este número considerable de personas, lo adecuado sería una deducción por gastos personales del 50% o del 25% como lo ha realizado en otras ocasiones.

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sent. 1 de junio de 2010, Exp. 2007-00641, M.P. Arturo SOLARTE.

Son entonces, estos los escenarios adecuados para aventurarse a plantear un debate frente a si se debe considerar un descuento mucho mayor y tener presente que el planteamiento de deducciones por gastos personales obedece a cada caso en concreto y no encasillarse de forma exclusiva en lo que vía presunción se ha venido implementado.

En línea de jurisprudencia pasaremos a estudiar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, en la cual se analizó la responsabilidad de la Constructora Capital Tower S.A., debido al fallecimiento del ingeniero Pedro Antonio Bustos Ángel a causa de un objeto que se desprendió del edificio “1000 Street” el cual estaba en proceso de construcción por la citada sociedad<sup>7</sup>.

En lo atinente a la parte demandante, estaba conformada por la hija menor de edad del fallecido la cual, por medio de representación legal de su madre, pretendía el pago de perjuicios materiales, entre estos el lucro cesante, ya que su padre al ser ingeniero y devengar un ingreso de \$3.718.000, era quien brindaba plenamente su manutención económica.

Al respecto luego de haber encontrado a los demandantes responsables civilmente, reconoció el lucro cesante y al ingreso comprobado por parte de un perito, se le realizó un descuento por un valor del 50%, por los gastos personales para la manutención del fallecido, aunado a que este aún vivía con sus padres, de lo que se desprendía que también los ayudaba económicamente; tal y como se verá a continuación:

*“La Sala, apoyada igualmente, tanto en el citado escrito, informador de que Pedro Antonio Bustos Ángel prestaba sus labores en Villavicencio, como en la atestación de Rodrigo Alberto Brito Agudelo quien da cuenta de que aquel además de las obligaciones con su hija y esposa “aportaba a la casa ya que vivía con sus padres” descontará el 50% por concepto de gastos personales y de subsistencia del mismo, criterio aplicado en fallo de 9 de julio de 2010, exp. 1999-02191-01, lo que arroja una cifra de \$1.859.000 mensuales, la cual será fundamento de la liquidación del aludido daño, a favor de la accionante”.*

Como se logra observar, en esta oportunidad el Alto Tribunal en Sala Civil, aplicó un descuento en consideración a las condiciones personales del fallecido, en cuanto tuvo presente sus ingresos y las

---

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sent. 8 de agosto de 2013, Exp. 1402. M.P. Ruth Marina DÍAZ PUERTA.

personas que dependían económicamente de este, aunque algunos de ellos no hacían parte del proceso, lo que indica una valoración en concreto del supuesto de hecho.

En esta oportunidad analizaremos una sentencia de la Corte Suprema de Justicia<sup>8</sup>, en la que resuelve una alzada en contra de sentencia del Tribunal Superior del Distrito de Medellín, donde analizó la responsabilidad derivada de un accidente de tránsito que le causó la muerte al señor Wilson Yamit Osorio y que a raíz de esto su esposa e hija pretendían el resarcimiento de los perjuicios, reiterando la postura anterior, haciendo referencia a un descuento equivalente al 50% de los ingresos del señor Osorio los cuales iban destinados a su propio mantenimiento.

*“En ese orden, el ingreso base de la liquidación será la cantidad de \$737.717, fijado por el Decreto 2209 de 30 de diciembre de 2016 como salario mínimo mensual legal vigente para el año 2017.*

*De ese monto se deducirá el 50% por concepto de gastos personales del señor Osorio Giraldo, esto es, \$368.858,5.*

*Por comprender tanto el sustento de la hija como la colaboración a la cónyuge, el indicado valor se divide entre las dos en partes iguales, para obtener la base del cálculo posterior separado, lo que corresponde a  $\$368.858,5/2 = \$184.429,25$  (...).”*

Al respecto llama la atención que, en este supuesto de hecho, se liquidó el lucro cesante partiendo de un ingreso presuntivo correspondiente a un salario mínimo, pues no se logró acreditar el salario que devengaba en vida el señor Osorio correspondiente a \$1.200.000; no obstante, se realizó un descuento por gastos personas del 50% y no del 25%, como lo ha realizado en otras ocasiones.

Esto quiere decir que si bien se tomó como ingreso base para la liquidación un salario mínimo, se aplicó un descuento teniendo presente el ingreso que no fue posible demostrar en la litis. A este punto sería necesario traer a colación la sentencia del tribunal que fue impugnada y de la cual la Corte realizó una breve relatoría.

*“En lo que respecta a la deducción a aplicar, aunque el a quo la fijó en un 25% acorde con la providencia de esta Corporación CSJSC,*

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sent. 12 de diciembre de 2017, Exp. 20950. M.P. Ariel SALAZAR RAMÍREZ.

*30 jun. 2005, Rad. 00650, tampoco es un exabrupto que sea del 50% como pide la aseguradora y conforme al fallo CSJ SC, 9 jul. 2010 de esta Sala, toda vez que los ingresos base exceden los «dos salarios mínimos mensuales vigentes del momento» y Ángela María «es una profesional en contaduría pública que también reportaba ingresos para el hogar», por lo que se prefiere este último porcentaje”.*

Si bien al momento de la liquidación del lucro cesante la Corte Suprema no lo manifiesta expresamente, se puede concluir que el argumento expuesto en la sentencia del ad quem, fue acogido por el Supremo Tribunal en sede de Casación.

De esta conclusión, se introduce una nueva pauta para determinar qué porcentaje de deducción debe aplicarse, así se tiene entonces: el número de dependientes económicos, el grupo familiar, esto es, distinguir si la víctima convivía o no con los dependientes económicos y en el caso que compartieran la misma morada, determinar si los deudos reportaban ingresos al grupo familiar, para concluir que si estos ingresos económicos superan los dos salarios mínimos, es dable deducir que la víctima directa tenía una capacidad económica mayor y en ese sentido destinaba más del 25% de sus ingresos a su propio sostenimiento.

Ya para finalizar el análisis de las providencias de la Corte Suprema de Justicia, encontramos una sentencia reciente del 2019<sup>9</sup>, en la cual se estudió la responsabilidad por la muerte del señor Luis Orlando Zuluaga quien falleció en un accidente de tránsito en calidad de peatón.

En sentencia sustitutiva, la Corte encontró a los demandados como civilmente responsables y condenó al pago de los perjuicios, causados al cónyuge superviviente del señor Zuluaga y a sus hijos.

Sin embargo, al momento de realizar la respectiva deducción por gastos personales del fallecido, decidió aplicar un 25% por este concepto, ratificando posturas anteriores de la Sala:

*“El valor del ingreso mensual percibido por el occiso al tiempo de su deceso, era de \$4.500.000, que será la base de la liquidación del lucro cesante, con deducción de un 25% por concepto de gastos*

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sent. 7 de marzo de 2019. Exp. 655-2019. M.P. Octavio Augusto TEJEIRO DUQUE.

*personales como estimativo que la Corte ha considerado procedente aplicar en materia resarcitoria, que para el caso corresponde a \$1.125.000, y lo restante habría de distribuirse por mitades entre la cónyuge y los hijos, (...)*". Subrayado fuera del texto original.

En ese sentido, se plantea como una postura más reciente de la Corte Suprema de Justicia en la que se da aplicación de la cuarta parte de los ingresos, al deducir el Alto Tribunal que la gran mayoría de estos perjuicios iban destinados a la manutención de la esposa del señor Zuluaga.

Lo que no implica que no se de aplicación a las demás posturas que ha sostenido la Corte, y que como se ha dicho a lo largo del presente escrito, su aplicación obedece al supuesto de hecho en concreto que se analice.

### 3. CONSEJO DE ESTADO

Al igual que la Corte Suprema de Justicia, para esta Corporación no existe duda con respecto a que se debe realizar la deducción por gastos personales del fallecido, advirtiendo que de igual forma se presenta es la diferencia en cuanto al porcentaje de deducción.

En primer lugar, se trae a colación una sentencia del Tribunal Superior de lo Contencioso Administrativo, el cual estudia en sede de segunda Instancia, la responsabilidad del Municipio de Ibagué, derivada de la muerte del señor Miguel Antonio Martínez, quien era trabajador adscrito al Departamento de Obras Municipales del mencionado municipio y el cual falleció mientras realizaba la apertura de una vía, la cual había sido cerrada a raíz de un desprendimiento de tierra<sup>10</sup>.

Los deudos conformados por la esposa del fallecido, sus dos hijos económicamente independientes y un nieto, pretendían entre otros, el perjuicio patrimonial que se les causó a la cónyuge del señor Martínez, pues esta dependía económicamente del fallecido y adicionalmente solicitaron que se realizara una deducción del 20% en lo atinente a gastos personales.

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. 24 de febrero de 2005, Exp. 15125. C.P. Alíer Eduardo HERNÁNDEZ.

El Consejo de Estado encontró responsable al municipio de Ibagué y procedió a liquidar el lucro cesante haciendo un descuento del 50%, en razón a lo siguiente:

*“Ahora bien, en cuanto se refiere al lucro cesante reclamado por la demandante Eunice Cubillos de Martínez, observa la Sala que, con fundamento en los testimonios citados, está demostrado que ésta dependía económicamente de Miguel Antonio Martínez Peralta. En relación con la cuantía de la respectiva indemnización, se observa que fue establecida en el fallo apelado, teniendo en cuenta el 75% de los ingresos totales mensuales del señor Martínez Peralta, por considerarse que éste sólo utilizaba un 25% de los mismos a su “subsistencia congrua”, criterio que no corresponde al adoptado por esta Corporación en los eventos en que la víctima no tiene hijos a su cargo. En efecto, en estos casos, con base en las reglas de la experiencia y faltando pruebas directas que permitan establecer la cuantía exacta del perjuicio sufrido por la cónyuge dependiente, ha considerado que el mismo corresponde al 50% del ingreso de la víctima. En estos términos, entonces, se efectuará la liquidación del lucro cesante de la señora Cubillos de Martínez”.*

En ese sentido se estructura las bases para dar aplicación de un descuento del 50%, de los ingresos del causante, en cuanto el fallecido no tenía hijos a su cargo y solo de él dependía la cónyuge, de lo que se puede inferir que la mitad de sus ingresos iban dirigidos a satisfacer sus propias necesidades.

A continuación se analiza la sentencia del Consejo de Estado, en la cual se resuelve un recurso de apelación, en la que los actores pretendían que se declarara la responsabilidad Estatal por la muerte del Agente de Policía Juan José MARTÍNEZ, la cual se dio en el desarrollo de sus funciones en el municipio de Cabuyal luego de un intercambio de disparos con unos sujetos que no atendieron el llamado de su compañero para una requisa, y que al momento de percutir su arma esta se trabó lo que lo dejó sin oportunidad de defenderse de los malhechores<sup>11</sup>.

Luego de determinar que se configuran los elementos para determinar la responsabilidad del Estado, esta Corporación se centró en el resarcimiento de los perjuicios a la parte demandante, la cual estaba

---

<sup>11</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. 7 de octubre de 2009, Exp. 17058. C.P Myriam GUERRA DE ESCOBAR.

conformada por la esposa del agente Martínez y sus cuatro hijos; en los que pretendían la reparación económica a título de lucro cesante.

Luego de determinar que los ingresos que percibía en vida el agente Martínez ascendían a la cifra de \$213.241, les realizó una deducción del 25%, correspondiente a la cuota de mantenimiento que destinaba para su congrua subsistencia el fallecido.

*“Para la indemnización se tomará como referencia los ingresos mensuales de la víctima por el ejercicio de la función policial, y se actualizará dicho monto con los índices de precios al consumidor. A continuación, se descontará el 25 %, cuyo porcentaje equivale a la manutención de la víctima, y el 75 % restante se dividirá el 50 % para la cónyuge y el 50 % para los hijos”.*

En ese sentido tomó la postura con más acogida en la jurisprudencia, realizando un descuento de la cuarta parte de los ingresos del fallecido, que se destinaban a su manutención.

Continuando con la línea jurisprudencial, y en discrepancia de la providencia anterior, se tiene en ese sentido una sentencia con ponencia de la Dra. Stella CONTO DÍAZ en la cual se analiza la responsabilidad del Departamento de Santander, por la muerte del señor Álvaro CARRILLO GÓMEZ y Ángel ALDANA VERA, y de otros lesionados más, quien en calidad de servidores públicos se desplazaban en un vehículo de la administración; al cual se le explota una llanta y provoca su volcamiento<sup>12</sup>.

En esta sentencia esta Corporación reitera cuales han sido sus criterios que se deben tener en cuenta al momento de liquidar el lucro cesante, derivado del fallecimiento de un ser querido en lo que se referencia lo atinente al descuento por gastos personales:

*“Así, en lo que toca con el reconocimiento del lucro cesante, esta Sección, al amparo del fundamento jurídico y axiológico sobre el que ha sostenido la autonomía de la responsabilidad patrimonial del Estado, ha construido un criterio jurisprudencial de cara a la indemnización integral de la pérdida de los ingresos dejados de percibir por el lesionado, el fallecido y los miembros del grupo que percibían ayuda económica de aquel, apoyado en elementos*

<sup>12</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. 22 de abril de 2015. Exp. 19146. C.P Stella CONTO DÍAZ DEL CASTILLO.

*desarrollados en otros campos del ordenamiento, como: (i) la presunción de la capacidad laboral y el salario mínimo legal, definidos desde el régimen laboral; (ii) la proyección de vida probable de la víctima, adoptada mediante actos administrativos para el cálculo actuarial en materia de pensiones; (iii) el incremento del salario en un 25%, por concepto de las prestaciones sociales en materia laboral; (iv) la deducción de las prestaciones por la misma causa, pagadas conforme con el ordenamiento que rige la seguridad social; (v) la deducción del 25% de los ingresos por gastos propios de la víctima, con apoyo en las reglas de la experiencia y (vi) la tasación de la obligación en valor presente, como se concibe desde el derecho común, con sujeción a índices de precios al consumidor y funciones de actualización en el tiempo de series uniformes de pagos (fórmulas utilizadas para estimar el lucro consolidado y el futuro), que sirven a los regímenes financiero y de política macroeconómica".* Subrayado fuera del texto original.

En ese sentido se determinó una regla básica la que indica que por lo general el descuento por gastos personales obedece a la cuarta parte de los ingresos del fallecido, sin embargo, para el caso en comento, los familiares de los funcionarios fallecidos pretendieron que se reconociera el lucro cesante con una aplicación del acrecimiento, lo que implicaba que en la medida que los hijos alcanzaran la edad de 25 años, su parte acreciera a los demás y de forma proporcional a la cónyuge, y así sucesivamente hasta que todos los hijos alcanzaran la edad de autonomía económica, época en la cual todo acrecería a la esposa del fallecido.

Es de resaltar que debido a que el Consejo de Estado apostó por dar aplicación del *ius adcrecendi*, la regla que se había planteada para la deducción de gastos personales vio una variación, pues en primer lugar se descontó la cuarta parte de los ingresos hasta que el último de los hijos alcanzara la mencionada edad y luego de esta etapa, se dedujo el 50% de los ingresos por este concepto, con ayuda de las reglas de la experiencia:

*“Se debe tener en cuenta, además, que a partir de la fecha en que todos los hijos alcanzan la autonomía económica, el trabajador habría aumentado las reservas para sus propias necesidades. Y, en esas circunstancias, la distribución será del 50% de los ingresos totales para cada consorte, cónyuge o compañero(a), siendo este porcentaje la proporción que se reconocerá al cónyuge superviviente, a partir de entonces”.*

Es entonces que a raíz de la aplicación del acrecimiento que asumió esta Corporación y con ayuda de las reglas de la experiencia, se planteó una forma diferente a la ya tradicional, para aplicar la deducción; partiendo de dos momentos, el primer va hasta la época en el que la cónyuge comparte los ingresos con los hijos del fallecido y el segundo momento cuando ya el total de esos ingresos supondría un beneficio exclusivamente para la cónyuge.

A este punto es importante mencionar la siguiente sentencia del Consejo de Estado, en el que el litigio giraba en torno a la responsabilidad de la Nación y el Ejército Nacional, por la muerte de la menor Milena Andrea Santa María López, ocasionada por el uso desproporcionado de la fuerza, por parte de un grupo de soldados profesionales quienes sin portar uniformes, ni insignias de esta institución y luego de una persecución en vehículos, abrieron fuego contra el vehículo en el que se encontraba la menor<sup>13</sup>.

Si bien en esta oportunidad, no se reconoció el lucro cesante para los padres, pues el Consejo de Estado consideró que al momento de los hechos la víctima tenía 16 años y no ejercía ninguna actividad productiva, el alto tribunal si realizó una precisión que cobra valor para el objeto de estudio del presente escrito.

*“62. Con fundamento en lo expuesto, la Sala unificará su jurisprudencia para señalar que, en ausencia de prueba que demuestre (i) que los hijos contribuyen económicamente con el sostenimiento del hogar paterno o materno, porque materialmente están en condiciones de hacerlo, es decir, porque ejercen una actividad productiva que les reporta algún ingreso, y (ii) que los padres son beneficiarios de la obligación alimentaria porque no tienen los medios para procurarse su propia subsistencia, bien porque están desempleados, enfermos o sufren de alguna discapacidad, no puede presumirse que la muerte de una persona menor de 25 años genera una pérdida de ingresos cierta a favor de sus padres.*

*63. Para la demostración de estos dos elementos son admisibles todos los medios de prueba; sin embargo, en lo que toca al primer elemento –la capacidad del deudor de la obligación alimentaria– el juez administrativo deberá valorar especialmente todos los*

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. 6 de abril de 2018. Exp. 46005. C.P Danilo ROJAS.

*hechos que sean indicativos de que el hijo sí ejercía alguna actividad productiva, como son el contexto familiar, cultural, de género y social en el que él y su familia subsistían, pues es bien sabido que en las zonas rurales todos los integrantes del núcleo familiar contribuyen de alguna manera con el sostenimiento económico del hogar. No obstante, en estos casos, para el cálculo del lucro cesante deberá presumirse que todos los hijos que están en edad de trabajar, contribuyen económicamente al mismo propósito, por lo que la indemnización que por concepto de lucro cesante se reconozca a favor de los padres del hijo que fallece debe disminuirse en proporción al número de hijos que integran el hogar”.* Subrayado fuera del texto.

En ese sentido, se debe tener presente que, al momento de tasar el lucro cesante pretendido por los padres a raíz de la muerte de un hijo, se deben valorar las condiciones particulares de la víctima directa como lo son si se encontraba en condiciones para contribuir económicamente, que los padres requieran de esa ayuda económica y la conformación del grupo familiar. Esto indica que, si el grupo familiar está conformado por varios hijos, todos en edad que se presume productiva y que en ese sentido se presumiría que todos aportan a la economía familiar, este será un indicador para que al momento de realizar un descuento por gastos personales, se pueda plantear un descuento inclusive mayor al que ya se había planteado por las reglas jurisprudenciales.

Entonces, vr. g, si se trata de una familia compuesta por los padres y tres hijos mayores de edad, no sería del todo ilógico plantear un descuento como mínimo del 50% e inclusive mucho mayor; pues tal y como lo adujo esta Corporación, ante un número mayor de hijos que contribuyan económicamente, menor será la indemnización por lucro cesante para los padres.

Ya para finalizar con esta Corporación, encontramos una providencia en la cual el Consejo de Estado, resolvió en segunda instancia la responsabilidad estatal de la Policía Nacional, por la muerte del ciudadano José Aucarias Mejía Mejía, quien había fallecido en un cruce de disparos con agentes de la Policía, en la cual se determinó que existió un exceso de uso de la fuerza por parte de la entidad demandada y adicionalmente ordenó una reducción del monto indemnizatorio del 20% en razón de la concurrencia de culpas por parte de la víctima directa<sup>14</sup>.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. 7 de octubre de 2019. Exp. 38896. C.P Alberto MONTAÑA PLATA.

En lo atinente al reconocimiento de perjuicios patrimoniales solo fueron reconocidos para la Compañera permanente y para la hija del señor Mejía, y la primera acotación con respecto al tema de estudio es que el Consejo de Estado no acogió la disminución del 30% que había realizado el *A quo*, si no que terminó por ratificar la postura de la Sala quien ha determinado que el descuento obedece al 25%.

*“La Sala destaca que, si bien, en la Sentencia de primera instancia se restó por concepto de gastos propios de la víctima el 30% y, en esta instancia disminuye esa cifra en un 5%, es decir, del 30% al 25%, de conformidad con la regla de esta Corporación, ello no vulnera el principio de no reformatio in pejus, toda vez que, al IBL obtenido luego de restar los gastos propios de la víctima, se le resta un 20% correspondiente a la injerencia de la víctima en la producción del daño”.*

Y a pesar de haber establecido expresamente que el descuento obedecía al 25%, luego de la liquidación del lucro cesante para la compañera permanente y para la hija del señor Mejía terminó por aumentar el porcentaje que corresponde a gastos personales

*“Determinados los periodos y los beneficiarios en cada uno de ellos, debe distribuirse el IBL por periodos, de conformidad con las reglas de esta Corporación, así:*

- *Para el Periodo 1. El IBL deberá distribuirse de la siguiente manera: 50% para la cónyuge y, el 50% restante para la hija.*
- *Para el Periodo 2. Se aplicará la regla de la jurisprudencia, según la cual, una vez los hijos alcanzan los 25 años, el IBL se reduce al 50% y la cónyuge tiene derecho a recibir la totalidad de ese monto”.* Subrayado fuera del texto original.

Es así como se tiene que se tomó un ingreso presuntivo debido a que no se acreditó el ingreso del señor Mejía, el cual correspondería al salario mínimo del 2019, es decir \$828.116<sup>15</sup>, al cual inicialmente le realizó un descuento del 25% que sería la cuota que destinaba el señor Mejía a su sostenimiento y luego otro 20% por concurrencia de culpas, luego el resultado se le actualizó la renta y se tomó como

<sup>15</sup> Decreto 2451 de 2019, Ministerio de Hacienda. República de Colombia.

Ingreso Base de Liquidación (IBL), el cual para liquidar el perjuicio de cada una de las víctimas indirectas lo dividió en mitades, lo que curiosamente arrojó el valor \$202.079.

Para efectos de este ejemplo tomamos el lucro cesante futuro, el cual para liquidarlo fue dividido en dos periodos, el primero hasta que la hija alcanzara la edad de 25 años, en el que como ya se había indicado implementó un descuento del 25%.

Y el segundo periodo que va desde que finalizó el primer periodo hasta la vida probable del fallecido, y lo liquidó por el IBL con el que venía calculando la indemnización esto es \$202.079, lo que en reducidas cuentas quiere decir que en esta etapa realizó una deducción unos pocos puntos porcentuales por encima del 50%, como se explicará ahora:

Ingreso Presuntivo: \$828.116.

Deducción inicial por gastos personales: 25%

Incidencia causal de la víctima: 20%

IBL: Tendría que equivaler al 55% para el computo del primer periodo, el cual fue dividido a la mitad para ambas demandantes, lo cual no coincide con la renta actualizada.

Según la regla precitada, el segundo periodo se reducía al 50% del IBL, no obstante se siguió tomando la cifra de \$202.079, lo que quiere decir que en realidad el segundo periodo se liquidó con base a un 27.5% del ingreso presuntivo, lo que indica que el descuento a simple vista fue de un 52.5% en el segundo periodo, advirtiendo que el otro 20% restante obedece a la deducción por la injerencia de la víctima.

Es de advertir, que para efectos de concluir cual fue las cuentas que realizó el Consejo de Estado, intentamos determinar los porcentajes de forma superficial, indicando que en las operaciones realizadas por esta Corporación hay ciertas inconsistencias sobre las cuales no nos pronunciamos pues no son objeto del presente trabajo.

Es así como se determinan las posturas de esta Corporación, que en síntesis se podría advertir que obedece al 25% de los ingresos que devengaba el fallecido, sin embargo, como se citó en la sentencia con

ponencia de la Dra. Stella CONTO DÍAZ, esa es la cifra que se plantea, no obstante, no se puede dejar de un lado las reglas de la experiencia.

#### 4. CONCLUSIÓN

Tal y como se observó en las precitadas providencias de la Honorable Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, son varias las presunciones<sup>16</sup> que en aras del principio de reparación integral se han aplicada para intentar en la medida de lo posible situar al afectado a una situación cercana a su estado anterior del hecho dañoso.

Resaltando la importancia de las presunciones a las que es posible acudir como criterios auxiliares de los jueces y magistrados, en ese sentido se ha planteado deducciones del 25%, del 50%, e inclusive porcentajes diferentes como un 30% que los han acogido los jueces o hasta los magistrados de los distritos; atendiendo que como se ha dicho este descuento obedece a un criterio de reparación integral.

No obstante, ya se hayan demarcado los supuestos en los que encajan cada una de las presunciones, es importante advertir que más allá de este criterio auxiliar, debe también atender al esfuerzo probatorio que realicen las partes al interior del proceso, pues en la medida que el descuento sea mayor, beneficiará al responsable pagador o en sentido contrario cuando el descuento sea menor reportará mayor utilidad a las víctimas.

Es así que se debe atender al supuesto de hecho en concreto para realizar una valoración adecuada del daño y en ese sentido de la reparación del mismo, a este punto resaltamos las palabras del profesor Sergio ROJAS QUIÑONES<sup>17</sup>:

*“La existencia de la presunción releva de la consecuyente carga de la prueba en torno a la dependencia económica del reclamante,*

<sup>16</sup> 55. Las presunciones han sido definidas doctrinariamente como “un juicio lógico del legislador o del juez (según sea legal o jurisprudencial), en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo cuando es presunción judicial o de hombre) con fundamento en las máximas generales de la experiencia que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos”. Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. 6 de abril de 2018. Exp. 46005. C.P. Danilo ROJAS.

<sup>17</sup> ROJAS QUIÑONES, Sergio. *El daño a la persona y su reparación: sobre la teoría general, los sistemas de cuantificación, la prueba y los casos difíciles*. Grupo editorial Ibañez, 2015. p. 84.

*sin perjuicio de los cuales puede derruirse mediante prueba en contrario (presunción de hecho)”.*

Con esto se quiere advertir la importancia de la presunción, pero que en el ejercicio de la carga de la prueba resulta de mayor relevancia optar por desvirtuar la misma, con arreglo a los diferentes medios de pruebas que existen, para que se analice de fondo la realidad de la dependencia económica y no simplemente a la aplicación de presunciones. Al respecto el doctor Juan Carlos HENAO en su obra *El Daño*<sup>18</sup>, considera la relevancia del ejercicio probatorio:

*“No existen antecedentes, hasta donde tengo conocimiento, en donde las partes hayan adelantado el debate, a pesar de la notoria influencia que puede tener sobre el monto de la indemnización. Los actores, por ejemplo, pueden demostrar que el difunto no gastaba mayor suma para sí, ya sea porque era un productor de enorme renta de la cual no utilizaba los porcentajes señalados ya porque era económico, y la contra parte puede demostrar que si gastaba en exceso para sí, porque por ejemplo, el dinero que recibía lo destinaba al alcohol o porque era una persona de grandes pretensiones personales. Puesto que se trata de presunciones jurisprudenciales, corresponde a las partes permitir que se apliquen o, por el contrario, intentar desvirtuarlas”.*

En línea de ejemplo se puede tener el del joven recién egresado de la universidad, con una familia económicamente estable y por lo tanto este destinaba todos sus ingresos para el soporte de sus gastos personales, sin abrigar dependientes económicos. En ese sentido se reitera la necesidad de acudir al debate probatorio, de la mano de la carga de la prueba, ya que en últimas determinará la certeza o eventualidad del daño; lo que a fines de cuenta tendrá un papel protagónico en los montos de la indemnización.

En ese sentido se pueden configurar varios supuestos en los que se pretenda el lucro cesante por el fallecimiento, de quien en vida era el sustento económico del sobreviviente, que por regla general gira en torno a las relaciones paterno-filiales, pero puede llegar a

<sup>18</sup> HENAO, Juan Carlos. *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*. Editorial Universidad del Externado, 1998, p. 294.

abarcar otras hipótesis, por lo que cobra importancia demostrar la dependencia económica.

Ya para concluir, el uso de las presunciones como criterios auxiliares de los jueces terminan por alivianarle la carga de la prueba al demandante y en otras palabras se la trasladan al demandando, en un forzado ejemplo de lo carga dinámica de la prueba, lo que quiere decir que es el demandado quien tiene que controvertir tales presunciones.



# **ALCANCE DE LA PRESUNCIÓN DEL INGRESO EQUIVALENTE AL SALARIO MÍNIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE**

## **1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

En materia del lucro cesante es importante a efectos de establecer una indemnización al afectado, entender que este concepto se refiere a la privación de un ingreso. El origen de dicha afectación se puede presentar por el daño corporal que se causa directamente a una persona quedando está en incapacidad de generar la utilidad acostumbrada sea de manera total o temporal, y también cuando resultan afectadas otras personas como víctimas indirectas a raíz del fallecimiento de quien les proveía el sustento económico.

Para establecer el ingreso con el cual se debe resarcir esta clase de perjuicio patrimonial el alto Tribunal en lo Contencioso Administrativo y la Corte Suprema de Justicia en su Sala Civil, han tenido una jurisprudencia pacífica al respecto, pues ante la inexistencia de una prueba fehaciente que permita concluir con certeza el ingreso de la víctima, se opta por entender, que el afectado, sea por una lesión o por muerte devengaba el salario mínimo legal mensual vigente.

Esta presunción es fundada de una parte, en la experiencia de considerar que toda persona que labore en nuestro país, debe al menos devengar el salario mínimo legal establecido, si se encuentra en edad productiva, pero esta presunción es posible desvirtuarla, dado que consideramos que el mínimo no tiene por qué presumirse siempre, sea con el fin de reconocer un salario superior o de establecer que ni siquiera ese mínimo hace parte del ingreso.

Para mejor comprensión del asunto haremos un análisis desde la jurisprudencia del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia

y desde la doctrina, mencionando además como novedad legislativa el proyecto de ley número 120 de 2017 del Senado de la Republica de Colombia, el cual tiene por objeto implementar un sistema de reparación integral para las afectaciones de tipo patrimonial y extrapatrimonial que sufran las personas naturales sobre su integridad.

A continuación además se recordaran algunas definiciones aplicables al tema, a fin de explorar la presunción de manera más amplia.

## 2. ¿PRESUNCIÓN DE DERECHO O LEGAL?

En primer lugar, es importante definir a qué se refiere la presunción en nuestro ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta las dos definiciones, pues podrá ser de derecho o legal.

Es así que el Código Civil colombiano trae su definición en su artículo 66, señalando lo siguiente:

*“Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas.*

*Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias.*

*Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibile la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias”.*

Conforme a lo anterior, la de derecho es aquella donde no existe la posibilidad de desvirtuar el hecho indicador a partir del cual se construye la presunción. Esta presunción sencillamente no admite prueba en contrario.

Ahora, la presunción legal, es aquella que se establece por ley y que admite prueba en contrario, imponiendo esa carga a quien pretenda desvirtuarla. En este tipo de presunción se permite, por tanto, la actividad orientada a destruir el hecho a partir del cual se configura la presunción.

Pese a lo anterior aunque exista la presunción de devengar el salario mínimo para todas las personas que se encuentren en edad productiva, consideramos que esta presunción es legal pues en el momento que la parte resistente presente prueba de que esa víctima ni siquiera devengaba tal suma en su totalidad, o que de hecho no ingresaba a su patrimonio cantidad alguna, no podrá el Juez de conocimiento desconocer esta novedad y premiar a quien ni siquiera recibía mensualmente el salario mínimo, pues no resulta viable resarcir a una persona con algo en lo que no ha sido afectada.

No obstante, la jurisprudencia viene haciendo aplicación de la presunción al momento de realizar el estudio del caso, pues se considera que, si no hay prueba de un ingreso mayor o de cualquier suma, se presume que la víctima generaba al menos un salario mínimo para la época en que se dio el hecho dañoso.

Vale la pena mencionar, que dicha presunción no encuentra sustento normativo y que, por lo tanto, se puede poner en duda la calidad de dicha figura. El tratamiento que le da la jurisprudencia es inequitativo, pues le permite al demandante probar en todo momento ingresos superiores, mientras que a la parte demandada no le es admisible, liquidar por un ingreso inferior al salario mínimo.

### 3. DAÑO VIRTUAL Y DAÑO HIPOTÉTICO

Conforme a lo anterior, también podemos abordar el análisis frente al daño hipotético y el daño virtual, pues tratándose de presumir un ingreso frustrado, es claro que no podrá hacerse sino entendemos a qué se refieren estos conceptos.

En primer lugar el Daño Virtual si es indemnizable pues se refiere a que podrá darse en el futuro si partimos de situaciones ya establecidas, pues aunque el daño no se presente en la actualidad este ocurrirá.

Ahora, el Daño Hipotético o Eventual es aquel que no se sabe si se producirá o no, constituyéndose en una mera hipótesis.

Es así que al partir de la premisa de que el daño debe ser cierto mas no eventual o hipotético no podríamos entonces dar por sentado que siempre ante la falta de prueba de un ingreso mayor se tendrá que indemnizar el lucro cesante liquidando a partir de un salario mínimo, pues puede suceder que si bien la persona estaba en capacidad de devengar por

su edad, nunca tuvo el más mínimo interés en conseguirlo a futuro, es decir, nunca nació en este ni siquiera la expectativa.

Para tomar un ejemplo concreto de la vida cotidiana, podríamos analizar si frente a una persona en situación de calle se debe reconocer un lucro cesante partiendo de la presunción de que devengaba un salario mínimo. El anterior interrogante es válido por cuanto es común tener en nuestras calles personas con adicción a las drogas donde su única motivación es obtener un ingreso a fin de proveer su necesidad física de la sustancia psicoactiva. Es por ello que nos preguntamos, por qué razón existen múltiples pretensiones donde las víctimas solicitan un lucro cesante estando para la época de los hechos en situación de calle, indicando además que frente a esta se deberá presumir como ingreso el salario mínimo pues se parte de que aún estaba en capacidad de producirlo, independientemente de que obtenga el ingreso de manera lícita o no.

Es así que contamos con la convicción de que el daño no podrá partir de conjeturas, y que no bastara afirmarlo, siendo imperativo que se acredite en el proceso que efectivamente para el caso en concreto esa persona en situación de calle al desarrollar alguna actividad, alcanzaba a percibir este ingreso, o en el caso de que se acredite uno incluso menor no habría obstáculo para liquidarlo con base a la suma efectivamente probada, dejando de lado el favor probatorio, mal tratado como una presunción de derecho, por las altas cortes.

#### 4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

##### 4.1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En las sentencias condenatorias proferidas por la Sala Civil no existe ninguna particularidad que permita apartarnos de la presunción, es así que la Corte Suprema de Justicia en forma reiterada acude a la equidad, la doctrina y la jurisprudencia como criterios auxiliares de interpretación y ha aceptado que ante la dificultad probatoria es del caso acudir al salario mínimo como criterio para liquidar el lucro cesante.

Como ejemplo de lo anterior contamos con la Sentencia del 30 de junio de 2005, radicado 68001-3103-005-11988-000650-01, cuyo

Magistrado ponente fue el doctor Jaime ARRUBLA PAUCAR, en esta providencia la Corte puntualiza lo siguiente:

*“Como la falta de valoración de esos ingresos no puede hacer nugatorio el derecho que asiste a la perjudicada para obtener el abono del daño que recibió al verse privada de la ayuda pecuniaria que su progenitora le suministraba, para sortear esa dificultad de índole probatoria es el caso acudir, como en oportunidades anteriores lo ha hecho la Corte, a la equidad, doctrina y la jurisprudencia como criterios auxiliares que son de la actividad judicial, para tener el salario mínimo legal como ingreso de María Cristina Castañeda Parra, a falta de prueba del particular, ingreso entonces que servirá como derrotero para la determinación del beneficio económico, del cual resultado despojada la demandante como consecuencia de su muerte, y que debe ser el hoy vigente por supuesto que como apenas ahora haríase efectiva la indemnización, el nuevo salario legal fijado trae implícita la pérdida del poder adquisitivo del peso”.*

Así mismo en la sentencia del 19 de diciembre de 2006, el Magistrado Ponente Manuel Isidro ARDILA VELÁSQUEZ, de esta Corporación, no solo se refirió a la presunción con respecto al ingreso de quien esté en edad productiva, sino de quien trabaje, trayendo a este punto el interrogante de si solo por estar en edad productiva se debe presumir el ingreso, o si es viable presumirlo cuando ejercía una labor.

*“Esa carencia demostrativa, sin duda, apareja consecuencias en la tasación de la indemnización, mas no para rehusar enteramente el reconocimiento de una cifra por ese concepto, sino para aplicar al caso la solución que de tiempo acá ha encontrado la Corte; el criterio jurisprudencial que en el punto impera es el de que, establecido eso de que la víctima hacía parte de la fuerza laboral activa en el círculo en que su vida se desenvolvía, ha de suponerse, como en últimas lo entendió la perito, que por lo menos devengaba un salario mínimo mensual.*

*La jurisprudencia, en realidad, como criterio auxiliar que es de la actividad judicial según lo establece la Constitución Política en el artículo 230, ha dicho, entre otras cosas a este respecto, que ante la falta de otros medios de convicción que confieran certeza sobre esos ingresos, debe el juzgador acoger como referente para dicha tasación el salario mínimo legal, a cuenta de “que nada descabellado es afirmar que quien trabaja devenga por lo menos el salario mínimo legal”. Y, en esta dirección, cumple además prohijar el razonable argumento también de arraigo jurisprudencial de que el salario mínimo mensual a tener en cuenta es el vigente”.*

Pese a este interrogante la Corte Suprema de Justicia a través de los años mantiene una postura tranquila e incluso de alguna manera proteccionista, considerando que ante la ausencia de prueba que demuestre un salario superior necesariamente se tendrá que acudir a la figura de la presunción, al considerarse que toda persona que sea plenamente capaz luchara y tratara de conseguir su sustento, obteniendo en base a este deseo por lo menos un salario mínimo. Es así que en sentencia reciente del 12 de noviembre de 2019<sup>1</sup> la Corte reiteró esta postura al considerar que:

*“La utilización de la remuneración mínima en la jurisprudencia es de vieja data, soportada en pautas de equidad y sentido común, con el fin de evitar que la indemnización se pierda en divagaciones probatorias, al paso que garantiza la protección de la víctima... Por tanto, no es menester exigir al afectado que demuestre el desarrollo de un laborio reductible para acceder a su pretensión, pues basta con encontrar acreditada la pérdida de su capacidad laboral –temporal o permanente–, salvo que su aspiración sea una tasación mayor”.*

Pese a la anterior cita no puede entenderse que siempre que exista una pérdida de capacidad laboral estaremos ante la prueba ineludible del salario devengado, pues una cosa es la afectación en el cuerpo o en el estado de salud y otra la prueba del ingreso.

Atendiendo a esto también es importante mencionar que una cosa es la presunción frente a quien sí hace parte de la fuerza laboral activa, pero otra es hacer favores probatorios frente al que no hace nada por encontrarse simplemente en edad productiva, pues el análisis no puede ser el mismo frente a dos hipótesis totalmente diferentes.

#### 4.2. CONSEJO DE ESTADO Y EL AUMENTO POR PRESTACIONES SOCIALES

En materia contencioso-administrativa los consejeros han dado validez a presumir un salario mínimo como ingreso a falta de prueba en contrario, e incluso de acuerdo al fallador se aventuran a realizar un incremento por prestaciones sociales.

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Magistrado Ponente Aroldo Wilson QUIROZ MONSALVO, expediente 73001-31-03-002-2009-00114-01, 12 de noviembre de 2019.

En sentencia del 4 de octubre de 2007, exp. 16.058, cuyo Consejero Ponente fue el Magistrado Enrique GIL BOTERO, frente a los trabajadores dependientes el Consejo de Estado se pronunció ante el incremento en la liquidación por prestaciones sociales, y se estableció que para los trabajadores dependientes era imperativo aumentar su salario base de liquidación en un 25 por ciento para incluir las prestaciones sociales de ley, lo cual tiene coherencia por la existencia del contrato laboral. El texto en la parte pertinente dispone:

*“al respecto, la Sala fija su posición, en el sentido de aumentar el salario base de liquidación en un 25 por ciento, por concepto de prestaciones sociales, en atención a que las mismas son un imperativo de ley y por tal razón deben ser reconocidas, en atención a que se encontró debidamente acreditado que las víctimas eran trabajadores dependientes”.*

Conforme a lo anterior si hay una vinculación laboral es lógico realizar el incremento, pues necesariamente la persona tendrá derecho a que al reconocer su indemnización se tenga en cuenta sus prestaciones sociales, dado que al momento de la producción del daño el ingreso percibido contenía este incremento, mismo que no puede ser mayor al 25%.

Contrario a esto, en fallo estudiado por la misma corporación el 29 de agosto de 2013<sup>2</sup> se resolvió no solo presumir el salario mínimo para la víctima sino también realizar un incremento del 25% por prestaciones sociales, sin tener acreditada una vinculación laboral. En este caso en primera Instancia el Tribunal Administrativo de Cundinamarca<sup>3</sup>, reconoció la falla en el servicio y concedió únicamente los perjuicios inmateriales para el núcleo familiar que demandaba, al considerar que no podría existir lucro cesante al no estar acreditada ni siquiera la actividad económica de la víctima, quien para la época de la muerte se encontraba recluso en la cárcel modelo de Bogotá, y que falleciera de manera violenta por arma de fuego al interior del penal.

Al momento de decidir la segunda instancia, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo referenció incluso que la actividad

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Magistrada Ponente Stella CONTO DÍAZ DEL CASTILLO, expediente 27908.

<sup>3</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera Subsección A, 6 de mayo de 2004.

de la víctima era informal antes de ser recluido en la cárcel, pues solo se conoció que era carpintero, y además que antes del fallecimiento se dedicó 10 meses a trabajar dentro de la cafetería del centro penitenciario sin haberse podido establecer el ingreso, no ejerciendo esta labor para el momento del deceso. Así las cosas y pese a este recuento, se consideró que ante la falta de prueba frente al salario devengado se debería liquidar el perjuicio atendiendo a la presunción y realizando además un incremento de un 25% por prestaciones sociales.

Con respecto a este tema, es decir, el ingreso para quienes están privados de la libertad el cual tiene apoyo en conceptos de la Defensoría del Pueblo, en el Código Sustantivo del Trabajo y en acuerdos desarrollados por el Inpec. *Se alega que todo contrato debe respetar el salario mínimo legal vigente y que todos los convenios que se celebren con particulares y que comprometan la mano de obra de los internos deben fijar una remuneración que en ningún caso será menor al salario mínimo legal vigente.*

Como parte de esta justificación deben mencionarse los convenios de la OIT, los cuales plantean que la remuneración ofrecida a los reclusos no debe ser inferior al salario mínimo legal y que las condiciones de seguridad social deben ser iguales; pues de lo contrario se entendería que se estaría favoreciendo la explotación, impidiendo al recluso una vida digna para este y sus familiares.

La legislación colombiana también consagra regulación al respecto, y en este sentido el Decreto 1758 de 2015, en su artículo 2.2.1.10.1.4. pretende establecer la naturaleza de este ingreso estableciendo lo siguiente:

*“El trabajo penitenciario se debe remunerar de manera equitativa, dicha remuneración no constituye salario y no posee los efectos prestacionales del mismo, y la administración de su monto se realiza conjuntamente entre la persona privada de la libertad y el INPEC, para lo cual el interno debe inscribir a los destinatarios que considere necesarios, procurando estimular el acopio de dichos ahorros para atender, además de sus necesidades en la prisión, las de su familia, los gastos de su nueva vida al ser puesto en libertad y, cuando sea el caso, el pago de la multa o de la indemnización a la víctima producto del incidente de reparación integral”.*

Volviendo al análisis jurisprudencial, otra providencia que liquida este perjuicio patrimonial bajo la presunción del salario mínimo es

la sentencia del 12 de noviembre de 2014, radicado 25000-23-26-000-2003-01881-01(38738), cuyo Consejero Ponente fue Hernán ANDRADE RINCÓN, donde se indicó que se presumiría el ingreso del salario mínimo y además que este se proyectaría hasta el momento en que se entiende que la persona aun continua en edad productiva.

*“Así las cosas, se reconocerá dicho perjuicio desde que la señora Diana Margoth Vega Medina resultó contagiada de la aludida enfermedad hasta su edad probable de vida –64,2 años–, pues hasta esa fecha se entiende que desarrollará algún tipo de actividad productiva.*

*De otra parte, como quiera que no se allegó al proceso certificación laboral alguna respecto de la actividad laboral que desarrollaba la señora Vega Medina para el momento de los hechos, la Sala aplicará la presunción en cuya virtud se asume que toda persona que se encuentre en edad productiva -devenga por lo menos el salario mínimo legal vigente”.*

En esta sentencia al momento de establecer la edad probable se tiene en cuenta que para la época de los hechos la señora Diana Margoth tenía 21 años de edad y además se realiza un incremento del 25% por factor prestacional, olvidando que se había ya manifestado que no había prueba de la vinculación laboral.

Finalmente encontramos otra providencia<sup>4</sup> donde el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo, pese a no existir prueba del salario devengado, liquida el lucro cesante consolidado y futuro partiendo de la presunción y agregando un 25% por prestaciones sociales. Para el caso, la Sala decide conceder las pretensiones de la demanda atendiendo a que el menor Walther David Jiménez de 15 años de edad, resultó lesionado luego de que otro niño manipulara una granada de fragmentación olvidada en el municipio de El Santuario, Antioquia por el Ejército Nacional luego de un operativo contra las Farc. Al momento de liquidar el lucro cesante se tiene en cuenta lo siguiente:

*“Si bien no se encuentra acreditado el salario que devengaba el señor Walther David Jiménez Jiménez, en aplicación del principio*

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Magistrado Ponente Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, expediente 32912, 28 de enero de 2015.

*de equidad y atendiendo a las reglas de la experiencia, se presume que toda persona laboralmente activa no puede devengar menos del salario mínimo. Teniendo en cuenta el salario mínimo vigente en la época en que el lesionado cumpliría 18 años, de \$309.000 pesos, más un 25% por ciento (25%) (sic) de prestaciones sociales. \$77.250; la suma a tener en cuenta será la de \$386.250”.*

Sobre este tema del lucro cesante de los menores de edad se profundizará en otro capítulo de este texto por lo que no se harán más consideraciones al respecto.

Conforme a lo anterior encontramos que existe una contradicción entre los consejeros, pues de un lado, se hace exigible por el doctor Enrique GIL BOTERO al menos prueba de la vinculación laboral para liquidar un incremento por prestaciones sociales y de otro lado, se observa una tendencia mayoritaria que propende por proteger la víctima, no solo al reconocerle un salario mínimo ante la falta de prueba del ingreso sino que además pese a establecerse que no hay prueba ni del ingreso ni de la vinculación, se concede un incremento en el valor liquidado por prestaciones sociales en un 25%, situación que evidencia una inseguridad jurídica pues no se halla en todos los casos una justificación para conceder pretensiones que se encuentren alejadas de una verdad material.

Sin embargo, en providencias recientes, se ha hecho un nuevo análisis por esta Corporación, y se ha optado por no realizar el incremento si no hay prueba de la vinculación laboral, posición que resulta más acorde al análisis de la prueba en cada caso.

Al respecto citamos una sentencia donde un ciudadano fue privado de la libertad y luego de concedérsele nuevamente esta por no cumplir la Fiscalía con los términos para resolver su situación jurídica, se demanda a la Rama Judicial y a la Fiscalía General de la Nación por los perjuicios generados durante la ejecución de la medida; sin embargo, la sala no reconoce el incremento por prestaciones sociales solicitado.

*“A juicio de la Sala, estas declaraciones permiten establecer que, antes de ser detenido, el mencionado señor desarrollaba una actividad productiva, pero como las pruebas que obran en el expediente no son suficientes para acreditar el monto que aquel devengaba por su actividad laboral, la Sala aplicará la regla jurisprudencial según la cual toda persona que se encuentre en edad productiva devenga, por lo menos, el salario mínimo legal vigente.*

*La Sala no reconocerá, en la liquidación, el 25% adicional por concepto de prestaciones sociales, puesto que el ahora demandante no demostró que para la época de los hechos hubiere tenido un vínculo laboral, por el contrario, las pruebas aportadas indican que trabajaba de manera independiente como conductor de un taxi”<sup>5</sup>.*

Igualmente, en otro caso de privación injusta de la libertad, donde se demanda a la Fiscalía, a la Nación y a la Rama Judicial se hace el mismo análisis esta vez con ponencia de María Adriana Marín, quienes a partir del material encontrado en el expediente deciden sobre que base liquidar el lucro cesante así:

*“Adicionalmente, dado que de las pruebas obrantes en el plenario no daban cuenta del monto exacto de los ingresos del señor Oscar Antonio Ángel Joven, la Sala encuentra acertado que el Tribunal de primera instancia acudiera a la presunción, según la cual una persona en edad productiva devenga, por lo menos, un salario mínimo mensual legal.*

*No obstante, advierte la Sala que no resultaba procedente aumentar el salario mínimo en un 25% por razón de lo dejado de percibir por concepto de prestaciones sociales, en la medida en que el actor, si bien probó que para la época en que fue privado de la libertad se encontraba en edad productiva, no es menos cierto que no acreditó la condición de trabajador dependiente. Al respecto, es necesario precisar que si bien obra una certificación expedida por la señora Carmen Lucía Ángel Joven mediante la cual señaló que el señor Oscar Antonio Ángel Joven se desempeñaba como trabajador único de la empresa “Ángel Joven Impresos” y, que por tal labor recibía un salario mínimo legal, lo cierto es que, tal documento no ofrece claridad respecto al tiempo que trabajó, la labor que desarrolló y el tipo de vinculación laboral, además, en el plenario no obran otros elementos probatorios que den cuenta de la relación laboral que tenía el señor Ángel Joven con esta empresa”<sup>6</sup>.*

Finalmente, como novedad jurisprudencial de este Tribunal tenemos una sentencia del 18 de julio de 2019<sup>7</sup> que no se aparta de los

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente Marta Nubia VELÁSQUEZ RICO, Expediente 40932, 6 de noviembre de 2018.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente María Adriana MARIN, Expediente 52709, 27 de septiembre de 2018.

<sup>7</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente Carlos Alberto ZAMBRANO BARRERA, Expediente 44572, 18 de julio de 2019.

anteriores presupuestos y adicional a ello hace más exigente para el fallador la concesión de pretensiones encaminadas al reconocimiento de un lucro cesante y de prestaciones sociales cuando hay orfandad probatoria en este sentido, reconociéndose a su vez en tal providencia que esta Corporación ha tenido diferentes posturas, abandonándose a veces la exigencia de la prueba del vínculo laboral para reconocer el incremento por prestaciones sociales, y a la postre de manera oficiosa, y llegándose incluso a conceder sin petición de parte periodos adicionales de pago para personas privadas de la libertad, pues se consideraba que estas tardarían al recobrar la libertad en reubicarse en un nuevo empleo. Cabe destacar igualmente que de una manera valiosa se cuestiona incluso el concepto de productividad, el cual no está ligado solo a la edad sino además a la prueba de tal productividad, y que no es correcto de oficio otorgar beneficios no solicitados, al respecto se indicó:

*“...se puede incurrir –a no dudar– en el desatino de indemnizar un perjuicio inexistente, incierto o eventual, lo cual sucede –por ejemplo– si el afectado, pese a encontrarse en una “edad productiva”, es improproductivo, porque por un acto volitivo decide no trabajar y depender de los ingresos que le proporcionan otros, evento en el cual no hay un perjuicio material cierto e indemnizable.*

*...Sin embargo, a juicio de la Sala, resulta mejor, con miras a un adecuado ejercicio de la labor de impartir justicia, soslayar el uso de presunciones de orden jurisprudencial que lleven a reconocer de oficio perjuicios de este tipo, pues evitarlas y, por tanto, decidir con sustento en hechos o supuestos efectivamente probados garantiza de manera efectiva y eficaz el principio de congruencia de las sentencias y mantiene incólumes el principio de justicia rogada y el principio dispositivo, los cuales orientan la actividad y las decisiones de la jurisdicción de lo contencioso administrativo”.*

En esta decisión se consideró entonces oportuno unificar la jurisprudencia y establecer los criterios pertinentes para acceder al reconocimiento del lucro cesante y en consecuencia realizar una liquidación de tal perjuicio de manera justa y además uniforme, es por ello que puntualizó:

*“...iii) El ingreso base para la liquidación será el que se pruebe de manera fehaciente que percibía el afectado directo con la medida de aseguramiento.*

*iv) De no probarse el ingreso, pero sí el desempeño de una actividad productiva lícita, la liquidación se hará con sustento en el salario*

*mínimo legal vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso de reparación directa.*

*v) El ingreso base para la liquidación del lucro cesante se incrementará en un 25% por concepto de prestaciones sociales, sólo si: a) se pide como pretensión de la demanda y b) se acredita suficientemente la existencia de una relación laboral subordinada al tiempo de la detención”.*

Es así que el Consejo de Estado con esta valiosa sentencia propende por unificar jurisprudencia y así reconocer este tipo de perjuicio material solo si así lo ha pedido la parte y solo si ha probado el desempeño de una actividad productiva, lo cual es totalmente coherente con los principios que rigen la actividad judicial.

## 5. ANÁLISIS DOCTRINAL

Los doctrinantes colombianos frente al tema han considerado que es procedente presumir el salario mínimo en caso de que no haya otra prueba que demuestre el ingreso, o incluso si simplemente la persona se encuentra en edad productiva. Ahora, frente al incremento en una liquidación por prestaciones sociales se ha reiterado que no se puede incluir el factor prestacional en la liquidación si no se tiene vinculación laboral, lo cual tiene plena coherencia dado que las prestaciones sociales tienen como fuente el vínculo laboral. Al respecto María Cristina ISAZA POSSE, en su obra *“De la Cuantificación del Daño”*<sup>8</sup>, expresó claramente:

*“En los casos en que la víctima recibe un salario integral, no hay lugar a incluir el factor prestacional, pues este ya se encuentra incluido dentro del valor mensual devengado.*

*En los casos en que la víctima no tenga la condición de asalariado, se deben tomar los ingresos sin incluir el factor prestacional como un elemento adicional.*

*Si el valor del ingreso es inferior al salario mínimo, debe hacerse el cálculo tomando el salario mínimo. Lo mismo ocurre cuando al actualizar el ingreso a valor presente, el resultado es inferior al salario mínimo al momento de efectuar la liquidación”.*

<sup>8</sup> ISAZA POSSE, María Cristina. *De la Cuantificación del Daño*, Quinta Edición. Editorial Temis, año 2018. p. 42.

Estos planteamientos que son de la autoría de la Doctora ISAZA POSSE resultan interesantes y a nuestro sentir acordes a la realidad; sin embargo, frente al último punto que se plantea, con respecto al salario mínimo, nuevamente se incurre en el yerro de considerar esta como una presunción sin que exista un fundamento legal para ello.

Obdulio VELÁSQUEZ POSADA, en su obra “*Responsabilidad Civil Extracontractual*”<sup>9</sup>, claramente indica que si la persona se encontraba en edad productiva, aunque no trabajara, se presume el salario mínimo.

*“C. Si la víctima no trabajaba se presume el salario mínimo.*

*En los casos de lesionados que no trabajaban al momento del accidente, la jurisprudencia ha reconocido que el lucro cesante debe al menos liquidarse sobre el salario mínimo legal vigente por el tiempo de incapacidad laboral”.*

Igualmente, en su obra menciona que para el cálculo del monto exacto del perjuicio en un asalariado se debe tomar el valor de su ingreso básico, así como el de sus prestaciones sociales legales y extralegales, enunciando además que apoya el criterio de La Corte Suprema de Justicia en cuanto a reconocer el salario mínimo legal a falta de prueba de otro ingreso.

Por su parte el doctor Juan Carlos HENAO con respecto al tema considera que el juez ha venido aligerando la carga de la prueba, y que así se viene observando en la jurisprudencia nacional al no exigirse a la víctima prueba del ingreso para aplicar la presunción. Al respecto, sintetiza en su obra *El Daño*:

*“...el juez presume que toda persona corporalmente lesionada o las personas que dependían económicamente del difunto sufren un daño, consistente en la falta del ingreso del salario mínimo. No se exige al demandante dicha prueba, con independencia de que fuera o no desempleado al momento de ocurrir el daño, pues siempre tendrá la posibilidad de producir económicamente lo que las normas establecen como salario mínimo”<sup>10</sup>.*

<sup>9</sup> VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. *Responsabilidad Civil Extracontractual*, segunda edición. Editorial Temis y Universidad de la Sabana, año 2013. p. 402.

<sup>10</sup> HENAO, Juan Carlos. *El Daño*, Primera edición. Universidad Externado De Colombia, 1998. p. 40.

El doctor Javier TAMAYO JARAMILLO igualmente en su *Tratado De la Responsabilidad Civil*<sup>11</sup> aborda el estudio en cuanto a la liquidación de perjuicios cuando la víctima no trabaja o no devenga un salario. En líneas generales se indica que cualquiera sea la edad de la víctima, esta tiene derecho a que se le indemnice la pérdida de la posibilidad que tenía de ganarse la vida en una actividad lucrativa, siempre y cuando la persona se encuentre apta para trabajar. Al respecto sintetiza

*“La indemnización se ha liquidado en buen derecho, tomando como punto de referencia el salario que devengan las personas que reúnen las mismas calidades profesionales de la víctima. Podrá eruirse que en ese evento el daño era puramente eventual y que por tanto no reunía las características de certidumbre que exige la ley. Sin embargo, cabe recordar que el daño futuro si es virtual, debe tenerse por cierto”.*

En este orden de ideas, si el daño es sufrido por una persona cuyos estudios máximos ascienden a un nivel básico, su indemnización podrá establecerse con base en el salario mínimo, e incluso frente a las amas de casa el autor también indica que la indemnización para estas se deberá calcular sobre esta misma presunción, pensamiento igualmente compartido por la jurisprudencia de las altas cortes.

Ahora, si abordamos otra posición más radical y exigente, el doctor Alejandro GAVIRIA CARDONA en su libro *Guía Teórica práctica para la cuantificación de perjuicios*<sup>12</sup> indica para el caso concreto, que si la víctima al momento del hecho dañoso, no contaba con una fuente de ingresos no hay lugar a reconocer un lucro cesante, lo que hace concluir que en su sentir la presunción legal admite prueba en contrario. Al respecto señala:

*“si la víctima directa no se dedicaba a una actividad lucrativa (y nunca lo ha hecho) no habrá lugar a reconocer lucro cesante puesto que realmente nada ha dejado de percibir”.*

Conforme a lo anterior, es sano considerar que ante la falta de prueba del ingreso se pueda acudir a la presunción del salario mínimo,

<sup>11</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Segunda Edición, Tomo II. Editorial Legis, 2007. p. 920.

<sup>12</sup> GAVIRIA CARDONA, Alejandro. *Guía Teórica Práctica para la Cuantificación de Perjuicios*, Primera Edición. Fondo Editorial Universidad Eafit, 2017. p. 46.

si no se constata un ingreso mayor, siendo esto coherente si de los elementos allegados se concluye que efectivamente se tenía una actividad económica productiva para la época de los hechos, recayendo la discusión más en la determinación del monto.

Pero siendo más radicales y pensando realmente cual fue el daño irrogado a la víctima y que a partir de este se analice cuál es el consecuente perjuicio, en los casos donde está claro que la víctima no tiene ni siquiera como probar a que se dedicaba o la contraprestación económica por su actividad, rescatamos la posición del profesor Alejandro GAVIRIA quien se aventura a exigir que la víctima efectivamente tuviera una actividad lucrativa para que opere la presunción, pues resulta ser ajustado a derecho y a la idea de justicia pensar que si nada hacía para el momento de sufrir la lesión o el fallecimiento nada perdió este o nada perdieron sus causahabientes, y aún más si nunca lo hizo, y en este sentido no tendría por qué liquidarse un lucro cesante partiendo de la probabilidad de que en algún momento podrá devengarlos, cuando a lo mejor no tenía la potencialidad y mucho menos el interés de generarlo.

Lo anterior nos lleva a pensar que en muchas ocasiones se puede presentar un enriquecimiento sin causa si no se toma una posición más exigente con la prueba, generándose así una ausencia en el origen que justifique la merma en el patrimonio del obligado a la indemnización y en consecuencia el enriquecimiento del beneficiado de manera injusta, pues con la presunción del salario mínimo se logra favorecer a quienes no han perdido nada con la materialización del hecho y aún más a aquellos que ni siquiera contaban con una vinculación laboral, y a la postre se les realiza un incremento por prestaciones sociales al momento de la liquidación, tal como se ha presentado en algunos pronunciamientos jurisprudenciales, olvidándose por el fallador que se estaría faltando a principios como el de necesidad de la prueba y la certeza del daño que se supone tendría que inspirar el ordenamiento jurídico.

En sentencia del Consejo de Estado se precisó que el enriquecimiento sin causa es fuente de obligaciones cuando reúne los siguientes requisitos:

*(i) La existencia de un enriquecimiento, esto es, que el obligado haya obtenido una ventaja o beneficio patrimonial (ventaja positiva) o que su patrimonio no haya sufrido detrimento alguno*

*(ventaja negativa); (ii) El empobrecimiento correlativo, lo cual significa que la ventaja obtenida por el enriquecido se haya traducido consecuentemente en una mengua patrimonial para el empobrecido y (iii) La ausencia de causa jurídica que justifique el empobrecimiento sufrido por el afectado como consecuencia del enriquecimiento del beneficiado, es decir, que sea injusto<sup>13</sup>.*

## 6. PROYECTO DE LEY DEL DAÑO A LA PERSONA

Finalmente es importante destacar el proyecto de Ley del Daño a la Persona realizado por académicos especialistas de la Universidad Pontificia Javeriana, y dirigido por el Doctor Sergio ROJAS QUIÑONES y el Doctor Julio SAMPEDRO ARRUBLA, pues en este se pretende regular con ciertas novedades la indemnización de los daños a la persona en los procesos de responsabilidad, queriendo implementar un sistema de reparación integral para las afectaciones de tipo patrimonial y extrapatrimonial que sufran las personas naturales. Al margen de la suerte que corra en el Congreso de la República el proyecto, o de que finalmente quede archivado, o suspendido su trámite, como en efecto ha ocurrido, lo que queremos destacar es que el tema ha llamado la atención de la academia y se viene construyendo un debate, sobre si es necesario o no, repensar la regulación normativa y restar protagonismo a la creación jurisprudencial como fuente, frente a estos temas. En este, frente a la presunción del ingreso del salario mínimo y al incremento en la indemnización por prestaciones sociales, se proponen las siguientes reglas:

*“Artículo 33.- Determinación del ingreso frustrado. Para determinar el ingreso frustrado debe considerarse el valor nominal del emolumento dejado de percibir por el reclamante, de acuerdo con las características especiales de cada caso particular.*

*En esta labor, serán especialmente atendibles las siguientes reglas:*

- 1. Si la víctima era un asalariado, el ingreso frustrado corresponderá a su salario mensual adicionado en un 25%, a título de factor prestacional, a menos de que se tratara de un salario integral.*

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ramiro Pazos Guerrero, expediente 41233, 8 de junio de 2017.

2. *Si la víctima no era asalariada, se tomará como ingreso frustrado aquel que proviene de la fuente de subsistencia que tenga el reclamante.*

*Artículo 38.- Presunciones en relación con el lucro cesante. En la valoración de las pruebas y en la cuantificación del perjuicio se deberá observar de manera especial el criterio de la razonabilidad.*

*Se atenderán, de modo especial, los siguientes criterios:*

1. *La presunción relativa al monto del factor prestacional es una presunción de hecho. En ese orden de ideas, las partes podrán acreditar que tales valores son menores o mayores a los establecidos en las mencionadas presunciones, para lo cual podrán valerse de los diferentes medios probatorios que contempla la legislación procesal que resulte aplicable.*
2. *La expectativa de vida establecida conforme a las tablas de mortalidad y los periodos de dependencia económica admiten pruebas en contrario, para lo cual las partes podrán emplear los diferentes medios probatorios a los que se hizo referencia en el inciso anterior.*

*Artículo 47.- Lucro cesante de la víctima que no devengaba ingresos para el momento del hecho dañoso. La víctima que no devengaba ingresos para el momento del hecho dañoso solo tendrá derecho a indemnización por concepto de lucro cesante si existe la razonable probabilidad de que, a futuro, dicha víctima recuperaría la fuente de sus ingresos.*

*La cuantificación de este rubro se hará de conformidad con el sistema previsto en los artículos 32 a 37 de la presente Ley.*

*El ingreso frustrado corresponderá al promedio de los ingresos percibidos durante los últimos doce meses en que la persona desempeñó una actividad remunerada”.*

Al observar estas normas que además guardan coherencia con el tema abordado en este capítulo, podemos comprender que se pretende con el proyecto y conforme a su exposición de motivos, regular en la práctica el análisis que realizan los jueces en diferentes jurisdicciones y territorios del país, con el propósito de no estimular que la víctima acuda a una jurisdicción en específico porque le represente mayores beneficios o le resulte más conveniente que otra dado que en algunos lugares incluso se han visto providencias donde se entiende que

en los perjuicios patrimoniales aparte del daño emergente y del lucro cesante existe una tercera categoría denominada el daño a la persona, interpretación que resulta totalmente alejada a la ya reiterada jurisprudencia imperante en nuestro país.



# **LOS DICTÁMENES DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL PARA ACREDITAR EL LUCRO CESANTE**

## **1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Con la creciente necesidad de alcanzar una justicia pronta, como elemento indispensable de la garantía constitucional del debido proceso, se buscaron alternativas para disminuir el tiempo que tardaba comúnmente un proceso judicial, así es como se optó por entregarle a la parte interesada en la práctica de una prueba pericial, la carga de su obtención, fue de esta forma como la prueba pericial sufrió grandes cambios con el Código General del Proceso, siendo los dictámenes de Pérdida de Capacidad Laboral el tema en particulares que se tratará.

En este capítulo se pretende realizar un breve análisis de los problemas prácticos que se presentan, ya en sede judicial, cuando se pretende demostrar la existencia de un lucro cesante, específicamente tratándose de lesiones que puedan repercutir en una pérdida de capacidad laboral, para ello, se hace necesario analizar por parte del operador jurídico, pero también en menor medida de los litigantes, aspectos tan trascendentales como la necesidad de la prueba, su contradicción y valoración a la luz de la sana crítica. Es así como, en las siguientes líneas se señalarán algunas particularidades que pueden presentarse, y de hecho se presentan en los estrados judiciales, que de alguna manera pueden llegar a vulnerar el derecho de defensa y contradicción.

Al interior de los procesos de Responsabilidad en donde se discute la existencia de un daño con ocasión a las lesiones que haya podido sufrir una persona, automáticamente nos lleva a pensar en la Pérdida de Capacidad Laboral como sinónimo de lucro cesante, sin que sean estos el mismo concepto, pues en la mayoría de los casos no se corresponde el uno con el otro, tampoco puede pensarse que esta es

una tarifa legal en materia probatoria para el reconocimiento de dicho rubro; estos dictámenes aportados en la mayoría de veces por la parte demandante son también problemáticos a la hora de la valoración, pues se presentan discusiones sobre la naturaleza de los mismos.

Es por esto que a continuación, intentaremos resolver las problemáticas anteriormente planteadas, (i) iniciando por la naturaleza tanto sustancial como probatoria de los dictámenes de pérdida de capacidad laboral; (ii) continuando con valoración y contradicción al interior de un proceso judicial; (iii) para finalmente centrarnos en la pertinencia y necesidad en los procesos de responsabilidad civil en donde se solicite perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, sea este consolidado o futuro.

## 2. NATURALEZA DE LOS DICTÁMENES DE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL

En este punto debemos diferenciar los dictámenes que se realizan al interior del proceso o como prueba extra-proceso por entidades especializadas en valoración del daño corporal y los que se realizan como consecuencia del trámite administrativo de la seguridad social, pues, la contradicción de los mismos eventualmente, se debe realizar en forma y momentos diferentes, centraremos nuestra atención en este punto en el segundo grupo.

Los dictámenes que realizan las entidades encargadas de calificar la Pérdida de Capacidad Laboral –PCL– se encuentran regulados en la ley 100 de 1993, específicamente en el artículo 41, el cual fue modificado por artículo 142 del decreto nacional 019 de 2012, en este se indica que:

*“El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.*

*Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones –COLPENSIONES–, a las Administradoras*

*de Riesgos Profesionales –ARP–, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.*

Por lo que podemos concluir que una vez que se realice una calificación en primera oportunidad, bien sea por una AFP, ARL, EPS o compañías de seguro que amparen el riesgo de invalidez o muerte, se podrá presentar la no conformidad frente al dictamen para que la controversia sea resuelta por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, y si posteriormente alguno o algunos de los interesados presenta recurso de apelación, será la Junta Nacional de Calificación de Invalidez la encargada de definir la controversia.

A pesar del anterior trámite administrativo, los dictámenes realizados por las Juntas Regionales y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, son susceptibles de ser demandados ante la jurisdicción ordinaria laboral según lo indicado por el artículo 44 del Decreto 1352 de 2013 y el artículo 2.2.5.1.4 del Decreto 1072 de 2015.

Así, las controversias que surjan con ocasión a la calificación de la pérdida de capacidad laboral de un afiliado al sistema de seguridad social, se deberán resolver conforme a las reglas anteriores, teniendo presente que los dictámenes que realizan las Juntas Regionales, la Junta Nacional y las demás entidades encargadas de calificar el grado de invalidez tienen autonomía técnica y científica en la elaboración de sus conceptos<sup>1</sup>. Esto nos permite concluir que los dictámenes que se realizan como consecuencia del trámite administrativo de la seguridad social no son actos administrativos sino simples conceptos

<sup>1</sup> Así se desprende del artículo 2.2.5.1.4. *del decreto único reglamentario 1072 de 2015 del sector trabajo*, el cual también es aplicable a las calificaciones que realicen en primera oportunidad las demás entidades encargadas de certificar la invalidez

emitidos por profesionales de la salud. Posición que ha sentado la Corte Constitucional<sup>2</sup> de forma pacífica, corporación que ha indicado:

*“Los miembros de las Juntas de Calificación de Invalidez tienen como principal función calificar la capacidad laboral de los usuarios del sistema de seguridad social. Al momento de proferir un dictamen deben tener en cuenta lo expresado por la Ley 100 de 1993, por el Decreto 2463 de 2001 y por la jurisprudencia constitucional, en donde se han fijado las pautas a tener en cuenta para proferir los dictámenes.*

*5.2. En cuanto a la naturaleza de las juntas de calificación de invalidez el decreto en mención establece que son “organismos de creación legal, autónomos, sin ánimo de lucro, de carácter privado, sin personería jurídica (...)”, cuyos integrantes, designados por el Ministerio de Protección Social, “no tienen el carácter de servidores públicos, no devengan salario, ni prestaciones sociales, sólo tienen derecho a los honorarios establecidos en el presente decreto”. Al respecto, la Sala Plena ha precisado, en sede de constitucionalidad, que las juntas de calificación de invalidez “(...) son verdaderos órganos públicos pertenecientes al sector de la seguridad social que ejercen una función pública pese a que los miembros encargados de evaluar la pérdida de capacidad laboral sean particulares”.*

*5.3. Por otra parte, en cuanto al contenido de los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez el artículo 31 del Decreto 2463 de 2001 indica que éstos “deben contener las decisiones expresas y claras sobre el origen, fecha de estructuración y calificación porcentual de pérdida de la capacidad laboral”. En el mismo sentido la Corte estableció que los dictámenes que expiden las juntas de calificación, deben contener todos los elementos probatorios que sirvan para establecer una relación causal tales como la historia clínica, exámenes médicos periódicos, el cargo desempeñado, actividades etc.*

*5.4. Lo anterior pretende demostrar que las decisiones tomadas por la junta de calificación de invalidez en cuanto a establecer origen, fecha, y porcentaje de la calificación, entre otros ítems, se debe sustentar en las diferentes pruebas, esto obedece a criterios legalmente y jurisprudencialmente señalados, lo que les garantiza a los peticionarios la aplicación de un debido proceso”.*

<sup>2</sup> Corte Constitucional Colombiana, febrero 25 de 2016, M.P. Alejandro LINARES CANTILLO. Sentencia T-093 de 2016.

El objetivo del legislador para generar todo un trámite administrativo con posibilidad de control judicial fue garantizar el acceso de los afiliados al SGSS a las prestaciones que ofrecen cada uno de los subsistemas y no se pensó en que dicho dictamen sirviera como prueba al interior de un proceso de responsabilidad.

Se puede plantear entonces la discusión de cómo ingresar a un proceso de responsabilidad en donde se discuta un lucro cesante, un dictamen de PCL realizado por las entidades antes descritas, pues si bien, en ocasiones se aporta como prueba documental, bajo el entendido que todo el debate que podría suscitarse en relación a las valoraciones médicas realizadas ya fueron resueltas en el trámite administrativo de la seguridad social, lo cierto del caso es que por regla general los demandados no hicieron parte del trámite inicial, por lo que no podrá limitarse su derecho a la defensa y contradicción de la prueba, así las cosas, se debe permitir ejercer los medios de defensa establecidos para realizar todo el debate probatorio.

Tampoco podría exigírsele a la parte frente a la cual se le aduce el dictamen realizado por alguna entidad que hace parte del Sistema General de Seguridad Social, que, acogiéndose a lo establecido en el 1352 de 2013, demande ante la Jurisdicción Laboral la validez del dictamen, pues existen dos limitantes para ello, una de carácter práctico, pues no tendría lógica tal exigencia más aún si ya existe un proceso civil en curso, ya que esto implicaría mayores retrasos en la decisión judicial; por otro lado, desde el punto de vista procesal, si frente a quien se presenta el dictamen es la parte demandada, esta carecería de legitimación en la causa para demandar el dictamen por la vía laboral. Por lo que no queda otro camino que realizar la contradicción al interior del proceso de responsabilidad civil.

Ahora bien, el mero dictamen que realizan o bien las Juntas de Calificación, o las demás entidades encargadas de calificar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral, tampoco podrían ser aportados como dictámenes de parte, pues los requisitos que se exigen en el Manual Único de Calificación de Invalidez, Decreto 1507 de 2014, no se ajustan a los lineamientos que consagra el Código General del Proceso, cabe destacar que este es un defecto que puede ser corregido.

La solución aquí es bastante simple, pues solicitando la hoja de vida de los médicos que conformaron el grupo calificador, a

la entidad que realizó el dictamen, en la mayoría de las ocasiones bastará para acompasar la experticia con las exigencias del Código General del Proceso, ya que estos dictámenes únicamente adolecen de los llamados requisitos de acreditación del perito.

Por otro lado, y como se indicó anteriormente, los dictámenes que realizan las entidades especialistas en valoración del daño corporal como prueba extraprocesal con el objetivo de aportarlas a un proceso de responsabilidad civil, no presentan tantas dudas pues claramente la intención es esta, que sirva como prueba de un posible lucro cesante, y deberá aportarse y valorarse como un dictamen de parte, claro está, siempre y cuando cumplan con todos los requisitos exigidos en el artículo 226 del Código General del Proceso.

### 3. VALORACIÓN Y CONTRADICCIÓN AL INTERIOR DE UN PROCESO JUDICIAL

Como ya lo indicamos anteriormente un dictamen de PCL se debe ingresar al interior de un proceso judicial como prueba pericial, siempre y cuando cumpla con todos los requisitos establecidos en el artículo 226 del Código General del Proceso; de lo contrario no es posible admitir ni decretar dicho medio de prueba. En este punto queremos indicar que no nos encontramos de acuerdo con la postura que han asumido algunos despachos judiciales en valorar como prueba documental los deficientes dictámenes de parte, en donde claramente no se cumplen con las exigencias normativas que permiten la correcta contradicción de la prueba.

Y es que claramente los medios con los que se cuentan para realizar la contradicción del dictamen pericial son mucho más amplios que los referentes a la prueba documental, así las cosas, cuando un dictamen aportado por una de las partes no cumpla con los requisitos exigidos para este medio de prueba, el juez deberá excluir dicha prueba del proceso, pues se estaría vulnerando el derecho de defensa y contradicción, que conforman la garantía del debido proceso, principio que al ser de raigambre constitucional trae una consecuencia gravísima y es la nulidad de pleno derecho, como se consagra en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

A nivel legal, existen dos disposiciones que nos permiten aseverar la posición planteada, estos son los artículos 164 y 168 del Código General del Proceso.

*“necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. Las pruebas obtenidas con violación del debido proceso son nulas de pleno derecho.*

(...)

*Rechazo de plano. El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifestamente superfluas o inútiles”.*

Estas disposiciones normativas refuerzan el argumento, pues en el evento en que no se cumpla con las exigencias legales que trae el artículo 226, claramente será una prueba ilegal.

Ahora bien, consideramos que este es un estudio que se debe realizar por parte del despacho desde la admisión de la demanda, y si se advierte que se aportó un dictamen de parte que no cumple con la totalidad de los requisitos para que sea tenida como prueba pericial, deberá requerirse a quien la aporta para que subsane los defectos, so pena de ser rechazada, sin que posteriormente le sea permitido al despacho conceder un término adicional para que subsane las falencias, pues sería otorgar un plazo adicional que no se encuentra regulado; caso distinto es cuando el dictamen pericial es decretado de oficio, pues en este evento el juez si tiene el deber de requerir al perito para que complemente su experticia, ya que esta facultad oficiosa del juez se mantiene incluso hasta antes de dictar sentencia.

Ahora bien, también podría el despacho acoger el dictamen pericial aportado por una de la partes, aun cuando carezca de la totalidad de los requisitos, y decretar como prueba de oficio los demás elementos que consagra el artículo 226 del CGP para así completar la prueba; en estos casos, al ser una prueba de oficio, es susceptible de contradicción, tal y como lo consagra el artículo 170 del Código General del Proceso, por lo que se le deberá dar traslado a las partes para que o bien aporten un nuevo dictamen o soliciten la comparecencia del perito a la audiencia, incluso ambas.

El hecho de que el Código General del Proceso exija una serie de requisitos que deba contener el dictamen no son simples caprichos

del legislador, pues la valoración de esta prueba demanda del juez apreciar no solo la claridad y solidez de los argumentos, sino también las calidades personales de quien elabora el dictamen, así lo señala el artículo 232 de la citada norma.

*“El juez apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, la idoneidad del perito y su comportamiento en la audiencia, y las demás pruebas que obren en el proceso”.*

Es por esto que al perito se le demanda, además de indicar si se encuentra inmerso en alguna causal<sup>3</sup> que lo haría ser excluido de la lista de auxiliares de la justicia, teniendo el deber de realizar su labor con objetividad e imparcialidad.

Insistimos en la necesidad de que los dictámenes periciales deben contener la totalidad de los requisitos que exige la ley para tal fin, pues de lo contrario la prueba no podrá ser valorada, este es un tópico que se entiende más claramente si se contrasta con la contradicción difusa de la prueba.

Recordemos que la contradicción de la prueba no se hace necesariamente en el desarrollo de una audiencia, pues gracias a la contradicción difusa de la prueba le es dable a la parte contra la que se aduce un determinado medio de conocimiento, oponerse al mismo para que este no sea decretado ni valorado por el juez, al respecto la Corte Constitucional<sup>4</sup> señaló que: sentencia C-159 de 2007, en donde se explica este concepto así:

*“Al respecto, explica que la contradicción puede ser concreta o difusa: la primera es aquella que vuelve las pruebas plenas y se exterioriza durante la práctica de pruebas (vgr. cuando se contrainterroga a un testigo de la contraparte o se objeta un dictamen por error grave); la segunda se puede dar en cualquier momento del proceso, teniendo variadas formas de manifestación,*

<sup>3</sup> De acuerdo a lo señalado por el numeral séptimo del artículo 226 del CGP, el perito debe informar si se encuentra incurso en alguna de las causales de exclusión de la lista como auxiliar de la justicia, las cuales se encuentra enlistadas en el artículo 50 de la misma norma.

<sup>4</sup> Corte Constitucional Colombiana, marzo 07 de 2007, M.P. Humberto Antonio SIERRA PORTO. Sentencia C-159 de 2007.

*tales como la solicitud para que pruebas solicitadas por la contraparte no sean decretadas por inconducentes o la solicitud de nulidad de una prueba”.*

De esta forma es claro que, contra quien se presenta un dictamen pericial que no cumple la totalidad de los requisitos para ser tenido como prueba, puede presentar oposición frente a la misma expresando los motivos por los cuales esta no debe ser tenida en cuenta.

En igual sentido, si quien aporta un dictamen pericial enunciándolo como prueba documental, no podrá este esperar que sea tenido como tal y es deber del despacho tramitarlo por la naturaleza del medio de conocimiento que se asemeje a su prueba y no por la forma que lo denomine la parte, pues de lo contrario se llegaría al absurdo de permitir que un litigante presente argumentos propios y enunciarlos como dictámenes periciales y que por este solo hecho deban valorarse como una experticia proveniente de un técnico en determinada materia.

Por otro lado, si el despacho insiste en decretar la prueba como una prueba documental, en estos casos claramente se niega el derecho de defensa y el de contradicción consistente en la posibilidad de solicitar la comparecencia del perito a la audiencia y tal negativa encaja en el numeral tercero del artículo 321 del Código General del Proceso, pues en el fondo se está negando la prueba pericial, siendo este un auto susceptible de ser apelado.

Finalmente, con respecto a la valoración de los dictámenes de pérdida de capacidad laboral, no puede pasarse por alto que los mismos deben realizarse conforme al principio de integralidad, como lo dispone el Decreto 1507 de 2014, por el cual se expide el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, principio que tiene su fuente nuevamente en la Corte Constitucional<sup>5</sup>, quien lo define así:

*“Situación diferente se presenta en materia de invalidez. Del contenido normativo expuesto por la disposición acusada, se constata que no es posible aumentar el grado de incapacidad de un trabajador ante la existencia de una patología anterior.*

<sup>5</sup> Corte Constitucional Colombiana, abril 26 de 2005, M.P. Jaime ARAÚJO RENTERÍA. Sentencia C-425 de 2005.

*La Corte Constitucional constata que la norma permite que exista al interior del Sistema Integral de Seguridad Social, un individuo trabajador materialmente inválido aunque formalmente no lo esté para el sistema. Un individuo es materialmente inválido si su porcentaje de invalidez es igual o superior al cincuenta (50) por ciento.*

*En efecto, al prohibir la norma que se aumente el grado de incapacidad con base en patologías anteriores, está desconociendo la realidad física del trabajador a proteger, para darle prioridad al formalismo de asunción del riesgo creado.*

(...)

*Así las cosas, el sistema de seguridad social concerniente en la protección de riesgos profesionales, es un sistema de seguro en el cual se establece una discriminación entre los trabajadores asegurados al sistema de riesgos profesionales, pues a pesar de que la empresa y el trabajador cotizan en forma total al sistema, como lo hacen todos los asegurados, al trabajador que sufre un accidente de trabajo o disminuye sensiblemente su capacidad laboral, no le tienen en cuenta para calificar el grado de invalidez condiciones de salud anteriores, lo cual viola el derecho a la igualdad y los principios de irrenunciabilidad, universalidad, solidaridad y obligatoriedad de la seguridad social consagrados en el artículo 48 Constitucional.*

*Así las cosas, el párrafo acusado, al prohibir que se aumente el grado de incapacidad con base en patologías anteriores, está desconociendo la realidad física del trabajador a proteger, que materialmente es inválido, pero carecería de la protección adecuada a su incapacidad, conforme los consagran los artículos 13, 47,48 y 53 de la Constitución Política. Por consiguiente, la Corte declarará la inexecutable del párrafo 1° del artículo 1 de la ley 776 de 2002”.*

La anterior regla jurisprudencial se recoge en el decreto 1507 de 2014 al señalar que:

*“El Manual acoge el principio general de “integralidad” como soporte de la metodología que se expondrá en adelante para calificar las deficiencias en la capacidad laboral u ocupacional. La integralidad es referida al Modelo de la Ocupación Humana que describe al ser humano desde tres componentes interrelacionados: volición, habituación y capacidad de ejecución; estos tres aspectos tienen en cuenta los componentes biológico, psíquico y social de las personas y permiten establecer y evaluar la manera como se relacionan con su ambiente.*

*La calificación integral de la invalidez, es decir del 50% o más de pérdida de la capacidad laboral, procede conforme a lo dispuesto en la Sentencia C-425 de 2005 de la Corte Constitucional y su precedente jurisprudencial; que dispone que las entidades competentes deberán hacer una valoración integral, que comprenda tanto los factores de origen común como los de índole laboral”.*

Lo anterior es importante, pues estas disposiciones indican que, para realizar un dictamen de pérdida de capacidad laboral se requiere valorar en forma integral a la persona, sumando las patologías o deficiencias que estas presentan, sin importar que sean de origen laboral o común e incluso sin importar si son como consecuencia del evento por el cual se demanda o situaciones particulares de las personas.

Y es en este punto en donde el operador jurídico debe diferenciar la pérdida de capacidad laboral que se da como consecuencia del evento dañoso por el cual se inició el proceso de responsabilidad civil, y el porcentaje total de la pérdida, pues debido a que la calificación de la persona debe hacerse en forma integral, podría presentarse el evento en donde debido a patologías que nada tengan que ver con la responsabilidad que se imputa, el porcentaje sea mayor al daño causado, haciendo que se reclame un lucro cesante por un daño no producido y ya preexistente.

En esta misma línea, queremos recalcar que las pruebas deficientes no sirven ni siquiera como base para construir un indicio, y es que a la luz del artículo 240 del Código General del Proceso, para que el juez pueda deducir indicios se requiere que provengan de un hecho que ya se encuentre válidamente acreditado al interior del proceso, al respecto la Corte Suprema de Justicia indicó<sup>6</sup> que:

*“Para sustentar esta conclusión debe acudirse al concepto de indicio, que no se encuentra definido por la legislación procesal, pues ésta se limita a precisar que es uno de los diversos medios con los que puede alcanzarse el convencimiento del juez (artículo 165 de la ley 1564 de 2012), que el hecho indicador “” debe estar debidamente probado en el proceso”, y que la pluralidad de ellos debe apreciarse «en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas» (reglas 240 a 242 ibidem).*

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Rad. 11001-31-03-010-2015-00745-01. M.P. Aroldo Wilson QUIROZ MONSALVO. 2019.

*La doctrina «entiende por indicio cualquier hecho conocido (o una circunstancia de hecho conocida), del cual se infiere, por sí sólo o conjuntamente con otros, la existencia o inexistencia de otro hecho desconocido, mediante una operación lógica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos especiales».*

*La anterior definición muestra que la prueba indiciaria es compleja, pues se haya compuesta por: (i) el hecho indicador; (ii) el proceso inferencial y (iii) el hecho indicado”.*

No podría entonces el fallador, tomar una prueba que no cumpla con los requisitos que exige la ley para su aportación y posterior valoración y deducir indicios de esta, pues como se señaló en líneas anteriores, este medio de conocimiento requiere de la existencia de un hecho que se encuentre plenamente demostrado, lo cual en un proceso judicial solo sucede a través de las pruebas oportuna y legalmente allegadas al proceso.

No sobra advertir que el sistema de valoración probatorio que se aplica actualmente es el de la sana crítica, por lo que, sin importar las conclusiones a las que llegue el dictamen, es el Juez el que, a través de los principios de la lógica, las reglas de la experiencia y los criterios técnico-científicos quien decidirá qué valor le asigna a este medio de conocimiento o incluso si lo despacha por completo al no conferirle eficacia probatoria.

#### 4. LA PERTINENCIA Y NECESIDAD EN LOS PROCESOS DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN DONDE SE SOLICITE PERJUICIOS MATERIALES EN LA MODALIDAD DE LUCRO CESANTE

Claramente si la parte demandante solicita que se le reconozcan perjuicios materiales derivados de una lesión que produjo una pérdida de capacidad laboral, un dictamen que califique estas pérdidas será una prueba que reúna los requisitos de conducencia pertinencia y utilidad, por lo que su aportación y decreto no requieren mayor análisis, sin embargo, hay un punto que debe llamar nuestra atención.

Claramente sobre la prueba del lucro cesante no existe tarifa legal, o en otras palabras, existe libertad probatoria para demostrarlo, y aunque esto es cierto, a nuestro sentir, no existe ninguna otra prueba

idónea para demostrar el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral que un dictamen que se realice para tal fin.

Y es que puede darse el caso en donde debido a la gravedad de las lesiones la existencia de una pérdida de capacidad laboral salte a la vista, pero no con ello el porcentaje de la misma y sin importar la magnitud de las deficiencias, sin una experticia que indique en que porcentaje estas afectan a la persona, no podrá entenderse demostrado el lucro cesante ni por consiguiente esta modalidad del daño, por lo que las pretensiones que se sustenten en tal afirmación no podrán ser concedidas.

Si bien el paradigma con el cual se pensó en el Código General del Proceso fue el activismo judicial, otorgando el poder-deber de buscar la verdad material sobre la formal, haciendo que los jueces deban decretar pruebas de oficio cuando sean necesarias para esclarecer los hechos objetos de controversia, tal facultad no puede suplir las falencias probatorias de las partes.

Por lo que si la parte demandante omitió aportar un dictamen pericial o el aportado no fue suficiente para demostrar el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral que este afirma haber padecido, igual suerte deberán correr sus pretensiones, pues no puede olvidarse que el dictamen pericial, con miras a la celeridad, también mutó para que, quien quiera valerse de uno deba aportarlo en la oportunidad respectiva.

Finalmente, queremos señalar que, con ocasión al proyecto de ley 120 de 2017, por medio del cual se regula la indemnización de los daños a la persona en los procesos de responsabilidad que se encuentra pendiente de debate en la cámara de representantes, tanto la valoración como la contradicción de los dictámenes de pérdida de capacidad laboral podrían sufrir un gran cambio, pues a lo que se apunta es que se cree un tribunal *ad hoc* para cada proceso el cual se conformaría por cinco miembros, de los cuales dos serán médicos que cuenten con especialización en traumatología, dos psicólogos especializados en una vertiente relacionada con la psicología clínica y un abogado especialista en responsabilidad.

El debate que pueda surtir en relación con el mismo se resolverá igualmente por una junta que revisará los motivos de inconformidad planeados por las partes en relación al primer dictamen.

Si bien este proyecto de ley aún es incipiente, trae también dudas sobre si estos serán los únicos dictámenes que se puedan presentar al interior de los procesos en donde se pretenda la reparación de daños personales o si por el contrario continuara siendo admisible la presentación de dictámenes de parte.

# **DEPENDENCIA ECONÓMICA COMO FUNDAMENTO PARA PRETENDER LA REPARACIÓN DEL LUCRO CESANTE**

## **1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

El concepto de dependencia económica, es fundamental para que las víctimas indirectas puedan pretender la indemnización de perjuicios materiales, más específicamente en cuanto al lucro cesante consolidado y/o futuro se refiere, puesto que en muchos casos, como se verá más adelante, no basta con ser acreedor alimentario para solicitar el resarcimiento de los ingresos que han dejado y dejaran de percibir a raíz de la muerte de su proveedor, pues se exige a la parte actora, probar suficientemente la existencia de esa ayuda y de su monto.

Por ello, es que se hace imprescindible tratar el tema, más que todo, en lo tocante a las presunciones que se establecieron alrededor de este concepto, el cual se ha entendido, como la ayuda económica que recibían los reclamantes (víctimas indirectas) del causahabiente (víctima directa), cuando este se encontraba en vida. Presunciones que tienen un sustento diferente al utilizado por reconocer perjuicios extrapatrimoniales, pues estos se basan en los sentimientos que generalmente se forman en un entorno familiar, mientras que aquellos se entiende a partir de la estructura económica familiar.

Ahora bien, la dependencia económica en principio no es un tema que cause controversia en su aplicación, puesto que medianamente existe un consenso entre la jurisprudencia y la doctrina, en cuanto al reconocimiento de la indemnización de perjuicios, que se realizan a partir de las presunciones, la cuales se trataran en este capítulo.

Sin embargo, aunque este requisito aparentemente no tiene mayor complicación, consideramos poco entendible que virtualmente una

persona, en este caso la víctima indirecta, ostente dos calidades al mismo tiempo, es decir, alimentario y alimentante, es el caso por ejemplo, en el que uno de los padres muere como consecuencia del hecho dañoso, y es el hijo quien pretende la indemnización de los perjuicios, situación que profundizaremos a lo largo de este escrito.

En este tema realizaremos un recuento de acuerdo a la doctrina y jurisprudencia Colombiana, a fin de ilustrar la posición que ha tomado el Consejo de Estado, Sección Tercera y la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, con relación a las presunciones establecidas a partir de la dependencia, y además cómo es el tratamiento de esta, por algunos de nuestros doctrinantes. Por último se hará referencia al Proyecto de Ley 122 de 2015, autoría del doctor Sergio ROJAS QUIÑONES al Congreso de la República, el cual busca regular la indemnización de los daños a la persona.

## 2. JURISPRUDENCIA

La responsabilidad civil contractual y extracontractual ha tenido un amplio tratamiento y desarrollo jurisprudencial, en el cual los entes judiciales establecieron los parámetros para que las víctimas pudieran reclamar los perjuicios ocasionados por un hecho antijurídico, puesto que si bien es cierto, la misma cuenta con fundamentos normativos, estos no alcanzaron a regular las diversas situaciones jurídicas que se presentan en la praxis social.

Es así como, la Corte Suprema de Justicia en su Sala Civil y el Consejo de Estado, Sección Tercera, han ido estableciendo su línea jurisprudencial según la realidad social y el problema jurídico que se estuviera considerando, con el propósito de generar un antecedente que orientara a los operadores judiciales a fallar conforme a algunos parámetros y darle mayor claridad a las víctimas al momento de pretender la indemnización de un perjuicio.

Ahora bien, uno de los temas que ha tenido desarrollo jurisprudencial ha sido la dependencia económica como presupuesto para que las víctimas indirectas puedan reclamar el lucro cesante consolidado y futuro, por lo que es importante exponer la posición jurídica de estas dos altas Cortes en cuanto a este tema, en el cual en principio, no se presenta posiciones contrarias, antes bien, parece que

existe un consenso en cuanto a la presunciones en torno al concepto de la dependencia económica.

Es también importante aclarar que la dependencia económica a la cual nos referimos, no es la misma que se solicita en la jurisdicción laboral para reclamar las prestaciones sociales del sistema de seguridad social, y es que este requisito es más exigente en esta especialidad, pues exige que el beneficiario del causante vea alterada sus condiciones de vida por la ausencia del ingreso; al respecto la alto corporación<sup>1</sup> indicó:

*“Esta Sala ha determinado que la dependencia económica tiene como rasgo fundamental el hecho de que, una vez fallecido el causante y, por lo mismo, extinguida la relación de contribución económica hacia el presunto beneficiario, la solvencia de este último se ve amenazada en importante nivel, al punto de poner en riesgo sus condiciones de vida dignas. Esto es, una persona es dependiente cuando no cuenta con grado suficiente de autonomía económica y su nivel de vida digna y decorosa está subordinada a los recursos provenientes del que fallece”.*

No obstante, en el caso de la responsabilidad civil, y más precisamente del daño es suficiente que este sea certero, entendiendo esto como un elemento axiológico para su existencia. Hechas estas precisiones procederemos con la exposición de las posiciones de las altas cortes.

## 2.1. CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA

Con respecto a la dependencia económica, el Consejo de Estado, Sección Tercera, ha sido muy garante al establecer ampliamente las bases para este tipo reclamaciones, en las cuales la víctima directa ha fallecido como consecuencia de un hecho dañoso, ocasionando con su muerte que cese la ayuda económica que percibían las víctimas indirectas, puesto que era este el proveedor de su núcleo familiar.

Por ello, la obligación que tiene el Estado de resarcir los perjuicios ocasionados por acciones u omisiones que le sean imputables,

<sup>1</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, Sentencia del 05 de febrero de 2020, Magistrada Ponente: Dra. Clara Cecilia DUEÑAS QUEVEDO, Radicado interno SL529-2020 No 79458.

encuentran fundamento en los principios de justicia, equidad y reparación integral, que sustentan la responsabilidad civil de este, toda vez que se debe procurar por la protección del núcleo básico de la sociedad, que es la familia, puesto que al fallecer un integrante de esta, y al ser la víctima el proveedor del hogar, los ingresos económicos de los demás integrantes se verán disminuidos, lo que puede causar un detrimento en la calidad de vida de estos.

*Al respecto el Consejo de Estado ha señalado “(...) La eficacia de la unidad familiar y del deber ser o responsabilidad de los padres respecto de la satisfacción del cuidado, protección, crianza de los menores y demás necesidades del núcleo familiar viene salvaguardada por la cláusula general de responsabilidad patrimonial y los principios de justicia, equidad y reparación integral, de que tratan los artículos 90, 230 constitucionales y 16 de la Ley 446 de 1998, conforme con los cuales el Estado debe indemnizar los daños ocasionados a los miembros del grupo familiar, cuando quiera que con las acciones u omisiones que le sean imputables resquebraja la unidad familiar, incluyendo el apoyo económico del que derivaban el sustento los miembros, como ocurre en el caso de la muerte del padre o la madre”<sup>2</sup>.*

Ahora bien, aquellos integrantes del grupo familiar que se ven perjudicados con la muerte de uno de ellos por un hecho dañoso, se les conoce como víctimas indirectas, las cuales encuentran fundamento para pretender el reconocimiento de los ingresos que han dejado y dejarán de percibir, en la dependencia económica que existía entre estas y la víctima directa, al respecto la Corporación ha sostenido que:

*“(...) el derecho a la reparación de las víctimas indirectas o de los damnificados está condicionado, entre otras cosas, a la existencia del carácter personal del perjuicio, toda vez que éste sólo se reconoce en la medida en que prueben que el hecho dañino les ocasionó un perjuicio, ya sea por la especial relación afectiva o por la dependencia económica que mantenían con la víctima directa o inicial”<sup>3</sup>.*

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 22 de abril de 2015, Consejera ponente: Stella CONTO DÍAZ DEL CASTILLO, Expediente 15001-23-31-000-2000-03838-01(19146).

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 12 de noviembre de 2014, Consejero Ponente: Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, Expediente 520012331000200101210 01 (29.139).

Sin embargo, además de la dependencia económica, se debe tener en cuenta el tiempo indemnizable por el cual cada víctima indirecta pretenderá dichos perjuicios, y es por esto que el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha establecido ciertas presunciones que permiten determinar y delimitar el periodo por el cual se liquidará el lucro cesante, las cuales se basan en dos parámetros, a saber: (i) cuando la víctima directa es alguno de los padres o (ii) cuando la víctima directa es uno de los hijos.

En el primer supuesto, las víctimas indirectas o damnificados son los hijos del padre o madre fallecidos en el hecho dañoso, los cuales encuentran su fundamento para reclamar no solo en la obligación alimentaria (*artículo N° 411 Código Civil*), que tienen sus progenitores con estos, sino también en los lazos de afectividad que se forman en el núcleo familiar.

Es así que, dicha Corporación ha considerado que los hijos pueden solicitar el reconocimiento del lucro cesante hasta los 25 años de edad, tiempo en el que se ha entendido que estos iniciarán su vida productiva y dejarán el hogar paterno para formar uno propio, toda vez que a partir de este hecho, cesará la dependencia económica, y por consiguiente el derecho a pretender una reparación por los perjuicios patrimoniales, más específicamente por el lucro cesante<sup>4</sup>.

No obstante, cabe aclarar que el límite de la obligación alimentaria, y por ende de la dependencia económica (25 años), no opera cuando el hijo padece una limitación física o mental que le impide ser independiente física y económicamente, y por consiguiente valerse por sí mismo. Por lo dicho anteriormente, la Corporación ha establecido que el sostenimiento de los padres respecto de los hijos en las condiciones referidas, es hasta la vida probable de los primeros.

En el segundo supuesto, son los padres los que pretenden el reconocimiento del lucro cesante por los ingresos que dejaron y dejaron de percibir como consecuencia de la muerte de un hijo, claro está, que deben probar suficientemente que entre estos existía una dependencia económica, es decir, que la víctima directa ayudaba al sostenimiento del hogar paterno.

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 9 de junio de 2005, Consejera Ponente Dra. Ruth Stella CORREA, Expediente 15129. Entre otras.

Sobre el lucro cesante que puede o no presentarse en favor de los padres por la muerte de un hijo se tratará en el siguiente capítulo de este libro, por lo que en este punto no nos adentraremos en esta discusión.

Así las cosas, el Consejo de Estado ha sostenido en diversas decisiones, la presunción en la cual se cree que los hijos que se encuentren en edad productiva, ayudarán al sostenimiento del hogar hasta cumplir los 25 años, edad en la que se entiende que se independizaran para formar su propia familia, al respecto:

*“Ahora bien, en el caso de autos, debe tenerse en cuenta que cuando se trata del fallecimiento de los hijos, respecto de los padres, la jurisprudencia de la Corporación ha entendido que el hijo soltero contribuye al sostenimiento de su casa materna hasta la edad de 25 años, pues se presume que a partir de la misma forma su propio hogar, “realidad que normalmente impide atender las necesidades económicas de otros frentes familiares”, esa presunción puede ser desvirtuada cuando ha existido certeza de que pese a superar la edad de 25 años, el hijo prestaba auxilio económico a sus padres y se han encontrado reunidos otros elementos indiciarios como la vida modesta de la familia o “la voluntad reiterada, por actos sucesivos, de asumir el auxilio económico” y particularmente, cuando el paterna hijo no había formado su propia familia y continuaba en la casa”<sup>5</sup>.*

Sin embargo, esta presunción puede ser desvirtuada si se logra demostrar que:

- Después de los 25 años el hijo aún sigue viviendo en el hogar paterno y contribuía a su sostenimiento.
- Si bien el hijo formó su propio hogar, este sigue contribuyendo de manera reiterada con los gastos de sus padres, ya sea por la imposibilidad de estos para trabajar, por ser hijo único o por la necesidad económica de estos<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera -Subsección C. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 12 de noviembre de 2014, Consejero ponente: Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, Expediente 520012331000200101210 01 (29.139).

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 9 de junio de 2005, Consejera Ponente: Ruth Stella CORREA PALACIO, Expediente 73001-23-31-000-1996-03715-01(15129), citado por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de noviembre de 2014, Expediente 520012331000200101210 01 (29.139).

Es esta presunción, la que permite a los padres como víctimas indirectas, reclamar los perjuicios en modalidad de lucro cesante, teniendo como tiempo indemnizable el periodo comprendido desde la fecha de la muerte de su hijo (entiéndase que estaba en etapa productiva, es decir, a partir de los 18 años), hasta la fecha en la que este cumpliría los 25 años de edad, o si el caso concreto encuadra en dichas excepciones, hasta la vida probable del padre o madre superviviente. Al respecto esta Magistratura reiteró lo expuesto anteriormente, tras considerar que:

*“Vale destacar que 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”. 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”*<sup>7</sup>.

En conclusión, el Consejo de Estado ha sustentado en su jurisprudencia no solo el deber legal del Estado de resarcir los daños ocasionados por una acción u omisión de uno de sus agentes, en los que se vulnera la unidad familiar como núcleo de la sociedad, sino también ha establecido por medio de presunciones los parámetros para que las víctimas indirectas puedan reclamar el reconocimiento de los perjuicios que les han sido ocasionados con el hecho dañoso; presunciones que a nuestro sentir admiten prueba en contrario.

Claramente la posición del Consejo de Estado hace que se utilicen presunciones incompatibles, pues en procura de los derechos de las víctimas, incluso en forma desproporcional, se permite que se presuma

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 18 de marzo de 2010, Consejera Ponente: Ruth Stella CORREA PALACIO, Expediente: 25000-23-26-000-1996-02057-01(17047).

que los padres ayudan a sus hijos para su sostenimiento hasta los 25 años, pero a su vez se presume que estos ayudan en el hogar hasta esa misma edad, situación que claramente no encuentra lógica, esta discusión se desarrollara más ampliamente en los siguientes capítulos.

## 2.2. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA CIVIL

En cuanto a la dependencia económica, la Corte Suprema de Justicia ha establecido parámetros similares a los instituidos por el Consejo de Estado, puesto que esta alta Corte toma como regla indispensable para el reconocimiento del lucro cesante consolidado y futuro, la certeza de la existencia de dicha dependencia económica entre la víctima directa y quien pretenden la reparación de este perjuicio.

Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha expresado que:

*“Cuando se demanda la indemnización del daño, en su modalidad de lucro cesante, proveniente del fallecimiento de una persona, la misma emerge, en principio, de la dependencia económica del peticionario con la víctima, circunstancia que a aquél le incumbe acreditar; pero igualmente, es viable su reconocimiento a quienes, a pesar de contar con ingresos propios, percibían de ella asistencia económica habitual, y en tal evento, igualmente al respectivo beneficiario le incumbe demostrar esa condición<sup>8</sup>.*

Además, en el mismo proveído, la Corte explicó qué se debe entender como dependencia económica para solicitar el reconocimiento del lucro cesante, así:

*“La aludida dependencia económica ha sido interpretada por la jurisprudencia de esta Corte, como la contribución proporcionada por el extinto, a su pareja, para el sostenimiento del hogar y, especialmente de sus hijos comunes, la cual ésta dejó de obtener, por obra de la muerte de dicho aportante, quedando el sobreviviente abocado a asumir en su integridad, la satisfacción de las necesidades del núcleo familiar, repercutiendo en un detrimento de la capacidad económica para atender sus necesidades particulares e inclusive, afectando sus proyectos financieros”.*

---

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 29 de noviembre de 2016, Magistrado Ponente: Dr. Luis Alonso RICO PUERTA, Radicación: 11001-31-03-018-2005-00488-01.

Por lo anterior, la dependencia económica entre la víctima directa y los reclamantes se debe acreditar, pues en muchos casos no basta con ser acreedor alimentario (*artículo N° 411 Código Civil*) para ostentar la calidad de víctima indirecta, como ocurre en el caso en el que los padres solicitan los perjuicios en modalidad de lucro cesante, cuando uno de sus hijos fallece como consecuencia de un hecho antijurídico.

La obligación de acreditar la ayuda que recibían los padres del hijo fallecido, no es una exigencia reciente ya que esta Magistratura en reiterada jurisprudencia, ha establecido que no basta ser acreedor alimentario para adquirir el estatus de víctima de rebote.

Este requerimiento fue expuesto por la Corte al sustentar que:

*“No basta la simple condición de acreedor alimentario en el demandante para que la muerte por accidente de su hija legítima le cause un perjuicio actual y cierto, sino que se requiere además la demostración plena de que aquél recibía la asistencia a que por ese concepto le da derecho la ley, o que cuando menos se encontraba en situación tal que lo capacitara para demandarla y obtenerla y que aquella estaba en capacidad económica para suministrársela. En este sentido puede citarse la sentencia de casación de 20 de abril de 1947, tomo LXII, página 136”<sup>9</sup>.*

En otra decisión la Corte reitero lo anterior, exponiendo que:

*“[S]i por el presunto damnificado no se da la demostración de que sobre la víctima pesaba la obligación de suministrar alimentos, se carece de base para afirmar que aquél se le ha privado de un beneficio cierto (...)”<sup>10</sup>.*

En sentencia de 1996, la Corte Suprema, reafirmando dicha exigencia consideró lo que sigue:

*“habiendo un lazo conyugal o de parentesco próximo, entre unas personas con el fallecido, que les otorgaba el derecho legal de alimentos (art. 411 C.C.) y que existiendo el principio general*

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia. G.J. LXIX, n.º 2099. p. 558, citado en Sentencia SC11149-2015.

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia. CSJ SC del 1º de marzo de 1954, G.J. LXXVII, n.º 2138-2139. p. 56, citado en Sentencia SC11149-2015, Corte Suprema de Justicia.

*de que las personas obran conforme a la ley y que, por lo tanto, ordinariamente se entiende que cumplen sus obligaciones; no puede menos que afirmarse que en este evento tales personas, al estar gozando y disfrutando de su derecho de alimentos del causante, el fallecimiento de este último, al suprimirle la capacidad de ingreso patrimonial, también le afecta ese derecho por la imposibilidad consecuencial para obtener su satisfacción. De allí que se encuentren legitimados activamente para reclamar dicha indemnización, debiendo demostrar los supuestos de hecho que sirvan de sustento al derecho lesionado y la capacidad de sostenimiento del fallecido. Por ello corresponde a quien desconoce tal legitimación la demostración no solo del hecho del incumplimiento de los alimentos sino también de la extinción futura de dicho derecho o la imposibilidad absoluta de satisfacción”<sup>11</sup>.*

Además de la dependencia, se deben tener en cuenta los siguientes presupuestos que acreditan a las víctimas a pretender la indemnización por sus perjuicios, a saber:

*“(…) no es realmente el vínculo de parentesco o conyugal el factor determinante de la legitimación activa para reclamar la indemnización. Lo que viene en verdad a conferir el derecho es la existencia de los supuestos necesarios que configuran dicho derecho, que se concretan en esto: 1. La dependencia económica que tenía el reclamante de quien murió o quedó en situación física o mental que imposibiliten prestar la ayuda o socorro que venía otorgando; 2. El daño cierto que la muerte o la situación de quien daba la ayuda al dependiente, esto es que haya certeza de que dadas las circunstancias, la ayuda o socorro habría continuado. Con otras palabras que esa dependencia no se deriva de una relación ilícita y, por tanto, la pretensión venga a conformar una aspiración que repugne al derecho; 3. Que la pretensión indemnizatoria no signifique obtener una ventaja o un provecho contrario a la moral o al derecho. Los anteriores supuestos debidamente demostrados estructuran el fundamento para aceptar que el damnificado tiene derecho a reclamar del responsable la respectiva indemnización”<sup>12</sup>.*

Ahora bien, establecida la obligación de acreditar lo anterior, dicho órgano colegiado precisó en sus decisiones el tiempo indemnizable

<sup>11</sup> Corte Suprema de Justicia. CSJ SC 042-1996 del 24 de junio de 1996, rad. 4662, citado en Sentencia SC11149-2015, Corte Suprema de Justicia.

<sup>12</sup> Citado por la Sala de Casación Civil, Sentencia del 17 de noviembre de 2011, Expediente11001-3103-018-1999-00533-01.

en el que la ayuda económica que recibían las víctimas indirectas se proyectaría en el tiempo. Es en este punto en el que tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado han establecido criterios similares.

Es así que, para la Corte Suprema se establecen igualmente dos presunciones en cuanto al periodo a indemnizar, dándose dos situaciones, a saber:

En la primera situación, los reclamantes del lucro cesante, son los hijos del padre o madre fallecidos, por lo que se presume que los hijos recibirán apoyo económico de los padres hasta cumplir los 25 años de edad, momento en el que jurisprudencialmente se ha entendido que los hijos dejaran el hogar paterno para independizarse, toda vez que han terminado sus estudios y cuentan con un sustento económico propio.

Reiterando lo anterior, la Corte sustentó que “(...) *ya que conforme a la doctrina sentada por esta Corporación, en esa edad -25 años- ordinariamente se culmina la educación superior y se está en capacidad de valerse por sí mismo*”<sup>13</sup>.

En sentencia posterior:

“*Sobre el particular, ha dicho la Corte que ‘la discusión que podría centrarse en torno a la edad límite que se tomó como período de tiempo en que los hijos de las víctimas requerían de sus sustentos, corresponde a la proyección más correcta si se tiene en cuenta que atendiendo a las reglas de la experiencia, es dable deducir que, en principio, a los 25 años, una persona de la zona urbana del país, dedicada al estudio, puede adquirir su completa educación que lo habilita para velar, a partir de entonces, por su propio sostenimiento, desde luego que tampoco obra prueba ninguna que desvirtúe, para aumentar o disminuir, esa edad tope’*”<sup>14</sup>.

De la anterior consideración, se puede advertir que es posible que para dicho órgano colegiado, los hijos residente de la zona rural del país no estén sujetos completamente a esta presunción en

<sup>13</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de noviembre de 2011, magistrado ponente: William NAMÉN VARGAS, Expediente: 11001-3103-018-1999-00533-01, entre otras.

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de octubre de 2001, Expediente: 4504.

cuanto al tiempo indemnizable se refiere, pues es apenas normal que las circunstancias de vida de una persona ciudadita y las de un campesino no sean las mismas, en tanto sus prioridades y proyectos son diferentes. Cabe aclarar, que no es una regla general, pues muchas personas que han vivido en el campo emigran de sus hogares hacia la ciudad, para ingresar a una institución de educación superior y graduarse como profesionales.

En este caso, cuando la única víctima indirecta que reclama es el hijo, la Corte ha establecido como suma para liquidar el lucro cesante el 75% del salario que devengaba la víctima directa antes de su fallecimiento<sup>15</sup>. Pero cuando además del hijo reclama el cónyuge supérstite, esta Magistratura ha tomado dicho porcentaje y lo divide en un 50%<sup>16</sup> del salario devengado por la víctima directa al momento de su muerte como ingreso base de liquidación del lucro cesante, del cual le corresponde a cada uno de los damnificados el 25%<sup>17</sup>.

En el segundo supuesto, es el padre o la madre que ostentan la calidad de víctimas indirectas y por ende pretenden el reconocimiento de los perjuicios en modalidad de lucro cesante, en este caso, la Corte presume que los hijos que están en etapa productiva, es decir, a partir de los 18 años, ayudan al sostenimiento del hogar paterno hasta que cumplen los 25 años de edad y se independizan.

Es importante resaltar que, para ser acreedores de la indemnización que a este concepto se refiere, el hijo que ha fallecido en el hecho dañoso, debía contar con la mayoría de edad, que para nuestra legislación es a partir de los 18 años, pues se entiende que los jóvenes han terminado la educación secundaria e inician su etapa productiva, ya que de otra manera, no se podría hablar de la existencia de una dependencia económica de padres respecto a los hijos pues estos

---

<sup>15</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de noviembre de 2011, Magistrado Ponente: William NAMÉN VARGAS, Expediente: 11001-3103-018-1999-00533-01.

<sup>16</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 29 de noviembre de 2016, Magistrado Ponente: Dr. Luis Alonso RICO PUERTA, Radicación: 11001-31-03-018-2005-00488-01.

<sup>17</sup> Estos parámetros para liquidar no están establecidos de manera absoluta, sino que antes bien, la Corte Suprema analiza cada caso en concreto y según sus particularidades establece cual va ser el ingreso base de liquidación. Por ello las referencias hechas anteriormente son simples ejemplos que intentan ilustrar al lector.

no se encontraban en edad de valerse por sí mismo. Al respecto la Corte precisó:

*“(...) En lo que respecta a los materiales, observa la Corte que la muerte de la menor a la edad de 8 años, como aparece acreditado, no da lugar a la indemnización solicitada bajo el supuesto de la ayuda económica que en el futuro recibirían sus padres, porque se trata apenas de un perjuicio eventual, en el entendido de que ni siquiera había tenido comienzo el sostenimiento económico para proyectarlo como probabilidad futura, como tampoco es dable asentar de manera anticipada que ese apoyo material iba a darse, lo que equivale a decir que el perjuicio descrito en la demanda tiene la característica de ser meramente hipotético, obvio que amén de que no se puede prever la futura capacidad económica de la persona fallecida, tampoco se puede deducir que, aun de suponerse, los resultados de la misma tendrían la destinación específica de favorecer a la madre demandante”<sup>18</sup>.*

Tal y como lo esbozamos anteriormente, el lucro cesante no depende de una necesidad imperiosa de la ayuda para la subsistencia, en otras palabras para reconocer este perjuicio no puede exigirse que la víctima demuestre que sin esta ayuda sus condiciones de existencia se vean drásticamente afectadas, pues lo único que se requiere es un daño cierto. Al respecto se indicó por el órgano de cierre de la especialidad civil que:

*“Y en segundo lugar, de la circunstancia de que el solicitante, pese a no depender de la víctima, pues en vida de ésta obtenía ingresos propios, recibiera de ella ayuda económica periódica, cuya privación, por ende, merece ser igualmente resarcida. Sobre este aspecto, la Corte ha señalado que “[d]ebe precisarse y quedar claro que las personas mayores e incluso las ya casadas que reciban ingresos provenientes de su renta de capital o de su trabajo, tienen legítimo derecho a obtener el reconocimiento y pago de los perjuicios que les cause el súbito fallecimiento de la persona de la cual recibían una ayuda económica de manera periódica, con prescindencia de los ingresos propios, y así mismo todas aquellas personas que tenían intereses ciertos y legítimos o*

<sup>18</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de septiembre de 2001, Expediente 6171, citado por la Sala de Casación Civil, Sentencia del 17 de noviembre de 2016, Magistrado Ponente: Álvaro Fernando GARCÍA RESTREPO, Expediente: 11001-31-03-008-2000-00196-01.

*la suficiente titularidad que se pueden ver menoscabados por la ocurrencia del hecho lesivo imputable a la persona demandada” (Cas. Civ., sentencia del 5 de octubre de 1999, expediente No 5229; se subraya)<sup>19</sup>.*

En conclusión, la Corte Suprema cuenta con una línea de pensamiento muy similar a la del Consejo de Estado, y es así que sus decisiones encuentran apoyo en las presunciones establecidas a partir de las máximas de la experiencia y de la realidad social. Lo que ha permitido que las víctimas indirectas tengan mayor protección a la hora de reclamar los perjuicios, y que los operadores judiciales gocen de mayor claridad a la hora de abordar un caso en particular, para que sus decisiones estén basadas en los principios de equidad y reparación integral.

### 3. DOCTRINA

La dependencia económica no es un tema de amplio desarrollo doctrinal, por lo que ha sido la jurisprudencia la que se ha encargado de establecer sus parámetros y alcances. Sin embargo, algunos doctrinantes han visto la necesidad de darle tratamiento al tema por la importancia que tiene al momento de reconocer y liquidar la indemnización de perjuicios.

Es así que el Doctor Adriano DE CUPIS hace referencia a la dependencia económica en su libro “El Daño”, donde hace referencia al derecho que le asiste a las víctimas indirectas a reclamar los ingresos que dejaron de percibir como consecuencia de la muerte del causante, al respecto:

*“Contrariamente, si se ejercita el derecho originario al resarcimiento, fundado en el ligamen familiar con el difunto, se reclama al tercero el resarcimiento del daño correspondiente a un derecho propio a manutención o a alimentos, que ha quebrado la muerte”<sup>20</sup>.*

<sup>19</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil Sentencia del 28 de febrero de 2013, Magistrado Ponente: Arturo SOLARTE RODRÍGUEZ, Expediente: 11001-3103-004-2002-01011-01.

<sup>20</sup> DE CUPIS, Adriano. *El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Bogotá, 1996. p. 667.

En igual sentido el doctor Javier TAMAYO JARAMILLO se refiere a la dependencia económica como el requisito que legitima al alimentante para reclamar los ingresos que dejó de percibir por la muerte de la víctima directa, al respecto el doctor indicó:

*“Ahora, algunos de esos herederos son alimentarios de la víctima directa del daño y, en consecuencia, la ley los autoriza para reclamar del alimentante lo necesario para el sustento. En semejante situación, no cabe la menor duda de que estas personas, si dependían o iban a depender de la víctima fallecida, están legitimadas para reclamar indemnización del daño sufrido, puesto que la ley no solo los facultaba para exigir la prestación del fallecido, sino para disfrutarla”<sup>21</sup>.*

Por ello, al suprimirse dicha ayuda, las víctimas indirectas están facultadas para pretender su resarcimiento, siempre y cuando se tenga certeza de la existencia de dicha ayuda y de su monto. Además, se entiende que las víctimas indirectas no solo son aquellos que están legitimadas para reclamar el lucro cesante, por la obligación legal de recibir alimentos, sino también todas aquellas personas que logren demostrar que con la muerte de la víctima directa, se les causó perjuicio patrimonial, toda vez que cesó el aporte económico que recibían de esta. Lo anterior, lo explica el doctor TAMAYO al expresar que:

*“En tales circunstancias, quienes a causa de la muerte de la víctima se han visto privados de esa ayuda, están legitimados para reclamar indemnización, siempre y cuando haya certeza de su perjuicio y el beneficio recibido de la víctima fuera permitido por la ley. En principio, pareciera ser que los únicos que están legitimados para reclamar este tipo de indemnización sean los alimentarios de la víctima directa. Sin embargo, la evolución de la jurisprudencia y la doctrina fue avanzando hasta el punto que no solo los alimentarios, sino cualquier otro tercero, fueron admitidos a cobrar indemnización, siempre y cuando demostraran la certidumbre de su perjuicio”<sup>22</sup>.*

Así mismo, el doctor Gilberto MARTÍNEZ RAVE argumentó:

*“(…) La cónyuge, los hijos y personas a quienes legalmente se les debe alimentos (art. 411 del C.C.) que demuestren que con los*

<sup>21</sup> TAMAYO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II. Bogotá, 2007. p. 451.  
<sup>22</sup> *Ibidem*. p. 996.

*ingresos de la víctima o causante atendían a su diario subsistir, estudios, actividades, etc. están facultados para reclamar, como lucro cesante, esos perjuicios*<sup>23</sup>.

En igual sentido el doctor Enrique GIL expresó:

*“(...) estará constituido por el derecho a recibir lo que dejará de aportar el fallecido, no es suficiente que se demuestre la capacidad productiva del causante, es necesario que se dé el daño por la privación del beneficio que se recibía, no en calidad de heredero, sino en calidad de perjudicado o beneficiario al no seguir recibiendo el mismo”*<sup>24</sup>.

De lo expuesto, se puede establecer que el solo hecho de ser acreedores alimentarios no faculta en todos los casos para pretender el reconocimiento del lucro cesante, toda vez que es indispensable acreditar la existencia de la dependencia económica entre la víctima directa y los reclamantes.

Es así que, para el doctor GAVIRIA<sup>25</sup> el solo vínculo de consanguinidad no basta para ostentar la calidad de víctimas indirectas, por lo que para reclamar los perjuicios ocasionados como consecuencia del fallecimiento de la víctima, debe existir dicho vínculo de dependencia.

Para el doctor MARTÍNEZ RAVE la dependencia se debe acreditar cuando no se es beneficiario de la obligación alimentaria:

*“Otras personas distintas, aunque no sean alimentarios, pueden reclamar estos perjuicios siempre y cuando demuestren (ya no se presume como en otros casos) la dependencia económica. Podrán entonces parientes lejanos, concubinos, amantes, amigos, reclamar estos perjuicios si demuestran suficientemente la dependencia o la ayuda económica que recibían del causante”*<sup>26</sup>.

Ahora bien, establecida la legitimación para reclamar, se hace necesario tratar el tema del tiempo indemnizable por el cual se

<sup>23</sup> MARTÍNEZ R. Gilberto. *La Indemnización Civil de los Daños Causados con el Delito*. p. 13.

<sup>24</sup> GIL B., Enrique. Ob. Cit. p. 178, citado por GAVIRIA, Alejandro. *Guía Teórico-Práctica para la Cuantificación de los Perjuicios*. Medellín, 2017. p. 47.

<sup>25</sup> GAVIRIA, Alejandro. *Guía Teórico-Práctica para la Cuantificación de los Perjuicios*. Medellín, 2017. p. 48.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

liquidará el lucro cesante. Dicho periodo comprende el lapso de tiempo en el cual el reclamante habría recibido el aporte que le proporcionaba la víctima directa, si esta no hubiera fallecido, al respecto el doctor Tamayo afirmó:

*“el periodo indemnizable cubre el lapso de tiempo durante el cual la víctima, de no haber fallecido, habría suministrado ayuda al demandante y este habría tenido la posibilidad de recibirla”<sup>27</sup>.*

Es importante precisar, en cuanto a la dependencia económica, que también la doctrina ha aceptado las presunciones que fueron tratadas en el acápite de la Jurisprudencia. Por esta razón, es importante tocar lo concerniente al tiempo indemnizable en esas dos circunstancias, a saber: cuando el que reclama el lucro cesante es el hijo, del padre o madre fallecidos y cuando los que reclaman dicho perjuicio son los padres de este primero.

El periodo por el que se debe liquidar el lucro cesante, cuando es el hijo quien reclama, es hasta que este cumpla los 25 años, pues se ha entendido que a esta edad ha culminado sus estudios superiores y deja su hogar para formar uno propio, hecho que permite que sus padres se liberen de seguir contribuyendo con su sostenimiento. Es importante aclarar que, esta presunción es generalmente aceptada para los hijos que viven en las zonas urbanas del país, pues tratándose de aquellos que viven en zonas rurales, este periodo indemnizable, debe ser analizado según el caso en concreto.

A propósito el doctor TAMAYO expone que:

*“tratándose de hijos que viven en la ciudad, se considerará la edad de 25 años, pues generalmente en las grandes urbes los hijos realizan estudios universitarios. En cambio, en el campo, los hijos pueden empezar a trabajar a los 18 o 20 años”<sup>28</sup>.*

Ahora bien, tratándose del caso en el cual, son los padres quienes reclaman la indemnización del lucro cesante, la doctrina ha entendido que los hijos a partir de su edad productiva (18 años),

<sup>27</sup> TAMAYO, Javier. Ob. Cit. p. 1010.

<sup>28</sup> TAMAYO, Javier. *De los Perjuicios y su Indemnización, De la Responsabilidad Civil*, Tomo IV. Bogotá, 1999. p. 553.

ayudaran con el sostenimiento de los gastos de su hogar hasta que cumplen 25 años y forman uno propio, por lo que desaparece la ayuda que recibían sus padres.

Sin embargo, en algunos casos se puede presentar que si bien el hijo ya ha cumplido esta edad, sigue aportando económicamente a sus padres, y es por esto que estarían legitimados para pretender la indemnización, claro está demostrando la existencia de dicha ayuda. Lo anterior, ocurre cuando los padres se encuentran enfermos y no se pueden valer por sí mismos o cuando el nivel económico es escaso, por lo que el tiempo indemnizable sería la vida probable de estos.

Para el doctor Gaviria, el tiempo indemnizable se concreta en dos momentos, siendo estos: la vida probable de las víctimas indirectas o el tiempo que falte para cumplir los 25 años:

*“(...) Debe tenerse en cuenta que en estos casos el tiempo de la indemnización será la vida probable de las víctimas, o el tiempo que les falte para cumplir la mayoría de edad o los veinticinco años, según el caso”<sup>29</sup>.*

#### 4. CONCLUSIÓN

Si bien tanto doctrinaria como jurisprudencialmente se han acudido a las presunciones como una aligeración probatoria de las víctimas para reconocer la dependencia económica, esto en virtud de la obligación alimentaria que puede nacer entre padre e hijos, no puede pasarse por alto que en el marco de la responsabilidad civil se busca una indemnización de un perjuicio cierto, como categoría axiológica del daño, por lo que si no se demuestra una ayuda económica cuya falta genere un cese de ganancias no abra lugar al recogimiento de este perjuicio.

Para finalizar, la dependencia económica a la cual se hace referencia no se extiende hasta el punto de pensar que solo se reconoce si se puede afectar la subsistencia de quien reclama, pues aunque el perjuicio sea de baja entidad, si se demuestra (juntos con los demás elementos de la responsabilidad) este deberá ser reconocido.

<sup>29</sup> GAVIRIA, Alejandro. *Guía Teórico-Práctica para la Cuantificación de los Perjuicios*. Medellín, 2017. p. 76.

# LUCRO CESANTE EN MENORES DE EDAD

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Es sorprendente la manera y la rapidez con la cual la sociedad ha ido cambiando a través de los tiempos con respecto a las diferentes esferas de la vida cotidiana y de nuestra relación con el mundo, es de esta forma que el derecho no puede ser estático frente a nuevas situaciones y nuevos escenarios que van surgiendo de conformidad con las necesidades del momento, y en cambio debe ser una herramienta dinámica, que esté en armonía con la actualidad, abarcando todas las esferas propias del ser humano para lograr así una sociedad más justa y equitativa.

Así las cosas, en materia de Responsabilidad Civil y del Estado, debe ocurrir lo mismo, con el fin de transformar y evolucionar posturas frente a temas en particular, cambiar paradigmas y abrir caminos de manera que puedan ser abarcadas las nuevas situaciones que surgen día a día, y que además buscan ser atendidas dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Conforme a lo anterior, vemos entonces que cuando sobreviene un daño derivado de una conducta lícita, sabemos que la víctima cuenta con diversas herramientas encaminadas a resarcir de una manera equitativa y suficiente los diversos perjuicios derivados de determinado hecho dañoso, buscando objetivar más fácilmente la tasación de los perjuicios patrimoniales, dentro de los cuales encontramos el lucro cesante, el cual se origina cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> TAMAYO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II. Legis, 2011. p. 474.

Pero adicionalmente, tratándose del lucro cesante, podemos afirmar que la jurisprudencia hoy ha sido vacilante respecto del análisis de reconocimiento de perjuicios relacionados por la muerte de un hijo menor en favor de sus padres, tema del cual nos ocuparemos, pues si bien es cierto, durante mucho tiempo ha permanecido la tesis de que dicho menoscabo no puede surgir en razón de meras expectativas; solo hasta hace poco, ha surgido una variante respecto a la tesis adoptada durante muchos años por las altas cortes, lo que ha permitido lograr un reconocimiento y sentar un precedente frente al tema.

Así las cosas, lo que motiva la realización de este trabajo es la necesidad de poder identificar si la habitual postura jurisprudencial debe permanecer, o si por el contrario, contamos actualmente con argumentos sólidos que permitan desvirtuar dicha postura, con la finalidad de brindarle herramientas que permitan ayudar a los jueces a fundamentar adecuadamente sus decisiones, así como también de guiar a los abogados y a las víctimas a la hora de encaminar las pretensiones de sus demandas, para lograr así la reparación integral del daño.

Para analizar este tema, acudiremos al diverso desarrollo jurisprudencial que se ha venido suscitando en nuestro país con el pasar del tiempo, permitiendo así analizar los diversos puntos de vista que han tenido en cuenta los magistrados a la hora de motivar sus fallos, y poder generar así una postura bien fundamentada frente al tema que hoy nos ocupa.

## 2. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN DONDE NO SE RECONOCE EL LUCRO CESANTE A FAVOR DE LOS PADRES

Respecto al reconocimiento de lucro cesante a favor de los padres derivado del fallecimiento de un hijo menor de edad, es preciso indicar que el menoscabo presentado respecto del lucro cesante que se estudia es el que presenta las dificultades teleológicas<sup>2</sup> para acceder a su reconocimiento.

Dichas dificultades parten de la premisa de que para que un perjuicio derivado de un hecho dañoso pueda ser resarcido, debe

---

<sup>2</sup> “Razón o explicación de algún tema en función de su finalidad. “Fuente: <http://quesignificado.com/teleologia/http://quesignificado.com/teleologia/a>

tener certeza en cuanto a su causación incluyendo dentro de estos perjuicios el lucro cesante.

En efecto, lo que atañe a la privación de los beneficios económicos que un menor de edad habría recibido en su edad adulta, como contraprestación de la actividad económica lícita que se supone que este desarrollaría, la cual no pudo materializarse en razón del daño causado; argumentan las altas cortes en jurisprudencia que se citará más adelante, que conceder el reconocimiento a la indemnización por lucro cesante es improcedente, por el simple supuesto que no es posible que un menor de edad se encontrara devengando a la fecha de la ocurrencia del hecho dañoso.

En razón de ello, La Sala de Negocios de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia del 20 de noviembre de 1943, revocó la condena al pago de perjuicios materiales que se había proferido en favor de los hermanos Valencia que contaban con 14 y 12 años respectivamente para el día del siniestro de aviación ocurrido el 24 de julio de 1938, bajo los siguientes argumentos:

*“los jóvenes Valencia son menores de edad que en la fecha del accidente cursaban estudios de segunda enseñanza. No estudiaban todavía ninguna profesión ni arte lucrativos. Ellos nada producían en el sentido económico. Estaban sostenidos por sus padres.*

*(...) es aventurado predecir la profesión que va a elegir o la actividad de donde devengará el sustento de la vida. Menos podrá afirmarse que en tal profesión o en tal actividad obtendrán determinadas ganancias. Toda hipótesis en el particular pertenece al mundo del futuro en el que **el porvenir de las personas está envuelto por la densa niebla del misterio.** (Negrillas fuera de texto)*

*(...) Más el que todavía carece de ocupación u oficio productivo, como el menor de edad, que apenas está recibiendo los primeros grados de instrucción, y que ni siquiera ha elegido la profesión u oficio a que consagrará su actividad económica, no ofrece elementos que sirvan para determinar las pérdidas patrimoniales que en el porvenir recibirá. (...) lo imposible es adivinar cuál va ser ese campo velado y cuáles serán las frustradas oportunidades<sup>3</sup>.*

<sup>3</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales; sentencia del 20 de noviembre de 1943. G.J.T. LVII. pp. 234 a 242.

Esta postura, se mantiene firme, tal como se evidencia en la sentencia del 12 de septiembre de 1996, en la cual, se reitera la improcedencia del lucro cesante pretendido por los padres de una menor de 9 años de edad, argumentando que:

*“la víctima no estaba recibiendo ningún ingreso económico al momento de su muerte”<sup>4</sup>*

Posteriormente, dicho criterio fue complementado con el supuesto de falta de certeza en la ayuda económica y destinación de dichos ingresos en favor de los padres. Así se indica en sentencia del 7 de septiembre de 2001.

*“(…) En lo que respecta a los materiales, observa la Corte que la muerte de la menor a la edad de 8 años, como aparece acreditado, no da lugar a la indemnización solicitada bajo el supuesto de ayuda económica que en el futuro recibirían sus padres, porque se trata apenas de un perjuicio eventual, en el entendido de que ni siquiera había tenido comienzo el sostenimiento económico para proyectarlo como probabilidad futura, como tampoco es dable asentar de manera anticipada que ese apoyo material iba a darse, lo que equivale a decir que el perjuicio descrito en la demanda tiene las características de ser meramente hipotético, obvio que amén de que no se puede prever la futura capacidad económica de la persona fallecida, tampoco se puede deducir que, aun de suponerse, los resultados de la misma tendrían la destinación específica de favorecer a la madre demandante”<sup>5</sup>.*

A su vez, se evidencia cómo también el Consejo de Estado comparte la postura de la Corte, de conformidad con lo expuesto en la sentencia del 5 de julio de 2012 en la cual una menor fallece dentro de un hogar comunitario.

*“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*

<sup>4</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de septiembre de 1996, Radicado. No. 4792.

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de septiembre de 2001, Radicado No. 6171.

*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. (...) Aunque le asiste razón al impugnante al afirmar que el a-quo no analizó las circunstancias particulares del caso, y por lo tanto no le dio valor a la situación de pobreza en la que vivían los padres del menor, circunstancia que aumenta la posibilidad de que éste los ayudaría posteriormente, encuentra la Sala que dicho análisis lejos de contribuir a modificar la decisión, reafirma las razones de la negativa, por cuanto, en el sub iudice, 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 (...)*<sup>6</sup>.

En sentencia SC- 17137 de diciembre 15 de 2014, se transcribió el argumento bajo el cual el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil de Descongestión, despachó desfavorablemente la réplica, que sobre el no reconocimiento de indemnización por lucro cesante se estaba reclamando en favor de la madre de la menor fallecida a raíz de una falla médica.

*“en tratándose del fallecimiento de menores de edad, la jurisprudencia con el debido fundamento, se ha negado a su reconocimiento por la ausencia de desempeño de aquellos en una labor lucrativa; para la época de su fallecimiento (...) era estudiante y no laboraba; tampoco podría con mediana certeza explorarse la posibilidad de considerar que una vez terminados los contingentes ciclos educativos, básico y secundario, así como el superior, pudiera gozar de alguna remuneración, y aún en tal eventualidad, que el producto económico de la misma fuere destinado a la manutención o ayuda de sus progenitores y hermanas, y no a la propia, o a la del núcleo familiar que hubiere hipotéticamente llegado a conformar en forma independiente de dichos familiares, lo que no permite a la Sala determinarlo, cuantificarlo y emitir condena al respecto, precisamente por caer en el terreno de lo eventual”*<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de julio de 2012, Radicado No. 23643.

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil; Sentencia C17137-2014; 15 de diciembre de 2014; M.P. Dr. Jesús Vall de RUTÉN RUIZ. Rad.: 11001-31-03-033-2001-07330-01.

Los criterios anteriores, plantean argumentos mediante los cuales las altas cortes, no se permite avizorar que los menores de edad pudiesen llegar en el futuro a percibir ingresos económicos, y mucho menos que estos tuvieran la destinación de favorecer a sus padres, categorizando que dicho perjuicio no escapa a la esfera de lo hipotético y eventual, carente de certeza.

Nótese cómo la posición de la Corte se reitera, en sentencia del 17 de noviembre de 2016:

*“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 réditos que hubiera percibido. [...]El comentado planteamiento, por ende, se acerca más a la formulación de un mero “sueño de ganancia”, que por ser hipotético o eventual, no es susceptible de resarcimiento, de lo que se sigue la improcedencia del analizado pedimento<sup>8</sup>.*

Así las cosas, cuando se trata de perjuicios provenientes de daños o muerte de menores de edad, como se ha podido observar en sus diferentes fallos, las corporaciones citadas han mantenido la tesis de que no hay lugar al reconocimiento del lucro cesante, dado que este es eventual, pues no hay una alta probabilidad de que la ganancia efectivamente se iba a obtener por parte del menor, y no podría afirmarse, ni probarse con certeza, que este habría alcanzado una vida productiva.

### 3. DESARROLLO JURISPRUDENCIAL EN DONDE SE RECONOCE EL LUCRO CESANTE A FAVOR DE LOS PADRES

Continuando con el desarrollo del tema, es importante resaltar que el Consejo de Estado, se ha adherido a posturas presentadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para así sustentar el reconocimiento de lucro cesante de menores fallecidos a favor de sus padres, en el entendido que los tratados y convenios internacionales

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil; 17 de noviembre de 2016; M.P. Dr. Álvaro Fernando GARCÍA RESTREPO. Rad. 11001-31-03-008-2000-00196-01.

ratificados por el Congreso que reconocen los derechos humanos prevalecen en el ordenamiento interno.

Razón por la cual, mediante decisión tomada el 22 de febrero de 2007, en la que se resolvió el recurso de reposición interpuesto por las partes demandante, demandada y Ministerio Público contra el auto que dictó la Sección Tercera del Consejo de Estado el 30 de agosto de 2006, por el cual improbió la conciliación judicial que celebraron las partes en audiencia de segunda instancia, frente a un caso en el que se llegó a un acuerdo en el que el Ministerio de Defensa – Policía Nacional, le reconocen un valor por concepto de lucro cesante a favor de los padres de una menor que fue asesinada por parte de un agente de la policía.

*“1. Que el Ministerio de Defensa – Policía Nacional reconocerá y pagará el 100% de la condena impuesta en la providencia de primera instancia a favor de cada uno de los demandantes relacionados en la parte resolutive de la misma, en donde se ordenó indemnizar los perjuicios morales.*

*Respecto al reconocimiento de los perjuicios materiales – lucro cesante, la Entidad acogió la propuesta de la señora apoderada de la parte accionante<sup>9</sup> en el sentido de reconocer por éste concepto la suma de (veintiocho millones trescientos catorce mil ochocientos ochenta y tres pesos con setenta y uno (\$28'314.883,71)) Mcte, valor que se repartirá en partes iguales entre los padres de la menor;*

<sup>9</sup> En una primera audiencia que resultó aplazada, celebrada el 4 de mayo de 2006, la parte demandante propuso a la Nación conciliar sobre el 100% de la condena impuesta en primera instancia y sobre el monto de los perjuicios materiales solicitados en la modalidad de lucro cesante, pues considera que así se repararía integralmente el daño causado, teniendo en cuenta que este caso “se encuentra actualmente ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y en tránsito de llegar a la Corte Interamericana, instancia donde se ha solicitado el reconocimiento de perjuicios materiales (lucro cesante, daño emergente), perjuicios morales y violación a los artículos 8 y 25 de la Convención relacionados a la justicia...la propuesta es que se reconozca este perjuicio material – lucro cesante contabilizándose a partir de la fecha en que la menor hubiese adquirido su mayoría de edad hasta por lo menos los 25 años, fecha en la cual se supone ya tendría una vida familiar, este reconocimiento solicitamos se haga incluso en un 75% teniendo en cuenta que el 25% restante lo hubiese utilizado para sus sostenimiento económico y en tal virtud este 75% debidamente actualizado sea reconocido a los padres...” (fol. 172 c. ppal). La Nación, luego de estudiar la propuesta de la parte demandante aceptó los términos de la misma al afirmar que “en aras de realizar una reparación integral, reconoce la indemnización material por lucro cesante en las condiciones expuestas por la parte demandante” (fols. 177 y 179 c. ppal).

*para efectos de la anterior liquidación se tomaron en cuenta las siguientes variables a) fecha de nacimiento de Leydy Dayan julio 18 de 1983, b) fecha de la audiencia de conciliación agosto 17 de 2006, c) salario mínimo para el año de 2006 –\$408.000,00 menos el 25% de su propia manutención y, d) los perjuicios materiales por lucro cesante– se liquidan desde la fecha en que la menor habría alcanzado la mayoría de edad, y hasta que hubiese llegado a los 25 años de la misma. Es importante recalcar, que la Entidad acoge dicha propuesta a fin de atender la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de indemnizar a los familiares de la menor por violación a los derechos contemplados en los artículos 4º (A LA VIDA), 8º (Garantías Judiciales), 19 (Derechos de los Menores) y 25 (Protección Judicial), de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.*

A su vez, cabe resaltar que debido al contexto socioeconómico en el que vivimos hoy en día, es posible encontrar menores ejerciendo labores desde muy temprana edad, por lo que tal situación no ha sido desconocida por el Consejo de Estado, pues de acuerdo con la sentencia del 19 de noviembre de 2012,<sup>10</sup> se reconoció lucro cesante a los padres de un menor que falleció dentro de su plantel educativo, cuando varios sujetos ingresaron y le dispararon, pese a que no realizaba alguna actividad que le proporcionara alguna retribución económica, aduciendo lo siguiente:

*“Ahora bien, en relación con la indemnización por concepto de lucro cesante, solicitada para la madre, se tiene que obran varios testimonios que señalan que Hernán de Jesús Arboleda Parra trabajaba como acólito de la iglesia pero que no recibía contraprestación por esta actividad (Fol. 105 a 109 cuad. 1), sin embargo, **no se puede desconocer que una vez cumpliera la mayoría de edad se presume iniciaría su vida laboral y recibiría como remuneración el salario mínimo legal mensual vigente.***

*Por lo anterior, se realizará la liquidación teniendo como base el salario mínimo legal mensual vigente<sup>11</sup>, esto es, \$566.700, adicionado en un 25% (\$708.375) correspondiente al valor de las prestaciones sociales, menos otro 25% relativo a los gastos*

<sup>10</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre de 2012, exp 23343, M.P. Enrique GIL BOTERO.

<sup>11</sup> Se utilizará el salario mínimo legal mensual para el año 2012, toda vez que el vigente para la fecha en que el occiso cumpliría la mayoría de edad -16 de julio de 1998- \$203.826, actualizado a la fecha -\$442.716- es menor que el actual.

*personales de la víctima, y la suma obtenida corresponde a la renta actualizada, \$531.282.*

*La indemnización a que tiene derecho comprende solamente un período: el vencido o consolidado, que se cuenta desde la fecha en que el joven fallecido cumpliría la mayoría de edad hasta los 25 años, para un total de 96 meses". (Negrilla fuera de texto)*

La Sala, en esta decisión, aunque se trata de un menor que se desempeñaba como acólito en una iglesia, es importante resaltar que quedó probado al interior del proceso que este no devengaba suma alguna por las actividades que realizaba, por lo que el daño que se pretendía carecía en todo caso de la certeza, lo que no permitiría sacar adelante su pretensión indemnizatoria, no obstante, caprichosamente la Sala reconoció este perjuicio como si se hubiese acreditado tanto la existencia como la extensión del daño, apartándose así de precedentes jurisdiccionales, pues pese a reconocerlo, también incurrió en varios errores al momento de cuantificarlo, generando así una incertidumbre jurisprudencial al coexistir posturas contrarias en lo referente al reconocimiento de prestaciones sociales pues jurisprudencialmente se ha establecido que en casos de que no exista una vinculación laboral no podrá reconocerse este factor prestacional, además sobre el tema de deducción de gastos personales las altas Cortes han afirmado que se debería descontar un 50% por este concepto y no un 25% como erróneamente se realizó en la sentencia.

No obstante lo anterior, en sentencia del 29 de marzo de 2017, tratándose de un caso donde un menor resultó con serias secuelas irreparables tales como encefalopatía hipóxica isquémica, parálisis cerebral de tipo cuadriplejía espástica, retraso cognitivo, epilepsia de diferentes tipos, entre ellas síndrome de West, daños en la visión nivel central, dificultades para dormir y comer, apnea del sueño, etc., derivadas de la retardada y deficiente atención médica que recibió la madre en su trabajo de parto, generó que este quedara imposibilitado para trabajar en el futuro, la Corte Suprema de Justicia cambió la postura que venía siendo asumida por las altas cortes en decisiones pasadas, desviándose de esta bajo el sustento de que no se podía continuar con la postura radical acerca de la no procedencia a la hora de conceder la indemnización por lucro cesante por el hecho de que el menor no se encontraba devengando un salario para la fecha de la ocurrencia del hecho dañoso, sosteniendo esta postura igualmente

para los casos en los cuales el menor fallece, permitiendo así, hacer un juicio hipotético sobre la situación futura probable de la víctima.

*“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.*

*Aunque a simple vista parezca una sutil e inocua distinción, lo cierto es que la precisión gramatical no es de ninguna manera irrelevante, pues el modo condicional compuesto (perfecto o ante pospretérito) no se refiere a un pasado necesario ni a un futuro completamente incierto, sino a un correlato del futuro a partir de una acción que se dio en el pasado o, lo que es lo mismo, a una acción futura en relación con un pasado que se considera punto de partida de la acción. Es decir que el juicio presente tiene en cuenta la acción pasada para realizar un juicio hipotético sobre la situación futura más probable.*

*La sentencia del año 1943, en la que esta Sala se apoyó en ocasiones pretéritas para negar este rubro a los menores damnificados sostuvo que «toda hipótesis en el particular pertenece al mundo del futuro en que el porvenir de las personas está envuelto por la densa niebla del misterio». (G.J. t. LVII. pp. 234-242)*

*Es posible que en la primera mitad del siglo anterior el futuro de las personas estuviera “envuelto por la densa niebla del misterio”, pero según la experiencia de hoy en día no hay nada de misterioso en anticipar con un alto grado de probabilidad que una persona a la que se le han cercenado por completo todas las posibilidades de valerse por sí misma no podrá desenvolverse en el mercado laboral cuando alcance su edad adulta, no podrá desempeñar ninguna actividad económica y no tendrá ninguna posibilidad de obtener por sí misma los ingresos necesarios para su congrua subsistencia.*

*El único misterio que quedará latente en este caso si no se concede la reparación de este perjuicio consistirá en saber cómo va a hacer la víctima directa del daño para solventar su subsistencia si llega a su adultez; pues no existe ninguna razón para que los padres, familiares o terceras personas deban asumir una obligación dineraria que no están jurídicamente llamados a soportar, como sí lo está la entidad generadora de las lesiones graves que sufrió el menor. Y aún en caso de que los padres sufraguen los gastos que causó la conducta*

*antijurídica de la demandada, no es posible dejar el futuro del menor librado a la azarosa circunstancia de que los progenitores continúen con vida muchos años más y le sobrevivan”<sup>12</sup>.*

Es de esta forma que la Corte mediante dicha sentencia ratifica igualmente la importancia que tiene la corresponsabilidad, establecida en el artículo 44 de la Constitución Política de 1991, en la cual tanto el Estado, como la sociedad, y la familia, son garantes de velar por el desarrollo integral y la protección del menor en todos los ámbitos, pues sus derechos prevalecen sobre los derechos de los demás, sin embargo, con esta postura se busca garantizar un futuro digno al menor que sufrió unas lesiones que le imposibilitarán valerse por sí mismo cuando alcance la mayoría de edad.

Dicho lo anterior, esta sentencia en su parte resolutive, condena a la entidad demandada a pagar desde la fecha en la que el menor cumple la mayoría de edad, hasta toda su vida, una renta periódica mensual por valor un salario mínimo mensual legal vigente a la fecha de su pago, por concepto de lucro cesante.

Caso distinto hubiese sido en el evento en el que el menor se encontrara realizando alguna actividad económica con la que ayudara al mantenimiento de su hogar, pues hay que tener presente que debido a la situación económica del país, es posible encontrar menores ejerciendo labores que les generen alguna contraprestación desde edades muy tempranas<sup>13</sup>, lo cual ya permitiría hablar del reconocimiento del lucro cesante a favor de los padres como un perjuicio cierto el cual podría ser plenamente indemnizado.

Lo anterior, se puede observar en la sentencia del 30 de enero de 2013<sup>14</sup>, en la cual se reconoció lucro cesante a los padres de un niño

<sup>12</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil Sentencia SC 9193-2017, del 29 de marzo de 2017, Magistrado Ponente: Ariel SALAZAR RAMÍREZ; radicado 11001-31-03-039-2011-00108-01.

<sup>13</sup> “Para el trimestre octubre – diciembre 2018, en el total nacional la población de 5 a 17 años que trabajó fue 644 mil personas, 152 mil personas menos que el mismo periodo del año anterior. En las cabeceras se reportaron 305 mil personas y en los centros poblados y rural disperso la población reportada fue 340 mil personas. El 68,9% de las personas entre 5 y 17 años que trabajaron correspondió a hombres y el 31,1% a mujeres.” <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/trabajo-infantil>.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de enero de 2013, exp. 27484, M.P. Danilo ROJAS BETANCOURTH.

que se dedicaba a la pesca, aun cuando no contaba con autorización legal para laborar, bajo las siguientes razones:

*La Sala reconoce la existencia de dinámicas sociales en las que los jóvenes, desde muy temprana edad, se ven impelidos a trabajar para cubrir sus propios gastos o aliviar la carga económica de su grupo familiar, sin que esto tenga, necesariamente, un impacto dañino en su desarrollo psicosocial o en sus estudios, pues, por el contrario, puede potenciar sus habilidades y talentos. Al respecto, la Corte Constitucional ha autorizado el trabajo desde los catorce años, con las siguientes condiciones: que no se realicen trabajos peligrosos o ilícitos, que exista flexibilidad laboral en cuanto a los horarios y las condiciones de trabajo, y que cuente con la respectiva autorización del inspector de trabajo o, en su defecto, de la primera autoridad local a solicitud de los padres o del defensor de familia.*

*La ley protectora del menor exige una autorización escrita de las autoridades de trabajo para que éste pueda realizar actividades laborales. La función de estas autoridades consiste en evaluar si las condiciones socioeconómicas de la zona permiten asegurar el acceso al sistema educativo, y determinar si los medios de educación están insuficientemente desarrollados, de manera que el joven pueda dedicarse de plano a sus estudios. El cumplimiento de este requisito, adicional a los antes indicados, constituye la regla general para efectos de definir si hay lugar a la reparación del lucro cesante a favor de quienes recibían ayuda económica de un menor de edad.*

*Sin embargo, en el presente caso, es preciso llamar la atención sobre la escasa cultura institucional en determinados lugares del país, particularmente en zonas periféricas en las que el desarrollo social y económico es precario y la presencia estatal, débil. En tales contextos dominados por la carencia y la necesidad, además de una marcada afectación por el conflicto armado, el trabajo de los jóvenes se lleva a cabo sin mediación del Estado, sin que por ello se comprometa la integridad física y psicológica de los menores, o la permanencia de sus estudios, que son los propósitos últimos de la autorización. En síntesis, el registro y la valoración de tales dinámicas son esenciales para promover una aplicación de la norma ajustada a la realidad social.*

Ahora, aunque se advierte que la postura de las altas cortes había sido pacífica frente al no reconocimiento del lucro cesante a favor de los padres de un menor que falleció, es importante mencionar que el argumento esbozado en las decisiones desarrolladas anteriormente

en las que reconocen dicha pretensión, desconocen completamente los principios y la filosofía de la responsabilidad civil, dejando a un lado la certeza del daño como elemento necesario para la reparación del daño, así como también, olvidan fundamentar correctamente su postura para poder apartarse del ya consolidado precedente judicial que se encontraba vigente para el momento del fallo.

Incluso tratadistas de gran importancia en nuestro país, como el doctor Javier TAMAYO ha emitido su postura al respecto:

*“De un lado, todos los fallos aceptan que tratándose de la muerte de un hijo pequeño, no hay lugar a perjuicios materiales por lucro cesante, pues en evento similar nos hallaríamos frente a un daño meramente hipotético o eventual”<sup>15</sup>.*

Tesis que es confirmada igualmente por el doctor Obdulio VELÁSQUEZ POSADA, al afirmar:

*“La jurisprudencia no reconoce la indemnización por lucro cesante cuando los padres alegan perjuicios, con motivo de la muerte de un hijo menor, de quien presumiblemente recibirían auxilio monetario de no haber ocurrido su muerte. La razón para negarla estriba en que en la mayoría de los casos el perjuicio no cumple con el requisito de certeza y es considerado meramente eventual o hipotético”<sup>16</sup>.*

Así entonces, de la lectura de estas decisiones no se logra observar un estudio concienzudo y riguroso, así como un argumento fuerte que permitiera generar un cambio jurisprudencial en Colombia respecto al reconocimiento del lucro cesante a favor de los padres en los eventos en que el menor fallece y no realizara alguna actividad económica, pues en caso de acogerse esta postura, ya no estaríamos hablando de que este se trata de un perjuicio eventual o hipotético, sino más bien de un perjuicio cierto, lo que llevaría inmerso una problemática de carácter económico en nuestro país, debido a que a la parte actora no tendría la carga de probar la existencia y extensión del daño para poder obtener su indemnización.

<sup>15</sup> TAMAYO. Ob. Cit. p. 385.

<sup>16</sup> VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. *Responsabilidad Civil Extracontractual*, segunda edición, Editorial Temis, 2013. p. 412.

#### 4. TESIS ACTUAL

Aunque frente al tema que nos ocupa ha sido predominante la tesis en la cual no se reconoce lucro cesante a favor de los padres en casos en que el menor fallece, la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante la Sentencia de Unificación expedida el día 6 de abril de 2018, decide unificar la jurisprudencia en cuanto a las condiciones para el reconocimiento acerca del tema planteado.

Allí, se estudia un caso en donde militares impactan con arma de fuego un vehículo al interpretar erróneamente que este iba a realizar una maniobra de atropellamiento a un vehículo en el que se encontraba el comandante del Batallón de Ingenieros N° 4 Pedro Nel OSPINA, causándole así la muerte a una menor que se encontraba ocupando el lugar del copiloto, y causándole lesiones a otras personas.

Se establece entonces en esta sentencia que ante la falta de prueba que logre demostrar que un hijo contribuye económicamente con el sostenimiento del hogar, no puede presumirse que con la muerte del menor se genera una pérdida de ingresos cierta a favor de sus padres, por lo tanto los factores a razón de la contribución económica y la falta de medios por parte de los padres para procurarse su propia subsistencia, deben ser acreditados, y para su cálculo, se deberá presumir que todos los hijos que están en edad de trabajar contribuyen económicamente al sustento de sus padres, por lo que la indemnización que por ese concepto se reconozca a favor de los padres del hijo que fallece debe disminuirse en proporción al número de hijos que integran el hogar.

*“62. Con fundamento en lo expuesto, la Sala unificará su jurisprudencia para señalar que, en ausencia de prueba que demuestre (i) que los hijos contribuyen económicamente con el sostenimiento del hogar paterno o materno, porque materialmente están en condiciones de hacerlo, es decir, porque ejercen una actividad productiva que les reporta algún ingreso, y (ii) que los padres son beneficiarios de la obligación alimentaria porque no tienen los medios para procurarse su propia subsistencia, bien porque están desempleados, enfermos o sufren de alguna discapacidad, no puede presumirse que la muerte de una persona menor de 25 años genera una pérdida de ingresos cierta a favor de sus padres.*

*63. Para la demostración de estos dos elementos son admisibles todos los medios de prueba; sin embargo, en lo que toca al primer*

*elemento—la capacidad del deudor de la obligación alimentaria—el juez administrativo deberá valorar especialmente todos los hechos que sean indicativos de que el hijo sí ejercía alguna actividad productiva, como son el contexto familiar, cultural, de género y social en el que él y su familia subsistían, pues es bien sabido que en las zonas rurales todos los integrantes del núcleo familiar contribuyen de alguna manera con el sostenimiento económico del hogar. No obstante, en estos casos, para el cálculo del lucro cesante deberá presumirse que todos los hijos que están en edad de trabajar, contribuyen económicamente al mismo propósito, por lo que la 23 Corte Constitucional, sentencia C-919 de 2001, M.P. Jaime ARAÚJO RENTERÍA. Indemnización que por concepto de lucro cesante se reconozca a favor de los padres del hijo que fallece debe disminuirse en proporción al número de hijos que integran el hogar.*

Así entonces, la anterior postura es asumida debido a que a juicio de la Sala, pese a que existe una presunción de que los hijos habitan su hogar ya sea paterno o materno hasta los 25 años, contribuyendo igualmente al sostenimiento de este, la misma fue desarrollada de manera jurisprudencial tomando como fundamento normativo el artículo 411 del Código Civil en el que se establece que se le deben alimentos a los ascendientes, no obstante, expone la Sala que esta presunción debe ser analizada, pues no resulta lógico que esta disposición coexista con la que afirma que los padres contribuyen al sostenimiento económico de sus hijos hasta que estos alcanzan los 25 años de edad.

Por tal motivo, si un hijo requiere de esa ayuda económica de sus padres hasta que cumple 25 años, es porque no es capaz de subsistir todavía por sus propios medios, de razón que al fallecer un hijo no puede afirmarse de manera pacífica que a raíz de esto se configura un lucro cesante a favor de los padres, máxime si se toma en cuenta las condiciones socioeconómicas que presenta nuestro país actualmente, en las cuales los jóvenes se encuentran con un sin número de obstáculos para ingresar no solo al mundo laboral, sino también de obtener un salario digno, situación que abriría conjuntamente una nueva discusión sobre el tope de edad en que los padres ayudarían con el sustento de sus hijos, pudiendo llegar hasta el punto en que se replantee dicha presunción.

## 5. CONCLUSIÓN

A modo de cierre y teniendo en cuenta todo lo expuesto anteriormente, podemos concluir que por más que se encuentre probado

el hecho dañoso, y una vez se haya establecido la responsabilidad del implicado, nos vemos frente a la obligación de reparar a la víctima el perjuicio causado, pero para poder determinar el alcance de estas reparaciones es necesario poder determinar cuáles fueron efectivamente los perjuicios producidos, y adicional a ello, determinar su valor en que sería cuantificado en dinero, pues este último es un requisito indispensable para realizar la indemnización.

Por tal motivo, tratándose de un lucro cesante a favor de los padres de un menor que falleció, continuaremos apoyando la postura que al tratarse de un perjuicio incierto, partiendo del hecho de que no hay certeza de que el menor fuera a devengar suma alguna en el futuro, y que por otro lado, en caso de que lo hiciera, destinara algún porcentaje de este al sostenimiento de sus padres, pues en caso de que se eleve esta pretensión, basándose únicamente en una afirmación en general carente del debido sustento probatorio, no podrá salir avante la pretensión encaminada a obtener una indemnización.

# EL ACRECIMIENTO

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

En Colombia, de forma unánime, ha sido reconocido el lucro cesante como un concepto frente al cual procede la indemnización, entendido como el beneficio dejado de percibir a consecuencia de un hecho dañoso o un incumplimiento contractual, lo cual presupone un nexo de causalidad entre ambos elementos para que proceda su reparación.

El lucro cesante<sup>1</sup>, al constituir un detrimento ya sea consolidado o futuro en el patrimonio de la víctima, se clasifica dentro de los perjuicios patrimoniales, lo que en principio ha generado la creencia de que su liquidación es objetiva y se adhiere a unos parámetros legales y jurisprudenciales que deben ser coherentes en los diferentes casos que se apliquen, lo cual en principio garantiza la seguridad jurídica; a diferencia de lo que ocurre con los perjuicios extrapatrimoniales, que atendiendo a su indeterminación y subjetividad, el juez debe apreciar cada caso en concreto y estimar una cuantía que únicamente tiene el carácter de una compensación.

---

<sup>1</sup> Código Civil. 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.

Código Civil. 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. (Código Civil, Ley 52 de 1887) Pese a que las disposiciones se refieren expresamente al campo contractual, este tipo de perjuicios han sido reconocidos tanto en contractual como en extracontractual y su significado no ha variado.

Sin embargo, aunque es cierto que la liquidación del lucro cesante se funda en criterios matemáticos que permiten otorgarle cierta objetividad frente a su estimación, al día de hoy, se observan diferentes factores que han variado en la doctrina y en la jurisprudencia, a nivel nacional, frente a la definición y la finalidad del resarcimiento del lucro cesante, lo que ha llevado a que la forma en que sea liquidado cambie y entren a jugar elementos que contrasten con la concepción anterior, lo que le agrega cierta subjetividad a la figura y en algunos casos modifica la forma como usualmente esta era liquidada.

Concretamente, en este capítulo se tratará el tema del acrecimiento, institución jurídica que tiene sus orígenes en el derecho romano, específicamente en las disposiciones que regulaban la herencia.

Bajo el principio *“nema pro parte testa tus pro parte intesta tus decere potest”* se acogía la concepción de acrecimiento entre herederos. Así, en caso de que a los herederos se les hubiera designado de forma conjunta, es decir sin individualizar lo que les correspondía, y uno de ellos no pudiera recibir la herencia por cualquier motivo, sin que hubiera un sustituto que lo reemplazara, en ese caso, la porción que a este le correspondía, acrecentaba las cuotas parte de los demás herederos<sup>2</sup>.

El acrecimiento en todo caso, no se ha visto limitado a esta área del derecho, y por ejemplo, en el campo de la seguridad social, opera frente a la pensión de sobrevivientes. Al respecto, el parágrafo 1 del artículo 8 del Decreto Reglamentario 1889 de 1994, establece:

*“Cuando expire o se pierda el derecho de alguno de los beneficiarios del orden indicado en los numerales anteriores, la parte de su pensión acrecerá la porción de los beneficiarios del mismo orden”.*

Esta regla se aplica en el supuesto en que existen varios beneficiarios de forma concurrente sobre una pensión de sobrevivientes y frente alguno de ellos, el derecho se ve extinguido, lo cual usualmente ocurre en los casos en que al trabajador fallecido le sobreviven varios hijos menores de edad. Una vez un hijo pierde su derecho al cumplir

---

<sup>2</sup> NAMUR CAMPESINO. Erik. *El derecho de acrecer*, N° 7. México: Revista Mexicana de Derecho, 2005. p. 171 y 172.

los 18 o los 25 años, su antigua cuota acrecienta el derecho de sus hermanos menores<sup>3</sup>.

Y, aunque el acrecimiento era una figura completamente ajena a la responsabilidad civil, hoy este planteamiento ha venido sufriendo una transformación de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado.

Sin embargo, antes de analizar la institución del acrecimiento y su aplicación en la liquidación del lucro cesante, resulta pertinente precisar la línea que había sido sostenida, tanto por la Corte Suprema de Justicia (la cual continúa vigente) como por el Consejo de Estado, respecto de la liquidación de dicho concepto en el caso en que la víctima directa fallece y le sobreviven varias víctimas indirectas que de forma concurrente, sufren una pérdida de un beneficio económico derivado del fallecimiento de la primera.

## 2. EL LUCRO CESANTE EN EL SUPUESTO EN QUE LA VÍCTIMA DIRECTA FALLECE

En un primer momento, resulta importante diferenciar dos supuestos: *(i)* cuando la víctima directa sufre un daño, pero sobrevive a este, y como consecuencia del mismo sufre la pérdida de un beneficio, es decir, sufre un perjuicio en la modalidad de lucro cesante y *(ii)* cuando la víctima directa sufre un daño y como consecuencia de este fallece, lo que le genera a una o varias víctimas indirectas la pérdida de un beneficio económico, que en este caso, configura un lucro cesante<sup>4</sup>.

<sup>3</sup> Para más información véase: Corte Constitucional. Sentencia T-346/2016. Vale la pena precisar que en la sentencia quienes se benefician del acrecimiento por la pérdida del derecho de un hijo menor que alcanza la mayoría de edad, son los otros hijos menores, mas no la cónyuge, pues la norma expresamente establece que el acrecimiento se realiza entre los beneficiarios del mismo orden.

<sup>4</sup> Existe una variación del supuesto en el que la víctima directa sobrevive por un periodo de tiempo y posteriormente fallece como consecuencia del daño sufrido. En este caso se observa que la víctima directa sufre un perjuicio en la modalidad de lucro cesante de forma personal, durante el periodo en que sobrevivió al daño, que puede ser pretendido por sus herederos mediante la acción hereditaria, y de igual forma, posterior a la muerte de la víctima, las víctimas indirectas pueden sufrir un perjuicio por concepto de lucro cesante de forma personal, el cual puede ser pretendido al responsable mediante acción personal o directa. Así, la Corte Suprema de Justicia ha establecido: “*Cuando la víctima directa de un acto lesivo, fallece como consecuencia del mismo, sus herederos están legitimados para reclamar la indemnización del perjuicio por ella padecido, mediante el ejercicio de la denominada acción*”

En el supuesto: (i) quien sufre directamente el perjuicio es la víctima directa, y es ella quien se encuentra legitimada para pretender su indemnización, mediante acción personal. Puede que las víctimas indirectas experimenten un detrimento derivado del daño sufrido por la víctima directa, pues esta ya no se encuentra en capacidad de realizar el aporte que antes del accidente, de forma periódica, continua y habitual hacía a favor de estas. Sin embargo, solo la víctima directa se encuentra legitimada para pretender la indemnización del lucro cesante, de forma íntegra, y consecuentemente, las víctimas indirectas no tendrán acción frente al responsable para solicitar la indemnización de un lucro cesante, aunque eventualmente podrían ejercer algún tipo de acción frente a la víctima directa en caso de que esta se encuentre obligada a suministrar una ayuda económica, como en el caso de alimentos<sup>5</sup>.

Al respecto, Alejandro GAVIRIA afirma:

*“Sí la víctima directa sobrevive al evento dañoso, es la única que podrá cobrar el lucro cesante derivado de su daño corporal. Si las personas a su cargo no continuaron percibiendo sus “alimentos, tendrá en contra de la víctima directa los respectivos mecanismos procesales para obtener el pago de esta obligación legal, pero no tendrán, en contra del responsable, ningún mecanismo procesal para obtener el resarcimiento del perjuicio (...)”*

Lo anterior atiende a los principios de reparación integral y va encaminado a evitar un enriquecimiento sin causa de las víctimas, pues si la víctima directa recibirá una indemnización integral por concepto de lucro cesante, dicha reparación incluye los montos que usualmente esta percibía y destinaba a la satisfacción de necesidades

---

*hereditaria o acción hereditatis, transmitida por el causante, y en la cual demandan, por cuenta de éste, la reparación del daño que hubiere recibido.” (cas. civ. sentencia de 18 de mayo de 2005, [SC-084-2005], exp. 14415).*

<sup>5</sup> Lo anterior no excluye los supuestos en que la víctima indirecta sufre un perjuicio propio en la modalidad de lucro cesante, derivado del daño sufrido por la víctima directa, frente al cual puede ser solicitada su indemnización por parte de la primera. Un ejemplo es el caso en que la cónyuge de la víctima directa debe dejar de trabajar para cuidar a la víctima directa, quien, como consecuencia de la lesión, no puede valerse por sí mismo. Aquí la cónyuge puede pretender la indemnización del lucro cesante como un perjuicio personal, al haber dejado de percibir un beneficio como consecuencia del daño causado por el responsable.

de terceros. Si las víctimas indirectas también pudieran pretender de forma autónoma el beneficio dejado de recibir por los aportes que la víctima directa realizaba, en contra del responsable, este tendría que indemnizar dos veces un mismo perjuicio.

En este caso, el acrecimiento no tiene ninguna implicación, pues la víctima directa es quien tiene derecho a pretender la indemnización del lucro cesante que sufrió, por ello la obligación indemnizatoria se ve delimitada por la extensión exclusiva del derecho de esa víctima, así, una vez esta pierda su derecho, la obligación indemnizatoria del responsable se extingue.

Así, el supuesto que resulta interesante es el (ii), pues en ese caso quienes experimentan un perjuicio de forma personal son las víctimas indirectas, siendo ellas quienes se encuentran legitimadas para pretenderlo.

En este sentido, La Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 18 de mayo de 2005, señaló:

*“Al lado de tal acción se encuentra la que corresponde a todas aquellas personas, herederas o no de la víctima directa, que se ven perjudicadas con su deceso, y mediante la cual pueden reclamar la reparación de sus propios daños. Tratase de una acción en la cual actúan jure proprio, pues piden por su propia cuenta la reparación del perjuicio que personalmente hayan experimentado con el fallecimiento del perjudicado inicial, y su naturaleza siempre es extracontractual (...)”<sup>6</sup>.*

Cuando es solo una víctima indirecta quien sufre un perjuicio en la modalidad de lucro cesante, la obligación indemnizatoria se somete a la entidad y extensión de dicho perjuicio, así, una vez este se repara, la obligación del responsable se extingue.

Sin embargo, el análisis difiere al expuesto cuando son dos o más las víctimas indirectas que sufren un perjuicio por concepto de lucro cesante, derivado del fallecimiento de la víctima directa, específicamente en el caso en que las víctimas indirectas pierdan el derecho a ser indemnizados de forma gradual, de acuerdo con

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 18 de mayo de 2005, [SC-084-2005], exp. 14415.

diferentes factores. ¿Qué pasa entonces con la cuota de la víctima indirecta que pierde su derecho? ¿Cómo se debe realizar la liquidación?

### 3. POSICIÓN CLÁSICA DE LA JURISPRUDENCIA

Tanto el Consejo de Estado como la Corte Suprema de Justicia habían adoptado una fórmula de liquidación para los supuestos en los que varias víctimas indirectas sufrían de forma personal un perjuicio en la modalidad de lucro cesante derivado del fallecimiento de la víctima directa, y algunas de ellas iban perdiendo el derecho de indemnización a medida que pasaba el tiempo, por diferentes factores. El ejemplo por excelencia, (aunque claramente no el único)<sup>7</sup> es el caso en que un hombre, quien tenía una cónyuge y dos hijos fallece como consecuencia de un hecho dañoso<sup>8</sup>, siendo él quien proveía un sustento económico para atender las necesidades de su familia<sup>9</sup>.

En ambas jurisdicciones, las Altas Cortes habían establecido, frente a la liquidación del lucro cesante en los casos asimilables al supuesto enunciado, que una vez obtenido el ingreso base de liquidación este debía dividirse en dos partes iguales. Un 50% para la cónyuge y un 50% para los hijos. Lo anterior encuentra su justificación en los artículos 1045 y siguientes del Código Civil, los cuales establecen la forma de dividir la masa sucesoral entre cónyuges e hijos, siendo este el lineamiento acogido por la jurisprudencia, inspirado en las reglas de familia y sucesiones<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> Vale la pena resaltar que los supuestos en que sobreviven varias víctimas indirectas y algunas van perdiendo su derecho, no se limitan al ejemplo enunciado, existen otros ejemplos en los que pueden concurrir varias víctimas indirectas como el caso de los padres, o en el que se acredite una ayuda económica que no se encuentre relacionado con la obligación de alimentos y que sea debidamente acreditada en el proceso. Sin embargo, el caso que se expone resulta ser común y frecuente. Además, vale la pena resaltar que el primer pronunciamiento sobre el acrecimiento tratado por el Consejo de Estado fue justamente este ejemplo.

<sup>8</sup> Nada obsta para que el mismo ejemplo se aplique en el campo contractual, cuando el deudor incumple la obligación de seguridad que ostentaba.

<sup>9</sup> La muerte de la víctima directa puede ser instantánea o posterior al hecho, no centraremos en el primer supuesto, pues el segundo agrega una variable y es el derecho propio de la víctima directa que puede ser reclamado por acción hereditaria, lo que en todo caso excede el objeto de estudio de este escrito.

<sup>10</sup> Al respecto véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 22 de noviembre de 2011, Magistrada Ponente Ruth Marina DÍAZ RUEDA, Ref.: Exp 05001-3103-005-1999-17985-01.

Así, el 50% del ingreso a favor de la cónyuge se liquidaba por la expectativa de vida menor entre la víctima directa y ella; mientras que frente a los hijos, el porcentaje debía dividirse entre el número de hijos, y respecto de cada uno de ellos se realizaba la liquidación por el tiempo estimado, es decir, hasta que este alcanzara los 18 o los 25 años<sup>11</sup>. Una vez el hijo perdía su derecho, dicha cuota se extinguía y no tenía ninguna incidencia en la liquidación de las demás víctimas<sup>12</sup>.

Esta continúa siendo la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia, y en este sentido, en la jurisdicción ordinaria la liquidación se realiza por las cuotas que a cada víctima indirecta le corresponden, sin que la pérdida del derecho de una de ella tenga incidencia en la liquidación de las otras.

Sin embargo, en el derecho internacional, se ha venido aplicando la figura del acrecimiento en supuestos en que la víctima indirecta pierde su derecho a la indemnización, cuota que pasa a beneficiar a las otras víctimas indirectas que se encuentran dentro de una misma categoría y posteriormente a las demás<sup>13</sup>, incrementado el monto por el que se realiza la liquidación de cada una.

#### 4. EL ACRECIMIENTO EN EL DERECHO INTERNACIONAL

Pese a que en Colombia, hasta el año 2015, el acrecimiento era una figura ajena a la responsabilidad civil y a la liquidación del lucro cesante,

---

<sup>11</sup> Siendo esta la regla general, sin embargo, existen excepciones a este supuesto, en el que la indemnización del lucro cesante de un hijo puede extenderse por la vida probable de su padre cuando se acredita una dependencia económica que perduraría en el tiempo, como la invalidez del hijo.

<sup>12</sup> Para más información véase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Luis Alonso RICO PUERTA, Sentencia del 29 de noviembre de 2016, Radicación: 11001-31-03-018-2005-00488-01 y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, M.P. Hernán ANDRADE RINCÓN, Sentencia del 14 de julio de 2016, Radicación: 730012331000200502702 01.

<sup>13</sup> Para más información véase: GAVIRIA CARDONA, Alejandro. Análisis de la Sentencia de Unificación CE-SUJ-3-001 del 22 de abril 2015, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, relativa al acrecimiento. Revista Responsabilidad Civil y del Estado. N°37. IARCE. Medellín. p. 88 y 89. En el artículo se precisa las diferencias del acrecimiento, cuando se hace frente a las víctimas que pertenecen a un mismo grupo, como los hijos, o cuando la cuota acrece a todas las víctimas indirectas, siendo la última hipótesis la asumida por el Consejo de Estado al momento de aplicar el acrecimiento.

la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en varias sentencias<sup>14</sup> proferidas desde el año 2002, comenzó a reconocer el acrecimiento en los supuestos de indemnización de perjuicios materiales e inmateriales, basados en el principio de reparación integral<sup>15</sup>.

*“En cuanto a la distribución de las indemnizaciones entre los familiares de las víctimas fallecidas, por concepto del daño material e inmaterial correspondiente a éstas, la Corte, de acuerdo a los criterios utilizados en diversos casos determina que se hará de la siguiente manera:*

- a) *El cincuenta por ciento (50%) de la indemnización se repartirá por partes iguales entre los hijos e hijas de las víctimas;*
- b) *El cincuenta por ciento (50%) de la indemnización deberá ser entregado a quien fuera cónyuge, o compañera o compañero permanente de la víctima, al momento de la muerte de ésta;*
- c) *En el caso de que la víctima no tuviere hijos o hijas, ni cónyuge o compañera o compañero permanente, el cincuenta por ciento (50%) de la indemnización se entregará a sus padres y se dividirá entre ellos en partes iguales. Si uno de ellos hubiere muerto, **la parte que le corresponde acrecerá a la del otro.** El restante cincuenta por ciento (50%) se repartirá en partes iguales entre los hermanos de la víctima;*
- d) *En el evento que no existieren familiares en alguna o algunas de las categorías definidas en los literales anteriores, **lo que le hubiere correspondido a los familiares ubicados en esa o esas categorías, acrecerá proporcionalmente a la parte que les corresponda a las restantes (...).**” (Negrilla fuera del texto)*

Frente al aparte citado, vale la pena advertir dos cuestiones. En primer lugar, el acrecimiento que plantea la Corte Interamericana opera, en un primer término, respecto de los beneficiarios que se ubican en una misma categoría y posteriormente se extiende a los demás<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso del Caracazo vs. Venezuela, sentencia del 29 de agosto de 2002, párr. 91; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C No. 150, párr. 122; Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, sentencia del 22 de septiembre de 2006, supra nota 11, párr. 148 y Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, sentencia de 25 de septiembre de 2006.

<sup>15</sup> ISAZA POSE, María Cristina. Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. RIS, Bogotá (Colombia), 43(24): 219-234, julio-diciembre de 2015. p. 222 y 223.

<sup>16</sup> GAVIRIA CARDONA. Ob. cit. p. 89.

Y, en segundo lugar, algunos doctrinantes han interpretado que el acrecimiento propuesto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos únicamente es procedente cuando al momento de la decisión, la persona a la que le correspondía una cuota ha fallecido o no existe, y en todo caso, no hay sucesores que puedan pretender el monto indemnizado. Significa entonces que el acrecimiento solamente opera en los supuestos en que falte el titular del derecho al momento de reconocer la indemnización, no es utilizado para supuestos hipotéticos en los que eventualmente la víctima perderá su derecho por diferentes factores, por ejemplo, por el hecho de cumplir los 25 años<sup>17</sup>.

Sin embargo, el acrecimiento no se limita a la esfera internacional, pues ha tenido un impacto nacional directo, al haber sido acogido por el Consejo de Estado e implementado específicamente en el campo de la liquidación del lucro cesante, lo que le ha dado un nuevo giro a la concepción de este tipo de perjuicio, y ha permitido que se cuestione la objetividad de la liquidación de los daños patrimoniales, pues pese a que se establezcan fórmulas matemáticas, termina siendo una realidad que el mismo daño puede dar lugar a la indemnización de cuantías diferentes dependiendo de la jurisdicción a la que se acuda.

Se pasará ahora a exponer los requisitos necesarios para la procedencia del acrecimiento—los cuales ya han sido mencionados—, para así lograr circunscribir los supuestos frente a los cuales cabría su aplicación.

## 5. PRESUPUESTOS QUE DEBEN CONCURRIR PARA LA PROCEDENCIA DEL ACRECIMIENTO

Conforme a lo expuesto por profesor Alejandro GAVIRIA en su texto Guía teórico-práctica para la cuantificación de perjuicios, son tres los supuestos que deben presentarse para que en la liquidación del daño proceda la aplicación del acrecimiento.

1. Que la víctima directa haya fallecido como consecuencia del hecho dañoso.

---

<sup>17</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de Unificación del 22 de abril de 2015, C.P. Stella CONTO DÍAZ, Salvamento parcial del voto, Carlos Alberto ZAMBRANO y Danilo ROJAS BETANCOURTH.

2. Que varias víctimas indirectas sufran un perjuicio en la modalidad de lucro cesante, derivado del fallecimiento de la víctima directa, al depender económicamente de esta.
3. Que las víctimas indirectas pierdan su derecho de forma gradual, por diferentes factores que se consuman con el paso del tiempo.

Resulta entonces necesario que concurren estos elementos para enmarcar el supuesto dentro de los casos sobre los cuales sea procedente la aplicación el acrecimiento.

Ahora, encontrándose ya decantado el concepto de acrecimiento, se pasará a analizar la Sentencia de Unificación proferida por el Consejo de Estado, del 22 de abril de 2015, Sección Tercera, Sala de lo contencioso administrativo, la cual aborda el tema del acrecimiento.

6. CONSEJO DE ESTADO, SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL 22 DE ABRIL DE 2015<sup>18</sup>

El Consejo de Estado profirió la sentencia citada en la que aclara se unifica la jurisprudencia frente al acrecimiento del lucro cesante. En ella, se analizan tres casos y se realiza la liquidación de esta tipología del perjuicio aplicando la figura del acrecimiento.

En un primer momento se plantearán las consideraciones que tuvo el Consejo de Estado para acoger el acrecimiento en la liquidación del lucro cesante y se expondrán las diferentes críticas que se han formulado en contra de la postura; posteriormente se pasará a realizar un análisis de los criterios y las fórmulas aplicadas para la liquidación en uno de los casos que fue objeto de litigio y frente a ello, se relacionaran las discusiones que se han gestado en la doctrina ante ciertas imprecisiones conceptuales y matemáticas.

Varios son los fundamentos que soportan la decisión acogida, agrupándose así en argumentos esenciales, que en palabras del Consejo de Estado soportan “*la indemnización del lucro cesante con acrecimiento*”.

---

<sup>18</sup> Para más información véase: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia 22 de abril de 2015, Magistrada Ponente Stella CONTO DÍAZ, Radicación: 15001-23-31-000-2000-03838-01(19146).

En primer lugar, la Sala es enfática en que el acrecimiento es una figura de aplicación general que permea el ordenamiento jurídico, sin que su aplicación sea restrictiva frente a algunas especialidades del derecho. Al respecto, cita diferentes disposiciones plasmadas en el Código Civil en las que se plantea el derecho al acrecimiento como: la fiducia –art. 809–; el usufructo, el uso, la habitación y las pensiones periódicas –arts. 839 y 1213–; la herencia –arts. 1206 a 1214 y 1249–; las donaciones entre vivos –art. 1473–; la sociedad conyugal –arts. 1783, 1828, 1841 y la renta vitalicia –art. 2888–. Igualmente, señala que únicamente se encuentra prohibido el acrecimiento: (i) en la transmisión de los derechos sucesorios –arts. 1014, 1213- y (ii) cuando así lo haya dispuesto el testador –art. 1214–<sup>19</sup>.

Adicionalmente, recurre a la legislación en materia de Seguridad Social y cita algunas normas en las que se consagra el acrecimiento pensional como la ley 33 de 1973, la ley 71 de 1988, el Decreto 4433 de 2004, entre otras. Agrega que la Corte Constitucional ha establecido que las prestaciones por muerte tienen un carácter indemnizatorio y cita una Sentencia de Constitucionalidad cuyo Magistrado Ponente es Álvaro TAFUR GALVIS (C-032 de 2002). Al respecto:

*“Si el afiliado al régimen general no hubiere cumplido los requisitos mínimos para que sus beneficiarios accedieren a la pensión de sobrevivientes, el régimen de la Ley 100 dispone una compensación o **indemnización sustitutiva** de pensión de sobrevivientes, calculada con base en la **indemnización correlativa** prevista para la pensión de vejez (Art. 37 Ley 100 de 1993)”.*

Este pronunciamiento parece tener una trascendencia importante frente a la acumulación de la indemnización pagada por el responsable con las prestaciones asumidas por la Seguridad Social; sin embargo, no se ahondará en esta temática atendiendo a que excede los lineamientos que se pretenden desarrollar en este capítulo.

En todo caso, calificar tal prestación como indemnizatoria parece reforzar el argumento del Consejo de Estado frente a que la liquidación de la obligación indemnizatoria respecto del lucro cesante puede valerse de la figura del acrecimiento.

---

<sup>19</sup> Ibid. p. 48.

Por otro lado, la Sala hace alusión a los pronunciamientos emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que se ha decidido aplicar el acrecimiento frente a la indemnización de perjuicios, en virtud del principio de reparación integral<sup>20</sup>.

En este sentido, el Consejo de Estado parece justificar la aplicación de la figura del acrecimiento en la liquidación del lucro cesante atendiendo a que ella constituye un principio general que irradia diferentes áreas del derecho y que, de forma coincidente, ha sido empleada en el cálculo de prestaciones similares a la indemnización del lucro cesante.

Además, en la sentencia se enuncia el fundamento actual de la responsabilidad patrimonial del estado, el cual emana directamente de la Constitución y le otorga autonomía a los presupuestos axiológicos y jurídicos que se desarrollen dentro de esta institución, sin que esto excluya la posibilidad de que ella pueda valerse de los principios que rigen otras áreas del derecho, pues es a partir de esos desarrollos que en la responsabilidad estatal se puede concretar la eficacia material de los principios y las garantías constitucionales. Así, con la aplicación del acrecimiento se reivindican los derechos y las garantías de raigambre constitucional sin que se afecte la autonomía de la responsabilidad estatal<sup>21</sup>.

Un segundo argumento que se puede extraer de la sentencia es la justificación del acrecimiento en consideración al vínculo familiar y al criterio del buen padre de familia. Así, se establece que existen vínculos familiares de solidaridad que a futuro se proyectan y se presumen sólidos, por ello cuando cesa una obligación frente a uno de los integrantes, los padres, atendiendo al deber ser construido a partir del criterio del buen padre de familia, comienzan a destinar esa porción a favor de los demás miembros, cuyas necesidades con el paso de tiempo resultan ser más exigentes y costosas.

---

<sup>20</sup> En el artículo de forma previa, ya fueron expuestos los pronunciamientos de la Corte y los lineamientos que esta ha fijado respecto del acrecimiento en las indemnizaciones de perjuicios, por ello no se ahondará sobre la temática en este punto.

<sup>21</sup> *“El acrecimiento es un principio general de derecho y no una institución exclusiva o excluyente de las ramas del derecho privado y la seguridad social. Su aplicación opera automáticamente, en los casos en que se extingue la limitación del derecho íntegro que le corresponde a una persona, experimentada por la concurrencia de otros.”* (Ibíd. p. 54).

Lo anterior, se compagina con los criterios de justicia, equidad y reparación integral, lo que lleva a la Sala a entender que la Constitución Política otorga una protección especial al núcleo familiar y por ello, cuando una de las personas que lo integran y concurre como beneficiario pierde su derecho, dicha porción pasa a acrecentar el monto de los demás, pues en términos generales, cuando una obligación que tenía el buen padre de familia cesa, él destina sus ingresos a los demás miembros de su núcleo, mejorando su condición. En este sentido, las víctimas indirectas no estarían llamadas a soportar la pérdida de un ingreso que habría mejorado su condición en el evento en que la víctima directa no hubiera fallecido, pues dicha expectativa es considerada como un interés jurídicamente protegido. Al respecto:

*“Y es que con el correr de los años también se incrementan las exigencias, los costos en la educación y dotación para un adecuado desempeño personal y se menguan inexorablemente las capacidades naturales del cónyuge o compañero superviviente, razón de más que justifica el derecho de que la ayuda dejada de percibir por miembros del grupo acrezca las que corresponden a los demás hijos y al consorte. Y, finalmente, por qué no, que este último acceda la tranquilidad de contar con la suma que habría compartido con su compañero (a), si su muerte temprana no hubiere ocurrido.*

*De donde no queda la menor duda en cuanto a que el derecho de percibir el incremento en la ayuda económica, que le asiste a cada uno de los miembros de la familia por el hecho de extinguirse la limitación originada en la concurrencia de otro integrante del grupo, constituye un interés jurídicamente protegido, al amparo del derecho fundamental a mantener la unidad y los vínculos de solidaridad familiar; mismo que se afecta por la pérdida accidental o violenta del padre o madre, pues, además de que por ese hecho se debilita la estructura familiar estable, la pérdida del derecho de acrecimiento afecta económicamente la realización del proyecto de vida y, en general, la satisfacción de las necesidades del núcleo que propician a sus miembros el goce del ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos, los cuidados y atenciones que su desarrollo integral exige”<sup>22</sup>.*

A modo de conclusión, el Consejo de Estado resalta: *“En suma, el tridente de los principios de justicia, equidad y reparación integral resulta de la mayor importancia, en cuanto fundamentan jurídica*

---

<sup>22</sup> Ibid. p. 59.

*y axiológicamente el lucro cesante con acrecimiento, toda vez que se trata de la indemnización que realiza el deber ser que habrá de acompañar la distribución del patrimonio del buen padre de familia”.*

Pese a que en la sentencia se abordan otras razones que justifican la incorporación y aplicación del acrecimiento en la liquidación del lucro cesante, específicamente en la responsabilidad patrimonial del estado, con lo expuesto previamente es posible identificar los postulados centrales que llevaron al Consejo de Estado a asumir dicha postura.

Sin embargo, la posición acogida por la Sala no ha sido pacífica en el sector, lo que se evidencia con los salvamentos parciales de voto de los Magistrados Danilo ROJAS BETANCOURTH y Carlos Alberto ZAMBRANO BARRERA, en contra del acrecimiento aplicado en la liquidación del lucro cesante en el fallo.

## 7. RÉPLICAS

Aunque la Doctrina ha sido un poco tímida frente las discusiones y el análisis que debería acarrear la aplicación del acrecimiento en la liquidación del lucro cesante, en los planteamientos elaborados por los magistrados previamente citados, es posible identificar las principales falencias de la teoría expuesta por el Consejo de Estado en la sentencia de unificación.

En este sentido, se propone estudiar los argumentos que aducen los Magistrados de forma separada, contrastándolos con los razonamientos expuestos en la sentencia.

*Salvamento parcial de voto  
Magistrado Danilo ROJAS BETANCOURTH<sup>23</sup>.*

En el inicio del salvamento se advierte que la inconformidad radica en el reconocimiento y la liquidación del lucro cesante con acrecimiento en consideración a la unidad familiar, mas no en la declaratoria de responsabilidad.

<sup>23</sup> Lo que se pasará a exponer se construyó a partir del salvamento de voto citado el cual se encuentra en la Sentencia de Unificación a la que ya se hizo alusión.

En primer lugar, se reprocha el acrecimiento en la indemnización pues la suma otorgada por este concepto resulta ser eventual e hipotética, lo que significa que no cumple con uno de los requisitos esenciales del daño, como lo es la certeza.

Adicionalmente, de forma preliminar, se llama la atención sobre la presunción que se realiza en torno a la dependencia económica del núcleo familiar sobre el ingreso que percibía la víctima directa, pues al parecer en la sentencia se estima que las víctimas indirectas dependerán toda su vida, de forma exclusiva, de los ingresos de la víctima directa, lo cual va en contravía respecto del postulado consagrado en la jurisprudencia y en la doctrina según el cual la víctima no debe desplegar una actitud pasiva frente a su daño y más bien debe sobreponerse a él.

Posteriormente, se resume uno de los argumentos principales del Consejo de Estado para reconocer el acrecimiento, el cual consiste en que atendiendo a los criterios de la unidad familiar y de los vínculos de solidaridad, cuando uno de los miembros de la familia deja de recibir ayuda económica, el buen padre de familia debe destinar dicho ingreso a mejorar las condiciones de vida de los demás integrantes, frente a lo cual se construye una crítica al razonamiento expuesto, pues ni los deberes de solidaridad en la familia, ni el mantenimiento de los vínculos, ni muchos menos la figura del buen padre de familia pueden justificar la implementación del acrecimiento en la liquidación del lucro cesante, toda vez que ellos no imponen una obligación automática a incrementar la ayuda económica en el hogar.

En este sentido, si la víctima directa no hubiera fallecido, resultaría perfectamente factible que cuando una de las obligaciones que este tenía con uno de los integrantes de la familia cesara, ella destinara dicho dinero para otros asuntos, sin acrecentar el beneficio que percibían los demás miembros familiares.

Así, se concluye que el Consejo de Estado le dio un alcance distinto al derecho de mantener la unidad familiar y los vínculos familiares, del que le había dado inicialmente la Corte Constitucional<sup>24</sup>, toda vez que esta última ha entendido que dicho derecho busca proteger el contacto directo y la cercanía física que debe existir en la familia y que parte

---

<sup>24</sup> Al respecto véase: T-237 de 2004, Magistrado Ponente Eduardo MONTEALEGRE.

de una situación preexistente. *Así, se aduce que: “(...) el derecho a no ser separado de un ser querido cuando se cohabita con él, no implica aquel de que sus ingresos se redistribuyan constantemente entre todos los miembros del núcleo familiar y al margen de la consideración sobre las necesidades concretas de cada uno de ellos”<sup>25</sup>.*

Es en virtud de lo expuesto que se cuestiona el fundamento del acrecimiento frente a los derechos citados, pues adicionalmente dichas pretensiones exceden lo establecido por el derecho de familia.

Por otro lado, se acusa de anacrónico el contenido que la sentencia pretende atribuirle al concepto del buen padre de familia, en atención a que este se centra en las obligaciones que el paterfamilias tenía en el derecho romano. Véase que si se acudiera a la definición expuesta en el artículo 63 del Código Civil de un buen padre de familia se llegaría a la misma conclusión que expone el Magistrado, en atención a que a este se le exige un nivel de diligencia y cuidado promedio, referente a la que un hombre medio emplearía en el manejo ordinario de sus negocios, sin que le sean oponibles obligaciones que exceden una diligencia media y que superan los niveles ordinarios.

En este orden de ideas, en el salvamento de voto se advierte que el criterio utilizado por la sala parece más el del buen hombre de negocios que el del buen padre de familia, pues pretende magnificar y agravar las obligaciones que se le impondría a una persona que destina sus ingresos al sostenimiento de su familia.

Al respecto se establece que el concepto del buen padre de familia deriva del acogido en el Código Civil el cual consiste en la “(...) *administración de los negocios propios y no el que se deriva de la “esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes”, como parece entenderlo la posición mayoritaria de la Sala al concluir que hace parte del deber ser del buen padre de familia no sólo velar por las necesidades de su cónyuge e hijos y, en ese sentido, colaborar económicamente para su manutención, sino también acrecer el valor de la misma en la proporción que ha dejado de otorgarse a uno de los miembros; obligación que, como salta a la vista, tiene un carácter superlativo completamente ajeno a la lógica de dicha disposición en la cual*

---

<sup>25</sup> *Ibíd.* p. 104.

*los deberes de diligencia o cuidado del buen padre de familia son intermedios, nunca maximizados*<sup>26</sup>.

Posteriormente, se exponen las imprecisiones en las que incurre la Sala al justificar el acrecimiento que fue aplicado en la liquidación del lucro cesante, en que este constituye un principio general que permea diferentes áreas y especialidades del derecho.

Por un lado, resalta que en los ejemplos que se enuncian del Código Civil existe un factor que cambia por completo el razonamiento y justifica que la aplicación del acrecimiento en ellos, mas no en la liquidación del lucro cesante, atendiendo a que los artículos del código presentan situaciones en las que varias personas, de forma conjunta, tienen un derecho frente a uno o más bienes determinados o determinables que constituye una universalidad, diferente a lo que ocurre en el lucro cesante, pues este concepto se reconoce en consideración a que las víctimas directas dejaron de percibir lo que la víctima directa aportaba, pero a partir de lo anterior no se puede predicar un derecho adquirido sobre la totalidad de los ingresos de quien fallece por parte de las víctimas indirectas, ni mucho menos un derecho a la redistribución.

Lo mismo ocurre con las decisiones acogidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pues si bien esta ha aplicado el acrecimiento en la indemnización de perjuicios, lo ha hecho en un supuesto que difiere al acogido por el Consejo de Estado, pues ella únicamente procede cuando al momento de la sentencia, una persona de la categoría de los beneficiarios ha fallecido, o la categoría de familiares a la que le correspondía una porción no existe, en esos supuestos, cuando ya ha sido reconocida una suma total por concepto de indemnización, lo que podría catalogarse como una universalidad jurídica, tal como ocurre en los supuestos enunciados en el Código Civil, la Corte ha avalado la figura del acrecimiento.

Véase que esta figura entonces solo se aplica al momento de emitirse la sentencia cuando existe una situación actual que amerite su incorporación, pero nunca bajo presupuestos hipotéticos y eventuales, en los que en la sentencia se hace un cálculo estimativo y proyectado hacia futuro de qué pasara cuando una persona pierda el derecho que ya le fue otorgado en la sentencia.

---

<sup>26</sup> Ibid. p. 107.

Se critica de igual forma la analogía que realiza el Consejo de Estado frente a las prestaciones por muerte que se conceden bajo el sistema de Seguridad Social y el pago que se realiza por concepto de lucro cesante.

En este sentido, se aduce que el aparte citado en la sentencia en la que presuntamente se le otorga carácter indemnizatorio a la prestación por muerte se refiere únicamente a la compensación o indemnización sustitutiva, y no a las pensiones que se otorgan por invalidez o muerte. Así, el Magistrado llama la atención frente a la inconsistencia en la que incurre el Consejo de Estado, la cual fue mencionada previamente y es que cataloga las prestaciones de la seguridad social como conceptos indemnizatorios, lo cual destruiría por completo el argumento que se ha venido formando en la jurisprudencia respecto de la procedencia de acumulación de la indemnización con los pagos de la seguridad social, pues su justificación radica en que estos último no tienen un componente indemnizatorio sino que la causa que los justifica resulta ser diferente.

Conforme a lo expuesto, se concluye que las razones que soportaron la decisión del Consejo de Estado carecen de la solidez que en principio proyectan y llaman a replantear la aplicación del acrecimiento en la liquidación del lucro cesante.

Adicionalmente, en el salvamento se hace una diferenciación fundamental entre la incertidumbre que en principio reporta el lucro cesante futuro y la que evidencia el acrecimiento. El primero claramente no tiene la certeza que se predica de un perjuicio consolidado, por la virtualidad del mismo, que exige que bajo el análisis de lo que usual y regularmente pasa, lo que resulte previsible, ostenta un grado de certidumbre que cumple con los parámetros que exige el daño cierto, lo cual resulta ser considerablemente diferente frente a lo que ocurre con el acrecimiento pues, en dicha figura se presumen dos hipótesis, primero que el núcleo familiar continuaría igual con el paso de los años y que dependerían de forma exclusiva de lo que la víctima directa aportaba para su sostenimiento y además, que la víctima directa habría incrementado la ayuda económica de los integrantes de la familia, cuando la obligación que tenía frente a un miembro hubiera terminado.

Así, ambos supuestos resultan ser inciertos y ni siquiera acudiendo a los criterios que permiten clasificar un perjuicio como virtual, este

alcanzaría el grado de certeza que requiere, pues bajo las condiciones de lo que usual y regularmente pasa, no es razonable esperar que estos se hubiera materializado, es más, ni siquiera existiría en cabeza de la víctima directa un deber que sugiriera dicha redistribución lo que implica que si esta no habría fallecido, solo bajo su consentimiento expreso se podría dar el acrecimiento, como un acto de prodigalidad, que constituye una prestación supererogatoria.

En consideración con lo expuesto, se invita al lector a profundizar en el análisis de la justificación otorgada por el Consejo de Estado para implementar el acrecimiento en la liquidación del lucro cesante, pues tal como se evidencia con las réplicas que se enuncian en el salvamento de voto, existen varias justificaciones que se presentan con una apariencia de solidez y coherencia, pero que al ser estudiadas más a fondo revelan sus falencias y sus puntos de quiebre.

Se continuará entonces con la línea de exposición que fue planteada y se abordara el segundo salvamento de voto que se plasmó en la sentencia.

### *Salvamento parcial de voto*

*Magistrado Carlos Alberto ZAMBRANO BARRERA*

Tal como se expuso al inicio del acápite precedente, en el salvamento se advierte que únicamente se salva el voto respecto de la liquidación del lucro cesante en la que se aplicó la figura del acrecimiento.

Así, se expone que el cálculo de una indemnización no puede establecerse a partir de criterios ajenos a la misma responsabilidad como lo es el derecho laboral. Además, se advierte que aunque es cierto que el costo de vida con el paso de los años incrementa, lo anterior no pasa desapercibido cuando se realiza la liquidación del lucro cesante futuro, pues al demandante se le hace entrega anticipada de una suma única, actualizado a la fecha de la sentencia, que se calcula a partir de lo que la víctima directa habría aportado con el paso del tiempo para la satisfacción de las necesidades de su familia, de acuerdo con los elementos materiales probatorios que se hayan allegado.

Agrega que conforme a las reglas de la experiencia y de lo que usual y regularmente pasa, no encuentra sustento la aplicación de la figura del acrecimiento, pues “*lo que normalmente ocurre cuando se*

*agotan o se extinguen las obligaciones frente a uno de los miembros de la familia es que el dinero que se destinaba para cubrirlas se endereza hacia otros menesteres no necesariamente ligados con el mantenimiento de la familia, sino muchas veces con el esparcimiento y la atención de gastos no indispensables para ello y que, por ende, el Estado no tiene porqué asumir*<sup>27</sup>.

De igual forma, resalta las diferencias que existen en la aplicación del acrecimiento en la indemnización de perjuicios por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto de la que acoge el Consejo de Estado, pues la primera aplica la figura a partir de una situación preexistente y constatada, mientras que la segunda utiliza la figura en casos sobre los que resulta cuestionable su procedencia al fundamentarse su aplicación en eventos hipotéticos o eventuales, que no otorgan el grado de certeza requerido en consideración al estándar probatorio que se exige.

Así, se concluye que la aplicación de la figura termina concediendo una cifra a partir de una situación incierta que no resulta ser acreditada por la parte demandante, que hasta podría no presentarse si la víctima directa no hubiera muerto, lo que implica que su pago constituiría un enriquecimiento injustificado, lo cual atentaría directamente contra los principios de justicia, equidad y reparación integral, principios que irónicamente utiliza el Consejo de Estado para justificar su aplicación.

#### 8. LA LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE FUTURO CON ACRECIMIENTO

Concluido ya el análisis teórico del acrecimiento, su fundamento, los elementos que sientan sus bases y las críticas que se han formulado en contra de la figura; se pasará a analizar la fórmula matemática, los criterios y los valores acogidos por el Consejo de Estado al momento de aplicar el acrecimiento a la liquidación por concepto de lucro cesante.

La doctrina se ha concentrado en el análisis de la liquidación realizada en la sentencia objeto de investigación, resaltando algunos errores o imprecisiones al momento de realizar el cálculo, los cuales conllevaron a que pese a que la figura del acrecimiento fue

---

<sup>27</sup> *Ibíd.* p. 115.

oficialmente reconocida por el Consejo de Estado y fue aplicada a la liquidación en la sentencia, esta no fue implementada bajo los parámetros matemáticos que regulan la cuantificación de los perjuicios materiales, específicamente del lucro cesante. En este sentido, la exposición que se propone a continuación, se llevará a cabo a partir de las réplicas que Alejandro GAVIRIA CARDONA<sup>28</sup> y María Cristina ISAZA POSSE<sup>29</sup>, han formulado de cara a la sentencia de unificación del Consejo de Estado.

En primer lugar, se advierte que la fórmula enunciada por el Consejo de Estado al momento de iniciar la liquidación por concepto de lucro cesante consolidado, no resulta ser la que usualmente ha sido cogida por la jurisprudencia. Al respecto, la fórmula que se enuncia en la sentencia es:

$$Rc = Ra \times \frac{(1+i)^n}{i}$$

Sin embargo, la fórmula establecida para la liquidación del lucro cesante consolidado ha sido:

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

Aunque en principio esto podría arrojar un resultado considerablemente diferente, este error se corrige, pues pese a que la fórmula se enuncia con yerros en la parte motiva de la sentencia, en la parte resolutoria la cuantificación se realiza a partir de la segunda fórmula, conforme a los parámetros generales de indemnización.

En segundo lugar, el Consejo de Estado al momento de realizar la cuantificación del lucro cesante consolidado y futuro frente a las

<sup>28</sup> GAVIRIA CARDONA, Alejandro. “Guía teórico-práctica para la cuantificación de perjuicios”. Fondo Editorial Universidad Eafit, 2017.

<sup>29</sup> ISAZA POSSE, María Cristina. *De la cuantificación del daño – Manual teórico práctico*, Quinta Edición. Editorial Temis, 2018.

diferentes víctimas indirectas, en este caso, la cónyuge y los hijos, toma como ingreso base de liquidación una cifra única que obtiene a partir de sumarle un 25% por concepto de prestaciones sociales al salario devengado y restarle un 25% por concepto de gastos personales, y como periodo indemnizable para el lucro cesante consolidado tomó el tiempo que transcurrió desde la ocurrencia del evento, al momento de la liquidación, y para el lucro cesante futuro, desde la fecha de la liquidación hasta la expectativa más prolongada de percibir tal ingreso, que en el supuesto sería la de la cónyuge.

Así, en la sentencia frente a cada caso se aplica una sola vez la fórmula del lucro cesante consolidado y la del lucro cesante futuro, sin que se realizará la liquidación frente a cada una de las víctimas atendiendo a su periodo indemnizatorio, lo que en principio puede producir ciertas variaciones y desequilibrios respecto de las víctimas que reciben la indemnización, pues el interés que agrega la fórmula del lucro cesante consolidado, se está calculando con un periodo único que no tiene en cuenta que tal lucro cesante se está causando frente a cada víctima por periodos diferentes, lo que implica que las víctimas con periodos indemnizatorios más cortos reciben una indemnización superior en consideración al interés que se aplica a un periodo superior, mientras que con el lucro cesante futuro ocurre lo contrario, al aplicárseles una reducción por el pago anticipado bajo un periodo indemnizatorio mayor al que les corresponde.

En este sentido, la liquidación debe hacerse frente a cada víctima con el ingreso base que les corresponde en consideración al tiempo indemnizable dependiente de su derecho, pues el hecho de que se aplique la figura del acrecimiento, no implica que la liquidación se pueda hacer en una sola fórmula, pues los valores actuariales que incluye la cuantificación pueden alterar la repartición si se conjugan en una sola operación, pues al momento de dividir entre los beneficiarios, tal consideración no es posible tenerla en cuenta.

## 9. CONCLUSIÓN

De acuerdo entonces a la breve exposición que se realizó previamente, la figura del acrecimiento, su justificación e incorporación en la liquidación del lucro cesante está lejos de ser un tema pacífico. Varios son los argumentos que se aducen desde las dos esquinas,

razones que resultan de peso y que no solo consultan el ordenamiento nacional sino también el internacional, esto sin duda enriquece el debate jurídico.

Vale la pena invitar al lector a cuestionar la implementación de esta institución, a consultar si las razones aducidas por el Consejo de Estado justifican su aplicación y si resulta compatible con los principios que regulan la responsabilidad patrimonial del estado.

La discusión no puede solo versar sobre el cálculo matemático, sino también sobre la conveniencia y la razonabilidad de su implementación, lo que supone el cambio de la comprensión de un concepto como los es el lucro cesante y las implicaciones que esto conllevaría. Véase que abogar por la materialización de diferentes principios como la justicia, la equidad y la reparación integral en la liquidación del lucro cesante, no llevan necesariamente a recomendar la implementación del acrecimiento, pues su aplicación podría constituir la violación de los mismos.

Una vez analizado el contenido de la sentencia se pasará a estudiar el procedimiento matemático y los criterios que acogió el Consejo de Estado para la liquidación del lucro cesante futuro con acrecimiento.



# LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE ANTE PÉRDIDA DE CAPACIDAD LABORAL IGUAL O SUPERIOR AL 50%

## 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Es sabido que el lucro cesante resulta un perjuicio patrimonial que, en su cálculo y estimación, debe responder a valores precisos y ciertos para que sea posible arribar a su real monto. Así, a la hora de calcular la pérdida de ingresos de la víctima nos resulta fundamental conocer no solo el estado de esta antes de sufrir el daño, por ejemplo la lesión en un accidente de tránsito o una lesión no informada ni consentida en el transcurso de una cirugía, sino que es preciso también conocer el estado de la víctima con posterioridad al daño para conocer con precisión la extensión del perjuicio a reparar.

En este sentido, para el cálculo del lucro cesante no solo interesa conocer cuál era el oficio o profesión de la víctima, si esta era una persona económicamente productiva, si destinaba parte de su salario a su familia o a cuánto ascendían sus ingresos, sino que importa también conocer a profundidad su daño: ¿la lesión de la víctima derivó en alguna secuela permanente?, ¿tendrá alguna dificultad a futuro para desarrollar su oficio o profesión como lo hacía antes de haber sufrido el daño?, ¿su lesión representó una pérdida en la capacidad laboral y productiva?, ¿el daño dejó a la víctima en un estado de *invalidez*?

Precisamente en esta última pregunta es en la que nos situamos en el presente capítulo, extendiendo más la pregunta a cómo se debe indemnizar el lucro cesante de una víctima cuando esta, con posterioridad al daño, se ha encontrado en un estado de invalidez. ¿Se debe calcular su pérdida de ingresos por el 100% de estos, en

razón de que ya no tiene capacidad para desarrollar labor alguna?, o ¿podrá calcularse esta pérdida de ingresos con fundamento en el porcentaje efectivamente hallado como pérdida de capacidad laboral? Es decir, ¿para el cálculo de este perjuicio resulta igual que la víctima sea calificada con una pérdida de capacidad laboral del 53%, que con una pérdida del 68% o del 85%?, ¿es igual el daño?, ¿es indemnizable en la misma medida?

Para intentar responder las anteriores preguntas no podemos pasar de largo por el concepto de invalidez, pues este viene a ser el concepto nuclear del problema que se intenta abordar. Así pues, se pasa a exponer a continuación el significado de la invalidez para nuestro ordenamiento jurídico.

### 1.1. CONCEPTO DE INVALIDEZ

La definición de *invalidez* que se aplica en nuestro ordenamiento jurídico se encuentra dada por las normas de Seguridad Social, concretamente, por la ley 100 de 1993, pero se aplica en materia pensional, de seguros e incluso en materia de responsabilidad civil y del Estado, como pasará a desarrollarse.

Así, el artículo 38 de la citada ley, establece que se considera *inválida* la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiera perdido el 50% o más de su capacidad laboral. Esto en relación con la pensión de invalidez por riesgo común expuesta en este artículo, pero más adelante, en el artículo 250, la misma ley dispone que “*la calificación del estado de invalidez derivado de accidente de trabajo o enfermedad profesional se sujetará a lo dispuesto en esta ley para la calificación de la invalidez por riesgo común*”, lo que quiere decir que el concepto de invalidez recogido en esta norma aplica independiente de cuál sea su causa, y se aplica en materias ajenas a la seguridad social sin que importe en ningún caso por qué surgió la invalidez.

Como se ve, la norma que ha sido citada, hace remisión a otro concepto que resulta preciso explicar, y este es el concepto de la pérdida de capacidad laboral. Es decir, no es posible entender por completo lo que significa un estado de invalidez, sin conocer a qué se refiere la ley al establecer que es inválida la persona que hubiera perdido el 50%, o más, de su capacidad laboral. ¿Qué es entonces la capacidad laboral?

Nos remitimos al actual Manual Único para la Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Ocupacional, contenido en el Decreto 1507 de 2014, que derogó el anterior Decreto 917 de 1999. En este Decreto, además de recogerse el mismo concepto de invalidez que se había dispuesto en la ya referida ley 100 de 1993, también se definieron los conceptos de *capacidad ocupacional*, y *capacidad laboral*, así:

*“Artículo 3º. Definiciones. Para efectos de la aplicación del presente decreto, se adoptarán las siguientes definiciones:*

*(...)*

*Capacidad ocupacional: Calidad de ejecución de una persona para llevar a cabo actividades de la vida cotidiana y ocupaciones. Depende de las habilidades motoras, procesamiento, comunicación e interacción, según las etapas del ciclo vital.*

*Capacidad laboral: Conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que permiten desempeñarse en un trabajo (...).”*

Como se indicó más arriba, esta definición de la invalidez no solo se acoge en materia de seguridad social y régimen pensional, sino también en materia de seguros, por solo enunciar un ejemplo en el que este concepto nutre todo el ordenamiento jurídico. Así, un seguro de vida con cobertura de incapacidad total y permanente, debe atender como mínimo al estándar del régimen de seguridad social en pensiones, es decir, que a la hora de establecer en el clausulado aplicable al seguro las distintas exigencias para que se dé lugar al amparo, no se puede desconocer que dicho estándar se da cuando la incapacidad supera el 50% de la pérdida de capacidad laboral; es decir, la definición de invalidez que trae la Ley 100 de 1993 supone también un límite a la libertad contractual que operaría, en principio, en materia de seguros de vida<sup>1</sup>.

## 1.2. PERJUICIO INDEMNIZABLE EN RESPONSABILIDAD CIVIL O DEL ESTADO

A pesar de lo expuesto en el numeral anterior relativo al concepto de invalidez en nuestro ordenamiento jurídico, es preciso resaltar que

<sup>1</sup> Sentencia T-007/2015 del 15 de enero de 2015 (Expediente: T-4511964. Magistrado ponente: Jorge Iván PALACIO PALACIO).

en materia de responsabilidad civil o del Estado, el perjuicio que se indemniza no es la *invalidéz* en sí misma considerada, a diferencia de lo que ocurre en materia de seguridad social o seguros de vida, en la que es la sola *invalidéz* la que da lugar al reconocimiento y pago de la pensión, o del seguro de vida contratado.

En un evento de responsabilidad civil o del Estado en el que la víctima haya resultado inválida a consecuencia del daño sufrido, pese a considerar como daño esta *invalidéz*, el perjuicio que se indemniza es la consecuencia que habría derivado la víctima de la misma, es decir, las implicaciones en su patrimonio o en su esfera subjetiva y exterior, que resultarían de haber quedado inválida. Al respecto sugerimos la lectura y el debate actual sobre la distinción entre daño y perjuicio, recogido con gran claridad, en el nuevo libro del Dr. Javier TAMAYO JARAMILLO<sup>2</sup>, “Nuevas reflexiones sobre el daño”.

Lo anterior se entiende a partir de una diferenciación entre los conceptos de daño y perjuicio, la cual únicamente acoge un sector de la doctrina para el cual es relevante ubicar ambos conceptos como entidades jurídicas diferentes, para así comprender cuál debe ser el alcance de la reparación integral. Así por ejemplo, dentro de este sector de la doctrina se ubica el Profesor Juan Carlos HENAO, quien señaló en su obra de “El Daño”<sup>3</sup>, publicada en 1998, lo siguiente:

*“(...) 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”.*

En este sentido, y retomando la distinción entre daño y perjuicio para la problemática que se aborda en este capítulo, es el lucro cesante de la víctima, como consecuencia patrimonial de la *invalidéz*, el que se considera perjuicio indemnizable en esta materia y el que debe

<sup>2</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. Ponente. Polemistas: BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe; POLANÍA TELLO, Nicolás y ROJAS QUIÑONES, Sergio. IARCE–LEGIS, Primera edición, 2017.

<sup>3</sup> HENAO, Juan Carlos. “*El Daño*, Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el Derecho Colombiano y Francés”. Universidad Externado de Colombia, 1998.

estimarse con juicio para que sea posible reparar a la víctima y dejarla en el estado anterior al daño, sin que implique desmejora.

Por tal motivo, para reparar integralmente el lucro cesante como perjuicio material derivado de la invalidez, es fundamental conocer con certeza cuál fue la pérdida de capacidad laboral que le fue dictaminada a la víctima, y en el evento en que esta pérdida de capacidad laboral sea superior al 50%, es decir, superior al estándar para considerar a la víctima como una persona inválida, es necesario saber si el supuesto del daño habrá de decidirse ante la jurisdicción civil ordinaria, o ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, pues como se ha puesto de presente en este escrito, las soluciones que ambas jurisdicciones ofrecen frente a diversas problemáticas de la liquidación del lucro cesante, no siempre coinciden.

Pasemos ahora a exponer en qué radican las diferencias de las soluciones que ofrece la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Civil y Laboral, y la Sección Tercera del Consejo de Estado.

### 1.3. SOLUCIONES QUE OFRECE LA JURISPRUDENCIA

Una aproximación a las decisiones de la Sección Tercera del Consejo de Estado permitiría llegar a la conclusión de que al interior de esta corporación es pacífica la solución que se le ha brindado al problema de cómo debe ser el cálculo de este perjuicio, esto es, del lucro cesante, cuando la víctima supera el 50% de pérdida de capacidad laboral. Esta solución ha sido la de calcular el perjuicio con base en el 100% de los ingresos dejados de percibir, de manera que superado el estándar de la invalidez, no interesaría cuál habría sido el porcentaje dictaminado, pues en todo caso la víctima se encontraría privada de la posibilidad de generar ingresos con la misma capacidad con la cual lo hacía antes del daño, es decir, al haber perdido su capacidad productiva en condiciones normales, esta no se encontraría en posibilidades de generar los ingresos que devengaba con anterioridad y esto, en sí mismo, justifica la formulación de la hipótesis del Consejo de Estado: ante la pérdida de la capacidad productiva, la víctima dejaría de devengar el 100% de sus ingresos, lo cual reviste suma importancia en la proyección del lucro cesante futuro. Sin embargo es preciso anotar, que sea cual fuere el régimen pensional, más en nuestro país donde abundan los diferentes regímenes, en todo caso desde las citas legales

del régimen de la seguridad social, nadie se pensiona con el 100% de sus ingresos, o del valor reportado como ingreso base de liquidación o del valor mismo de su asignación salarial, con lo cual se estaría enriqueciendo a la víctima o a sus herederos, al liquidar con el 100% de sus ingresos, si en el evento de que el daño no hubiera ocurrido y esa víctima hubiera llegado a la edad de pensión, el porcentaje del valor de esta en el mejor de los casos llegaría al 75%.

Llama la atención en este punto el hecho de que en línea con lo expuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado, resulte necesario liquidar el lucro cesante de la víctima inválida con base en el 100% de los ingresos que esta devengaba antes del daño, cuando en el régimen de la Seguridad Social, del cual como ya se expuso fue importada la figura de la invalidez, no se le reconoce al afiliado inválido el 100% de sus ingresos, sino que la normatividad laboral establece unos topes para el monto de la pensión por invalidez, ya sea común o laboral, señalando que “*la pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación*” (Art. 40 Ley 100 de 1993)<sup>4</sup>.

Es decir, resulta paradójico que la responsabilidad civil y del Estado se ocupe de la reparación de un perjuicio que parte de la invalidez, siendo este concepto desarrollado por la legislación en materia de Seguridad Social, pero que para dicha reparación no se tengan en cuenta las disposiciones y restricciones en su reconocimiento e indemnización. Dicho de otra forma, se echa mano de las normas de la seguridad social para acoger el término y tratamiento de la invalidez,

<sup>4</sup> Ley 100 de 1993. Artículo 40. Monto de la pensión de invalidez. El monto mensual de la pensión de *invalidez* será equivalente a:

- a) El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%.
- b) El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por *invalidez* no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación. En ningún caso la pensión de *invalidez* podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

La pensión de *invalidez* se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.

pero se desecha al momento de aplicar la norma en relación con los topes con que una persona se pensiona en Colombia.

Esta situación de consenso no se observa en la jurisprudencia ordinaria, pues la Corte Suprema de Justicia, en su Sala Civil y Laboral, ha proferido decisiones que no han sido concluyentes en relación con el ingreso base de liquidación que debe tomarse en cuenta ante una invalidez superior al 50%, e incluso, como pasará a exponerse, dicha corporación ha proferido decisiones que sugieren la necesidad de atender a todas las particularidades del daño sufrido por la víctima, es decir, todas las circunstancias concretas que permiten distinguir el daño, lo cual orienta más a una postura de calcular el lucro cesante de la víctima aplicando el porcentaje de pérdida de capacidad laboral efectivamente dictaminado.

Siendo entonces un asunto de debate en ambas corporaciones, se considera pertinente un breve recorrido por el estado actual de la problemática tanto en el Consejo de Estado, como en la Corte Suprema de Justicia (Sala Civil y Sala Laboral), para entender en qué radican las distinciones conceptuales y cómo se ha justificado la diferencia en el abordaje de este perjuicio sufrido por personas inválidas a consecuencia del daño. Se advierte en este punto que finalmente esta diferencia en el abordaje y tratamiento que se le da al lucro cesante de la persona inválida con una pérdida de capacidad laboral superior al 50% redundará en desmedro de la propia víctima, pues cuestiona el alcance que tiene el principio de la reparación integral contemplado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, ya que en una y otra jurisdicción se estaría propendiendo por una reparación con mayor o menor espectro.

### *1.3.1. SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO*

Como se anunció anteriormente, para esta corporación resulta claro que al momento de calcular y liquidar el lucro cesante consolidado y futuro de una víctima que ha quedado inválida a causa del daño infligido por el Estado, se debe tomar como ingreso base de liquidación el total (100%) de los ingresos que la víctima percibía antes del daño, sin aplicar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral efectivamente dictaminado (50%, 60%, 70%) sobre el monto de los ingresos para hallar, con base en dicho porcentaje, la base real de los ingresos que

se han dejado de percibir o que dejarán de ingresar al patrimonio de la víctima a partir del daño.

Así por ejemplo, obsérvese lo decidido en la sentencia del 12 de diciembre de 2014, de la subsección B de la sección tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, cuya consejera ponente fue Stella Conto DÍAZ DEL CASTILLO, en la que se resolvió un recurso de apelación dentro de un proceso de reparación directa instaurado por la señora Ana Leonor MARTÍNEZ JIMÉNEZ en calidad de secretaria de la Cárcel Judicial de Valledupar en el transcurso de un amotinamiento. Alegó la actora que después de haber sido recluida en una habitación de 2.20 x 3.37 metros cuadrados durante tres años, la Junta Regional de Calificación de la Invalidez del Cesar le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 69.52%, debido a un trastorno orgánico de la personalidad de origen profesional.

En la decisión del Consejo de Estado, esta corporación consideró ajustada la pretensión por concepto de lucro cesante, y liquidó dicho perjuicio a favor de la demandante tomando como ingreso base de liquidación el 100% de los ingresos que esta obtenía antes del daño, indexados. Es decir, se tomó el valor total del monto que había sido probado como su salario, sin aplicar a dicha suma el porcentaje efectivamente dictaminado como pérdida de capacidad laboral, y que no alcanzó a ser equivalente al 100%<sup>5</sup>.

Esta posición del Consejo de Estado se observa en sentencias recientes, pero obedece a un desarrollo de tiempo atrás. Así, en la sentencia del 26 de junio de 2014<sup>6</sup>, cuyo consejero ponente fue Danilo ROJAS BETANCOURTH, en la que decidió un recurso de apelación interpuesto en el transcurso de un proceso de reparación directa por responsabilidad derivada de la prestación del servicio médico asistencial, se tuvo en cuenta para la liquidación del lucro cesante

---

<sup>5</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de diciembre del 2014 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Radicación No. 20001-23-31-000-2004-00907-01(34647) y Consejera Ponente: Stella CONTO DÍAZ DEL CASTILLO).

<sup>6</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 26 de junio de 2014 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Radicación No. 660012331000199900120-01 (29847) y Consejero Ponente: Danilo ROJAS BETANCOURTH).

sufrido por la víctima el 100% del salario percibido como ingreso base de liquidación. Se destacó que:

*“Este valor será tomado en su integridad, pues, aunque la pérdida de capacidad laboral de la señora López Agudelo es del 62%, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 –norma que ha sido aplicada analógicamente por la jurisprudencia de la Corporación– debe ser entendida como una pérdida total de su capacidad laboral, es decir, equivalente al cien por ciento”.*

Para mencionar decisiones de esta corporación proferidas hace más tiempo, evidenciándose una clara línea jurisprudencial en este sentido, se refiere la sentencia del 9 de marzo de 2011,<sup>7</sup> cuya consejera ponente fue Gladys Elena ORDÓÑEZ, en la que el Consejo de Estado opta por acceder a la indemnización solicitada por concepto de lucro cesante, pues:

*“(…) Se encuentra acreditado dentro del proceso que como consecuencia de la lesión raquimedular que sufrió el señor José Argemiro Varón Rodríguez, perdió el 85.5% de su capacidad laboral, lo cual significa, a términos del artículo 38 de la Ley 100 de 1993, que se encuentra en estado de invalidez permanente, de manera que su capacidad productiva y su nivel de ingresos se afectó en un 100%.*

*(…)*

*Como se dijo anteriormente, para el cálculo de la indemnización se tomará el salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de la presente providencia, por cuanto resulta superior al vigente para la ocurrencia de los hechos actualizada a la fecha. A la anterior suma se adicionará el 25% que, se presume, percibía por concepto de prestaciones sociales y se liquidará sobre el 100%, debido al estado de invalidez que padece (…)*”.

Como puede observarse a partir de las breves referencias citadas en algunas decisiones de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, para esta corporación el concepto fundamental es la invalidez, y solo por el hecho de haberse

<sup>7</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 9 de marzo de 2011 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Radicación No. 76001-23-31-000-1999-01507-01(28270) y Consejera Ponente: Gladys AGUDELO ORDÓÑEZ).

configurado la misma a partir del daño, en consonancia con la definición de invalidez traída de la normatividad de seguridad social y pensiones, se entiende que la víctima se encuentra en una imposibilidad absoluta de generar ingresos, y que en tal medida, los ingresos que percibía antes del hecho dañoso dejarán de ingresar, en un 100% a su patrimonio, y que con base en ello es necesario liquidar el lucro cesante como si la pérdida de capacidad laboral hubiera sido del 100%.

Así, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo ha desarrollado la solución anteriormente expuesta en su entendido de que solo con esta estimación y cálculo del lucro cesante se puede lograr una justa reparación del perjuicio en quien ha quedado inválido a causa del daño que le propinó el Estado.

Pasemos ahora a analizar si la solución que ha ofrecido la Corte Suprema de Justicia, al interior de su Sala Civil y Laboral, se ha apartado radicalmente de la postura asumida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

### *1.3.2. SALA LABORAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA*

- SL1171- 2017, Radicado 47501 del 1 de agosto de 2017, Magistrado Ponente Santander Rafael BRITO CUADRADO. En este caso se demandó al Instituto de Seguros Sociales pretendiendo, previa declaración del contrato de trabajo, el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales causados a la señora Carmen Lucía POSADA DE QUINTERO, quien se desempeñaba para dicha entidad como auxiliar de servicios asistenciales de odontología, con ocasión de la enfermedad profesional generada por la intoxicación crónica por el mercurio al que se veía expuesta con ocasión del trabajo, y que le originó una pérdida de capacidad laboral del 58.60%, dictaminada por la Junta Nacional de Calificación de la Invalidez.

En esta sentencia, la Sala Laboral relaciona los valores a tener en cuenta en la liquidación del lucro cesante consolidado y futuro, incluyendo entre dichos valores aquél de la pérdida de capacidad laboral de la señora Carmen Lucía, pero a la hora de desarrollarse la fórmula de liquidación, no se aplicó el porcentaje de 58.60% sobre el salario actualizado de \$1.812.512, significando esto que en la liquidación del perjuicio se partió del 100% de los ingresos que obtenía la demandante antes de la configuración de su invalidez profesional.

Pese a la claridad en el ejercicio matemático, la sentencia arriba anotada no hace alusión a la jurisprudencia que le precedió y es por ello que podría llegar a concluirse que al interior de esta Sala puede no existir un precedente claro en torno a este aspecto.

- SL241431 Radicación 40135 del 24 de agosto de 2011, Magistrado Ponente Francisco Javier RICAURTE GÓMEZ. En esta sentencia se decide el recurso de casación interpuesto por Álvaro GÓMEZ SILVA contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Justicia de Bogotá, Sala Laboral, en el proceso que este inició en contra de las empresas Pride Colombia y Occidental de Colombia INC, para las cuales laborada como operario en el marco del contrato suscrito entre ellos “para la perforación, reacondicionamiento y completamiento de pozos de desarrollo en el área de Cravo Norte en el Departamento de Arauca”, pretendiendo la declaratoria de culpa patronal y la indemnización plena de perjuicios.

El daño por el cual se pretendía la declaratoria de culpa patronal fue la invalidez del señor Álvaro, como consecuencia de una paraplejía, con afectación de las funciones de otros órganos como la vejiga e intestino, más disfunción sexual, que se le originó cuando le cayó en la cabeza uno de los tubos con los que se intervenían los pozos.

La invalidez generada al actor fue del 75.71%, es decir, superior al estándar de invalidez que se ha expuesto en este capítulo. Si bien frente a este porcentaje de pérdida de capacidad laboral, la Sala en sede de instancia no realizó una liquidación detallada del perjuicio sino que se limitó a acoger la cuantificación que se había planteado en un dictamen pericial que se había allegado al proceso, en esta sentencia la Sala Laboral sí se ocupó de recoger algunos antecedentes jurisprudenciales en cuanto a la correcta estimación del lucro cesante consolidado y futuro.

Así, por destacar una de las sentencias citadas, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia rememoró la sentencia del 24 de junio de 2006, radicado 23643, en la que la misma Corporación indicó:

*“Analizado, como debe ser, el dictamen inicial (fls 198 a 200) con la transcrita explicación, debe admitirse que el mismo está fundado en unos elementos que efectivamente debían tenerse en cuenta para valorar el lucro cesante futuro, como son el salario que devengaba el demandante y que dejaba de percibir al terminar*

*el contrato de trabajo, el que finalizó por decisión unilateral de la empresa por la pensión de invalidez que se le concedió, como también su vida probable, que implicaba la proyección de esa remuneración hacia el futuro.*

*Con base en el anterior parámetro y un salario de \$550.200 mensuales para realizar la valoración del lucro cesante futuro, la Sala acogerá la fórmula a la que acude su homóloga de Casación Civil y que expone en su sentencia del 26 de febrero de 2004, expediente 7069 (...)*

Como puede verse, la Sala Laboral no impone en la liquidación del lucro cesante futuro la aplicación del porcentaje de pérdida de capacidad laboral efectivamente dictaminado, sino que en la anteriormente citada providencia sugiere que la sola invalidez (entiéndase la referencia a la invalidez cuando se menciona que el demandante recibió pensión de invalidez), da lugar a la proyección de la remuneración que este recibía o devengaba, es decir, la sola configuración de la invalidez, independientemente de que esta fuera por el 50% o el 70% de pérdida de capacidad laboral, justificaría la proyección del perjuicio con base en el 100% de ingresos que la víctima inválida devengaba antes de su daño.

Volviendo a la sentencia del 24 de agosto de 2011, dentro del proceso de Álvaro GÓMEZ SILVA contra Pride Colombia y Occidental Colombia Inc., por la culpa patronal derivada de la caída de un tubo en la cabeza del demandante, ocasionándosele una invalidez del 75.75%, es preciso resaltar que en esta providencia la Sala Laboral cita otras sentencias de la misma Corporación. Así, se menciona la sentencia del 2 de octubre de 2007, radicación 29644 y la del 30 de junio de 2005, rad. 22656.

Debe anotarse que la Corte Suprema de Justicia, desde su Sala Laboral, no ha ofrecido una solución igual de contundente a la ofrecida por la jurisprudencia del Consejo de Estado, en la cual, como ya lo anotamos, resulta claro que ante una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, es decir, configurativa de invalidez, poco interesa el monto efectivamente dictaminado, pues en todo caso la liquidación del lucro cesante tendrá como ingreso base de liquidación el 100% del salario percibido por la víctima antes de que esta sufriera del daño.

En la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia no se encuentra una providencia que haga un análisis exhaustivo de esta

problemática, y en este sentido la misma no se encuentra *unificada*, entendiendo la facultad de unificación como una de las funciones que se le ha atribuido a la Corte Suprema de Justicia como tribunal de instancia y tribunal de casación.

En este sentido, al no estar unificada la jurisprudencia en este punto, es posible encontrar sentencias en las que el juez ordinario haya calculado el lucro cesante de la víctima inválida con base en el 100% de los ingresos dejados de percibir y que se dejarán de percibir en el futuro, así como también puede ocurrir que en la jurisprudencia consultada nos encontremos con alguna decisión en la que se haya calculado el lucro cesante aplicando al salario de la víctima el porcentaje exacto que habría sido determinado como porcentaje de pérdida de capacidad laboral, y no por el 100%.

Se menciona en este punto una sentencia de casación dictada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyo magistrado ponente fue Gerardo BOTERO ZULUAGA<sup>8</sup>, en la cual se decidió la indemnización plena de perjuicios derivada de un accidente de trabajo a consecuencia del cual un trabajador, al que le cayó encima una maquinaria pesada, sufrió múltiples lesiones a nivel de la columna vertebral, quedando en necesidad permanente de una silla de ruedas y habiéndosele dictaminado una pérdida de capacidad laboral del 78.85% por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Atlántico.

Se resalta la decisión antes referenciada por cuanto al casar la providencia impugnada y entender que se había configurado una culpa patronal que daba lugar a la indemnización plena de los perjuicios aducidos por el actor, la Sala, en sede de instancia, liquidó el lucro cesante tomando en consideración el porcentaje de pérdida de capacidad laboral dictaminado en el 78.85% por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Atlántico. Así, en la liquidación realizada, el valor actualizado que se empleó para el cálculo del lucro cesante consolidado y futuro se obtuvo a partir de aplicarle la fórmula jurisprudencialmente aceptada al valor denominado “lucro cesante mensual actualizado”, y este fue el resultado de aplicarle el porcentaje de pérdida de capacidad laboral anunciado al salario

---

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 27 de abril de 2016 de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (Radicado No. 47907. Magistrado Ponente: Gerardo BOTERO ZULUAGA).

actualizado a la fecha, que para ese momento era de \$689.455. En este sentido, la liquidación no se realizó por el 100% de los ingresos que percibía la víctima, sino por el 78.85% de esos ingresos, (\$543.635.27) entendiéndose que el 21.25% de dichos ingresos no dejarían de ingresar a su patrimonio, aun pese al daño.

No obstante, esta sentencia que hemos citado no se centró en el debate en cuestión; realmente la decisión de la Corte para el supuesto concreto giró en torno a la culpa patronal, y esta problemática se pasó por alto. Por eso consideramos que no resultó un punto de partida para la jurisprudencia, y no resolvió de fondo el problema que intentamos abordar en este capítulo.

### 1.3.3. SALA CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

En todo caso, se observa que la decisión antes referida se corresponde con otras providencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de que en la jurisprudencia de esta corporación existen varios pronunciamientos que apuntarían más a la liquidación con base en el porcentaje de pérdida de capacidad laboral efectivamente determinado, pues, como ya lo mencionamos al comienzo de este subcapítulo, se ha establecido que para la cuantificación de los daños sufridos por la víctima, se debe poner en consideración cualquier circunstancia concreta del daño y de su intensidad:

*“El juez tendrá que ordenar al demandado la restitutio in integrum a favor del damnificado, es decir que deberá poner al sujeto perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría de no haber ocurrido el daño. Por ello, una vez establecidos los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, el sentenciador tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio”<sup>9</sup>.*

Con lo expuesto por la Corte en la antedicha sentencia del 18 de diciembre de 2012, cuyo magistrado ponente fue Ariel SALAZAR

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 18 de diciembre de 2012 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (Radicado No. 2004-00172-01, Magistrado Ponente: Ariel SALAZAR RAMÍREZ).

RAMÍREZ, sería posible afirmar que para esta corporación resulta recomendado analizar cada aspecto particular del daño, en la medida en que el daño de una víctima no puede entenderse como igual al de otra si hay circunstancias concretas que precisan el alcance del daño. Es decir, con esta consideración de la Corte existiría fundamento para calcular el lucro cesante con base en la real pérdida de capacidad laboral dictaminada a la víctima, sin suponer que por el hecho de ser inválida va a dejar de percibir el 100% de los ingresos que devengaba antes del daño, pues ciertamente hay una condición particular en quien a raíz del daño, y de una amputación en alguna extremidad, como ejemplo, ha perdido el 58% de su pérdida de capacidad laboral, frente a una víctima que resultó con una cuadriplejía que lo ha postrado en una silla de ruedas con una pérdida de su capacidad laboral del 79% (adentrándonos en el terreno de lo hipotético).

*“El lucro cesante actual no ofrece ninguna dificultad en cuanto hace a la certidumbre del daño ocasionado, pues, como viene de explicarse, se trata de la ganancia o del provecho no reportado al patrimonio del interesado, como hecho ya cumplido. En cambio, en el lucro cesante futuro, precisamente, por referirse a la utilidad o al beneficio frustrado cuya percepción debía darse más adelante en el tiempo, su condición de cierto se debe establecer con base en la proyección razonable y objetiva que se haga de hechos presentes o pasados susceptibles de constatación, en el supuesto de que la conducta generadora del daño no hubiere tenido ocurrencia, para determinar si la ganancia o el provecho esperados, habrían o no ingresado al patrimonio del afectado. En oportunidad reciente, la Sala reiteró que ‘[en 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’; precisó igualmente que ‘[las más de las veces, el confín entre la certeza y el acontecer ulterior, es extremadamente lábil, y la certidumbre del daño futuro sólo puede apreciarse en un sentido relativo y no absoluto, considerada la elemental imposibilidad de predecir con exactitud el desenvolvimiento de un suceso en el porvenir, por lo cual, se remite a una cuestión de hecho sujeta a la razonable valoración del marco concreto de circunstancias fácticas por el juzgador según las normas jurídicas, las reglas de la experiencia, la lógica y el sentido común (...); y recordó 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’ y ‘a un prudente sentido restrictivo cuando en sede litigiosa, se trata de admitir la existencia material del lucro cesante y de efectuar su valuación pecuniaria, haciendo particular énfasis en que procede la reparación de esta clase de daño en la medida en que obre en autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido’ (cas. civ. sentencia de 4 de marzo de 1998, exp. 4921) (Cas. Civ., sentencia del 9 de septiembre de 2010, expediente No. 17042-3103-001-2005-00103-01; se subraya)” (CSJ SC de 1º de nov. de 2013, Rad. 1994-26630-01).*

*En consecuencia, teniendo en cuenta aquel ingreso promedio actualizado (\$4’150.673), y que la víctima en definitiva quedó con incapacidad del 61.93% del total de su potencial laboral, el ingreso mensual con fundamento en el cual se liquidarán los susodichos perjuicios será de \$2’570.512, que es la suma, ya indexada, equivalente a dicho porcentaje”.*

No obstante lo anterior, es pertinente citar una sentencia de la misma Corporación<sup>10</sup>, en diferente sentido, lo cual pone de nuevo en evidencia las dificultades, los cambios de criterio y los enormes vacíos que tenemos frente a la liquidación de un perjuicio material por naturaleza, que parecería del campo de la certeza, la simple cuantificación actuarial y financiera y del mayor raigambre objetivo, lo cual, como veremos y como hemos visto en el transcurso del libro, no es del todo cierto:

*“Puestas así las cosas, y recaudada la prueba documental pertinente a través de su decreto oficioso, e incorporada la misma al expediente, a más de encontrarse establecida idóneamente la pérdida de la capacidad laboral de María Esperanza Castellanos, atendiendo lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, sobre*

<sup>10</sup> Corte Suprema de Justicia. Sala Civil, CABELLO BLANCO, Margarita, Radicado 11001-31-03-029-2006-00272-01, julio 3 de 2018.

*reparación integral y equidad, para determinar el lucro cesante pasado y futuro que dejó de percibir la actora, como fuere definido en la sentencia de casación, se procederá de la siguiente manera:*

*Para tal finalidad se tendrán en cuenta los siguientes datos:*

- a) Fecha del accidente 23 de octubre de 2005;*
- b) Fecha de nacimiento de la víctima, 1° de febrero de 1962;*
- c) Invalidez parcial, 2 de octubre de 2006 = 25.02%;*
- d) Invalidez total, 27 de mayo de 2009 = 51.16%;*
- e) en el momento del accidente tenía 43 años, 8 meses y 22 días*

*Indemnización debida o consolidada:*

*En vista que la indemnización de perjuicios por lucro cesante está atada a lo que la demandante dejó de percibir en el establecimiento 'Cantares 60 y 70', y por referenciado se tiene que son servicios prestados los fines de semana, se tomará como base el salario mínimo diario legal vigente (SMDLV) para el año 2005, fecha de la ocurrencia de los hechos, el cual era de \$ 12.716,67, sin perjuicio de adoptar el del presente año 2018 (\$ 26.041,40), siempre que el primero resulte inferior, una vez actualizado a valor presente, por razones de equidad.*

*La actualización se hará como sigue:*

$$Ra = Rh (\$ 12.716,67) \frac{\text{índice final} - \text{febrero}^{11}/2018}{140,71}$$

$$\frac{\text{Índice inicial} - \text{octubre}/2005}{83,95}$$

$$Ra = \$ 21.314,62$$

*Toda vez que el valor actualizado es inferior al salario mínimo diario legal vigente a la fecha de esta providencia, se liquidará el lucro cesante con aplicación de esta última suma (\$ 26.041,40), ello multiplicado por 8 días al mes, para un total de ingresos de \$ 208.331,2.*

***A lo anterior no se le adicionará el 25% correspondiente a prestaciones sociales dado que de las certificaciones expedidas no se desprende nítidamente que la prestación de servicios de la reclamante se encuentre amparada en un contrato de trabajo.***

<sup>11</sup> Hasta la fecha es el dato reportado por el DANE.

No es tema de discusión en este capítulo, pero aprovechamos para reiterar que ante la ausencia de prueba de la vinculación laboral, es claro que no procede el reconocimiento del 25% por concepto de prestaciones sociales.

*Con fundamento en las certificaciones de invalidez incorporadas legalmente por medio del decreto oficioso de pruebas, se liquidarán dos periodos de lucro cesante consolidado: el primero irá desde el accidente –23 de octubre de 2005– hasta el 27 de mayo de 2009, gobernado con una incapacidad parcial laboral del 25.02%.; y el segundo, a partir de esta última fecha hasta la vida probable de la víctima, por cuanto en este segmento se incrementó a 51.16% el porcentaje de incapacidad laboral, siendo inválida.*

*Lucro cesante del 23 de octubre de 2005 a 27 de mayo de 2009, resulta de considerar la pérdida de capacidad laboral fijada el 6 octubre de 2006 en un porcentaje del 25.02%, los ingresos mensuales de los ocho (8) días laborales consolidan un total de \$ 208.331,2., suma a la cual se le aplica el porcentaje de incapacidad, es por ello que el ingreso base de liquidación para este primer periodo es de \$52.124,46.*

*El número de meses transcurridos es de 43, 13 meses”.*

Sigue el desarrollo de la fórmula que nos abstenemos de transcribir, dado que no es el objeto de estudio, debate o análisis.

*“Lucro cesante del 27 de mayo de 2009 a la fecha de esta sentencia. El 27 de mayo de 2009 fue certificada una incapacidad laboral de 51,16%, por tal motivo, al ser la misma superior al 50%, se debe indemnizar como si fuera por un 100%, tal como lo dispone el artículo 38 de la Ley 100 de 1993<sup>12</sup>, lo que indica que el salario base de liquidación es de \$ 208.331,2”.*

Vemos entonces dos posiciones encontradas en la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia; una, la citada al inicio del capítulo, que procedía a liquidar el lucro cesante con base en el porcentaje acreditado de pérdida capacidad laboral, sin entender que 50% o más equivaldría a una invalidez que condujera a una liquidación del 100% –pero un paréntesis, a propósito, quien, aparte del que devenga

<sup>12</sup> “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 SMLMV, se pensiona en Colombia con el 100% del ingreso base de liquidación?— y otra posición, la citada sentencia con ponencia de la Dra. Margarita CABELLO BLANCO de julio de 2018, que, como el Consejo de Estado y la Sala Laboral de la Corte, acuden al concepto de invalidez y en ese orden, acreditada la PCL en el 50% o más, proceden a liquidar el lucro cesante con base en el 100% de los ingresos acreditados de la víctima.

Insistimos, y sin la intención de hacer crítica destructiva sobre las contradicciones, el propósito de este trabajo es ese precisamente, mostrar las variables, los diferentes criterios, las posturas opuestas, hasta de una misma Corporación y Sala, frente a estos temas del lucro cesante, lo que nos debe llamar la atención, así como con los perjuicios inmateriales o extrapatrimoniales, de ir fijando algunos cauces, si se quiere más uniformes, pacíficos y estructurados, bien mediante trabajo legislativo, o en la senda jurisprudencial, que nos conduzca a una mayor seguridad jurídica, frente a las víctimas, victimarios, aseguradoras, transportadoras, y más aún, frente a una coherente y adecuada administración de justicia, en beneficio de la sociedad y de la salvaguarda del principio constitucional de la reparación plena del daño, pero sólo de este y nada más de este.



# **EL PROBLEMA DE LA ACUMULACIÓN Y LOS DESCUENTOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL: LA SUBSISTENCIA DEL PERJUICIO**

## **1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA**

Se ha venido discutiendo, tanto en la doctrina, como en la jurisprudencia, además y particularmente, en este caso de competencia de la Sala Civil, y de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así como del Consejo de Estado, si es procedente o no acumular en favor de la víctima de lesiones u homicidio, en este caso, en favor de sus herederos o legitimados, la acumulación de las prestaciones derivadas del Sistema General de Seguridad Social, para el asunto, la pensión de invalidez, o la pensión de sobrevivientes, en su caso, con la obligación a cargo del responsable o causante del daño, cuya causa emerge de los elementos de la Responsabilidad Civil, dado que, guardando las proporciones y las claras diferencias sociales, políticas y económicas, la pensión sería el equivalente a la indemnización por concepto de lucro cesante presente y futuro.

Se plantean varios interrogantes: ¿Es una excepción a la prohibición de enriquecimiento de la víctima?, ¿sí se enriquece la víctima al tener derecho a la acumulación? ¿Subsiste el daño?, ¿procede o no la acumulación por tratarse de causas jurídicas diferentes?, ¿se debe dar el mismo tratamiento al caso de incapacidad temporal, que al caso de invalidez o muerte? ¿Qué efectos tiene frente a este debate, la subrogación consagrada legalmente en favor de las Administradoras de Riesgos Laborales? Más aún, ¿es válido o no, el derecho de repetición o de subrogación reconocida a favor de las ARL?

Para la adecuada cobertura de los riesgos en cuestión, y de cara a un claro entendimiento del entrelazado que haremos entre la seguridad social y la responsabilidad civil, precisamos que nos encontramos en Colombia frente a un sistema tripartito, buscando una mayor efectividad y una adecuada distribución de funciones entre los diferentes actores de la Seguridad Social, siendo dichos subsistemas los siguientes<sup>1</sup>:

- (i) Sistema General de Seguridad Social en Salud. Ampara los riesgos de enfermedad general, accidentes no profesionales y la maternidad. –EPS–
- (ii) Sistema General de Pensiones. Ampara los riesgos de vejez, invalidez y muerte causada por enfermedad o accidente no profesional. –Fondos de pensiones–
- (iii) Sistema General de Riesgos Laborales. Cubre los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales. –ARL–

## 2. ANÁLISIS DOCTRINAL

Lo primero es determinar quién puede reparar a la víctima, y ahí encontramos una variada gama de personas o instituciones, que en virtud de varios vínculos legales, contractuales o hasta de solidaridad, concurren en favor de la víctima para su beneficio, ayuda o indemnización, así sea parcial.

En principio, quien debe reparar a la víctima, es el responsable, el causante del daño, el victimario, sin embargo, múltiples son los sujetos, instituciones o entidades que pueden ofrecer prestaciones económicas a la víctima, bien que concurren por vínculos con el responsable, o con la víctima misma, no siempre conllevando, tales pagos, a una reparación jurídicamente hablando<sup>2</sup>, o a una indemnización integral. Ahí podemos hablar entonces del sistema general de seguridad social,

<sup>1</sup> OSPINA BLANDÓN, Frank José. “La responsabilidad derivada del acaecimiento del riesgo profesional, la acumulación de indemnizaciones y la subrogación en contra del responsable”, Revista No. 29, Responsabilidad Civil y del Estado, agosto 2011.

<sup>2</sup> FLÓREZ, Juan Gonzalo. “La acumulación de indemnizaciones, una revisión conceptual y jurisprudencial del tema”, Parte I, Revista No. 28, Responsabilidad Civil y del Estado, noviembre 2010.

de seguros privados y de seguros obligatorios. Para este análisis nos referiremos, como lo mencionábamos anteriormente, a la procedencia o no de la acumulación entre las prestaciones del sistema general de seguridad social y las obligaciones indemnizatorias derivadas de la responsabilidad civil.

El supuesto para el caso de lesiones sería el siguiente: Una persona sufre un accidente de tránsito que le genera una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, esto es, una invalidez, por lo que se legitima para pretender del sistema de seguridad social la pensión de invalidez, con lo cual, la entidad a la cual se encuentra afiliada, comparece y atiende su obligación propia, esto es, la derivada de la afiliación al sistema y respectivo pago de aportes por parte del empleador o usuario, este último, ahora víctima del referido accidente. Surge entonces el debate. ¿Puede la víctima acumular esta pensión de invalidez, reconocida y pagada por el sistema de seguridad social al cual se encontraba afiliado, con el lucro cesante a cargo del responsable del daño? Ambas son prestaciones periódicas, que representan el dinero que la víctima dejará de percibir a raíz de sus lesiones y consecuente invalidez; suplen ese ingreso frustrado, desde el punto de vista económico, se trata de las sumas de dinero periódicas que la víctima recibirá por privarle de los ingresos que producía como empleado o independiente, antes del hecho lesivo.

La posición de la doctrina y de la jurisprudencia ha sido similar, con escasas variaciones que posteriormente se citarán, pero la justificación legal del derecho de la víctima para acumular ambas prestaciones, para sostener que subsiste el perjuicio, radica en que, una es la obligación propia de la entidad de seguridad social, que en virtud de las normas del derecho laboral y de la seguridad social, previo contrato de afiliación y el pago de los respectivos aportes, atiende la obligación, vía pensión de invalidez para este caso; y otra es la obligación a cargo del responsable o victimario por la causación del hecho lesivo, desde la óptica y los principios propios de la responsabilidad civil. Es claro, y así lo ha referenciado la jurisprudencia y la doctrina, que entre otros argumentos, se establece que el causante del daño, no tiene justificación, ni legitimidad para beneficiarse del contrato celebrado por unos terceros (sistema de seguridad social y víctima o empleador en su caso), otros, para respaldar la referida acumulación, apelan a la expresión de “causas

jurídicas diferentes”, una, la que otorga los derechos derivados del sistema general de seguridad social, y otra, totalmente diferente, la generada en virtud de las normas de la responsabilidad civil, otros dirán, que el pago que realiza la seguridad social no es indemnizatorio, y si es así, procede la acumulación. Pues si así de claro lo entendemos, podría terminar aquí el debate y el planteamiento del problema, que desde luego prolongaremos para analizar otras aristas, posiciones y formas de abordar tan complejo asunto.

Citamos a continuación al maestro Juan Carlos HENAO, rector de la Universidad Externado de Colombia y miembro activo del IARCE, para precisar un poco más el tema de las *causas jurídicas diferentes*, y con él, la aceptación o rechazo de la expresión sobre el “enriquecimiento de la víctima”, y en fin, de la verdadera justificación política, filosófica, económica y jurídica, para proceder con la acumulación en favor de la víctima, para luego pasar a una serie de citas jurisprudenciales, manteniendo el esquema que nos hemos propuesto para los escritos del presente libro.

*“Es lo que De Cupis estudia bajo el título de “compensatio lucrum cum damno”, esto es, la disminución proporcional que el daño experimenta cuando con él concurre un lucro o ventaja, o en otras palabras, la reducción del monto del daño resarcible por la concurrencia del lucro<sup>3</sup>. Para ser más explícitos sobre el fenómeno, vale la pena retomar otros párrafos del libro del mencionado profesor: “... daño no es más que el perjuicio causado a la esfera del interés de un sujeto y si esa esfera experimenta a su vez un detrimento y un incremento, la entidad del daño que realmente soporta –y que es la que jurídicamente hay que considerar–, es la resultante de detrimento e incremento. La responsabilidad que asume el responsable corresponde a la incidencia perjudicial de su acción, la cual es proporcional a la medida en que se contrastan y compensan las consecuencias favorables y las desfavorables de la misma acción. El resultado comparativo de todas estas consecuencias constituye la entidad del efecto peyorativo producido, y del daño a resarcir. Si las ventajas no se compensan con los daños, el resarcimiento desorbitaría su función equilibradora de los intereses perjudicados, dado que una vez producido el daño, el perjudicado quedaría restituido a una situación mejor que la que con anterioridad tenía.*

<sup>3</sup> DE CUPIS. *El Daño*. Teoría general de la responsabilidad civil. p. 327. Citado por Juan Carlos HENAO, en el libro *El Daño*. Universidad Externado de Colombia, 2003.

*Como se observa, la compensatio lucri cum dammo, guarda estrecha relación con la regla de la indemnización plena del daño, puesto que esta se aplica solo en la medida en que se tenga en cuenta aquella. Son las dos caras de la moneda que se deben observar, para estudiar completamente el fenómeno.*

*La operancia de la compensatio lucri cum dammo, se presenta cuando por diferentes vías operan la seguridad social, los seguros privados, las donaciones de personas que quieren colaborar por el estado del afectado, etc. En este caso la víctima podría, en efecto, quedar con una situación mejorada por los diferentes ingresos patrimoniales a que tuvo derecho a causa del daño, con lo cual se plantea el alcance real de la regla de la indemnización integral del daño. Se debe entonces observar que ocurre cuando la compensatio lucri cum dammo supone ingresos por conceptos diferentes al indemnizatorio debido por el responsable directo.*

*El tema es de por sí complejo, pero ello no impide centrarlo correctamente. Se debe recordar, con el Consejo de Estado Colombiano, “que no es cierto que un delito o cuasidelito, no pueda ser motivo de enriquecimiento para la víctima”. Este resultado se dará cuando exista un título o causa que justifique ese enriquecimiento<sup>4</sup>, precisión que conduce a aceptar que el lucro o la ventaja que la víctima recibe a raíz del daño puede superar el valor de este. Se combate así la idea de quienes consideran que la víctima frente a su daño solo puede quedar máximo en situación idéntica a la que se tenía antes de su advenimiento, porque una víctima si puede enriquecerse a raíz de un daño. Ejemplo típico es el del cobro de un seguro de personas o el caso de donaciones realizadas al dañado por piedad, que provengan de personas distintas al responsable, en las cuales, quien sufre el daño, puede quedar en una situación económica que supere a la entidad real de su daño.*

*El problema consistiría entonces, como bien se observa en la sentencia citada, que en la causa o título que justifica la mejoría de la víctima no se excluya con la indemnización del proceso de responsabilidad. Dentro de esta óptica se plantea de una manera diferente la regla de la indemnización plena del daño: no se trata de discutir si la víctima a partir del daño pueda o no enriquecerse por obtener algo por encima del monto del mismo, circunstancia que se acepta, sino, si la víctima tiene derecho a quedar en mejor situación porque existen causas que lo justifican. A este propósito se puede sentar la siguiente regla: si existe un título o causa que justifica el cúmulo de compensaciones, por ejemplo, un seguro, una pensión,*

---

<sup>4</sup> Consejo de Estado Colombiano, Sección Tercera, diciembre 12 de 1991, C.P. Dr. URIBE ACOSTA, actor; Rosa Nelly LONDOÑO, Exp. 6572.

*una donación, etc., y si además dicha causa o título no se excluye con la propiamente indemnizatoria debida por el directamente responsable, procede aceptar la acumulación. Si el cúmulo de compensaciones se acepta porque proviene de causas o títulos diferentes, que no son excluyentes entre sí, no se viola la regla de la indemnización plena de sólo el daño. Nótese que se habla de cúmulo de compensaciones y no necesariamente de indemnizaciones, porque bien puede ocurrir que no todos los ingresos que tenga la víctima a raíz del daño sean indemnizatorios. Aún más, como bien lo denuncia el profesor Javier Tamayo Jaramillo, “la única prestación que tiene carácter indemnizatorio es la que extingue la obligación del responsable”.*

Así las cosas, podemos señalar algunas premisas, con toda la discusión que el tema envuelve: Puede haber válida y jurídicamente enriquecimiento para la víctima, si existe título o causa que justifique la acumulación, pues unas son las compensaciones – para este caso, las derivadas de la seguridad social, que se insiste, no tienen carácter indemnizatorio–, y otra, las indemnizaciones provenientes de la obligación del responsable del daño, –quien dicho sea de paso, no tiene vocación ni legitimidad para beneficiarse de una relación contractual celebrada por terceros–, estamos frente a causas jurídicas diferentes, una proveniente de las obligaciones propias del sistema general de seguridad social y posiblemente del derecho laboral, y otra, proveniente de las obligaciones derivadas de la responsabilidad civil, y finalmente, que la única prestación que tiene carácter indemnizatorio es la que extingue la obligación del responsable.

Así las cosas, la entidad de seguridad social, pública o privada, al reconocer la pensión de invalidez en el caso que analizamos, cumple, al hacer el reconocimiento pensional, con una obligación propia frente a su afiliado, la víctima, por lo tanto, ésta podrá acumular el pago proveniente de la seguridad social, con la reparación de perjuicios por el daño infringido. Situación que únicamente se truncaría si existiera una norma especial que permitiera a la entidad pagadora de la pensión *subrogarse* en contra del tercero responsable, norma que al inexistir permite perfectamente la acumulación en cabeza de la víctima<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> FLÓREZ, Juan Gonzalo. “La acumulación de indemnizaciones, una revisión conceptual y jurisprudencial del tema”, Parte II, Revista No. 29. Responsabilidad Civil y del Estado, noviembre 2010.

## 2.1. CASO ESPECIAL EN EL EVENTO DE EXISTIR DERECHO A LA SUBROGACIÓN A FAVOR DE LA ENTIDAD QUE PAGA LA PRESTACIÓN DE INVALIDEZ O MUERTE

El Sistema General de Riesgos Profesionales, regulado en Colombia por los artículos 249 y siguientes de la Ley 100 de 1993, por el Decreto Ley 1295 de 1994<sup>6</sup>, en virtud del artículo 48 de la Constitución Nacional, y por la Ley 1562 de 2012<sup>7</sup>, otorgó la posibilidad a los empleadores de trasladar parte de su responsabilidad en el ejercicio, desarrollo y ejecución de las labores propias del contrato de trabajo a un tercero, creando un sistema de seguridad social integral con el propósito de garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica para afiliarse al sistema. Pues bien, a este Sistema de Seguridad Social Integral pertenecen entre otros, el sistema de riesgos laborales, denominado antes, riesgos profesionales.

Para el caso específico, estarán amparados los siniestros, entendido por estos, accidentes de trabajo y/o enfermedades profesionales, cuyo evento se origine en la ejecución de las labores propias del contrato de trabajo. Así las cosas, se plantea el siguiente interrogante: ¿La relación entre el empleador y Administradora de Riesgos Laborales está enmarcada dentro de un seguro de responsabilidad civil?

En nuestro criterio, podemos afirmar que la relación contractual entre la firma Administradora de Riesgos Laborales y el empleador, constituye la celebración de un verdadero contrato de seguro de responsabilidad civil, naturalmente con algunas diferencias y matices, que por su presencia, no desdibuja la presente conclusión, veamos:

En definitiva el empleador, traslada unos riesgos, que en principio asume dentro de la ejecución del contrato de trabajo, de acuerdo con los mandatos legales, a un tercero, en este caso a la ARL. Se trata del cumplimiento de una obligación legal y contractual, es decir, la afiliación al sistema no es optativa del empleador, como si lo sería una póliza común de responsabilidad civil, pero ello no le hace desaparecer el interés asegurable, que no es otro, que trasladar el riesgo asegurado a un tercero.

---

<sup>6</sup> Por el cual se determina la organización y administración del sistema general de riesgos profesionales.

<sup>7</sup> Por la cual se modifica el Sistema de Riesgos Laborales y se dictan otras disposiciones en materia de Salud Ocupacional.

En palabras de la Corte Constitucional, sentencia C-453 del 12 de junio de 2002, se expresó sobre la naturaleza del Sistema de Riesgos Profesionales:

*“El Sistema de riesgos profesionales se estructura a partir de la existencia de un riesgo creado por el empleador. El Legislador acoge en esta materia la teoría del riesgo creado en la que no se toma en cuenta la culpa del empleador sino que se establece una responsabilidad objetiva por cuya virtud resulta obligado a reparar los perjuicios que sufre el trabajador al desarrollar su labor en actividades de las que el empresario obtiene un beneficio. Actualmente la Ley con el propósito de proteger a los trabajadores de las contingencias o daños que sufran como consecuencia de la relación laboral, ha impuesto la obligación a sus empleadores de trasladar ese riesgo a entidades especializadas en su administración, mediante una cotización a cargo exclusivamente del empleador y ha determinado claramente las prestaciones a las que tendrán derecho los trabajadores que se vean afectados por una contingencia de origen profesional”.*

Así las cosas, podemos concluir que se trata del aseguramiento de la responsabilidad, –si se quiere parcial–, de algunas coberturas, riesgos o amparos tarifados, de la responsabilidad objetiva del empleador, a diferencia de la responsabilidad subjetiva o con culpa, establecida en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo.

Precisado someramente el origen legal y la naturaleza del seguro de riesgos laborales, debemos volver sobre el objeto de análisis, esto es, sobre el mismo interrogante, acerca de si procede o no la acumulación de las prestaciones del sistema de riesgos laborales en este caso, con las obligaciones derivadas de la responsabilidad civil.

Al respecto, y anticipando la respuesta, podemos decir, que a diferencia de la aceptada acumulación en las hipótesis que anteceden, en este caso no procede la acumulación, en virtud de que las administradoras de riesgos laborales tienen consagrado a su favor el derecho a la repetición, o la acción de subrogación en contra del tercero responsable, para lo cual es pertinente citar las siguientes normas:

#### *CÓDIGO CIVIL.*

*Artículo 1666. La subrogación es la transmisión de los derechos del acreedor a un tercero, que le paga.*

*Artículo 1667. Se subroga un tercero en los derechos del acreedor, o en virtud de la ley o en virtud de una convención del acreedor.*

#### **CÓDIGO DE COMERCIO.**

*Art. 1096. El asegurador que pague una indemnización se subrogará, por ministerio de la ley y hasta concurrencia de su importe, en los derechos del asegurado contra las personas responsables del siniestro. Pero éstas podrán oponer al asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado. (...).*

*DECRETO 1771 DE 1994—Por el cual se reglamente parcialmente el Decreto 1295 de 1994.*

**Artículo 12°.- Subrogación.** *Compilado por el art. 2.2.4.4.7, Decreto Nacional 1072 de 2015. La entidad administradora de riesgos profesionales podrá repetir, con sujeción a las normas pertinentes, contra el tercero responsable de la contingencia profesional, hasta por el monto calculado de las prestaciones a cargo de dicha entidad administradora, con sujeción en todo caso al límite de responsabilidad del tercero.*

*Lo dispuesto en el inciso anterior no excluye que la víctima, o sus causahabientes, instauren las acciones pertinentes para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicio, de cuyo monto deberá descontarse el valor de las prestaciones asumidas por la entidad administradora de riesgos profesionales.*

El citado Decreto 1072 de 2015, no es más que la compilación de varias normas segregadas y diseminadas en el ordenamiento jurídico, que en este caso, se estructuró con el propósito de expedir el *Decreto Único Reglamentario del Sector Salud*, pero con lo cual se deja claro que la norma se encuentra vigente, que no ha sido derogada por leyes posteriores, como la Ley 776 de 2002, mediante la cual se dictaron normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales, ni tampoco ha sido declarada inconstitucional mediante pronunciamiento conocido de la Corte Constitucional; y digo conocido, porque se especula, se menciona en pasillos, se asegura en debates de hondo calado académico, que la norma salió del ordenamiento jurídico, lo cual, como vemos, no es cierto; la citada norma está vigente y con este

derecho de subrogación consagrado en favor de la ARL, cambia el debate y las posturas hasta ahora sostenidas.

Así las cosas, tenemos, en la misma hipótesis del lesionado, pero en este caso, en un accidente de trabajo, con una invalidez por la calificación de la pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, a quien su ARL, en virtud del contrato de seguro celebrado, (afiliación), el pago de las respectivas primas a cargo del empleador y la connotación clara del origen de la pérdida, se le reconoce la pensión de invalidez. No podremos olvidar, que igual que en las hipótesis anteriores, estamos frente a un contrato celebrado por dos terceros (empleador y ARL), que no pueden beneficiar al dañador, igual, estamos frente a causas jurídicas diferentes, también podría aceptarse la tesis del Consejo de Estado de que la víctima, en determinados casos puede enriquecerse con el daño, pero lo que bloquea e impide dicha acumulación, en este escenario, no es otra cosa que la facultad que tiene la ARL, en virtud de la citada norma, de subrogarse o repetir en contra del tercero responsable, y si ello es así, se impide, repetimos, la referida acumulación, en tanto al responsable dañador no puede condenarse al pago de dos indemnizaciones por un mismo daño, fenómeno que se daría en esta hipótesis, al ser por un lado, responsable del lucro cesante a favor del lesionado, y por el otro, quedando abocado a atender la reclamación en virtud de la subrogación reconocida en favor de la ARL, como tercero responsable, lo que generaría doble pago de una indemnización.

Como le decíamos desde el inicio, la pensión de invalidez—término de la seguridad social— puede calificarse como un lucro cesante, —término de la tipología del daño material en responsabilidad civil— pensando en el retroactivo pensional y pagos futuros, e igualmente en el cálculo actuarial que se realiza para reservar el dinero con el que mensualmente se atenderá la prestación económica. Sin embargo, se trata de un pago tarifado, es decir, la pensión de invalidez se liquida conforme a unas reglas legales, con base en el salario, o valor de cotización del trabajador, (Ingreso base de liquidación), además de los otros criterios técnicos y actuariales dispuestos por la Ley 776 de 2002 y sus normas complementarias. Obligándonos lo anterior a indicar que si a la pensión de invalidez se le tiene como un lucro cesante en la clasificación de perjuicios de la responsabilidad civil,

quiere ello significar que los perjuicios inmateriales, –y su variada gama– así como el resto de los perjuicios patrimoniales, tales como el daño emergente, y lo que excediera el porcentaje del ingreso sobre el que se liquida la pensión de invalidez<sup>8</sup>, no están comprendidos en el pago que a título pensional hace la ARL, tema frente al cual no existe discusión alguna, en el sentido, de que la víctima está plenamente legitimada para incluir en su pretensión reparatoria estos conceptos, atendiendo el principio de la reparación integral.

Dicho de otra manera, para mayor claridad, y a riesgo de ser excesivamente insistentes, la discusión aquí se centra exclusivamente entre el lucro cesante (solo una parte de la tipología o clasificación del daño), y la pensión por muerte o invalidez, que al final tienen la misma filosofía, misión y razón de ser, en cuanto proveen una suma periódica, generalmente mensual, de dinero, por la frustración o el no ingreso en el patrimonio de la víctima a raíz del daño. En palabras del autor citado, OSPINA BLANDÓN: *“La pretensión indemnizatoria en estos casos debería limitarse a las brechas propias de algunas de las prestaciones de la seguridad social y a todos aquellos perjuicios ajenos a la naturaleza y órbita de cobertura del sistema general de riesgos profesionales”*.

### 3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

Nos proponemos citar sentencias proferidas por ambas Corporaciones, esto es, por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia y por la Sección Tercera del Consejo de Estado, mostrando el tratamiento variable que ha tenido el tema, para finalmente dejar clara, hasta el momento de esta publicación, la posición final que se asume jurisprudencialmente al respecto. Comenzaremos por las decisiones que niegan la posibilidad de acumular las prestaciones derivadas de la seguridad social, (pensión de sobrevivientes o de invalidez), con las derivadas de la responsabilidad civil, para pasar luego a la posición contraria que avala y legitima en favor de la víctima, dicha acumulación, reiterando que el cierre o bloqueo para esta acumulación, como lo decíamos, radica en la presencia de la acción de subrogación en favor de la entidad pagadora de la prestación.

---

<sup>8</sup> FLÓREZ, Juan Gonzalo, Ob. Cit.

### 3.1. IMPROCEDENCIA DE LA ACUMULACIÓN

#### 3.1.1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA—SALA CIVIL

*Septiembre 9 de 1991.* Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.

M.P. Pedro LAFONT PIANETTA. Gaceta No. 2451. Actor: Rafael Vicente Salvat Vélez vs. Gaseosas Sucre S.A. (G.J. T. CCXXII, pp. 85 y 86).

*“un daño sólo puede ser indemnizado una sola vez, sin que sea posible recibir o acumular varias prestaciones con funciones indemnizatorias que excedan la reparación total del daño, en tanto que son admisibles las que carezcan de esta función (v. gr. donaciones).*

Al abordar el tema frente a la víctima amparada por una relación laboral preexistente con un tercero, distinto del victimario, del cual obtiene “beneficios o ventajas laborales”, consideró:

*“Ciertamente puede decirse, cuando el artículo 2341 del Código Civil prescribe que “el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, tiene como límite cuantitativo aquel que, según su función de dejar indemne (sin daño), alcance a reparar directa o indirectamente el perjuicio ocasionado, para el restablecimiento en sus diferentes formas, de la misma situación patrimonial anterior, lo que a su vez indica, de una parte que aquella debe ser completa, para que como satisfactoria extinga la obligación correspondiente, y de la otra, no se constituya el mismo daño como causa o fuente idéntica de indemnización y también como fuente de enriquecimiento para el victimario, pues este desborda dicha cobertura indemnizatoria. Por lo tanto, un daño sólo puede ser indemnizado una sola vez, sin que sea posible recibir o acumular varias prestaciones con funciones indemnizatorias que excedan la reparación total del daño...”*

*(...) Por lo tanto, como quiera que estos beneficios laborales, si bien tienen una fuente mediata distinta (la relación laboral) y una clasificación diferente como de prestaciones no económicas (v. gr. de asistencia de personas, auxilios médicos, farmacéuticos, indemnizaciones individuales, etc.), que tienen su causa y finalidad en la protección social del trabajo a cargo del empleador para*

*con el trabajador; no es menos cierto que se trata de prestaciones funcionalmente indemnizatorias, de reparación inmediata que se le impone (por la utilidad que deriva de la labor) y cumple este tercero, con entre otras las siguientes consecuencias: de una parte, que la víctima no puede acumular al cumplimiento de estas prestaciones laborales auténticamente indemnizatorias el derecho a pedir al tercero victimario indemnización por el mismo concepto (v. gr. gastos médicos, farmacéuticos, hospitalarios, etc.), sino los no satisfechos (v. gr. partes salariales no recibidas, aumentos, etc.) y, de la otra, que la entidad empleadora canceladora, goza del derecho de repetición contra el victimario por el valor de las prestaciones laborales cumplidas. En conclusión, anota ahora la Sala conforme al criterio expuesto en aquella ocasión, que de la indemnización de perjuicios a cargo del victimario se descuentan los valores correspondientes a prestaciones laborales con idéntica función indemnizatoria”.*

### 3.1.2. CONSEJO DE ESTADO—SECCIÓN TERCERA

El Consejo de Estado tampoco ha tenido una posición uniforme frente al tema, veamos:

Acudimos a unos apartes de la Sentencia de febrero 7 de 1995, exp. S-247, que no obstante reconocer el derecho a la acumulación, hace expresa mención a las sentencias de diciembre 13 de 1983 y marzo 27 de 1990, que rechazaban la subsistencia del perjuicio y por tanto la acumulación, veamos:

*“La apoderada de la Nación –Policía Nacional–, con invocación equivocada de los dispuesto en el artículo 2o. de la Ley 11 de 1975, interpuso Recurso Extraordinario de Súplica contra la sentencia de 13 de septiembre de 1991, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, por acoger doctrina contraria a la Jurisprudencia de esta Corporación, con el objeto de que se infirme dicha sentencia **“en cuanto al hecho de no haber ordenado deducir del monto de la indemnización total lo reconocido por prestaciones sociales y en consecuencia se emita pronunciamiento de instancia que reemplace a aquélla”.** (fl. 329).*

*Alega la recurrente que en el fallo se desconoció la jurisprudencia de esta Corporación, en relación con la indemnización especial “a forfait” o predeterminada por la administración, contenida en las sentencias de 13 diciembre de 1983 y 27 de marzo de 1990, recaídas, en su orden, en los procesos Nos. 10807, actora: M.L.A.V. de D., C.P.D.E.L.M. y S-021, actora: E.B.V. de G., C.P.D.G.C.L.,*

*en la primera de las cuales, luego de precisarse que cuando el daño se produce en forma independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio sino que ha sido causado por fallas del servicio, el funcionario, o el militar en su caso que lo sufre o sus damnificados tienen derecho a ser indemnizados en su plenitud y que “para evitar enriquecimiento sin causa las prestaciones percibidas por esos hechos deberán descontarse de la indemnización total” (fl. 329), se dispone:*

*“C) de la suma de los valores que resulten por la liquidación de los perjuicios materiales y morales será necesario restar lo que hayan recibido por concepto de prestaciones laborales. El saldo neto así determinado será la suma a pagar por concepto de indemnizaciones de perjuicios materiales y morales”. (fl. 328).*

*En la sentencia últimamente mencionada, asevera la impugnadora que igualmente se decidió, que:*

*“6.- De la suma de los valores que resulten por la liquidación de perjuicios materiales, en los términos que se detallan en los numerales 2) a 4) precedentes, será necesario restar lo que hayan recibido tanto la cónyuge supérstite como los hijos legítimos del Capitán de F.J.E.G.M. a título de compensación por muerte y la suma que exceda de la liquidación por concepto de cesantía sencilla”. (Fl. 328).*

Si bien no atan o relacionan en estas providencias la tipología del daño común, esto es, el lucro cesante de la responsabilidad del Estado, con la pensión de sobrevivientes del sistema de seguridad social pertinente, lo cual de suyo es extraño, ya que sólo restan de la indemnización total, lo reconocido por la seguridad social, lo cual parece anti técnico, lo cierto es que en estas sentencias se procedió con el descuento, o lo que es lo mismo, con la compensación, yendo inclusive más allá, en mi concepto equivocadamente, al descontar también los valores que representaban la liquidación por concepto de cesantías.

Entonces, no hay duda que el damnificado tiene derecho a la reparación plena del daño, pero para evitar un enriquecimiento sin causa, debe descontarse de la indemnización la suma correspondiente a las prestaciones sociales que hubiera recibido<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> MURCIA RAMOS, Ángela María. “La subsistencia del perjuicio a partir de la aplicación de la compensatio lucri cum damno y de la reparación integral”, Universidad Externado de Colombia, 2017.

Al respecto, es pertinente citar al ex Magistrado del Consejo de Estado, Dr. Ricardo HOYOS DUQUE<sup>10</sup>, y miembro activo del IARCE, quien por demás es el ponente de la sentencia de octubre 3 de 2002, exp. 19001-23-31-000-1995-3007-01, (14.207), defendiendo la postura de la no acumulación, veamos:

*“Deben promoverse cambios legislativos, como la implementación de la subrogación por parte de la ARL que paga, para evitar que las víctimas de daños antijurídicos o sus derechohabientes acumulen diferentes tipos de prestaciones indemnizatorias. Esa igualmente es la tendencia en el derecho comparado. Así lo señala el documento sobre el cúmulo de prestaciones y subrogación, preparado en 1994 por el grupo de trabajo de la Asociación Internacional de Derecho de Seguros, (AIDA), bajo la dirección del profesor argentino Juan Carlos Morandi, cuando expresa que: “Debe promoverse que en la legislación se prevea que las diversas indemnizaciones que reciba una víctima o sus derechohabientes a raíz de un accidente, sea de la naturaleza que fuere, no supere el monto del perjuicio efectivamente sufrido, más una razonable suma en concepto de daño moral cuando este correspondiere. Debe evitarse que el cúmulo de prestaciones derive en un enriquecimiento indebido de la víctima o de sus derechohabientes, coordinando al efecto los sistemas de seguridad social. Se exceptúan los aportes provenientes de los seguros privados contratados y pagados por la propia víctima, en función de su deber de proveer a su propia prevención”.*

Resulta de la mayor necesidad, sensatez y oportunidad, que pensemos con seriedad, con criterio económico, social y jurídico en el tema. Desconocemos cual es la razón por la cual los legisladores o el ejecutivo de tantos turnos, no se ha ocupado del tema, pero ahora, en esta época de la Pandemia por el Covid-19, (este texto se escribe en marzo de 2020), pero inclusive, antes de este fenómeno devastador, lo que demanda la sociedad es precisamente un sistema de salud robusto, con recursos, con una administración eficiente, con mejores coberturas, desde luego, alejada del mar de corrupción que acaba con los intereses comunes de toda una sociedad, más que cualquier pandemia mundial, y en ese sentido robustecer el sistema de salud otorgándole el derecho a la subrogación, con una básica norma reguladora, sin mayores

<sup>10</sup> HOYOS DUQUE, Ricardo. “El cúmulo de indemnizaciones, Revista Responsabilidad Civil y del Estado” No. 13, noviembre de 2002, del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, IARCE.

disquisiciones, elucubraciones y teorías interpretativas que no aportan, simplemente, como en el caso de las ARL, facultar legalmente a todo el sistema general de seguridad social a subrogarse en los derechos de la víctima en contra del tercero responsable del siniestro, hasta el monto de su provisión, cálculo o pago de la respectiva prestación económica, que no será otra que el reconocimiento de la pensión de invalidez o de sobrevivencia; con lo cual logramos cinco claros y loables propósitos:

1. No enriquecer a la víctima, que sólo necesita que se le repare el daño y nada más que el daño, se respetaría plenamente el principio de la reparación integral del daño.
2. Fortalecer con recursos adicionales al sistema de salud, que en virtud de un contrato de afiliación acudió a cumplir con sus obligaciones.
3. No se favorece al victimario o causante del daño, en tanto debe proceder al pago de la indemnización, en lo tocante al lucro cesante, no a la víctima directamente, sino al sistema o entidad de la seguridad social que pagó, al margen de discusiones sobre la naturaleza indemnizatoria o no del pago de esta prestación.
4. Se facilita la labor de los jueces, y en general de la administración de justicia, en lo tocante a este rubro de la indemnización, pues se evita la compleja y seria discusión, el trámite de pruebas en torno a este debate, se evita el “incidente” del juramento estimatorio, se acelera el proceso, se evitan recursos y dilaciones, lo que sin duda inyecta celeridad y eficiencia en la administración de justicia.
5. Se dejan de generar esas falsas expectativas en las víctimas.

¿Qué aporta al debate y a la clara necesidad de una nación, de todos, no de una víctima, que nos enredemos en disquisiciones sobre si la naturaleza del pago es o no indemnizatoria, y en ese sentido, proceder o no con la acumulación? En mi concepto, y puede que desde un punto de vista más pragmático, y si se quiere, menos riguroso, nada.

Esto es, si le negamos el carácter indemnizatorio a las prestaciones derivadas de la seguridad social, podríamos afirmar que es acumulable con la obligación derivada de la responsabilidad civil, en tanto que “la única prestación que tiene carácter indemnizatorio, es aquella

que extingue la obligación del responsable”, en voces del Dr. Javier TAMAYO y del mismo Consejo de Estado, en sentencia de julio 14 de 2004, y si ese es el tropiezo, pues modifiquemos desde el órgano democrático legislativo ese criterio, así sea para este debate, pues no podemos olvidar que en ocasiones la jurisprudencia otorga carácter indemnizatorio a estas prestaciones, vaivenes, evoluciones, avances o retrocesos que realmente terminan sin solucionar el problema de fondo, en beneficio de la víctima, y desde luego, sin favorecer al victimario que no participó de ese contrato de afiliación o aseguramiento, fortaleciendo con recursos legítimos al sistema de salud y ayudando al operador judicial, en quien también debemos pensar, respaldar, apoyar y contribuir a su noble y valiosa labor en la sociedad.

En esa misma línea, y en la referida *sentencia de octubre 3 de 2002*, exp. 19001-23-31-000-1995-3007-01 (14.207), Magistrado Ponente, Ricardo HOYOS DUQUE, extraemos al respecto, los siguientes apartes<sup>11</sup>:

*“La procedencia o no de la acumulación de la indemnización de perjuicios con las prestaciones pagadas a la víctima por la seguridad social, sea que se demande la responsabilidad plena del patrono o empleador de un tercero, debe efectuarse a partir de la naturaleza jurídica de la seguridad social y de la existencia o no de la subrogación en los derechos de la víctima por parte de la entidad de la seguridad social que paga.*

*(...) a través de la seguridad social, el patrono traslada los riesgos a otra entidad (ISS, Cajanal, administradora de riesgos profesionales), las prestaciones derivadas del accidente de trabajo que tienen una naturaleza indemnizatoria y por tanto, en el evento de que exista culpa suficientemente comprobada del patrono, constituyen un pago parcial de la indemnización plena a cargo de éste, independientemente de que le asista o no el derecho de subrogación frente al patrono, cosa que por demás no resulta lógica, en tanto el asegurador se estaría volviendo contra el asegurado en un seguro de responsabilidad civil”.*

Vemos entonces que en ocasiones, al pago derivado de las obligaciones contenidas en el sistema de seguridad social, se le atribuye un carácter indemnizatorio, y en otros casos no, lo que sin duda dificulta el análisis y pone en tela de juicio, en cierto nivel de

<sup>11</sup> MURCIA RAMOS, Ángela María. Ob. Cit.

ambivalencia e inseguridad, el criterio a tener en cuenta para concluir en uno u otro caso, si esta prestación es acumulable o no, con la indemnización debida del derecho de daños.

### 3.1.3. TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL

Podríamos hacer múltiples citas del Tribunal Supremo Español, allí, es el órgano de cierre, como en nuestro caso, la Corte Suprema de Justicia, pero procedemos a realizar esta cita, que ilustra el debate, la importancia y necesidad de abordarlo, no sólo en Colombia, sino en otras latitudes:

El Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha<sup>12</sup>, en sentencia de junio 26 de 2012, reiteró el criterio adoptado por el Tribunal Supremo, en sentencia de enero 21 de 2008, veamos:

*“La mayoría de la doctrina, cuando existe derecho a percibir varias indemnizaciones, es partidaria de la llamada “compensatio lucri cum damno”, compensación derivada del principio jurídico, amparado en el artículo 1.4 del Código Civil, de que nadie puede enriquecerse torticeramente a costa de otro. Por ello, cuando existe el derecho a varias indemnizaciones, se estima que las diversas indemnizaciones son compatibles, pero complementarias, lo que supone que, como el daño es único y las diferentes indemnizaciones se complementan entre sí, habrá que deducir del monto total de la indemnización reparadora, lo que se haya cobrado ya de otras fuentes por el mismo concepto. La regla general sería, pues, el cómputo de todos los cobros derivados del mismo hecho dañoso, mientras que la acumulación de indemnizaciones sólo se aceptaría cuando las mismas son ajenas al hecho que ha provocado el daño, pues la regla de la compensación es una manifestación del principio que veda el enriquecimiento injusto.*

(...)

*Si se pretende evitar que la reparación de un daño no sea fuente de un enriquecimiento injustificado, también se debe buscar que la aplicación de la compensación, no conlleve un enriquecimiento de quien causó el daño, al pagar de menos, ni el enriquecimiento de la aseguradora con quien contrató el aseguramiento del daño causado su responsable”.*

<sup>12</sup> Sentencia citada por MURCIA RAMOS, Ángela María, Ob. Cit. Publicada en <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>.

(...)

*Sentado lo anterior, lo correcto será que la compensación, practicada para evitar enriquecimiento injusto del perjudicado, se efectúe por el juzgador, tras establecer los diversos conceptos indemnizables y su cuantía, de forma que el descuento por lo ya abonado, opere, solamente sobre los conceptos a los que se imputaron los pagos previos. Consecuentemente, la compensación operará entre conceptos homogéneos, lo que tratándose de prestaciones de la Seguridad Social que resarcen por la pérdida de ingresos que genera la disminución de la capacidad de ganancia, temporal o permanente, supone que las referidas prestaciones solo pueden compensarse con las indemnizaciones reconocidas por el llamado lucro cesante...*

*Esta posición de la jurisprudencia Española, debe soportarse en la talanquera que impone el derecho de subrogación de la entidad de la seguridad social que realizó el pago en favor de la víctima, tal como lo precisábamos en los renglones anteriores, donde se destacaban, a manera enunciativa, cinco ventajas y sobre todo respuestas positivas de cara al principio de la reparación integral del daño, sin la presencia odiosa e innecesaria del enriquecimiento de la víctima, y mucho menos del victimario.*

### 3.1.3.1. *Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil. Principles of European Tort Law – PETL*

En Viena, en mayo de 2005, se realizó la presentación oficial de los Principles on European Tort Law (Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil), que son el resultado de algo más de diez años de trabajo del llamado European Group on Tort Law, fundado en 1992 por Jaap Spier, Catedrático de Derecho Privado en la Universidad de Tilburg.

El “*European Group on Tort Law*” desde su fundación, ha estado formado por más de una treintena de juristas de diversos países. El apoyo logístico necesario para todas las tareas organizativas del Grupo ha sido aportado desde 1999, fecha de su fundación, por el Centro Europeo del Derecho de la Responsabilidad Civil y del Seguro (European Centre of Tort and Insurance Law), con sede en Viena y dirigido por el Dr. Helmut KOZIOL. Desde sus inicios, el Grupo presagiaba que la redacción de un cuerpo de “Principios” de responsabilidad civil no sería tarea fácil ni podría conseguirse en unos pocos años. Por esas razones, se planteó si debía esperar a

tener terminados los “Principios” y su comentario correspondiente para darlos a conocer al público o si, por el contrario, era preferible ir publicando los trabajos preparatorios, en forma de libros en los que se fueran recogiendo los informes de Derecho interno (National Reports) y el informe comparado (Comparative Report) elaborados sobre cada materia, a medida que se iban ultimando. El Grupo se inclinó por este segundo procedimiento por considerar que los informes nacionales son suficientemente importantes y útiles en sí mismos y los publicó en la colección Principles of European Tort Law de la editorial Kluwer International (hoy Aspen)<sup>13</sup>.

Consideramos pertinente esta cita, en tanto los principios vienen ambientando una eventual, tal vez futura regulación para los países de la Unión Europea, en temas de responsabilidad civil, a manera de principios guías que permitan una eventual armonización, con las dificultades y complejidades que dicho propósito conlleva, pero aun así, lógrese o no el propósito, estamos en frente de unos juristas de la mayor talla mundial, que vienen analizando diversas figuras y principios del derecho de daños, por lo cual, siempre habrá de tenerse la mirada puesta en tan destacado y riguroso equipo de trabajo. Así las cosas, frente al tema que ocupa este escrito, plantean el siguiente principio:

*Art. 10:103. Beneficios obtenidos mediante el evento dañoso. Al determinar la cuantía de la indemnización, deben tenerse en cuenta los beneficios que el dañado ha obtenido mediante el evento dañoso, a menos que ello sea incompatible con la finalidad del beneficio.*

Pertinente resulta citar textualmente al maestro de la Universidad de Girona, España, unos de los miembros del selecto grupo, Dr. Miquel Martín CASALS: “El art. 10:103 PETL recoge el principio de la *compensatio lucri cum damno* al establecer que para determinar la cuantía de la indemnización “deben tenerse en cuenta los beneficios que el dañado ha obtenido mediante el evento dañoso, a menos que ello sea incompatible con la finalidad del beneficio”. Su inclusión se debe a la idea de que la indemnización debe compensar a la víctima,

<sup>13</sup> CASALS, Miquel Martín. “Una primera aproximación a los “Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil”. Barcelona, mayo de 2005. [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/284\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/284_es.pdf).

*no enriquecerla, pero se sujeta a la concurrencia de dos requisitos. En primer lugar, el beneficio obtenido debe tener una relación de causalidad con el evento dañoso, ya que no será suficiente que la víctima haya obtenido el beneficio o ventaja con ocasión del mismo. Un ulterior requisito es que la deducción que comporta tener en cuenta ese beneficio sea compatible con la finalidad del mismo. Con carácter general puede afirmarse que la finalidad de todo beneficio será proporcionar ayuda económica a la víctima, no liberar de responsabilidad al causante del daño, por lo que si bien la deducción debe evitar el enriquecimiento de la víctima también debe evitar el beneficio del causante del daño. Con carácter particular, deberá decidirse en cada caso concreto si la deducción es compatible o no con la finalidad del beneficio correspondiente, ya que los Principios no presumen que la compensatio tenga que producirse por regla general. **Con todo, los ordenamientos jurídicos analizados por el Grupo se encuentran prácticamente divididos al 50%**". (Negrilla fuera de texto).*

Este principio, aunque puede dejar vacíos para el problema que venimos analizando, lo cierto es que demuestra que la preocupación por el debate trasciende nuestras fronteras, y es así como lo vemos presente en Europa y gran parte de Latinoamérica, nótese que el profesor Casals, así lo precisa al manifestar que el grupo se encuentra dividido frente al debate.

### 3.2. PROCEDENCIA DE LA ACUMULACIÓN

Es un tema sin duda de gruesa discusión filosófica, económica y que de cierto modo pone en plano de excepción la función indemnizatoria frente a la verdadera magnitud del daño, esto es, que sólo se indemniza el daño y nada más que el daño, por ello, nuestro propósito, con este tema y con los demás tratados en el libro, es simplemente esquematizar, hacer una descripción, seguro incompleta, pero que nos permita ver el estado del arte y la discusión que actualmente se presente en Colombia y en varias latitudes, frente a los criterios para la adecuada liquidación del lucro cesante.

Así pues, frente al criterio de la procedencia de la acumulación de las prestaciones derivadas del sistema de seguridad social y las propias de la responsabilidad civil, traemos un extracto de la

profesora Ángela María MURCIA<sup>14</sup>, citando para tal efecto al maestro Javier TAMAYO JARAMILLO: *“En conclusión, cuando un tercero, cuya intención no era la de extinguir la obligación del responsable del daño, otorga a la víctima un bien, que total o parcialmente, repone el que fue dañado, y la ley no establece a favor de aquel el derecho a subrogarse, en la acción de esta última, se podrán acumular la prestación entregada por ese tercero y la indemnización debida por el causante del perjuicio”*.

### 3.2.1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA–SALA CIVIL

*Junio 24 de 1996. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Pedro Lafont Pianetta. Expediente No. 4662. Actor: Alix Marina Quiñones Aceros vs. Coopetrán.*

*“Aparece demostrado en el expediente, que para la fecha del fallecimiento de Edelberto Niño Granados (Junio 27 de 1986), este era trabajador al servicio de la Electricadora de Santander S.A., y en consecuencia, al momento de su muerte, con las condiciones y el lleno de los requisitos legales para el efecto, su cónyuge, Alix Marina Quiñones, adquirió el derecho a devengar la suma correspondiente a la pensión de sobrevivientes que tiene su origen en la relación de índole laboral que ligaba al de cujus con la empresa mencionada y en su carácter de afiliado al ISS, prestación esta que es por completo independiente del derecho que le asiste a las demandantes a ser indemnizadas por la responsabilidad civil extracontractual cuya declaración solicitaron al iniciar este proceso, como quiera que esta indemnización tiene origen en el accidente causado por el vehículo afiliado a Coopetrán, en desarrollo de una actividad peligrosa. De suerte que, siendo independiente la causa de estas prestaciones a favor de la viuda y la hija del causante, mal podrá aceptarse que la parte demandada pudiese descontar del monto de la indemnización por ella debida, el valor de las sumas pagadas a las demandantes, en virtud de la relación laboral que su esposo y padre tenía con una empresa diferente y como trabajador afiliado al ISS, pues en tal caso, el responsable civilmente de una actividad peligrosa, a la postre resultaría obteniendo un beneficio de lo que las leyes de carácter laboral han previsto en beneficio del trabajador y de su familia, sin que hubiere ninguna causa de orden jurídico, ni norma expresa en contrario, y siendo ello así, a expensas de lo que paga el Seguro*

<sup>14</sup> MURCIA, Ángela María. Ob. Cit.

*Social, se disminuiría el valor de la indemnización a cargo de la parte demandada, por el daño ocasionado a los damnificados por su actividad, es decir, que vendría a lucrarse por el hecho de que la víctima del accidente estuviere afiliada al ISS. No hay pues, pese a lo afirmado en el tercero de los cargos por la parte demandada, una doble indemnización”.*

Nótese que se trata del mismo Magistrado ponente, que entre 1991 y 1996 cambia su posición sobre la procedencia o no de la acumulación de las prestaciones derivadas del sistema general de seguridad social, con las obligaciones propias y consecuentes de la responsabilidad civil, aunque no hace mención expresa al cambio de posición, pues, como en otras modificaciones, la Corporación sale a precisar los motivos, fundamentaciones o causas del cambio jurisprudencial.

*Octubre 22 de 1998.* Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. José Fernando RAMÍREZ GÓMEZ. Expediente No. 4662. Actor: Alix Marina Quiñones Aceros vs. Coopetrán

*A decir verdad, la doctrina no ha sido uniforme en el análisis del tema que plantea la impugnación. En ocasiones se ha sostenido que la víctima no puede acumular la reparación que obtiene del responsable a la prestación que recibe por virtud de un seguro o de la seguridad social, por cuanto ello constituiría una doble indemnización. En otras oportunidades, se opta por una solución contraria, advirtiendo la procedencia de la acumulación, pues lo pagado por la seguridad social o la compañía aseguradora tiene una causa jurídica diferente de la que genera la obligación indemnizatoria del tercero responsable del daño.*

*Ciertamente, como lo dice la última providencia citada, –se refiere a la sentencia de junio 24 de 1996, citada precedentemente– la prestación pagada por el seguro o la seguridad social tiene una causa jurídica distinta e independiente de la obligación indemnizatoria a cargo del tercero responsable del daño. Además, como lo indica la sentencia de 9 de septiembre de 1991, cuando un tercero paga con el fin de extinguir la obligación indemnizatoria del responsable, se subroga en las acciones que tenía la víctima o tiene el derecho de repetición en los términos de los artículos 1631 y 1632 del C. Civil.*

*De manera que ambas providencias parten de supuestos válidos y legales, pero llegan a diferentes soluciones, **lo que hace necesario que la Corte con ocasión del presente caso, fije con exactitud el verdadero alcance del problema, para optar por una u otra***

***de las alternativas que las decisiones referenciadas proponen, lo cual implica definir si el pago del seguro o de la seguridad social extingue la obligación del tercero responsable, o si apenas soluciona su propia obligación, caso en el cual subsistiría la indemnizatoria del victimario.***

*Planteado el problema, lo primero que debe dejarse formulado para llegar a la pertinente solución, es que las normas del Código Civil (arts. 1666 y ss.), no satisfacen la expectativa de subrogación que pudiera tener el seguro social o la compañía aseguradora que indemniza a la víctima, respecto de las acciones de ésta contra el responsable del daño, puesto que la subrogación por estas normas reconocida, opera cuando el tercero paga la obligación del deudor, pero no cuando extingue su propia obligación.*

(...)

*Fue así, como en los seguros de personas se concibió la posibilidad de acumular las indemnizaciones, al prohibirse en forma expresa la subrogación del asegurador, para que quedara así comprometida la responsabilidad del tercero, pero al mismo tiempo enervada la posibilidad de pagar dos veces el mismo daño. En cambio, en los seguros de daños se vedó la acumulación de indemnizaciones, no porque en forma expresa lo prohibiera el legislador, sino porque se le concedió al asegurador una acción especial, precisamente porque las normas civiles no lo subrogaban.*

*Posteriormente, habida consideración que las normas civiles tampoco servían de apoyo para la subrogación de la seguridad social, a ésta se le confirió la misma acción especial subrogatoria otorgada en el caso de los seguros de daños, procurándose con ello, además, disminuir los costos de la seguridad social al permitirse el recobro de las indemnizaciones pagadas al asegurado.*

(...)

***Así las cosas, la improcedencia de la acumulación no puede fundarse en el argumento simple del resarcimiento de la víctima por el seguro y el carácter indemnizatorio del mismo, sino en la consagración legal de una acción de subrogación a favor del asegurador que pagó, pues de no existir dicha acción, la acumulación no tendría reproche, porque el tercero no puede quedar impune y constituirse en el verdadero beneficiario del seguro, tal como lo predica la Corte en la sentencia de 24 de junio de 1996. (Negrilla fuera de texto).***

*Véase como el Código de Comercio en el art. 1096 concede la subrogación en beneficio del asegurador, mientras que en el art. 1099 la prohíbe, autorizando, así, implícitamente, la acumulación. De modo que es la ley y no la naturaleza del seguro la que abre*

*paso a la acumulación. Además, el seguro sólo tiene carácter indemnizatorio cuando el asegurador extingue la obligación del responsable, como sucede en el seguro de responsabilidad civil donde el asegurador, para liberar al asegurado responsable, indemniza directamente a la víctima. De lo contrario, lo que existe son dos prestaciones surgidas de un mismo hecho, pero con causas jurídicas diferentes. Por consiguiente, puede afirmarse, que cuando se produce un daño imputable a una persona, si un tercero por mera liberalidad o por virtud de cualquier relación contractual, otorga en favor de la víctima una prestación que tenga por fundamento la necesidad jurídica de indemnizar el señalado daño, independientemente de mediar o no subrogación legal o voluntaria en los derechos de la víctima por parte de ese tercero, esa circunstancia no puede aprovechar al responsable para liberarlo de la obligación indemnizatoria a su cargo en igual medida a la de aquella prestación.*

***Por lo tanto, si el seguro social dispusiese de una acción subrogatoria especial contra el responsable del daño del trabajador, la acumulación de indemnizaciones no sería posible puesto que el responsable se vería abocado a indemnizar dos veces el mismo daño. En consecuencia, cada vez que la seguridad social indemnice a la víctima por los daños sufridos, será preciso averiguar si la legislación especial establece o no el derecho de subrogación, porque lo dispuesto por el Código de Comercio en materia de seguros, no es aplicable, por lo menos en el régimen actual, a los sistemas de seguridad social".*** (Negrilla fuera de texto).

Julio 9 de 2012. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M.P. Ariel SALAZAR RAMÍREZ. Expediente No. Exp. 11001-3103-006-2002-00101-01. Actor: Maribel Farfán vs. Cooperativa de Transportadores La Nacional y otro.

*Hechos. El día 14 de septiembre de 1997, el señor Luis Alberto Estévez Leal fue atropellado por el vehículo de placas SGO-919, afiliado a la Cooperativa de Transportadores La Nacional Ltda., cuyo accidente le produjo la muerte en forma instantánea.*

***Frente a tal situación, surge el problema de si es posible o no acumular tales prestaciones, lo cual genera una disyuntiva inevitable: si no se admite la concurrencia, se enriquece quien deja de pagar o paga menos porque el infortunio de la víctima ya estaba cubierto por otra vía; y si se acepta la acumulación, se enriquece la víctima al ser retribuida en exceso.***

*El conflicto ha estado presente de tiempo atrás tanto en la jurisprudencia y la doctrina nacionales como extranjeras, sin que*

*hasta el momento pueda decirse que se haya llegado a una solución que satisfaga a todos los sectores o que resuelva de modo definitivo los interrogantes que el tema suscita.*

*La dificultad tiene su origen en la noción misma de indemnización, que no persigue como fin hacer que el perjudicado se lucre, sino reponer su patrimonio, por lo que es natural que, al comparar el estado que tenía antes y después de producirse el daño, se tomen en cuenta los efectos ventajosos producidos por el mismo hecho en virtud del cual se reclama. A esta operación los autores del derecho común han dado el nombre de *compensatio lucri cum damno*<sup>15</sup>. Con esta locución suele evocarse el principio, no codificado pero reconocido por la doctrina y la jurisprudencia, en virtud del cual la cuantificación del daño resarcible debe tomar en cuenta las eventuales ventajas que obtiene el lesionado y que tienen su origen directo en el mismo hecho dañoso.*

*A fin de establecer una pauta para la procedencia o no de la acumulación, algunos autores han sostenido que la imputación o computación de beneficios –según ha sido denominada la figura– sólo puede hacerse extensiva a las situaciones que se deriven directamente del hecho dañoso, o sea que se acude al criterio de la “**causación adecuada**”. De conformidad con esta teoría, ha de prescindirse de todos aquellos beneficios que, en un cálculo de probabilidades, sean tan ajenos al suceso dañoso, que no haya más remedio que considerarlos puramente fortuitos<sup>16</sup>.*

*Tal ha sido el patrón que ha seguido el Tribunal Supremo de España en las sentencias de 15 de diciembre de 1981 y de 8 de mayo de 2008; en la primera de las cuales se indicó que “el perjudicado no podrá recibir más que el equivalente del daño efectivo y que, en su caso, de haber obtenido alguna ventaja ésta deberá de tenerse en cuenta al cuantificar aquel resarcimiento (*compensatio lucri cum damno*), siempre, por supuesto, que exista relación entre el daño y la ventaja...”, lo que no es más que la aplicación de la doctrina que proscribe el enriquecimiento injusto.*

(..)

*Según autorizada doctrina, **el problema se reduce a determinar la naturaleza de las prestaciones que la víctima recibe de terceros con ocasión del hecho dañoso**, aun cuando éste constituya la única causa de tales beneficios; de suerte que lo que realmente importa es si lo que se recibe constituye o no una reparación o*

<sup>15</sup> WINDSCHEID. En VON TUHR, A. *Tratado de las Obligaciones*. Tomo I. Madrid: Edit. Reus, 1ª ed. 1934. p. 74.

<sup>16</sup> *Ibidem*. p. 74.

*indemnización del daño irrogado. En caso afirmativo, el cúmulo es inadmisibles porque un daño no puede ser reparado dos veces; pero si las prestaciones no tienen ese carácter, es decir si su esencia no es resarcitoria, el cúmulo sería procedente<sup>17</sup>.*

*Finalmente, ante la insuficiencia de cada uno de esos enfoques para erigirse a sí mismo en parámetro absoluto para la determinación de la concurrencia de indemnizaciones, ha tomado fuerza la explicación de que, simplemente, es la facultad de subrogación la pauta que debe seguirse para resolver la dificultad; de tal suerte que si la ley concede ese derecho al tercero que paga la indemnización, la víctima no podrá acumular las prestaciones, en tanto que si el primero carece de esa atribución, entonces nada impedirá que la segunda obtenga doble retribución.*

*El anterior argumento logra solucionar una gran cantidad de casos, pues ante la previsión legal de que el tercero que paga se subroga en los derechos del causante del daño, resulta incuestionable que no se puede cobrar la misma indemnización tanto al autor del perjuicio como al subrogado que pagó por él; dado que no solo la víctima estaría recibiendo doble resarcimiento sino que el victimario quedaría expuesto a hacer un doble pago.*

*A partir de la figura de la subrogación se puede concluir que la acumulación de indemnizaciones es inadmisibles cuando el solvens dispone de una acción personal para reclamar al verdadero deudor lo que ha pagado en lugar suyo; más en tal caso no se trata propiamente de "varias indemnizaciones", sino que es la misma prestación la que el tercero paga y por la que se sucede a título singular en los derechos. Ahora bien, si ninguno de los criterios que se han esbozado comporta, por sí solo, el patrón para establecer la admisibilidad de la concurrencia de las prestaciones, ello tan solo es posible porque debido a la gran multiplicidad de hechos causantes de responsabilidad civil; de fuentes o títulos de los que ella emana; de los caracteres distintivos de esas prestaciones; y de los efectos a que dan lugar las obligaciones de ese tipo, se torna insostenible la fijación de un único fundamento conceptual que englobe todas esas situaciones; de suerte que no será posible establecer a priori y con prescindencia de las particularidades de cada caso concreto, si se admite, y en qué medida, el cúmulo de indemnizaciones.*

(...)

<sup>17</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Tomo II. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1987. p. 583.

*De manera que atendiendo a las particularidades de cada circunstancia, la Corte ha graduado el alcance de la indemnización a tono con el verdadero daño sufrido por la víctima; con la causa que lo produjo; con el título o títulos de los que emana el deber de resarcir; con la naturaleza de las prestaciones que se originan a partir de un hecho dañoso; o con el principio de no enriquecimiento injusto para ninguna de las partes.*

Veamos entonces que no existe uniformidad, o dicho de otra forma, no se observa una regla general que solucione o atienda con certeza y claridad el debate, pues aparecen discusiones como si el pago de la seguridad social es o no indemnizatorio, caso en el cual no procedería la acumulación, esto es, atendiendo a la naturaleza del pago de la seguridad social, atamos la solución, pues de ser indemnizatorio, que se sostiene que no, no procedería la acumulación, porque equivaldría a una doble indemnización, o el otro, tal vez, con mayor claridad y contundencia, que se refiere a la facultad de subrogación que pueda tener la entidad de seguridad social que asumió y pagó o pagará la debida prestación, –invalidéz o muerte– además de estos elementos que acabamos de leer en la sentencia citada, que de alguna manera aportan al complejo debate, veamos:

*“... la Corte ha graduado el alcance de la indemnización a tono con el verdadero daño sufrido por la víctima, con:*

*La causa que lo produjo; el título o títulos de los que emana el deber de resarcir; la naturaleza de las prestaciones que se originan a partir de un hecho dañoso; o con el principio de no enriquecimiento injusto para ninguna de las partes”.*

### 3.2.2. CONSEJO DE ESTADO—SECCIÓN TERCERA

La otra posición del Consejo de Estado, ahora en este aparte del escrito, tiene que ver con la admisibilidad de la acumulación de las prestaciones derivadas de la seguridad social, y las propias del hecho dañoso o de la responsabilidad civil. En este sentido, afirma el Consejo de Estado en sentencias que pasarán a citarse, que “hay lugar a esa acumulación, sin ningún descuento porque las prestaciones sociales y la indemnización, tenían fuentes diversas: **las primeras, derivan de la relación jurídico-laboral de la víctima y, por tanto, no tienen carácter indemnizatorio,** y la segunda, tiene su origen

en el daño sufrido por la víctima derivado de la falla del servicio” (Negrilla fuera de texto)<sup>18</sup>.

Veamos la síntesis de algunas sentencias:

**Febrero 7 de 1995, exp. S-247. M.P. Carlos Arturo ORJUELA GÓNGORA**  
**Demandado: Policía Nacional**

Se precisa que esta sentencia hace referencia a la prohibición de descontar el valor que le correspondía a la víctima, adscrito a la Policía Nacional, por concepto de prestaciones sociales, pero el planteamiento sirve de referencia, además que parece ser el quiebre entre la posición anterior de la improcedencia de la acumulación, con esta nueva postura, de su procedencia, veamos:

*“También condenó a la Nación a cancelar a los demandantes los perjuicios morales en concreto y los materiales, de cuyo monto advirtió no debe descontarse el valor de las prestaciones sociales que le fueron reconocidas a los demandantes mediante Resolución No. 7563 de 1986, porque éstas tienen su causa en la ley (Decreto 2063 de 1964), debido al vínculo jurídico que ligaba al agente fallecido con la entidad y, de ninguna, manera en la falla del servicio a que se hizo referencia.*

*En el sub-lite, como se indicó, se señala como jurisprudencia contraria, la contenida en el fallo fechado el 13 de diciembre de 1983, exp. 10.807, en el cual la Sala Plena además de declarar responsable a la Nación Colombiana –Ministerio de Defensa– por la muerte por fallas del servicio del Capitán Piloto G.E.D.M. y de condenarla a pagar a su cónyuge supérstite y a su hija la indemnización correspondiente, puntualizó: “No obstante, cuando el daño se produce en forma independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio sin que han sido causadas por fallas del servicio, el funcionario, o el militar en su caso que las sufre o sus damnificados tienen derecho a ser indemnizados en su plenitud. Para evitar enriquecimiento sin causa las prestaciones percibidas por esos hechos deberán descontarse de la indemnización total” (fl. 339).*

<sup>18</sup> MURCIA RAMOS, Ángela María. Ob. Cit. En la cual cita las siguientes sentencias del Consejo de Estado: Febrero 7 de 1995, exp. S-247; Abril 10 de 1997, exp. 11.866; Abril 24 de 1997, exp. 9997 y julio 4 de 1997, exp. 10.182, entre otras.

*De igual modo se estima que la sentencia impugnada desconoció la misma tesis jurisprudencial que se expuso también en el fallo de la Sala Plena calendarado el 27 de marzo de 1990, en el cual, tras declarar la responsabilidad de la Nación por el deceso del Capitán de F.J.E.G.M. por suministrarle una sustancia tóxica en lugar de una mezcla de glucosa para una curva de glicemia, se dispuso descontar de los valores que resultaran de la liquidación de los perjuicios materiales, lo que la cónyuge supérstite y los hijos legítimos del causante hubieren recibido a título de compensación por muerte y la suma que exceda de la liquidación por concepto de cesantía sencilla.*

*La sentencia suplicada acogió, entonces, una jurisprudencia contraria a la que contienen las providencias traídas a colación por la entidad recurrente, en cuanto no dispuso el descuento de las sumas percibidas por los demandantes por concepto de prestaciones sociales.*

*Empero, aunque contradice una jurisprudencia anterior, se ajusta a la ley, y por tanto, **la Sala estima en este momento que es menester rectificar la jurisprudencia anterior** y acoger como nueva doctrina de la Corporación la que sostiene la sentencia suplicada, pues es incuestionable que las prestaciones sociales reconocidas a la cónyuge supérstite y demás causahabientes tienen como fuente la relación jurídico laboral del causante con la Administración Pública, en tanto que la indemnización reconocida en el proceso en cuestión se apoya en la falla del servicio.*

*De suyo, la relación laboral engendra una serie de derechos autónomos, independientemente de que el funcionario o sus causahabientes, herederos o beneficiarios, según el caso, puedan invocar una indemnización plena y ordinaria de perjuicios en caso de lesión invalidante o de muerte; máxime cuando este resarcimiento pecuniario nada tiene que ver con esa prestación de servicios subordinados.*

*Por consiguiente, no existe justificación de ninguna clase para ordenar el descuento del valor de las prestaciones sociales reconocidas a la cónyuge supérstite y demás causahabientes del monto de la misma, pues son obligaciones jurídicas con una fuente distinta, enfrente de las cuales no cabe la compensación que se daría al disponer ese descuento.*

*La Sala estima conveniente, además, ahondar brevemente en esta distinción, para lo cual son procedentes los siguientes razonamientos:*

*Las prestaciones sociales que le fueron reconocidas a la demandante y a sus hijos, tienen su causa en la ley (Decreto 2063 de 1984), por virtud del vínculo laboral que existió entre la Administración Pública*

*y su esposo y padre, respectivamente, como Agente de la Policía Nacional; y es importante dejar sentado que debían reconocerse, de conformidad con el artículo 120 de ese ordenamiento, aún en el supuesto de que el causante hubiese fallecido de muerte natural. O sea, que a través de ese reconocimiento no se le está otorgando ninguna indemnización a esas personas, sino simplemente pagándoles unas prestaciones sociales a las que tienen vocación por razón del nexo laboral de su causante.*

*En cambio, la indemnización de perjuicios que se les reconoció separadamente en el proceso citado, tiene su origen y fundamento en la falla del servicio que produjo la muerte del Agente P.L.M.S. O sea, que en el primer supuesto la obligación deviene de la ley y se sustenta en la relación laboral del causante; en el segundo, nace de la responsabilidad que le compete a la Administración Pública en la muerte de aquél, por una falla del servicio. En ese orden de ideas, no es dable el descuento impetrado por la entidad recurrente.*

*Se insiste, este puede ser la sentencia que hace el giro en el problema planteado, y si bien, lo refiere a las prestaciones sociales, sus argumentos han servido de base para los posteriores pronunciamientos de esta Corporación, en el entendido que se trata de causas jurídicas diferentes, que las prestaciones sociales o las obligaciones derivadas de la seguridad social no tienen el carácter de indemnizatorias, por lo que es procedente la acumulación, en tanto, una es la obligación que deviene de la legislación laboral y de la seguridad social, con el empleado y otra diferente, la obligación que emerge de la responsabilidad civil, o de la responsabilidad del Estado, en este caso, bajo el título de imputación de falla en el servicio”.*

**Veamos otros pronunciamientos:**

**Julio 14 de 2004, exp. 14.308, M.P. Alier HERNÁNDEZ**

*“Así, la intención de quien compensa a la víctima debe ser extinguir la obligación, si se trata del pago por otro, frente al daño causado; de lo contrario, no habrá una indemnización o reparación del perjuicio, sino el cumplimiento de una obligación con carácter diferente, ya sea legal o contractual.*

*En conclusión, cuando un tercero, cuya intención no era la de extinguir la obligación del responsable del daño, otorga a la víctima un bien que total o parcialmente repone el que fue dañado, y la ley no establece a favor de aquel el derecho a subrogarse en la acción de esta última, se podrán acumular la prestación entregada por ese tercero y la indemnización debida por el causante del perjuicio.*

En igual sentido y a título informativo, se citan los siguientes pronunciamientos del Consejo de Estado:

FECHA SENTENCIA	EXPEDIENTE	MAGISTRADO PONENTE
Marzo 1º de 2006	14.002	Ramiro SAAVEDRA
Abril 26 de 2006	17.529	Ramiro SAAVEDRA
Sept. 28 de 2006	32.112	Ramiro SAAVEDRA
Nov. 27 de 2006	15.583	Ramiro SAAVEDRA
Agosto 30 de 2007	15.724	Ramiro SAAVEDRA
Marzo 18 de 2010	32.651	Enrique GIL BOTERO
Agosto 8 de 2012	22.573	Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA

En definitiva, y esta es la posición actual del Consejo de Estado, sin que con ello podamos afirmar que el tema se encuentra resuelto, como lo hemos referido a lo largo del presente escrito<sup>19</sup>:

*“Cuando en el ordenamiento jurídico de manera previa se establecen una serie de compensaciones, reconocimientos patrimoniales y prestaciones especiales –que en el derecho francés se han denominado “indemnización a forfait”– su reconocimiento es compatible con la indemnización a cargo de quien es encontrado responsable de un daño, por cuanto la causa jurídica de la primera es la ley y, la causa jurídica de la indemnización plena proveniente de la responsabilidad, es el daño mismo. En otras palabras, los dos beneficios: el a forfait y la prestación indemnizatoria a cargo del responsable del daño, tienen causas jurídicas distintas, y por lo tanto no se excluyen entre sí”.*

Errada forma de solucionar el asunto, en un país donde se requiere robustecer o alimentar con recursos al precario sistema de salud, tomando la opción de enriquecer a una víctima, que recibe el doble que por el monto y la magnitud del daño le corresponde, en lugar de

<sup>19</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia, Sección Tercera del Consejo de Estado, agosto 30 de 2007, MP. Ramiro SAAVEDRA.

legislar, como lo hicieron desde 1991 las ARL, la facultad legal de subrogarse en contra del tercero responsable, y allí estaría zanjado de una vez tan complejo asunto, sin empobrecer, ni enriquecer a la víctima, sin beneficiar, ni favorecer al victimario, simplemente devolviendo los recursos al sistema de seguridad social que atendió la indemnización o la prestación, en lo referente al lucro cesante, vía pensión de invalidez de sobrevivencia.

#### 4. CONCLUSIÓN

Se trata, como todo el esquema que venimos manejando en el libro, de plantear de una forma descriptiva, pero crítica, las diversas posiciones que tiene la jurisprudencia nacional y la doctrina, en este caso frente al eterno debate de la acumulación o no, de la compensación, de los descuentos, de la subsistencia o no del perjuicio, cuando en favor de la víctima confluyen los beneficios de la seguridad social, con las obligaciones derivadas de la responsabilidad civil. Como se vio a través del escrito, no se pregona, ni se defiende el enriquecimiento o empobrecimiento de la víctima, pero tampoco el beneficio sin razón legal que lo justifique, o el enriquecimiento sin causa del responsable del hecho dañoso o victimario, pues en voces del profesor, tratadista, miembro fundador y activo del IARCE, Dr. Javier TAMAYO JARAMILLO<sup>20</sup>, “En principio, la reparación que la víctima recibe del seguro, de la seguridad social o de cualquier persona a título benévolo, no puede beneficiar al responsable de dicho daño, pues ello contribuiría a su impunidad, lo que a todas luces riñe con los principios jurídicos de extinción de las obligaciones y de equidad”.

Pues si tenemos una solución en nuestro ordenamiento jurídico, que zanjaría la discusión, que alivia el debate procesal y probatorio, que imparte verdadera justicia y hace respetar el principio universal y constitucional de la indemnización plena del daño, si robustece legalmente nuestro precario, pobre y limitado sistema de seguridad social en salud, porque no acogerlo de una vez, vía legislación, o si los padres de la patria no muestran interés político, no les cautiva el tema, ni les genera réditos a sus particulares intereses,

<sup>20</sup> TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II, segunda edición. Legis 2007.

vía interpretación legal, jurisprudencial, o mediante decreto como en efecto se ha regulado para las ARL, habrá de hacerse algo que aporte, que realmente demanda la comunidad. No gana la sociedad, no gana el sistema judicial, no gana el debate jurídico y de rigor, no gana el sistema de salud, dicho de otra manera, todos pierden con la defendida acumulación; todos menos la víctima, a quien no se le vulneraría su derecho a la indemnización plena del daño, sin que eso reporte beneficios sociales, que es lo que demanda un verdadero estado social de derecho. Además, estamos de espaldas al mundo, particularmente en los países de la Unión Europea, con contadas excepciones, se restringe dicha acumulación, en virtud de la acción de subrogación consagrada.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil*. Tomo II. Santiago de Chile: Imprenta Universal, 1987. p. 583.
- CASALS, Miquel Martín. “Una primera aproximación a los “Principios de Derecho Europeo de la responsabilidad civil”. Barcelona, mayo de 2005. [https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/284\\_es.pdf](https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/284_es.pdf)
- DE CUPIS, Adriano. *El Daño, Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Bogotá, 1996. p. 667.
- DE CUPIS. El Daño. Teoría General de la responsabilidad civil. Citado por Juan Carlos HENAO, en el libro *El Daño*, Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 327.
- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. DANE. <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/trabajo-infantil>
- HENAO, Juan Carlos. *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés*. Editorial Universidad del Externado, 1998. p. 294.
- HOYOS DUQUE, Ricardo. “El cúmulo de indemnizaciones, Revista Responsabilidad Civil y del Estado” No. 13, noviembre de 2002, del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado, IARCE.
- ISAZA POSSE, María Cristina. *De la Cuantificación del Daño*, Quinta Edición. Editorial Temis, año 2018. p. 42.
- ISAZA POSSE. María Cristina. Consejo De Estado Sala De Lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. RIS, Bogotá (Colombia), 43(24): 219-234, julio-diciembre de 2015. p. 222 y 223.
- MARTÍNEZ R., Gilberto. *La Indemnización Civil de los Daños Causados con el Delito*. p. 13.

- MURCIA RAMOS, Ángela María. “La subsistencia del perjuicio a partir de la aplicación de la compensatio lucri cum damno y de la reparación integral”, Universidad Externado de Colombia, 2017.
- NAMUR CAMPESINO, Erik. *El derecho de acrecer*. México: Revista Mexicana de Derecho, N° 7. 2005. p. 171 y 172.
- OSPINA BLANDÓN, Frank José. “La responsabilidad derivada del acaecimiento del riesgo profesional, la acumulación de indemnizaciones y la subrogación en contra del responsable”, Revista No. 29. Responsabilidad Civil y del Estado, agosto 2011.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de la Responsabilidad Civil*, Segunda Edición, Tomo II. Editorial Legis, año 2007. p. 920.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. *De los Perjuicios y su Indemnización, De la Responsabilidad Civil*, Tomo IV. Bogotá, 1999.
- ROJAS QUIÑONEZ, Sergio. *El daño a la persona y su reparación: sobre la teoría general, los sistemas de cuantificación, la prueba y los casos difíciles*. Grupo Ed. Ibáñez, 2015. p. 84.
- VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. *Responsabilidad Civil Extracontractual*, segunda edición. Editorial Temis y Universidad de la Sabana, 2013. p. 402.
- VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio. *Responsabilidad Civil Extracontractual*, segunda edición. Editorial Temis, 2013. p. 412.
- WINDSCHEID, VON TUHR, A. *Tratado de las Obligaciones*, Tomo I. 1ª ed. Madrid: Edit. Reus, 1934. p. 74.

### *Jurisprudencia y normas*

- Código Civil. Artículo 1613. Indemnización de Perjuicios.
- Código Civil. Artículo 1614. Daño Emergente y Lucro Cesante.
- Decreto 2451 de 2019, Ministerio de Hacienda, República de Colombia.
- Ley 100 de 1993. Artículo 40. Monto de la pensión de invalidez.
- Código General del Proceso. Artículo 226 Corte Constitucional Colombiana, marzo 07 de 2007, M.P. Humberto Antonio SIERRA PORTO. Sentencia C-159 de 2007.

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia de Unificación del 22 de abril de 2015, C.P. STELLA CONTO DÍAZ, Salvamento parcial del voto, Carlos Alberto ZAMBRANO y Danilo ROJAS BETANCOURTH.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 12 de noviembre de 2014, Consejero ponente: Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, Expediente 520012331000200101210 01 (29.139).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 12 de noviembre de 2014, Consejero Ponente: Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, Expediente 520012331000200101210 01 (29.139).
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente María Adriana MARÍN, Expediente 52709, 27 de septiembre de 2018.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejera Ponente Marta Nubia VELÁSQUEZ RICO, Expediente 40932, 6 de noviembre de 2018.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente Carlos Alberto ZAMBRANO BARRERA, Expediente 44572, 18 de julio de 2019.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Consejero Ponente Ramiro Pazos Guerrero, expediente 41233, 8 de junio de 2017.
- Consejo de Estado, sección Tercera, Magistrada Ponente Stella Conto Díaz del Castillo, expediente 27908.
- Consejo de Estado, sección Tercera, Magistrado Ponente Jaime Orlando SANTOFIMIO GAMBOA, expediente 32912, 28 de enero de 2015.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. 22 de abril de 2015. Exp. 19146. C.P Stella Conto DÍAZ DEL CASTILLO.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. 24 de febrero de 2005, Exp. 15125. C.P Alier Eduardo HERNÁNDEZ.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. 6 de abril de 2018. Exp. 46005. C.P Danilo ROJAS.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. 7 de octubre de 2009, Exp. 17058. C.P Myriam GUERRA DE ESCOBAR.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sent. 7 de octubre de 2019. Exp. 38896. C.P Alberto MONTAÑA PLATA.

- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de enero de 2013, exp. 27484, M.P. Danilo ROJAS BETANCOURTH.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 19 de noviembre de 2012, exp 23343, M.P. Enrique GIL BOTERO.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 5 de julio de 2012, Radicado No. 23643.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 22 de abril de 2015, Consejera ponente: Stella Conto DÍAZ DEL CASTILLO, Expediente 15001-23-31-000-2000-03838-01(19146).
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 9 de junio de 2005, Consejera Ponente: Ruth Stella CORREA PALACIO, Expediente 73001-23-31-000-1996-03715-01(15129), citado por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia del 12 de noviembre de 2014, Expediente 520012331000200101210 01 (29.139).
- Consejo de Estado, Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 9 de junio de 2005, Consejera Ponente Dra. Ruth Stella CORREA, Expediente 15129. Entre otras.
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, Sentencia 22 de abril de 2015, Magistrada Ponente Stella CONTO DÍAZ, Radicación: 15001-23-31-000-2000-03838-01(19146).
- Consejo de Estado. Sección Tercera, diciembre 12 de 1991, C.P. Dr. Uribe Acosta, actor; Rosa Nelly LONDOÑO, Exp. 6572.
- Consejo de Estado. Sentencia, Sección Tercera, agosto 30 de 2007, MP. Ramiro SAAVEDRA.
- Corte Constitucional Colombiana, abril 26 de 2005, M.P. Jaime ARAÚJO RENTERÍA. Sentencia C-425 de 2005.
- Corte Constitucional Colombiana, febrero 25 de 2016, M.P. Alejandro LINARES CANTILLO. Sentencia T-093 de 2016.
- Corte Constitucional. Sentencia T-346/2016.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso del Caracazo vs. Venezuela, sentencia del 29 de agosto de 2002, párr. 91; Caso

- Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C No. 150, párr. 122; Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, sentencia del 22 de septiembre de 2006, supra nota 11, párr. 148 y Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, sentencia de 25 de septiembre de 2006.<sup>1</sup>
- Corte Suprema de Justicia – Sala de negocios generales, Gaceta Judicial Bogotá 8 de septiembre de 1959. M.P. Luis Carlos ZAMBRANO.
- Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de septiembre de 2001, Expediente 6171, citado por la Sala de Casación Civil, Sentencia del 17 de noviembre de 2016, Magistrado Ponente: Álvaro Fernando GARCÍA RESTREPO, Expediente: 11001-31-03-008-2000-00196-01.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Magistrado Ponente Aroldo Wilson QUIROZ MONSALVO, expediente 73001-31-03-002-2009-00114-01, 12 de noviembre de 2019
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sent. 1 de junio de 2010, Exp. 2007-00641, M.P Arturo SOLARTE.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sent. 12 de diciembre de 2017, Exp. 20950. M.P Ariel SALAZAR RAMÍREZ.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sent. 26 de marzo de 2007, Exp. 5125, M.P. Edgardo VILLAMIL PORTILLA.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sent. 7 de diciembre de 2000, Exp. 5651, M.P Jorge Antonio CASTILLO RUGELES.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sent. 7 de marzo de 2019. Exp. 655-2019. M.P Octavio Augusto TEJEIRO DUQUE.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sent. 7 de octubre de 1999, Exp. 5002. M.P Manuel ARDILA VELÁSQUEZ.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sent. 8 de agosto de 2013, Exp. 1402. M.P Ruth Marina DÍAZ PUERTA.
- Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Rad. 11001-31-03-010-2015-00745-01. M.P. Aroldo Wilson QUIROZ MONSALVO. 2019
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Luis Alonso RICO PUERTA, Sentencia del 29 de noviembre de 2016, Radicación: 11001-31-03-018-2005-00488-01

- Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, M.P. Hernán ANDRADE RINCÓN, Sentencia del 14 de julio de 2016, Radicación: 730012331000200502702 01.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia 22 de noviembre de 2011, Magistrada Ponente Ruth Marina DÍAZ RUEDA, Ref.: Exp 05001-3103-005-1999-17985-01.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 12 de septiembre de 1996, Radicado. No. 4792
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de septiembre de 2001, Radicado No. 6171.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil; Sentencia C17137-2014; 15 de diciembre de 2014; M.P. Dr. Jesús Vall DE RUTÉN RUIZ. Rad.: 11001-31-03-033-2001-07330-01
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil; 17 de noviembre de 2016; M.P. Dr. Álvaro Fernando GARCÍA RESTREPO. Rad.: 11001-31-03-008-2000-00196-01.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales; sentencia del 20 de noviembre de 1943. G.J.T. LVII. pp. 234 A 242.
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 18 de mayo de 2005, [SC-084-2005], exp. 14415.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC 9193-2017, del 29 de marzo de 2017, Magistrado Ponente: Ariel SALAZAR RAMÍREZ; radicado 11001-31-03-039-2011-00108-01.
- Corte Suprema de Justicia. CSJ SC del 1º de marzo de 1954, G.J. LXXVII, n.º 2138-2139, p. 56, citado en Sentencia SC11149-2015,
- Corte Suprema de Justicia. Citado por la Sala de Casación Civil, Sentencia del 17 de noviembre de 2011, Expediente 11001-3103-018-1999-00533-01.
- Corte Suprema de Justicia. CSJ SC 042-1996 del 24 de junio de 1996, rad. 4662, citado en Sentencia SC11149-2015, Corte Suprema de Justicia.
- Corte Suprema de Justicia. G.J. LXIX, n.º 2099, p. 558, citado en Sentencia SC11149-2015.
- Corte Suprema de Justicia. Sala Civil Margarita CABELLO BLANCO, Radicado 11001-31-03-029-2006-00272-01, julio 3 de 2018.

- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil Sentencia del 28 de febrero de 2013, Magistrado Ponente: Arturo SOLARTE RODRÍGUEZ, Expediente: 11001-3103-004-2002-01011-01.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 29 de noviembre de 2016, Magistrado Ponente: Dr. Luis Alonso RICO PUERTA, Radicación: 11001-31-03-018-2005-00488-01.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, Sentencia del 29 de noviembre de 2016, Magistrado Ponente: Dr. Luis Alonso RICO PUERTA, Radicación: 11001-31-03-018-2005-00488-01.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de mayo de 2005, [SC-084-2005], exp. 14415)
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de noviembre de 2011, magistrado ponente: William NAMÉN VARGAS, Expediente: 11001-3103-018-1999-00533-01, entre otras.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de octubre de 2001, Expediente: 4504.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de noviembre de 2011, Magistrado Ponente: William NAMÉN VARGAS, Expediente: 11001-3103-018-1999-00533-01.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral, Sentencia del 05 de febrero de 2020, Magistrada Ponente: Dra. Clara Cecilia DUEÑAS QUEVEDO, Radicado interno SL529-2020 No. 79458.
- Corte Suprema de Justicia. Sección Tercera. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sentencia del 18 de marzo de 2010, Consejera Ponente: Ruth Stella CORREA PALACIO, Expediente: 25000-23-26-000-1996-02057-01(17047).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 26 de junio de 2014 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, (Radicación No. 660012331000199900120-01 (29847) y Consejero Ponente: Danilo ROJAS BETANCOURTH).
- Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 12 de diciembre del 2014 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera (Radicación No. 20001-23-31-000-2004-00907-01(34647) y Consejera Ponente: Stella CONTO DÍAZ DEL CASTILLO).

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2012 Sala Civil (Radicado No. 2004-00172-01, Magistrado Ponente: Ariel SALAZAR RAMÍREZ).

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 27 de abril de 2016 de la Sala Laboral (Radicado No. 47907. Magistrado Ponente: Gerardo BOTERO ZULUAGA).

Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia del 9 de marzo de 2011. Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, (Radicación No. 76001-23-31-000-1999-01507-01(28270). Consejera Ponente: Gladys AGUDELO ORDÓÑEZ

Sentencia citada por MURCIA RAMOS, Ángela María, Publicada en [http:// www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp](http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp)

Sentencia T-007/2015 del 15 de enero de 2015 (Expediente: T-4511964. Magistrado ponente: Jorge Iván PALACIO PALACIO).

Sentencia T-237 de 2004, Magistrado Ponente Eduardo MONTEALEGRE.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera Subsección A, 6 de mayo de 2004.



Esta obra se terminó de imprimir  
en octubre de 2024  
en los talleres gráficos de  
Grupo Editorial Ibáñez  
con un tiraje de 1 a 500 ejemplares  
Cra. 69 Bis No. 36-20 Sur  
Tels: 2300731 - 2386035  
Bogotá D.C. - Colombia







