

# El Daño

ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA RESPONSABILIDAD  
EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO EN DERECHO  
COLOMBIANO Y FRANCÉS



JUAN CARLOS HENAO

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

# El Daño

Análisis comparativo de la responsabilidad  
extracontractual del Estado en derecho  
colombiano y francés

PRÓLOGO	11
AGRADECIMIENTOS	25
PREFACIO	27
INTRODUCCIÓN	
<i>Algunas precisiones para el estudio del daño</i>	33
I. EL DAÑO ES EL PRIMER ELEMENTO A ESTUDIAR EN UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD	35
II. EL DAÑO ES REQUISITO NECESARIO MAS NO SUFICIENTE PARA QUE SE DECLARE LA RESPONSABILIDAD	38
III. EL DAÑO DEBE SER PROBADO POR QUIEN LO SUFRE	39
IV. EL DAÑO DEBE SER INDEMNIZADO PLENAMENTE	45
V. LA DISTINCIÓN ENTRE LAS NOCIONES DE DAÑO Y PERJUICIO ES ÚTIL	76
VI. LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO NO DEPENDE DE LA ACCIÓN PROCESAL	79
A manera de conclusión de la definición del daño	83
CAPÍTULO PRIMERO	
<i>Las condiciones de existencia del perjuicio</i>	85
I. CARÁCTER PERSONAL	88
A. LA EVOLUCIÓN DEL CARÁCTER PERSONAL DEL DAÑO	88
1. UN POCO DE HISTORIA: EL CARÁCTER PERSONAL DEL DAÑO INFLUIDO POR LA MORAL VICTORIANA	88
2. LA POSICIÓN ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA: HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL CARÁCTER PERSONAL DEL DAÑO	93
B. ILUSTRACIÓN DEL CARÁCTER PERSONAL DEL DAÑO	105
1. PETICIÓN PARA SÍ	108
2. PETICIÓN PARA OTRO	117
II. CARÁCTER CIERTO	129
A. EL PERJUICIO CONSOLIDADO	132
B. EL PERJUICIO NO CONSOLIDADO	136
1. PERJUICIO NO CONSOLIDADO A PARTIR DE UNA SITUACIÓN EXISTENTE	137

2. PERJUICIO NO CONSOLIDADO A PARTIR DE UNA SITUACIÓN INEXISTENTE	159
CONCLUSIONES SOBRE EL CARÁCTER CIERTO DEL PERJUICIO	187
<b>CAPÍTULO SEGUNDO</b>	
<i>Tipología del perjuicio</i>	189
I. PERJUICIOS MATERIALES	195
A. EL DAÑO EMERGENTE	199
1. DAÑO EMERGENTE CRISTALIZADO EN LA LESIÓN A PERSONAS	199
2. DAÑO EMERGENTE CRISTALIZADO EN LESIÓN A BIENES	204
B. EL LUCRO CESANTE	209
1. EL LUCRO CESANTE CUANDO LA LESIÓN LA SUFRE UNA PERSONA	210
2. EL LUCRO CESANTE CUANDO LA LESIÓN ES A UN BIEN	223
II. PERJUICIOS INMATERIALES	230
A. EL PERJUICIO MORAL: PUNTO DE CONVERGENCIA DE LAS DOS JURISPRUDENCIAS	233
B. LOS PUNTOS DE DIFERENCIA ENTRE LAS DOS JURISPRUDENCIAS	251
1. LAS ALTERACIONES EN LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA DEL DERECHO FRANCÉS	252
2. EL PERJUICIO FISIOLÓGICO EN EL DERECHO COLOMBIANO	264
CONCLUSIÓN: ¿SE INDEMNIZAN UNOS MISMOS DAÑOS INMATERIALES EN LOS DOS DERECHOS?	275
<b>CAPÍTULO TERCERO</b>	
<i>La liquidación del daño en el derecho colombiano</i>	281
I. EJEMPLOS DE LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE EN CASO DE MUERTE DE PERSONA	285
II. EJEMPLOS DE LIQUIDACIÓN DE PERJUICIO EN EVENTOS DE LESIONES CORPORALES	311
III. EJEMPLOS DE LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS EN CASO DE BIENES	321
CONCLUSIÓN GENERAL	333
BIBLIOGRAFÍA	337
ÍNDICE TEMÁTICO	343

Qué grato tener entre las manos y leer, más aún, saborear una obra densa a la vez atractiva, sobre un tema tan antiguo como la propia especie y siempre novedoso como es el del daño. Juan Carlos Henao nos ofrece aquí las primicias de un empeño prolongado y asiduo de investigación. Concebida y escrita con rigor metodológico, a partir de un plan severo, como corresponde a la etapa francesa de su autor, esta obra cuyo origen se encuentra en su proyecto de tesis doctoral en la Universidad de París, en el ánimo de cotejar los dos derechos en materia de responsabilidad de la Administración pública por los daños que llegue a ocasionar a los particulares, contiene un acopio monumental de información jurisprudencial y doctrinaria, que cubre, sin exagerar, íntegra la evolución de la responsabilidad del poder público en ambos países, clasificada, analizada y traída a colación con la mayor pertinencia. Pero, adicionalmente a dicho aporte, de suyo significativo, es apreciable el hilo conductor de la actitud crítica y constructiva de un estudioso que a la pesquisa agrega la experiencia, no por breve menos fructífera, que tuvo, primero como Auxiliar en la Sección Tercera del Consejo de Estado, y luego como Procurador Delegado ante la misma y Procurador que alentó el llamamiento en garantía al funcionario causante del estropicio y lo puso en práctica.

Es esta, hasta donde va mi información, la primera obra sistemática doctrinaria que se publica en Colombia sobre el daño en el derecho contencioso-administrativo, y de ella se puede afirmar, sin hipérbole, que pone un punto alto, exigente para los émulos que quieran aventurarse en la concepción de una teoría al respecto, a la vez que estimula al surgimiento de ellos. Es este también un trabajo científico pionero, que trasciende la órbita de la mera recopilación de sentencias en orden cronológico, que se surce con anotaciones ligeras para engalanar el nombre del recolector.

Juan Carlos Henao, con vigor y fogosidad juveniles, expone y sustenta sus puntos de vista, razonadamente, con lo cual suscita reflexión, no sólo jurídica, sino también política. La jurídica que conduce al análisis crítico de la evolución de la jurisprudencia, comenzando por el descubrimiento o la intuición de la razón de ser de las sucesivas posiciones y de los cambios que se han presentado en la concepción y la apreciación de los distintos

aspectos de la figura del daño. La política que pone al descubierto el trasfondo ideológico, cuántas veces cargado de prejuicios, de aquellas posturas, la a veces enorme dificultad de los virajes, el costo social de unas y otros; en fin, la función pedagógica y moralizadora de la jurisprudencia en materia de responsabilidad de la Administración, y lo que implica, para la calificación de los funcionarios y del Estado y para la dignidad y la calidad de la vida de los ciudadanos, la confianza en que el daño injusto inferido a estos, el daño que no tienen por qué asumir como fatalidad de su existencia, será resarcido plena y adecuadamente por orden de una jurisdicción independiente y equilibrada.

Muchas son las inquietudes que despierta este libro, así como las perplejidades que alimenta, y numerosas y ardientes habrán de ser las discusiones que promueva, en buena hora. El conocimiento, el comentario de la jurisprudencia y el debate sobre ella, igual que la controversia doctrinaria, tienen que darse; nuestro derecho ha de despertar, es indispensable una agitación intelectual seria y comprometida. El reconocimiento de los intereses económicos en juego en materia de reparación de daños, el análisis económico del derecho, de las repercusiones económicas de la normatividad y de su aplicación, el impacto de una y otra en el sentimiento de la ciudadanía frente al Estado, al derecho y a la justicia. La posición del derecho, no solamente frente al cambio social, sino también frente a las propias posibilidades de coexistencia pacífica. La lectura reflexiva de definiciones, conceptos, tendencias, decisiones judiciales referidos en esta obra, así como de los planteamientos formulados en ella, y el paragón entre los dos regímenes, da mucho para pensar, en distintos planos y sentidos. Uno de ellos, destacado por el autor en las "Conclusiones", que mucho contribuye a la adquisición de un sentido de autenticidad y de valoración de lo propio: el mérito y la calidad del derecho patrio, alumbrado sobre todo por las sentencias, primero de la Corte Suprema de Justicia, luego de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a cuya forja no han dejado de contribuir los abogados litigantes.

Al presente estudio seguirán los correspondientes a la imputación y a la antijuridicidad, de modo de abarcar íntegro el espectro de la responsabilidad. Quedamos pendientes de ellos, para nuestro regalo y provecho. Juan Carlos Henao es un jurista adicto al estudio y a la investigación, que

comunica entusiasmo, optimismo. El hace parte de un equipo de académicos jóvenes que formados en nuestra Universidad, en un ambiente de autonomía, de compromiso con principios y valores fundamentales, con carácter e independencia, han ido avanzando y profundizando en sus respectivas disciplinas, estudiando en Colombia y en el exterior; nutriéndose del trato con sus pares, alternando con ellos, alientan la fe en el derecho y en las instituciones democráticas, y muestran la cara honesta, trabajadora, positiva de la nación. Los observo orgulloso, con satisfacción enorme e ilusionado al percibir que su ejemplo arraiga y trasciende.

Evoco con gusto amplias conversaciones, mutuamente enriquecedoras; aquel discurrir sobre las generalidades y los pormenores del derecho de daños, alternado con un café o caminando por los malecones del Sena, cuando *monsieur* Henao comenzaba a recorrer la parábola del doctorado en París, diez años atrás. Mucho me sirvieron para clarificar conceptos, refinar puntos de vista, ampliar horizontes, rectificar, corregir, avanzar en campo inagotable y apasionante. Ese recuerdo, sumado a la inmersión en el presente ensayo, me impulsa a hacer algunos comentarios sueltos.

La vida en sociedad comporta para toda persona un doble riesgo permanente: dañar y ser dañado. El daño es, por cierto, un fenómeno inherente al ser humano, a partir de la lesión a su integridad psico-física, siguiendo con el menoscabo de su patrimonio, hasta llegar a otras manifestaciones más sutiles, más refinadas o complejas de la lesión a derechos o a intereses suyos. Frente a él la reacción de quien lo padece es inmediata y espontánea, sin reparar en qué origen tuvo la lesión. Difícilmente el ser humano acepta que su desgracia se debió a un acontecimiento fortuito o a su propio descuido. Inclusive, en la primera hipótesis la salida es harto cómoda: atribuirla a la divinidad, plural o una, vindicativa, justiciera o caprichosa. ¿Acaso, en el derecho del *common law* no se mantiene aún la expresión de *act of god*? Y en la segunda, o sea la de “culpa de la víctima”, el amor propio de esta la hará aferrarse a la idea de “infortunio”.

No resignándose nadie, de buenas a primeras, a padecer el daño sin reaccionar contra alguien o algo a que imputa su lesión, su apetito de venganza lo lleva a satisfacerse con el sufrimiento del agente, reacción que habrá de limitarse al otro tanto. Algún día, en el proceso de su lenta evolución

mental, la especie llegó a distinguir el autodaño del heterodaño, y dentro de este, el imputable a fuerzas o fenómenos telúricos de aquel atribuible al ser humano o a animales o cosas al servicio de él, de modo de circunscribir la reacción relevante al daño causado por estos últimos agentes. Y mucho más tiempo debió transcurrir antes de que diferenciara, dentro del daño ocasionado por ser humano, el intencional del atribuible a descuido, imprudencia, impericia.

Que el agente quede expuesto a la reacción de la víctima es algo natural, vistas las cosas desde la posición de esta. Pero, colocados en la posición del victimario, que ha de soportar aquella reacción vindicativa, es propio imaginar temperamentos o atenuantes. “El que rompe paga”, aserto sencillo y elemental desde el punto de vista resarcitorio, pasó a considerarse algo social y moralmente atrasado, dentro de una evidente contaminación penalista. Pienso, así, que el “hoy por tí, mañana por mí”, germen de la solidaridad social, también lo fue, a la inversa, de la limitación de la punibilidad de la acción nociva y, luego, de la resarcibilidad del daño, a los actos intencionales, o a los ejecutados con culpa grave, o a los culposos, pero, en todo caso, a aquellos actos moralmente reprochables, al extremo de eliminar la responsabilidad objetiva como algo éticamente inadmisibles y considerar la exigencia de culpabilidad para vincular la responsabilidad del autor del daño, sin más, como una conquista de la espiritualidad frente al materialismo.

Esa, a mi modo de ver, obsesión político-religiosa —en oportunidades no inocente o no desprovista de mira económica, si se piensa en que, a la postre, la efectividad de la responsabilidad patrimonial sólo tiene lugar a cargo del habiente— de muy vieja data llevó a tergiversar las fuentes romanas, en el afán de mostrar ya en ellas la presencia del fundamento del apotegma de *pas de responsabilité sans faute* y de la exigencia del trípode esquemático en que se sustentaba la responsabilidad: culpa, daño y relación de causalidad entre aquella y este, que se vertieron en los primeros códigos y que los posteriores fueron repitiendo mecánicamente, habiendo arrastrado consigo dijérase que a la doctrina entera, al extremo de que aún hoy, cuando es evidente el acogimiento jurisprudencial, primero, y legislativo, luego, de la responsabilidad objetiva, se sigue todavía negando la vigencia real de esta, para seguir sosteniendo que la culpa es requisito *sine qua non* de la



responsabilidad, así sea una culpa virtual, fingida, “presunta” *iuris et de iure*, inclusive en aquellas hipótesis en las que a todas luces se responde del daño reconocidamente inocente. Prueba de que el prejuicio, la inercia, el sentimiento y la pasión privan sobre toda lógica.

Esa obsesión también ha sido causa de un desequilibrio en la consideración y el estudio de los factores que influyen en la responsabilidad, o dicho más directamente, ha hecho que en la materia la atención prestada por la ley, la doctrina y la jurisprudencia al daño, y más a la relación de causalidad, sea mínima, insignificante, de suerte que en lo que respecta a esta en el derecho privado sea exigua la bibliografía y que las definiciones y tesis a propósito hayan sido tomadas del derecho penal, y que en lo atinente al daño se hubiera dejado de lado la consideración de que el daño es el verdadero factor o elemento fundamental de la responsabilidad, y sobre todo, que es el punto de partida de toda indagación, ora judicial, ora académica relativa a la obligación resarcitoria.

Dentro de las clasificaciones varias de las fuentes de las obligaciones, son básicas y seguirán siéndolo, cualquiera que sea el nombre que se les dé, la disposición de intereses (acto jurídico, contrato, negocio jurídico) y el acto nocivo antijurídico (delito y cuasidelito, culpa, acto ilícito, o simplemente lesivo): contrato y delito (*Vertrag und Unrecht*), como pilares de la responsabilidad. Sólo que para replantear el tema de la responsabilidad y enfocar más certeramente la cuestión —a mi juicio— es preferible hablar de “daño resarcible”, lo que quiere decir la presencia de un daño cierto, su reconocimiento jurídico y, por ende, su resarcibilidad, que es, en últimas, de lo que se trata.

Habiéndose de decidir si un demandado está o no en la obligación de reparar, resarcir, indemnizar, es elemental y primordial establecer qué es lo que habría de ser reparado, resarcido, indemnizado; en otras palabras, si efectivamente hay daño. Sólo una vez identificado y avaluado el daño tendrá sentido indagar quién lo causó, y sólo después de identificado el autor habrá lugar a averiguar —si fuere necesario en ley— las circunstancias o condiciones en que lo causó (dolo, culpa, actividad peligrosa, falla del servicio, ruptura del equilibrio de las cargas públicas).

Por lo demás, el daño determina —en nuestro ordenamiento— la medida de la reparación. El lema de “se debe indemnizar el daño causado, todo el

daño causado y nada más que el daño causado” pone de relieve la naturaleza cierta y exclusivamente resarcitoria de la acción de responsabilidad. Los *punitive damages* no tienen cabida en el derecho colombiano, pese a la indicación que hace el artículo 107 del Código Penal de “la naturaleza del hecho” como elemento de juicio para fijar el monto de la “indemnización” del llamado “daño material”, cuando dentro del proceso no existe base suficiente para fijarlo, y pudiera agregarse que no obstante que más o menos explícitamente la doctrina, quizá siguiendo el sentimiento de las gentes, estima que la condena indemnizatoria conserva su sabor y su valor punitivo, vindicativo, iniciales, y ese es el tratamiento que le da en la práctica, sobre todo a la compensación del daño moral.

Tras advertir lo anterior, resalto y comento algunos puntos señeros de la materia y de su desarrollo en el libro.

Clasificación y nomenclatura de los daños han sido objeto de discusiones interminables, que por lo general desembocan en la continuidad de la taxonomía tradicional, por el peso de la inercia, a despecho de su insuficiencia o desvío. ¿Daño patrimonial y extra-patrimonial? A. Minozzi intituló su trabajo sobre el daño moral *Studio sul danno non patrimoniale* (2ª ed., Milán, 1909); el # 253 del BGB, que data de 1896, incluye dentro de los daños resarcibles al “que no es patrimonial”. Y no se olvide que, pese a cualquier intento de mejorar la clasificación de la responsabilidad, es inamovible aquella de “contractual y extra-contractual”, cual si hubiera, como en efecto lo hay, un centro de atención predominante, casi único, delante del cual el resto es marginal. La visión del patrimonio, como en su caso, la del contrato copan el panorama. ¿Cuánto tiempo tardó la humanidad en reconocer y exaltar los bienes de la personalidad? Y aún hoy, la protección civil de ellos es mínima, insignificante, en contraste con las medidas penales o administrativas. El contrasentido consiste aquí en que el derecho, de cabestro de consejas y prejuicios, por muchísimo tiempo rechazó todo intento de reconocer el daño a la proyección social de la persona y a su integridad afectiva con aspavientos espiritualistas, desvío del que ciertamente no se ha curado del todo.

En razón de que autorizados tratadistas franceses, dentro de un contexto social reacio al reconocimiento del *pretium doloris*, hablaron de “daño moral objetivado”, para proponer el reconocimiento de la pérdida de ingresos

derivada de la mengua de la capacidad y disposición laborales a causa de una aflicción o depresión, debida, a su turno, a una lesión de bien de la personalidad, la Corte Suprema de Justicia, habiendo tomado la delantera la Sala de Negocios Generales, le dio carta de naturaleza a esa figura innecesaria y anómala, que la jurisdicción ordinaria sigue repitiendo sin reflexionar. Por fortuna, el Consejo de Estado recientemente terminó por repudiarla al encontrar que dicho híbrido no es más que una modalidad del lucro cesante.

De manera análoga, en cuanto al espíritu de imitación y a la presteza en la adopción de nombres y figuras, el Consejo de Estado resultó hablando de “daño fisiológico” (*préjudice d'agrément* –placer, agrado, diversión–), indistintamente, como si se tratara de sinónimos, de “alteración de las condiciones de existencia” (*troubles dans les conditions d'existence*), para designar la afectación de las relaciones sociales, del estilo de vida de alguien por las lesiones personales (¡estético!) que padece o padeció la víctima demandante. Al rompe se advierte la inconsistencia de esos rótulos, así como la impropiedad de la nomenclatura. ¿De qué se trata?; se alaban las buenas intenciones de “completar” la reparación debida a las víctimas de daños a bienes de la personalidad, pero no se entiende qué se quiere decir con “daño fisiológico”. En el propio seno de la Sección Tercera del Consejo de Estado, como lo señala con citas oportunas Juan Carlos Henao, se ha hecho ya el enjuiciamiento de unos adjetivos que nada tienen que ver (fisiológico, orgánico) con la proyección social de algo síquico (vida de relación, que es una figura con caracteres propios y ha de considerarse autónoma). De otra parte es de indicar, en lo que respecta a su origen o razón de ser, dicha alteración no puede reducirse al resultado de un daño a la integridad física del individuo, pues bien puede darse y con absoluta relevancia se da, igualmente, por daños a otros bienes de la personalidad, como, por ejemplo, la reputación (honor), cual se ve en el ejemplo que trae Scognamiglio de aquel quebranto como secuela de una calumnia o una difamación. Y, a propósito de su efecto –es útil resaltarlo– no consiste en merma de ingresos por depresión, aislamiento, desánimo, sino en el desamparo, la inseguridad, el acomplejamiento, que, a su turno, generan un desequilibrio anímico, distinto tanto de aquella depresión con efecto económico como del daño moral propiamente dicho, y que es relevante y

ha de atenderse, no como subterfugio para completar la compensación de este último, que tiende a minimizarse por una actitud timorata de la jurisdicción que se adhiere a la pauta del Código Penal (art. 106), al no atreverse a soltar amarras y cuidándose la espalda. En efecto, tanto el juez colombiano como el juez francés, como lo resalta el autor, al reconocer la pequeñez de aquella, dijérase que resultan echando mano de cse otro factor, sin precisararlo, o mejor aún, dejándolo indefinido adrede, de modo de disponer de alguna holgura para incrementar la suma asignable por “daño extra o no patrimonial”. El juez francés directamente, sin más; el colombiano, por tener que pormenorizar la lista de ingredientes del daño resarcible y la cuantía de cada factor, agregando a la cuenta un rubro y, por ende, unos cuantos gramos de oro. Estimo, por lo mismo, oportuno y acertado profundizar sobre el concepto de “daño a la vida de relación” (social, cultural, deportiva, recreacional, etc.) y determinar los presupuestos y los alcances de su reconocimiento.

El concepto de daño patrimonial es redondo, concreto, nítido: la agresión golpea a un interés que hace parte del patrimonio o a un bien patrimonial, o afecta al patrimonio, por disminución del activo o por incremento del pasivo, de manera directa o por efecto de un ataque a un elemento patrimonial o a un bien de la personalidad. No así el concepto de daño “no patrimonial” o “extra-patrimonial”, que se trata de individualizar negativamente, por contraste o exclusión. ¿Por qué no detenerse en el concepto mismo del daño y en sus manifestaciones? ¿Lesión de un interés o de un derecho? Esta expresión, tomada en sentido lato, puede considerarse suficiente, y mueve, entonces, a preguntar por la naturaleza del interés o derecho vulnerados, para así, una vez establecida la variedad de unos y otros, y teniendo en cuenta la respectiva clasificación, pasar a rotular el daño correspondiente con el nombre de la categoría de aquel. Así, si el golpe lo recibe la persona en su patrimonio el daño será patrimonial, en tanto que si lo recibe en un bien de la personalidad el daño no podrá decirse “patrimonial”, al margen de si tiene repercusiones sobre el patrimonio. ¿Por qué no llamar las cosas por su nombre? Decir, entonces, que el daño a un bien de la personalidad es tal, y que puede extender su onda, es decir, repercutir sobre el patrimonio, o sobre la vida de relación o sobre los afectos y sentimientos. Tal es el planteamiento de Renato Scognamiglio (“Il danno

morale”, en *Rivista di diritto civile*, III, 1957, pp. 277 y ss.), que nuestra Corte Suprema de Justicia acogió en casación de 4 de abril de 1967 (G. J. CXXIV, p. 64), y el legislador delegado retomó en el artículo 4° del Decreto 1260 de 1970, a propósito de la lesión del derecho al nombre y a la identidad personal: daño a los bienes de la personalidad, que puede traducirse en detrimento patrimonial, como también en un daño a la vida de relación o en un daño moral propiamente dicho. Todo, sin perjuicio de una eventual repercusión aflictiva, jurídicamente relevante, de un daño patrimonial.

Teniendo como norte ético y político la indemnización plena, surgen cuestionamientos graves acerca de la *compensatio lucri cum damno*, al igual que perplejidades en torno del tratamiento que ha de dársele a la variación del estado de cosas que sirvió de base a la sentencia. En cuanto a lo primero, por la posibilidad de que se dé un doble cubrimiento de la indemnidad de la víctima, una vez por el demandado responsable, otra vez por la seguridad social, y en un orden de ideas análogo la de que, a pesar de que el demandante no llegó a padecer daño o de que se mermó la magnitud de él, la jurisdicción pueda o haya de decretar resarcimiento, por efecto de juego de palabras o de causas de la compensación que recibió la víctima. Y en cuanto a los efectos de la cosa juzgada en materia de responsabilidad, por la carga de razonamientos y sentimientos que se polariza en la contraposición entre la rigidez absoluta de la cosa juzgada y la exigencia de que el resarcimiento se ajuste a la situación sobrevenida con posterioridad a la condena, y en este caso, ¿para una modificación en el sentido que corresponda a la realidad de los hechos, o solamente en la hipótesis de agravación del daño?, con el interrogante elemental, sin respuesta, de por qué con este desequilibrio.

Conocida, y posiblemente la más antigua de todas, es la clasificación del daño patrimonial en *damnum emergens* o afectación del interés negativo, y el segundo *lucrum cesans* o afectación del interés positivo. ¿Habrà lugar a establecer otra diferencia entre daño y perjuicio, según la cual daño sería el impacto sobre el derecho o el interés de víctima, y perjuicio la repercusión patrimonial de aquel? ¿Será que, con pie en estas últimas definiciones, se protegen o amparan mejor los patrimonios colectivos o los intereses de las comunidades? ¿Acaso, para la tutela de estos será menester acudir a tales sutilezas y giros verbales y quizá conceptuales? Evoco al respecto la contribución del *Edictum de his qui deiecerint vel effunderint* y del *Edictum*

*en quis in suggrunda* (D. 9, 2) a los principios de la responsabilidad, para preguntar si a aquel propósito será menester la transfiguración de *daño* y *perjuicio*, o si no será suficiente el empleo enérgico de tales principios. Cosa distinta es que el patrimonio colectivo, los bienes de uso público, no hayan solido tener doliente en las sociedades modernas, aun cuando en las contemporáneas va creciendo el número de campeones de esos intereses de la comunidad. El Ministerio Público, organizaciones ciudadanas comunitarias, cualquier ciudadano pueden demandar la tutela preventiva de aquellos, como también la reparación de los daños. La cuestión estriba, entonces, en la conciencia ciudadana y en la sensibilidad del derecho por esos intereses colectivos y por el patrimonio ecológico de las generaciones futuras.

¡Ah difícil que resulta en oportunidades la distinción entre daño emergente y lucro cesante, en sí y en lo que respecta a las formas de indemnización! ¿En cuál de aquellos rubros habrá de colocarse, lógicamente, lo que la víctima necesitará para desenvolverse con dignidad? Ciertamente el costo de ello nada tiene que ver con la cesación o extinción de la capacidad de producción, de la llamada renta de trabajo. Así, por ejemplo, el costo de las intervenciones quirúrgicas, los aparatos ortopédicos, la fisioterapia, y naturalmente, la adaptación de la vivienda, los medios físicos y la asistencia personal indispensables para el desenvolvimiento “normal” de la víctima, todo por venir, no son factores integrantes de lucro cesante, que si lo fueran se llegaría al absurdo de que tan sólo podría cobrarlos quien hubiera perdido ingresos suficientes para atenderlos, o habría que atribuirle (inventarle) un ingreso que no tenía, a título de salario mínimo o de ingreso mínimo proporcional a los gastos futuros derivados de la incapacitación. Y, al incluirlos en el capítulo del daño emergente, lo que, a mi parecer, es ineludible, no faltará quien diga que la persona que no tenga actualmente un activo proporcional al monto de esos costos, como tampoco manera de llegar a tenerlo, no podría reclamar indemnización por dicho concepto, porque el daño emergente consiste en la disminución del activo patrimonial. Sin embargo, a este juego de palabras cabría oponer, antes y mejor que un argumento sentimental, el razonamiento de que el activo se merma, tanto con el desembolso, como con la asunción de pasivo.

Y en lo que atañe a la forma de resarcimiento, a mi juicio es claro que

su determinación no corresponde a un derecho potestativo del demandante. Si de lo que se trata es de llegar al restablecimiento del *status quo ante*, compete al juez pronunciar la condena en los términos en que, dentro de las circunstancias concretas, estime que se logra mejor ese resultado o, en últimas, escoger entre las varias alternativas equivalentes. Es natural que los daños y perjuicios “consolidados” ya al momento de la sentencia: el daño pretérito, los perjuicios devengados, constituyen un “capital” que se debe cubrir de inmediato. Pero, en cuanto a los daños (gastos) futuros y a la pérdida de ingresos futuros (renta), bien puede el juez liquidar la condena a valor presente, como lo ha solido hacer, o pronunciarla en el sentido de que el demandado habrá de cubrir los gastos que ocurran por determinados conceptos y atender al déficit de ingresos periódica y regularmente. Acá la decisión dependería, en últimas, de la seguridad de los pagos futuros. Por lo cual, ¿tratándose de la Administración pública, que no perece ni se puede insolventar, qué riesgo habría de prevenirse con una condena al pago diferido hasta la realidad del gasto o la carencia, que cubriría los gastos ciertos y a su valor real de entonces, y proveería a solucionar las privaciones reales de la víctima al compás de ellas y mientras efectivamente sobreviva? Así se obviarían muchas deficiencias, pero también excesos, en el cálculo de costos, de vida probable y de actualización hipotética de aquellos y de los ingresos, y de paso se frenarían algunas codicias.

Y una anotación marginal: cuando la jurisdicción ordena que la Administración le provea a la víctima el tratamiento médico correspondiente a sus dolencias y mientras las sufra, que puede ser de por vida, en verdad no establece una obligación de hacer o una reparación *in natura*, pues como quiera que lo que prevé es que se le proporcione la asistencia correspondiente, a expensas o por cuenta del demandado vencido.

A propósito del lucro cesante, se me presentan algunas dudas. ¿Habría que partir de la presunción de que toda persona incapacitada a causa de un acto de la Administración sufre una pérdida de renta de trabajo? Bien puede tratarse de persona que no haya solido trabajar o que haya dejado del todo de trabajar, *v. gr.* por jubilación. ¿Será que por el hecho del accidente podría cobrar una renta, en últimas, salario mínimo? ¿Y si se trata de alguien que solía ocuparse apenas ocasionalmente o en actividades que solamente le demandaban tiempo parcial, qué decir? ¿Salario mínimo como resarcimiento

mínimo, cuando quiera que no se aporta la prueba de un ingreso mayor? ¿Salario mínimo, más prestaciones sociales, así no se haya demostrado que la víctima trabajaba habitualmente y por tiempo completo, o aun cuando no esté probado que su trabajo era subordinado? La búsqueda de estándares y el reenvío a ellos para suplir la falta de prueba del daño y su valor, por torpeza del personero judicial o por ausencia de daño, a que se refiere el libro, no por cómoda y, eventualmente, “justa” parece de suyo aconsejable. Pienso que para aquellos y otros eventos el juez cuenta con el instrumento de la prueba de oficio: es del todo preferible rastrear los hechos y cazar su prueba que andar creando presunciones, que junto con las ficciones son artificios peligrosos y volubles.

Por otra parte, si la víctima, no obstante la disminución de su capacidad física o mental, pasa a desempeñarse en oficio retribuido, subordinado o autónomo, ¿podría obtener indemnización del lucro cesante, haciendo caso omiso de aquellos ingresos?

Siempre me ha llamado la atención el desparpajo con que el juez del *common law* ordena la reparación de los daños a la integridad física, al honor, a otros bienes de la personalidad, considerados en sí y en su proyección síquica y social, en contraste con la cohibición del juez continental y del nuestro, tanto el ordinario como el administrativo, para reconocer e indemnizar el daño moral. No sería superflua una indagación de sociología jurídica que identificara y mostrara las causas de ese fenómeno cultural. Y, como ejemplo de la desigualdad e inestabilidad de talentos, encuentro paradigmático aquel, por cierto reciente (1982), que trae la obra de la indemnización del “daño de susto”, dentro del rubro del daño moral, a favor de los parientes inmediatos de persona que, al ser atropellada por un vehículo, por suerte no sufrió lesión corporal alguna.

Es evidente, como buen reflejo de la condición humana, que el derecho de daños se encuentra acechado por dos debilidades contrastantes, similarmente perversas: el espíritu timorato y mezquino y el sentimentalismo. Estimo que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha realizado una labor de actualización del derecho, con altibajos del todo explicables y cuyo repaso es bien instructivo, y que el debatírsela, en su propio seno y fuera de él, a más de desentrañar su razón de ser y significado, y su grado de autenticidad, dará oportunidad de depuración y refinación.



En fin, creo que falta un largo trecho por recorrer en dirección a un reconocimiento pleno del valor de la vida, de su dignidad, de su calidad, y de los atributos y expresiones de la persona, y que por ello se desatienden o subestiman por las partes y por la propia jurisdicción algunos aspectos del daño. No se ha adquirido aún la sensibilidad necesaria para apreciarlo, en medio de un marcado menosprecio por el derecho ajeno y un manifiesto encogimiento de hombros ante el significado del Estado de derecho y social. Empero, bastante se ha logrado hasta ahora, por todo lo cual es imperativo mantener rumbo y ritmo.

*Fernando Hinestrosa*

Bogotá, junio de 1998

## AGRADECIMIENTOS

Quiero agradecer expresamente a dos personas que me han acompañado durante los varios años en que he venido madurando el presente trabajo: al señor Rector Fernando Hiestrosa, quien con su espíritu recio y tolerante, con las largas horas que dedicamos a los temas de este libro, con sus cuatro minuciosas revisiones, con su prólogo, ha influido, eso espero, en todo lo que aquí he escrito; y al profesor Jacques Moreau, quien durante los años que llevo adelantando mi tesis doctoral, de la cual esta publicación forma parte, ha sido su constante director. Quiero también agradecer a todos los colegas que recibieron mi llamado para discutir y enriquecer temas tratados en el libro.

Se pretende con este escrito hacer algunas reflexiones sobre uno de los temas de mayor importancia en el derecho: el daño. Escribir sobre el daño es difícil, en la medida en que quizás no existe palabra más utilizada por las distintas sociedades en todos los tiempos.

Es regla natural de toda sociedad, corroborada históricamente, que la reacción frente a los daños sufridos sea garantizada por el ordenamiento jurídico, que se proceda a su reparación como alternativa para la convivencia social. Como bien lo enuncia De Cupis, “el efecto jurídico causado por el daño consiste en una reacción que el derecho facilita para lograr la represión del daño”<sup>1</sup>. Mal podría suponerse, entonces, una sociedad que tuviera como principio la no reparación del daño sufrido: ello implicaría la ruptura del orden social y la aceptación de la posibilidad ilimitada de causar daño. Por eso, desde el momento en el cual se inicia con la educación de un ser humano, aparece la máxima de comportamiento que muestra el anhelo de causar el menor daño posible, que no es más que el reverso de aquella que enuncia que se aspira a vivir siendo lo menos perjudicado posible. Esta máxima se explica, no sólo porque es reprochable que un ser humano cause, sin más, daño, sino porque es injusto que una persona sin deber padecerlo lo padezca. Frente a ella se genera una solidaridad social que expresa el deseo íntimo de auxiliar a quien fue dañado, ante la conciencia, entre otras, de que en cualquier momento uno mismo puede correr la misma suerte.

El daño está entonces presente en la vida social y es un presupuesto de su desarrollo. Al decir del profesor Moreau, “el modelo de una sociedad que pretendiera estar totalmente conforme a las normas jurídicas sería aquel de las personas y colectividades que hubieran excluido toda clase de riesgo de sus relaciones, que hubieran dominado todos los peligros, que hubieran eliminado cosas o actividades peligrosas. Debemos sin embargo admitir que una tal sociedad pertenece a la República de la Utopía: en el corazón mismo de la vida jurídica reina el riesgo y en las relaciones sociales se

---

1. Adriano De Cupis. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. Angel Martínez Sarrión, 2ª ed., Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1970, p. 82.

presentan riesgos irreductibles”<sup>2</sup>. Este acertado comentario, que se centra básicamente en la necesidad social de correr riesgos y, por tanto, de generar la posibilidad de producir daños, no es sólo predicable de las actividades peligrosas. En toda sociedad coexisten la realidad de la producción del daño y el anhelo de que ocurra lo menos posible, inclusive el que se genera en desarrollo de las llamadas actividades peligrosas. Pero, si bien tal anhelo es evidente, la realidad muestra que sin duda alguna una sociedad sin daños es irreal. Como bien lo enuncia el profesor Calabresi, “nuestra sociedad no desea preservar la vida humana a toda costa. En su sentido más amplio, la idea desagradable de que estamos dispuestos a destruir la vida nos ha de resultar evidente. Existe la guerra [...] Pero lo más significativo para el estudio de la responsabilidad civil, y quizá tan obvio como lo anterior, es que las vidas no sólo se sacrifican cuando el *quid pro quo* es algún gran principio moral, sino también cuando están en juego cuestiones de mera conveniencia. Se desarrollan actividades, que, por lo menos estadísticamente, tienen un coste en vidas humanas cierto. Se construye el túnel del Mont Blanc porque es esencial para el Mercado Común y, además, porque hace más corto el viaje de Roma a París, aunque sabemos de antemano que un hombre morirá por cada kilómetro del túnel construido. Utilizamos aviones y automóviles en vez de usar otros medios de transporte, más lentos pero más seguros...”<sup>3</sup>.

Frente al irremediable advenimiento de los daños, son varias las formas de reacción con que cuenta una organización social: desde considerar que la víctima tiene que soportarlo sola, hasta aplicar mecanismos sociales de solidaridad y aun de asistencia que le ayuden frente a su infortunio. Estos extremos de qué hacer frente al daño se conjugan en la vida social y la preponderancia de uno u otro factor será muestra de la cultura y el nivel de desarrollo. La relación es directa: cuanto más desarrollada sea una sociedad, mayor solidaridad se presentará ante la ocurrencia de daños. Solidaridad y reparación se presentan entonces como dos polos que buscan, cada cual desde su óptica, mitigar los efectos de los hechos dañinos. La finalidad de

- 
2. Jacques Moreau. “Les choses dangereuses en droit administratif français”, en *Travaux Henri Capitant*, Paris, 1967, T. XIX, p. 256.
  3. Guido Calabresi. *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, trad. de Joaquín Bisbal, Barcelona, Ed. Ariel, 1984, p. 35.

ambas coincide, en la medida en que de forma pragmática otorgan instrumentos para que la víctima se recupere frente a su daño, aunque su causa es diferente porque lo que motiva la traslación patrimonial en una y otra se explica por razones diferentes. La función que cumplen es sencilla de enunciar: mientras mayor es el desarrollo de la solidaridad humana menor es la necesidad de la reparación, porque menos daño se sufre. Con independencia de las implicaciones que tenga el enunciado anterior sobre la cuantificación misma del daño, que serán analizadas posteriormente, lo importante ahora es anotar que solidaridad y reparación son figuras diferentes frente al advenimiento de daños a pesar de que su finalidad coincida.

Dentro de las múltiples opciones que tienen las sociedades para hacer frente a los daños interesa en este escrito, entonces, la que se desarrolla a través del litigio de responsabilidad civil, porque centra jurídicamente el concepto. Se trata, en efecto, de averiguar cuándo el daño sufrido por una persona debe ser resarcido a la culminación de un proceso judicial o preventivamente por medio de una conciliación. Las otras formas, la solidaridad social, las donaciones, los sistemas de seguridad social, etc., por ejemplo, son interesantes desde las perspectivas política, sociológica y económica, pero no tienen incidencia directa en el estudio del daño resarcible con base en la responsabilidad civil. Más allá de que se acumulen o no varias prestaciones a partir del hecho dañino —la propiamente indemnizatoria, la del seguro social o privado, la de la donación, la de la asistencia social, etc.—, lo cierto es que el daño en el proceso de responsabilidad civil siempre será uno, esto es, el sufrido en efecto por la víctima, y por ello el que a raíz de la compensación ella quede eventualmente en mejor situación económica respecto de la que tenía con anterioridad es un aspecto que no influye en la determinación de la merma patrimonial sufrida.

Debemos, por tanto, interrogarnos sobre el papel que cumple el proceso de responsabilidad.

Es claro que cuando un juez condena a una persona a reparar civilmente un daño con ello genera un traslado patrimonial, es decir, ordena que el pago de una suma de dinero o, en general, el cumplimiento de una obligación civil, debe ejecutarse por el responsable en favor de la víctima. En dicha traslación patrimonial, que acrece el patrimonio del dañado hasta dejarlo

en situación similar a la que tenía antes del daño, está el *quid* del litigio de responsabilidad, litigio que, hay que advertirlo con claridad, no se circunscribe al estudio del daño. Que dicha traslación se justifique porque el responsable incurrió en culpa, porque creó un riesgo, porque generó una situación que rompe el principio de igualdad ante las cargas públicas etc., no es asunto propio del estudio del daño. Que dicho daño deba ser reparado por otra persona es algo inherente al tema de la responsabilidad, pero que no pertenece al estudio del daño. El daño existe por sí, y su análisis puede hacerse sin siquiera darse a la tarea de encontrar un responsable. Dicho empeño será de utilidad sólo en la medida en que se busque al responsable, pero no en aquélla en que se pretenda determinar la existencia misma de un daño. Aún más, la víctima puede ser “responsable” de su propio daño y ello no obsta para afirmar que este existe.

El estudio del daño puede y debe, entonces, aislarse del estudio del conjunto de la responsabilidad. Se trata de hacer la separación entre la responsabilidad y su punto de partida, a la vez que su función: el daño y su resarcimiento, para lograr así centrar el objeto del presente trabajo. En la medida en que se logre la precisión, la noción de daño ganará en riqueza.

Lo afirmado permite sentar la siguiente regla general: el daño es un requisito indispensable para que surja la responsabilidad civil; es más, es su punto de partida, pero su existencia es independiente de que haya o no un responsable que deba repararlo. Encontrar al responsable que debe indemnizar el daño es un problema de imputación sicofísica y de atribución jurídica del deber de reparar, pero no de existencia del daño. Determinar si la víctima tiene derecho a ser indemnizada es un problema del fundamento de la responsabilidad, de absolver el interrogante de porqué se debe responder, pero no es un problema de existencia del daño.

Así las cosas, se observa que en el proceso de responsabilidad se mueven tres elementos distintos: el daño, la imputación del mismo y el deber de reparar. Para que la responsabilidad pueda ser civilmente declarada tienen que estar presentes los tres extremos, pero para que exista el daño basta con que este se dé.

Sentadas las premisas básicas anteriores se debe explicar el plan por el que se opta. Luego de hacer algunas consideraciones introductorias sobre aspectos que inciden en su tratamiento, el tema se desarrolla a partir de

tres grandes partes: primero, se estudiarán los elementos necesarios para que se pueda predicar que el daño existe, esto es, que sea cierto y personal (capítulo primero); a continuación se examinará la tipología del daño, o sea la forma como se presentan los diversos rubros del mismo (capítulo segundo) y, por último, se estudiará la liquidación del daño a partir de ejemplos concretos (capítulo tercero).

INTRODUCCIÓN

*Algunas precisiones para el  
estudio del daño*



Como se ha dicho, en esta parte introductoria se estudiarán algunas reglas básicas para la mejor comprensión del daño.

## I. EL DAÑO ES EL PRIMER ELEMENTO A ESTUDIAR EN UN PROCESO DE RESPONSABILIDAD

Frente a un litigio de responsabilidad civil, varias son las ópticas desde las cuales se puede hacer su enfoque. Todo depende del elemento de la responsabilidad que se quiera hacer prevalecer. La jurisprudencia colombiana, en mayor medida en la anterior a la Constitución de 1991, ha sostenido con insistencia que para que se declare la responsabilidad es menester que se presenten en forma concurrente una falla del servicio, un daño y una relación de causalidad entre uno y otro<sup>1</sup>. Hoy en día el enfoque ha cambiado, porque la falla del servicio no se plantea necesariamente como un requisito de la responsabilidad<sup>2</sup>.

Con independencia de la forma como se conciban en términos abstractos los elementos necesarios de la responsabilidad, lo importante es recordar,

1. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 24 de septiembre de 1993, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Arturo Acosta Saravia, exp. 8298: "Como bien lo recuerda el señor Procurador Décimo Delegado ante esta Corporación, para que la acción de reparación directa sea viable, es indispensable el acreditamiento (sic) legal y oportuno de tres elementos axiológicos, a saber: falla o falta del servicio; daño en el patrimonio económico o moral del demandante; y, relación de causalidad entre éste y aquélla; lo ha reiterado insistentemente esta Sala que al no encontrarse probada cualquiera de estas tres circunstancias, las pretensiones deberán negarse".
2. Ver entre las diferentes fórmulas utilizadas: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 9 de julio de 1992, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Jorge Rueda Ardila, exp. 7078: "Utilizando la nueva terminología que trae la carta constitucional en su artículo 90, se deben probar: a) la acción o la omisión o sea la conducta que se afirma causó el perjuicio a una persona; b) que esa conducta es imputable a una autoridad pública (la administración en sentido genérico); y c) que esa conducta imputable a la administración produjo un daño o un perjuicio a quien no tenía porqué soportarlo"; 16 de abril de 1993, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Carlos Anillo, exp. 7124: "La responsabilidad patrimonial del Estado se declarará, siempre que concurren los siguientes elementos: un hecho dañoso imputable a la administración, un daño sufrido por el actor, que para estos efectos es quien los alega, y un nexos causal que vincula a estos; dicha causa es esencial para concluir que el daño es consecuencia directa del hecho atribuido a la administración".

con el rector Hinestrosa, que “el daño es la razón de ser de la responsabilidad, y por ello, es básica la reflexión de que su determinación en sí, precisando sus distintos aspectos y su cuantía, ha de ocupar el primer lugar, en términos lógicos y cronológicos, en la labor de las partes y juez en el proceso. Si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil. De ahí también el desatino de comenzar la indagación por la culpa de la demandada”<sup>3</sup>. Vale la pena, para reiterar el pensamiento del doctrinante Hinestrosa, recordar en este sentido una importante sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana: “Por todo ello cabe afirmar que dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria”<sup>4</sup>. Se comparten así, igualmente, las apreciaciones de un sector de la doctrina argentina, el cual afirma: “nosotros pensamos que el daño puede independizarse fácilmente de la responsabilidad. Puede haber daño y no existir responsabilidad si falta el factor de atribución. También puede existir daño y no mediar ilicitud objetiva o antijuridicidad”<sup>5</sup>.

El daño es, entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio. La razón de ser de esta lógica es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene porqué ser favorecida con una condena que no

---

3. Fernando Hinestrosa. *Responsabilidad extracontractual: antijuridicidad y culpa*, próximo a ser publicado.

4. Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de Casación Civil, 4 de abril de 1968, M. P.: Dr. F. Hinestrosa, G. J., T. CXXIV, N<sup>os</sup> 2297 a 2299, p. 58.

5. Alberto J. Bueres, Luis Alvarez Juliá e Isidoro H. Goldenberg. “Daño a la persona”, en *Temas de Derecho Privado*, V. Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad de Buenos Aires: ciclo de mesas redondas desarrolladas durante 1992 como contribución académica para las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1993, p. 33.

correspondería sino que iría a enriquecerla sin justa causa. El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil. Estudiarlo en primer término es dar prevalencia a lo esencial en la figura de la responsabilidad.

Por tal razón, no se comparte el estudio que en ocasiones hace el Consejo de Estado colombiano en los procesos de responsabilidad, cuando redacta la sentencia a partir del elemento falla del servicio. Así, por ejemplo, en sentencia del 2 de octubre de 1996 se afirma que “en el evento *sub iudice* no está probado el daño que dice haber sufrido el demandante en razón de la conducta imprudente del agente oficial”<sup>6</sup>. El orden, se reitera, debería ser el inverso, iniciando el estudio de la responsabilidad a partir del daño. No se trata de una necedad intelectual ni de un juego de palabras y conceptos. Se trata de tomar posición respecto de la manera como se debe estudiar la responsabilidad civil: primero se ha de estudiar el daño, luego la imputación y, finalmente, la justificación del porqué se debe reparar, esto es, el fundamento. Si, como en el caso precitado, se estudia en primer término la existencia de la falla del servicio, se trastoca la lógica misma de la responsabilidad civil porque es claro que aun sin aquella esta puede existir. Diferente ocurre con el daño: su ausencia —no la de la falla del servicio— implica la inexistencia de la responsabilidad. Es por ello que estudiar dicha falla en primer término supone dar trascendencia inmerecida a la misma, que no es un elemento immanente de la responsabilidad, como sí lo es el daño. La prevalencia que se ha dado históricamente a la noción de falla del servicio o de culpa en el derecho privado es la que en ocasiones ha impedido indemnizar daños ciertos, porque la indagación primera se hace hacia el autor del daño y no hacia la víctima del mismo. Es una tendencia que se debe combatir, para compartir la posición jurisprudencial que expresa que “en estas condiciones, no habiéndose acreditado dicho presupuesto ontológico (el daño) de la responsabilidad deprecada, inútil resulta entrar en el análisis de los demás elementos de ésta”<sup>7</sup>.

---

6. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 2 de octubre de 1996, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Marcos Rey, exp. 11337.

7. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 5 de marzo de 1998, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Bernardo Marín Gómez, exp. 11179.

## II. EL DAÑO ES REQUISITO NECESARIO MAS NO SUFICIENTE PARA QUE SE DECLARE LA RESPONSABILIDAD

Regla primordial del derecho de responsabilidad es aquella que enuncia que “sin perjuicio no hay responsabilidad”, a punto tal que el profesor Chapus ha escrito: “la ausencia de perjuicio es suficiente para hacer vano cualquier intento de comprometer la responsabilidad del Estado”<sup>8</sup>. En efecto, la existencia del perjuicio es de tal trascendencia que su ausencia implica la imposibilidad de pretender la declaratoria de responsabilidad. Esta regla se encuentra ratificada naturalmente por la jurisprudencia colombiana, la cual enuncia que “el daño constituye un requisito de la obligación de indemnizar”<sup>9</sup>, y que al no demostrarse “como elemento de la responsabilidad estatal, no permite que ésta se estructure”<sup>10</sup>. Como se observa, la ausencia de daño trae consecuencias negativas para quien intenta una acción en responsabilidad: impide la declaración de esta.

Sin embargo, en ocasiones a pesar de existir daño no procede declarar la responsabilidad. Esto por cuanto el daño es requisito indispensable pero no suficiente para que se declare la responsabilidad. En efecto, en algunos eventos no se declara la responsabilidad, a pesar de haber existido daño. Es lo que ocurre en dos hipótesis: el daño existe pero no se puede atribuir al demandado, como cuando aparece demostrada una de las causales exonerativas; o el daño existe y es imputable, pero el imputado no tiene el deber de repararlo, porque no es un daño antijurídico y debe ser soportado por quien lo sufre.

Por eso, valga repetirlo, se considera que el daño es un elemento indispensable para la existencia de la responsabilidad, pero cuya sola presencia no convierte, de suyo, a quien lo sufre en acreedor de una indemnización.

---

8. René Chapus. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, 2ª ed., Paris, LGDJ, 1957, p. 401.

9. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 28 de abril de 1967, C. P.: Dr. C. Portocarrero, *ACE*, T. LXXII, N° 413-414, p. 257.

10. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 16 de diciembre de 1994, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: John Jairo Iral Vélez, exp. 8894.

### III. EL DAÑO DEBE SER PROBADO POR QUIEN LO SUFRE

El daño debe ser probado por quien lo sufre, so pena de que no proceda su indemnización. Esta regla, aceptada en ambos países, tiene sin embargo sus particularidades que merecen ser estudiadas.

Como punto de partida se puede anotar que la jurisprudencia colombiana, invocando el texto del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, ha sido enfática en afirmar que “el legislador tiene establecido que ‘incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen’”<sup>11</sup>, cual ocurre en el derecho francés<sup>12</sup>, y que la acción de responsabilidad no prospera cuando no se cumple con la carga que impone dicho artículo<sup>13</sup>. Recordando al maestro Antonio Rocha, se puede anotar que dicha regla es apenas natural porque “los elementos que lo integran (el daño) son conocidos, mejor que por nadie, por el mismo acreedor que los ha sufrido, y a él le toca, obviamente, poner de presente los medios conducentes para conocer su existencia y su extensión”<sup>14</sup>. No basta, entonces, que en la demanda se hagan afirmaciones sobre la existencia del daño, porque “el demandante no puede limitarse, si quiere sacar adelante su pretensión, a hacer afirmaciones sin respaldo

---

11. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 12 de febrero de 1992, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Guillermo Enrique Benítez Arteaga, exp. 7177.

12. Consejo de Estado fr., 18 de marzo de 1963, Le Pettre, Rec., table, p. 958.

13. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 18 de abril de 1994, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Nelson Cuevas Ramírez, exp. 9338. Ver en similar sentido: 12 de septiembre de 1996, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Sociedad Arias Beltrán y Cía. Ltda., exp. 9084: “No apareciendo acreditado el daño sufrido por la sociedad demandante, no puede entonces accederse a las peticiones incoadas en el libelo. Todo lo anterior, con apoyo en el principio de la carga de la prueba, la cual correspondía a la demandante según los hechos fundamentales de su demanda; principio según el cual le incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (art. 177 del C. de P. C.)”; ver aun: 18 de abril de 1996, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Nelson Cuevas Ramírez, exp. 9338; 20 de octubre de 1996, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Marcos Rey, exp. 11337.

14. Antonio Rocha. *De la prueba en Derecho (Conferencias de clase para estudiantes de quinto año Derecho)*, Bogotá, Ed. El Gráfico, 1940, p. 48.

probatorio”<sup>15</sup>, que por demás no pueden ser valoradas “como si se tratara de hechos notorios o presumibles, y no de situaciones cuya comprobación, por mandato legal, le correspondía al demandante”<sup>16</sup>. Es así como el juez considera que el demandante debe probar la existencia del daño, so pena, si no lo hace, de impedir la declaratoria de responsabilidad.

Sin embargo, en ocasiones el juez colombiano, sin que se pueda afirmar que presume la existencia misma del daño, se apoya en presunciones que aligeran de manera importante la carga de su prueba. Es lo que ocurre en la reciente y reiterada jurisprudencia sobre la aplicación automática de la indemnización por lucro cesante, en el evento de lesión o fallecimiento de una persona. En estos casos el juez presume que toda persona corporalmente lesionada o las personas que dependían económicamente del difunto sufren un daño, consistente en la falta de 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>17</sup>. Similar proceder se observa en el derecho francés, en donde, si la víctima “no aporta indicio probatorio de una pérdida de salario efectivo”, ello no impide que se otorgue una indemnización<sup>18</sup>. En Colombia

- 
15. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 6 de febrero de 1992, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Cía. de Seguros Tequedama S.A., exp. 6030.
  16. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 11 de diciembre de 1992, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Rodrigo Zambrano Vejarano, exp. 7403.
  17. Ver por ejemplo: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 12 de diciembre de 1996, C. P.: Dr. Montes Hernández, exp. 10805: “Si bien es cierto que la víctima para el día de los hechos estaba privada de la libertad, no lo es menos que el fin de la pena impuesta consiste en proporcionar una terapia al condenado para resocializarlo y entregárselo a la sociedad con todos sus derechos. Posteriormente al cumplimiento de su condena tiene derecho a ejercer un trabajo digno (art. 24 de la C.N.). En el *sub iudice*, una vez puesto en libertad el demandante no puede ejercer su capacidad laboral a plenitud, puesto que, a consecuencia de una falla del servicio, se disminuyó esa capacidad en un 15%, y en esa proporción será indemnizado”; 6 de junio de 1996, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Isabel Jiménez Plata y otros, exp. 10689: “Como no se pudo establecer con exactitud los ingresos que obtenía la víctima, la determinación de la renta partirá del salario mínimo legal vigente a la fecha de los hechos”; 27 de julio de 1995, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Esteban Zúñiga Caicedo, exp. 8770.
  18. Consejo de Estado fr., Sala Plena, 10 de abril de 1992, M. y Mmc. B., concepto de Legal, *AJDA*, 1992, N° 5.

se ha llegado incluso a considerar que la colaboración económica entre familiares, a pesar de que no exista prueba, se presume en virtud del concepto de obligación alimentaria del Código Civil<sup>19</sup>.

Esta línea jurisprudencial es defensible en la medida en que presume el extremo mínimo de daño sufrido por la víctima, sin alterar la regla según la cual el daño debe existir. Se observa así que hay la tendencia del juez de aligerar, en casos excepcionales, el rígido principio de la carga de la prueba del daño. La idea es de por sí interesante, en cuanto pronostica una evolución que puede ir cobijando otra clase de daños: el juez puede utilizar elementos de juicio que permitan establecer estándares de cuantificación mínima de daños. Valga un ejemplo: si una persona sufre una lesión total y permanente, con independencia de que se haya pedido que se indemnice con una suma de dinero que le permita pagar una persona acompañante, y aun, con independencia de que se haya establecido la clase y costo de dicha persona, debe proceder la indemnización mediante el otorgamiento de una suma de dinero en la que el juez, obrando con criterios de equidad, tase el daño mínimo dependiendo de los elementos de juicio que tiene a su alcance. La existencia del daño permite al juez deducir la forma mínima de su indemnización, a pesar de que el actor no haya probado en concreto el rubro del daño y su cuántum, que de todas formas existen según la realidad procesal. Es por ello que se considera que, si se implementa sistemáticamente la aplicación del estándar mínimo del daño, lo que realmente adquiere relevancia es su existencia mas no su cuantía. Esta última será un problema secundario que podrá siempre, en últimas, ser deducido a partir de su forma indemnizatoria mínima, sin que se llegue al extremo del rechazo de las pretensiones del actor en un proceso de responsabilidad. Nótese que para tomar esta postura se requiere de ser menos rígido en la interpretación del principio que se está estudiando, porque bastaría la existencia del daño y el

---

19. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 23 de octubre de 1992, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Pedro Pablo Contreras, exp. 6951, T. 174, p. 309; 15 de agosto de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Martha Herminia Carbono D., exp. 10818; 12 de diciembre de 1997, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Nohora Saavedra de Ramírez, exp. 10651: "Se revocará la decisión del *a quo* en cuanto denegó los perjuicios materiales, pues el argumento orientado a señalar que los perjudicados no acreditaron los vínculos dependencia, se desvirtúa con la obligación alimentaria que correspondía al finado en favor de la esposa y los hijos".

*petitum* genérico de todo proceso de responsabilidad, para que así la regla no se aplique, con todo su rigor, cuando falta la cuantía del daño.

Ahora bien, probada la existencia del daño en el proceso, de todas formas no se requiere probar en el mismo su cuantía para que la responsabilidad sea declarada. Como lo ha afirmado la jurisprudencia colombiana, “una cosa es la ausencia de prueba del perjuicio y otra cosa es la falta de los elementos para hacer su tasación”<sup>20</sup>. En efecto, en el primero de los casos se profiere una decisión desestimatoria, en tanto que en el segundo una condena *in genere*, la cual se resuelve en un incidente de liquidación de perjuicios<sup>21</sup> que se permite en la jurisdicción contencioso administrativa de conformidad con el artículo 172 del Código Contencioso Administrativo<sup>22</sup>. La diferencia entre los dos requisitos es importante, en la medida en que bien puede ocurrir que se pruebe el daño, pero sea difícil, por no decir imposible, probar su cuantía, caso en el cual, como ya se ha dicho, bien se puede aplicar el estándar mínimo del daño. Aún más, bien puede ocurrir, si se acepta la posición que aquí se toma, que en el incidente de liquidación de perjuicios el acreedor solicite que se aplique de oficio el estándar mínimo del daño, para que el juez desate el mismo en lugar de declarar extinguida la obligación y, también, que al igual que ocurre en el procedimiento civil, se inicie el abandono del incidente gracias a la técnica sugerida.

20. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 10 de septiembre de 1993, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Aurelio Tobón Mejía, exp. 6144.

21. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 14 de septiembre de 1990, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Ismael Alvarado Peña, exp. 5707.

22. Ver a nivel de ejemplo reciente: Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 de mayo de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Carmen Dolores Muñoz de Rey y otros, exp. 11131: “No hay duda en relación con el daño sufrido por los demandantes y que este consistió en el saqueo total de las mercancías que los demandantes tenían en los almacenes de su propiedad, así como en la casa de habitación del señor Rebolledo. Pero, en el proceso no existen los elementos probatorios necesarios para cuantificar ese perjuicio; en consecuencia, conforme lo dispone el art. 172 del C.C.A., la condena se ordenará *in genere*, para que sobre las bases que adelante se señalan y mediante el trámite incidental, se proceda a su liquidación”; 22 de mayo de 1997, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Luz Bernal de Pedraza y otros, exp. 10057; 3 de abril de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Carlos Obdulio Castellanos, exp. 11093.



Es claro, entonces, que si se ha establecido la existencia del daño, su cuantificación es un problema secundario que en últimas puede suplirse por presunciones que tendrían por objeto expresar los estándares mínimos a los que ya nos hemos referido, y que serían aceptables en la medida en que la existencia del daño esté acreditada. Es, por ejemplo, el evento en el cual el juez, luego de constatar que una persona requiere de silla de ruedas a raíz del daño, ordena el dinero para que adquiera mínimo aquella de las condiciones técnicas que le permitan movilizarse. No se quiere afirmar que el juez puede ordenar la reparación de daños cuya indemnización no haya sido solicitada por el demandante o no haya sido probada en el proceso. En este sentido es claro que el juez no puede imaginar como tampoco proceder por intuición. Para seguir con el ejemplo arriba referido, deben estar probados los hechos que muestran aquella necesidad de la persona que asista al enfermo. Probados dichos hechos, bien puede el juez utilizar el estándar mínimo del daño y proceder a decretar la indemnización del mismo. Se hace esta observación porque en ocasiones el *petitum* de la demanda se redacta genéricamente, por ejemplo, solicitando “que se indemnicen los perjuicios derivados del hecho dañino”, lo cual permite al juez decretar la indemnización de aquellos que se encuentran probados, a pesar de que específicamente no hayan sido solicitados en la demanda, sin violar así el derecho de defensa y sin fallar *ultra petita*. Es un problema de interpretación de los poderes del juez frente a la exigencia de la prueba del daño, en donde, además, tiene a su disposición el decreto de pruebas de oficio enunciado en el artículo 169 del Código Contencioso Administrativo<sup>23</sup>.

Se empiezan a observar antecedentes jurisprudenciales colombianos en este sentido. Así, en un evento en el cual un menor recibió lesiones cerebrales

---

23. Enuncia el mencionado artículo: “Pruebas de oficio. En cualquiera de las instancias el ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las pedidas por las partes; pero, si éstas no las solicitan el ponente sólo podrá decretarlas al vencimiento del término de fijación en lista. Además, en la oportunidad procesal decidir, la Sala, sección o subsección también podrá disponer que se practiquen las pruebas necesarias para esclarecer puntos oscuros o dudosos de la contienda. Para practicarlas deberá señalar un término de hasta diez (10) días, descontada la distancia, mediante auto contra el cual no procede ningún recurso”.

por un disparo, a raíz de lo cual fue sometido a varias intervenciones quirúrgicas, “a pesar de lo cual no ha recuperado plenamente sus facultades físicas y mentales”, el Consejo de Estado ordenó al demandado “socorrer al menor [...] mientras viva y así lo requiera o necesite, prestándole o suministrándole en forma continua y permanente los tratamientos médicos, terapéuticos, quirúrgicos, psicológicos y/o psiquiátricos que ameriten su alivio y recuperación, a través de las instituciones públicas o privadas encargadas de la prestación de los servicios de salud”. Para sustentar su decisión, afirmó el fallo que “la Sala encuentra acertada la condena que impuso el *a quo* a la demandada para que proporcione al menor [...] los tratamientos médicos que requiera mientras viva, a través de las instituciones públicas o privadas encargadas de la prestación de los servicios de salud. No puede predicarse como lo dice el recurrente, que se incurre en un fallo *extra petita* en esta condena puesto que en el libelo demandatorio se solicitó el pago de los perjuicios que resultaren probados durante el proceso, concepto en el que quedan comprendidas las graves secuelas que padece el menor como consecuencia del disparo recibido”<sup>24</sup>.

Sobre esta forma de proceder también vale la pena traer a colación una reciente sentencia en la cual, sin avanzar realmente en el aspecto que aquí se anota, sí se dan una serie de elementos que permiten augurar un buen futuro. Se trató de una persona que a raíz del hecho dañino quedó con una incapacidad del 86% al padecer un estado parapléjico. Lo normal era que la indemnización por lucro cesante se basara en dicha cifra, pero el Consejo de Estado, “dada esa incapacidad laboral, y el hecho de que la víctima requerirá siempre de ayudantes para efectuar sus menesteres [...] tomará el 100% como ingreso base para liquidar el lucro cesante”<sup>25</sup>. Si se observa con detenimiento, el aumento del 86% al 100% del lucro cesante se justifica en la sentencia por la necesidad de cubrir el rubro del daño consistente en los “ayudantes” que indefectiblemente requerirá el lesionado, con lo cual se queda a un paso para llegar a la posición que se propone: aceptar el

---

24. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 9 de octubre de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Orlando Javier Medina Martínez, exp. 13118.

25. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 5 de marzo de 1998, C. P.: Dr. Olarte Olarte, actor: Sergio Mauricio Herrera Girón y otros, exp. 11041. En esta sentencia se cita como apoyo aquella del 26 de abril de 1985, actor: Edwan F. Mendoza, exp. 3140.

estándar mínimo del daño, que es en realidad en este ejemplo un daño emergente futuro —necesidad de erogaciones para pagar a la persona acompañante—, y proceder a indemnizar de esta manera el daño de manera plena y justa. Si la sentencia referida hubiera tomado en cuenta las observaciones que aquí se hacen, habría decretado el 86% de incapacidad laboral, más el costo del “ayudante” como rubro separado del daño.

#### IV. EL DAÑO DEBE SER INDEMNIZADO PLENAMENTE

La enunciación de la presente regla es simple: la reparación del daño debe dejar indemne a la persona, esto es, como si el daño no hubiere ocurrido, o, al menos, en la situación más próxima a la que existía antes de su suceso. Dicho de otra manera, se puede afirmar que “se debe indemnizar el daño, sólo el daño y nada más que el daño”, o, en palabras de la Corte Constitucional colombiana, que “el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite”<sup>26</sup>. La explicación que se da a esta regla se apoya en un principio general del derecho: si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la “víctima”; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima. Es así el daño la medida del resarcimiento.

Esta regla de oro del derecho de daños no opera, sin embargo, en países de corte anglosajón, en los cuales el concepto de “daño punitivo” —*punitive, exemplary, punitive, vindictive damages*— permite sobrepasar sin problema la regla en estudio en favor de la víctima.

Como bien lo define el diccionario *Black's Law*, el daño punitivo “es un daño en una escala aumentada que se asigna al demandante por encima de lo que simplemente lo compensaría por una pérdida de ‘propiedad’, cuando el daño a él inferido ha sido agravado por circunstancias de violencia o presión, malicia, fraude, o una conducta errada o de extremo atrevimiento

---

26. Corte Constitucional col., 20 de mayo de 1993, sent. C-197: estudia la constitucionalidad de normas de asistencia a las víctimas de atentados terroristas.

y maldad por parte del demandado, y que tiene por objeto calmar o confortar al demandante por su angustia mental, sus sentimientos heridos, su vergüenza, degradación u otras agravaciones del daño original, o castigar al demandado por su mala conducta o hacer de él un ejemplo, razón por la cual se llaman ‘punitivos’ o ‘vindicativos’. A diferencia de los daños compensatorios, aquellos están basados en una consideración de política pública, cual es la de castigar al demandado para hacer de él un ejemplo para los infractores similares, como se ha mencionado”<sup>27</sup>. Valga anotar que este tipo de daño es diferente del *pain and suffering* (dolor o sufrimiento), que es indemnizable con “las sumas necesarias para compensar el daño personal por injurias intangibles tales como la pena emocional, los dolores y sufrimientos o las pérdidas de reputación”<sup>28</sup>. Para que proceda el daño punitivo se requiere, entonces, la existencia del *intent*, es decir, de la intención de causar un perjuicio, o de la *malice*, es decir, de la actuación ultrajante, ofensiva o desenfrenada por parte del demandado. En varios eventos se puede presentar la figura, siempre que se reúnan los requisitos ya anotados: cuando existió agresión física (*battery*); cuando hubo difamación (*defamation*); cuando se inició maliciosamente un proceso; cuando se dieron falsas declaraciones respecto del comercio de otroo, por ejemplo, cuando se incurrió en una conducta temeraria (*reckless conduct*), como conducir embriagado. En esa clase de daño los jueces en aquel sistema imponen un castigo al responsable por su actuación, luego de haber dejado indemne y haber compensado al perjudicado. La relación originaria entre la responsabilidad civil y la penal, superada en nuestro sistema, subsiste así en el sistema anglosajón. Mediante el daño compensatorio –*compensatory damages*– se indemniza a la víctima, como ocurre en Colombia y Francia, pero mediante el daño punitivo se paga a aquella una plusvalía que sirve de sanción ejemplarizante para que dicha conducta no se vuelva a cometer. La víctima puede así quedar indemnizada en un monto muy superior al de la

---

27. *Black's Law Dictionary, with pronunciations*, 6<sup>a</sup> ed., Centennial Edition (1891–1991), St. Paul (Minn.), Publisher's Editorial Staff, 1990.

28. *Civil Actions against State and Local Government, its divisions, agencies and officers*, 2<sup>a</sup> ed., Colorado, Shepard's Editorial Staff, 1992, Vol. 2, p. 393. Se recomiendan especialmente los dos tomos que componen este título para una aproximación al tema de la responsabilidad del Estado en el derecho de Estados Unidos de América.

entidad del daño, porque la sociedad da su beneplácito para que reciba a su favor el castigo social que se impone al responsable. La suma, dependiendo de la conducta del responsable, puede superar sustancialmente el daño realmente sufrido<sup>29</sup>. Aún más, “el daño punitivo puede ser cobrado en ausencia de un perjuicio actual del demandante en una acción civil y a pesar de un muy pequeño o inexistente daño compensatorio. También, un daño nominal de sólo US\$1 puede conllevar a que se otorgue un cuantioso daño punitivo”<sup>30</sup>.

La aplicación de este daño, que al menos teóricamente no existe en el sistema continental, genera uno de los problemas mayores en la reparación de daños, porque los estudiosos del tema deben tomar partido respecto de su justificación, que es, en últimas, un problema de aproximación filosófica a la función de la reparación civil. Ya se ha dicho que el objetivo de dicha reparación en el sistema continental es el de dejar indemne a la víctima y que por tanto no debe influir el comportamiento del responsable en la tasación del daño; por el contrario, en el sistema anglosajón, además de tenerse el objetivo anterior, se pretende como política pública utilizar la sanción económica al responsable para que ella sirva de reguladora de la conducta social.

---

29. Quiero dejar constancia de mi agradecimiento al profesor Eduardo Alvarez Correa por las interesantes conversaciones que tuvimos sobre este tema antes de su muerte, y por las siguientes referencias que generosamente me aportó: casos de Estados Unidos de América: *Reynolds vs. Pegler*, SD NY, 1954, 223 F.2d.429, cert. Den. 76 S. Ct. 80, 350 US\$.846,100 L.Ed.754: se dieron 175.000 dólares como indemnización punitiva a pesar de que había existido una indemnización nominal de US\$1; *Toomey vs. Farley*, 1956, 2 NY 2d.71, 156 NY S.2d.840, 138 NE 2d.221: se otorgaron 6 centavos de dólar como indemnización compensatoria y 10.000 dólares como punitiva; *Livesey vs. Stock*, 1929, 208 Cal. 315, 281 P.70: en un caso de agresión física se otorgaron 750 dólares como indemnización compensatoria y 10.000 como punitiva; *Seaman vs. Dexter*, 1921, 96 Conn. 334, 114 A.75: 318 dólares como compensatoria y 5.000 como punitiva; *Pelton vs. General Motors Acc. Corp.*, 1932, 139 Or. 198, 7 P. 2d.263, rehear. Den. 9 P.2d.128: 225 dólares de indemnización compensatoria y 5.000 de punitiva. Ver en el derecho inglés: *Cassel & Co. Ltd. vs. Broome*, 1972, AC 1927, 1972, ER, 801: se condena por daños punitivos a 25.000 libras y por daños compensatorios a 14.000, en caso de edición de un libro con informaciones difamatorias; *Jolliffe vs. Willmet & Co.*, 1970, 114 S.J.619: un investigador privado había cruzado de manera insolente un predio privado.

30. *Civil Actions against State and Local Government*, cit., Vol. 2, p. 429.

Sobre este problema, lo primero que se debe recordar es que el sistema continental no tiene dicho rubro del daño, y que siendo ello así, debe el juez ser en extremo cauteloso de no caer en su lógica, esto es, “indemnizar” por encima del daño realmente causado cuando este sea producto de una conducta que en el sistema anglosajón daría para aplicar el daño punitivo. Es decir, si la regla de la indemnización plena del daño en el sistema continental es la de hacer del daño realmente sufrido por la víctima la medida de su resarcimiento, no es dable violarla otorgando indemnizaciones por encima del menoscabo sufrido.

En claro el punto anterior, se debe tomar partido sobre la conveniencia o no de dicho daño en nuestro sistema. Varios son los argumentos que se pueden esgrimir en contra de dicha asimilación. El primero se enuncia afirmando que la distinción entre la reparación civil y la penal se debe dar por superada, sin que se permita la asimilación de ambas. El objeto de la responsabilidad civil no es castigar al responsable, sino dejar indemne a la víctima. El problema penal que derive de un hecho dañino pertenece a aquella disciplina y en ella se encuentran sus sanciones porque, como lo afirman los hermanos Mazeaud, “el autor de una culpa civil dañosa [se debería decir el responsable civil] no puede ser condenado a una pena; no debe otra cosa que la reparación del daño. Una pena no puede imponerse sino al autor de una culpa penal”<sup>31</sup>. El segundo se enuncia afirmando que no tiene sentido que una persona se arrogue el derecho y la legitimación de ser indemnizada por un daño que es producido a toda la sociedad. Si la política pública que justifica el daño punitivo en el sistema anglosajón es la de regular conductas mediante las sanciones económicas, en nuestro sistema son muchos los mecanismos que para tal efecto se tienen, verbigracia, las sanciones administrativas que puede imponer el Estado a las personas naturales o jurídicas. Dicha sanción, que buscaría el mismo objetivo que el daño punitivo, sería en favor de quien sufre el daño, es decir, de la sociedad en su conjunto, sin que implique el enriquecimiento de una persona a nombre de aquélla. El tercero se enuncia afirmando que la lógica del daño punitivo es en el fondo la misma de la pena de muerte, con la cual personalmente no convengo. En efecto, en el daño punitivo no existe límite

---

31. Henry y Leon Mazeaud y André Tunc. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Buenos Aires, EJE, 1977, T. II, Vol. 2, p. 447.

para su tasación, con lo cual se genera además incertidumbre jurídica, precisamente porque no se está indemnizando un daño sino castigando a un responsable, y se puede llegar, al igual que ocurre con la pena de muerte, a su equivalente patrimonial: la pena económica irredimible, esto es, aquella cuyo deudor no tendrá jamás la posibilidad de satisfacer. Desaparece la dosimetría como ocurre con la pena de muerte, en la cual ya no se trata de medir una sanción sino de imponer la máxima irreversible. El civilmente perjudicado por la actuación reprochable de su ofensor queda, en ocasiones, no sólo compensado sino enriquecido, y el ofensor con una pena económica por la conducta realizada, que puede llegar a ser irredimible. Esta dosimetría de la pena es cuestionable desde la óptica de nuestro sistema jurídico en el cual, por fortuna, no existen ni pena de muerte ni pena irredimible. La tacha está, entonces, en que un individuo no puede ser excluido económicamente de la vida social y que la función indemnizatoria no debe teñirse de la función sancionatoria del derecho penal.

No obstante, esta característica del sistema del *common law*, que muestra una diferencia con el sistema continental, no influye directamente en el objeto del presente estudio, porque los países que se comparan –Francia y Colombia– pertenecen a aquellos que se someten, con matices diferentes, a la regla de la indemnización plena del daño<sup>32</sup>, a punto tal que el juez colombiano ha tenido la oportunidad de subrayar que el daño “debe ser indemnizado de acuerdo con el postulado de la reparación integral que debe presidir todo el tema de la responsabilidad”<sup>33</sup>.

A pesar de lo elemental del enunciado de la regla que opera en estos dos países, su aplicación práctica plantea problemas mayúsculos, porque “es preciso reconocer, no obstante, que el principio de la *restitutio in integrum* no es un postulado absoluto y que, en los últimos tiempos, se encuentra

---

32. Ver para el derecho francés: Jacques Moreau. *Droit Administratif*, Paris, PUF, 1989, p. 403: “La idea dominante que inspira la jurisprudencia puede ser resumida así: la víctima tiene derecho a ser indemnizada íntegramente por el perjuicio que ha sufrido”; René Chapus. *Droit Administratif Général*, Paris, Editions Monrchrstien, 1985, T. 1, p. 789: “Su exigencia está relacionada con lo que es la responsabilidad: una responsabilidad reparadora y no sancionadora. La responsabilidad del poder público tiene en efecto la misma naturaleza que la responsabilidad civil derecho privado”.

33. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 9 de octubre de 1997, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Mariela Barbosa, exp. 10605.

sometido a una profunda revisión doctrinal”<sup>34</sup>. Son entonces múltiples los problemas prácticos que la doctrina y aun la legislación han generado en la aplicación de la regla.

Unos se generan por el aspecto subjetivo que siempre rodeará a la indemnización del daño: las partes del proceso y el juez bien pueden tener concepciones diferentes sobre la forma de concretar la regla de la indemnización plena. Es decir, aunque el derecho genera la ficción según la cual la reparación supone que el daño se indemniza totalmente, en términos subjetivos, la víctima puede cuestionar por este aspecto lo que a su favor se haya decidido en la sentencia. Es un problema de valoración subjetiva que resuelve el juicio de responsabilidad, midiendo lo más exactamente posible, y con valor de cosa juzgada, la reparación del daño. En este sentido la entidad del daño está representada por lo que las decisiones judiciales digan al respecto, y a ello se debe acomodar la víctima, que deberá indagar sobre la forma como la jurisdicción evalúa y trata los daños para que su valoración no sea equivocada. No se quiere así indicar que no se pueda cuestionar la decisión judicial o la doctrina sobre la que se apoya, sino que dicha decisión se impone de todas formas sobre la valoración de la víctima, porque es la que aplica, en lo concreto, la regla de la indemnización plena. Este aspecto debe ser tenido en cuenta por los abogados litigantes, quienes frente a las pretensiones de la víctima deben tener los conocimientos jurídicos necesarios para poder guiarla, y hacerle conocer la realidad, así se pretenda cambiarla, de la indemnización concreta del daño.

Otros problemas se generan cuando, a raíz de un mismo daño, el afectado recibe compensaciones de varias fuentes. Es lo que De Cupis estudia bajo el título de *compensatio lucri cum damno*, esto es, “la disminución proporcional que el daño experimenta cuando con él concurre un lucro (ventaja), o en otras palabras, la reducción del montante del daño resarcible por la concurrencia del lucro”<sup>35</sup>. Para ser más explícitos sobre el fenómeno, vale

---

34. José Luis Barrón de Benito. “La nueva ley española de responsabilidad y seguro de automóvil: criterios de imputación y limitación legal de la indemnización por daños corporales (establecimiento de baremos)”, en *Memorias del XX Encuentro Nacional –35 años– de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros –Acoládese–*, Bogotá, Ed. Guadalupe, p. 273. Encuentro realizado en Medellín en octubre de 1996.

35. De Cupis. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., p. 327.



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 culpable [debería decir '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 compensasen 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>36</sup>.

Como se observa, la *compensatio lucri cum damno* guarda estrecha relación con la regla de la indemnización plena del daño, puesto que esta se aplica sólo 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 damno* 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 qué ocurre cuando la *compensatio lucri cum damno* 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 darán [...] cuando exista un título o causa que justifica ese enriquecimiento"<sup>37</sup>, precisión que conduce a aceptar que

---

36. *Ibid.*, p. 328. Ver para la doctrina francesa: André Heurté. "La compensation en droit administratif", *AJDA*, 1960, p. 57.

37. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 12 de septiembre de 1991, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Rosa Nelly Londoño, exp. 6572.

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 sólo puede quedar máximo en situación idéntica a la que se tenía antes de su advenimiento, porque una víctima sí puede enriquecerse a raíz de un daño. Ejemplo típico es el del cobro de un seguro de personas o el caso de donaciones realizadas por piedad al dañado, 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 consistirá entonces, como bien se observa en la sentencia citada, en que 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 puede 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, 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 enuncia el profesor Tamayo Jaramillo, “la única prestación que tiene carácter indemnizatorio es la que extingue la obligación del responsable”<sup>38</sup>, con independencia de la forma de la prestación, que bien se puede presentar mediante una restitución, una reparación, una reconstrucción, una indemnización dineraria, una compensación, etc.

Se deben observar, pues, las hipótesis básicas que pueden presentarse,

---

38. Javier Tamayo Jaramillo. *De la responsabilidad civil*, T. 2, “De los perjuicios y su indemnización”, Bogotá, Ed. Temis, 1986, p. 201.

según el título o la causa que hace posible el pago de las diferentes compensaciones del daño.

En primer término, puede ocurrir que la víctima tenga derecho a una prestación laboral o “indemnización *à forfait*” y al mismo tiempo reclame la indemnización integral del daño sufrido. Dado que en este campo existe una clara diferencia entre el derecho francés y el derecho colombiano, se debe estudiar cómo se resuelve el punto en cada uno de los dos países.

En derecho francés, “el carácter indemnizatorio de la prestación se traduce en la imposibilidad para la víctima de acumularla con el pago del responsable, y de generar un enriquecimiento por el hecho del accidente. El responsable no podría ser desvinculado de su obligación de reparar plenamente el perjuicio causado, con el pretexto del pago de prestaciones sociales o contractuales al cual es extraño. El único mecanismo que conforme al principio de la indemnización permite poner orden a cada una de las situaciones de las partes, es la subrogación: la víctima es totalmente indemnizada, y el responsable queda obligado a la reparación plena, pagada eventualmente en parte a la víctima y en parte al tercero subrogado por el pago”<sup>39</sup>. Si tal es la regla, se debe tener en claro que la subrogación sólo opera en los casos en que la ley de manera limitativa la permite, como por ejemplo ocurre, según Lambert-Vaivre, con “las prestaciones de la seguridad social, las prestaciones dadas por el Estado y otras personas morales de derecho público, las sumas otorgadas en reembolso de gastos de tratamientos médicos y de recuperación, los salarios y sus accesorios que continuó pagando el patrono durante el período de inactividad consecutivo al hecho que ha ocasionado el daño”. Por el contrario, “si el tercero pagó una prestación que no tiene carácter indemnizatorio, es decir, que no tiene ni por causa ni por objeto ni por finalidad reparar el daño causado a la víctima por el responsable, no podría existir subrogación. El régimen clásico del seguro de personas es la ilustración más evidente”<sup>40</sup>. Es así como, en derecho francés, “toda prestación que tenga un carácter indemnizatorio, en el sentido del artículo 29 de la ley (del 5 de julio de 1985), puede ser objeto de

---

39. Yvonne Lambert-Faivre. “Le lien entre la subrogation et le caractère indemnitaire des prestations des tiers payeurs”, Paris, Dalloz, 1987, T. I, Chron. XVIII, p. 97.

40. *Ibid.*, p. 99.

subrogación. Por el contrario, si una prestación no entra en el marco de la ley, estará desprovista de todo carácter indemnizatorio. Tal es el caso del seguro de personas<sup>41</sup>.

La subrogación se constituye entonces en el elemento que permite en el derecho francés determinar si existe o no posibilidad de acumulación de prestaciones laborales e indemnización. Además, como se ha observado, la subrogación dependerá de si se califica o no como indemnizatoria determinada prestación, porque si no es indemnizatoria la subrogación no opera. “La subrogación impide la acumulación a favor de la víctima porque tal es la función esencial en la subrogación convencional y la legal. En materia de seguridad social, el juez administrativo ha tenido la oportunidad de afirmar que la víctima no puede acumular las prestaciones canceladas por la entidad con las indemnizaciones debidas de conformidad con el derecho común<sup>42</sup>, sin perjuicio de que “el responsable deba pagar, en la medida de su responsabilidad, el perjuicio sufrido por la víctima del accidente. El monto de esta reparación, que se evalúa según el derecho común, es el límite legal a las pretensiones acumuladas de la víctima y de la seguridad social<sup>43</sup>. Se garantiza entonces, en el derecho francés, que la víctima del daño reciba indemnización plena, pero se le impide que acumule dicha indemnización con las prestaciones laborales y de seguridad social que pudieren concurrir. Como bien lo enuncia Dutheillet de Lamothe, “estas prestaciones –las laborales– no aseguran, a pesar de todo, una reparación plena del daño sufrido por la víctima. Nada le impide a ésta demandar el remanente al responsable del accidente, o sea exigirle indemnización plena de su daño. Sin embargo, el daño no puede ser indemnizado dos veces: la víctima sólo puede demandar al autor del accidente –‘tercero responsable’– el pago de una indemnización igual a la diferencia entre el monto total de su daño y el monto de las prestaciones otorgadas por la seguridad social<sup>44</sup>. Se llega así

---

41. Marcel Soussé. *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1994, p. 194.

42. Yves Madiot. “La subrogation en droit administratif”, *AJDA*, 1971, Doctrine, p. 342.

43. Nicole Questiaux. “Les actions récursoires exercées par les caisses de sécurité sociale contre le tiers responsable d’un dommage subie par un assuré social selon la jurisprudence du Conseil d’Etat”, *AJDA*, 1962, Doctrine, p. 3.

44. Olivier Dutheillet de Lamothe. “Sécurité Sociale (Recours des caisses)”, en *Répertoire*

en derecho francés a una solución que indica que la víctima sólo puede ser reparada por el daño realmente sufrido y que cuando concurren indemnización del daño debida por el responsable y prestación de seguridad social, del Estado, gastos médicos, salarios, etc., no puede acumularlas.

La situación en derecho colombiano, como ya se ha anotado, es diferente. El juez administrativo ha reiterado en múltiples ocasiones que las prestaciones de índole laboral o legal no son excluyentes con la indemnización plena del daño. Aún más: expresamente ha afirmado que las sumas provenientes de prestaciones laborales y de seguridad social no se descuentan de la reparación plena del daño. Para llegar a esta posición, la jurisprudencia colombiana tuvo una metódica evolución. En un primer momento, se afirmó que “la legislación laboral militar ha previsto la indemnización, en forma predeterminada o *à forfait*, según las diferentes circunstancias en que ocurra la muerte del militar, por lo que no se encuentra norma legal que permita la acumulación”<sup>45</sup>, lo cual llevaba a que el servidor público sólo tuviera derecho a la indemnización prevista por la ley. En un segundo momento, se aceptaba que existía el derecho a la indemnización plena del daño, pero que “para evitar enriquecimiento sin causa las prestaciones percibidas por esos hechos deberán descontarse de la indemnización total”<sup>46</sup>, con lo cual se tomaba la posición del derecho francés ya vista. Sin embargo, en una tercera, constante y reiterada posición, el Consejo de Estado colombiano en Sala Plena decidió “acoger una nueva doctrina de la Corporación, pues es incuestionable que las prestaciones sociales reconocidas a la cónyuge superviviente y demás causahabientes tienen como fuente la relación jurídico laboral del causante con la administración, en tanto que la indemnización reconocida en el proceso en cuestión se apoya en la falla del servicio”. Ahondando en argumentos expresó: “Como lo dijo la sentencia objeto del recurso, las prestaciones sociales que le fueron reconocidas a la señora Mélida Inés Domínguez y a sus hijos, tienen su causa en la ley, por virtud del

---

*de la Responsabilité de la Puissance Publique*, Encyclopédie Dalloz, Paris, Dalloz, 1992, N° 2.

45. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 10 de diciembre de 1982, C. P.: Dr. Valencia Arango, actor: Rosa Rodríguez vda. de M., exp. 3332.

46. Consejo de Estado col., Sala Plena, 13 de diciembre de 1983, C. P.: Dr. Low Murtra, actor: Martha Lucía Arango vda. de Díaz, exp. 10807.

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, 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. 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<sup>47</sup>. Igual posición se asumió en el proceso del Palacio de Justicia, en el que no se descontaron las pensiones que la ley decretó a favor de los familiares de las personas fallecidas que pertenecían a la rama judicial, con independencia de que hubieran o no cumplido los requisitos exigidos para otorgar a sus familiares los derechos pensionales<sup>48</sup>. Esta es la posición actual y reiterada de la jurisprudencia<sup>49</sup>.

Ha establecido entonces claramente el juez colombiano que son independientes la indemnización que se causa con el hecho dañino y la prestación laboral o legal que se genera por el mismo hecho, porque estas últimas tienen una causa jurídica diferente. En nuestra jurisprudencia se parte, a

---

47. Consejo de Estado, Sala Plena, 7 de febrero de 1995, C. P.: Dr. Orjuela Góngora, actor: Mérida Inés Domínguez de Medina y otros, exp. S-247.

48. Consejo de Estado, Sala Plena, 16 de julio de 1996, C. P.: Dr. J. Rodríguez, actor: Susana Becerra de Medellín y otros, exp. S-422.

49. Ver, entre otras: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 4 de julio de 1997, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Ma. Luisa Valenzuela G. y otros, exp. 10182; 24 de abril de 1997, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Eduardo Navarro, exp. 9997; 10 de abril de 1997, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Gladys Ma. Rodríguez de Medina y otros, exp. 11866; 20 de marzo de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Alberto Laverde Martínez, exp. 11183; 20 de febrero de 1997, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Janerd Sáenz Salape y otros, exp. 11756; 30 de octubre de 1997, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Mary Bustos Hormaza, exp. 11960.

diferencia de lo que ocurre en el derecho francés, como ya se ha visto, de que el pago de la prestación laboral no es indemnizatorio como sí ocurre con el pago proveniente de la responsabilidad civil. Se da también prevalencia al concepto de causa jurídica y no al de subrogación que, en derecho francés, ayuda a resolver el problema de la acumulación de compensaciones. Es más, en los eventos citados el juez colombiano no se ha pronunciado respecto de la subrogación, quizás porque en los casos que tenía bajo estudio había una coincidencia entre la persona pública que era declarada responsable y la persona pública que a su turno tenía que pagar una prestación laboral o social. No podía así operar la figura de la subrogación.

Con la misma lógica, y mayor razón, en otros eventos en los cuales la prestación social o el derecho laboral lo cancela persona distinta a la directamente responsable, el juez ha tomado la misma vía, apartándose de la concepción francesa. Así, en un evento en el cual se discutía la responsabilidad de una entidad pública que había adscrito a sus trabajadores a la seguridad social, y en donde la demandada argumentaba que por tanto el daño ya había sido reparado, se afirmó: “Como el Instituto de Seguros Sociales fue llamado en garantía y por tanto concurrió al proceso, y en él se demostró que dicha entidad había otorgado al señor Pulgarín la pensión de invalidez a causa de los hechos aquí conocidos, le corresponde a esta Sala pronunciarse sobre la procedencia de dicha figura. Las Empresas Municipales de Cartago afilian a sus trabajadores al ISS con el fin de trasladarle a éste la carga de las prestaciones sociales, dentro de las cuales se incluye la pensión de invalidez por riesgo profesional. De acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, quedó claro que una vez se constató la procedencia de la concesión de la prestación, el Instituto procedió a concederla y de esta manera a cumplir con su obligación, de ninguna manera eximiendo a la empresa de la responsabilidad en que incurriera en la prestación del servicio público [...] Como se dijo anteriormente, dicha pensión tiene como causa una prestación laboral a la que se compromete el Instituto de Seguros Sociales, y que no guarda relación alguna con la responsabilidad que se le decreta a la empresa para con su trabajador precisamente por un daño que tuvo que sufrir en razón de un riesgo”<sup>50</sup>.

---

50. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 20 de noviembre de 1995, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, exp. 10488.

Sin embargo, vale la pena traer a colación dos recientes sentencias en las cuales no se indemniza el lucro cesante derivado de una incapacidad laboral temporal, habida consideración de que “fueron cubiertas por el ISS y por la empresa en la cual laboraba el mismo antes de la intervención, y en la cual continuó trabajando con posterioridad a ella”<sup>51</sup>, lo cual opera también para el daño emergente, “pues de las pruebas aportadas al expediente se deduce que los demandantes se encontraban afiliados al Instituto de Seguros Sociales, de lo cual se infiere que esta entidad asumió los costos del tratamiento, los medicamentos y las intervenciones quirúrgicas”<sup>52</sup>. A pesar de que se citan las dos últimas sentencias, con lo cual se observa que la posición descrita no es constante, se estima que la solución que dan las mismas no se puede tener como dominante en el Consejo de Estado colombiano, de conformidad con los múltiples fallos ya citados en los cuales, se reitera, se permite acumular las prestaciones laborales y las de seguridad social con la indemnización debida por el directamente responsable.

La dominante posición jurisprudencial reseñada se entiende, porque, como bien lo dice el profesor Tamayo Jaramillo, “una primera lectura de la Ley 100 de 1993 y de su abundante reglamentación nos permite afirmar que no hay una norma que, como principio general, le conceda una acción subrogatoria a las entidades que otorgan las prestaciones previstas en la nueva legislación sobre seguridad social”<sup>53</sup>. Sin embargo, el estudio completo de dicha legislación no ha sido siquiera mencionado por el Consejo

---

51. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 6 de noviembre de 1997, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Jesús Erberth Almeciga Sastoque, exp. 11049.

52. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 4 de septiembre de 1997, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Martha Lucía Salazar y otro, exp. 10982.

53. Javier Tamayo Jaramillo. “La acumulación de indemnizaciones y la subrogación en el nuevo sistema de seguridad social”, en *Memorias del XX Encuentro Nacional –35 años– de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros*, cit., p. 249. Se sugiere en especial la lectura de este ensayo porque contiene un excelente análisis de las diferentes situaciones que se presentan tanto en derecho de seguridad social como de seguro privado. También se sugiere a los interesados en el tema el libro *Memorias del XIX Encuentro Nacional, Asociación Colombiana de Derecho de Seguros –Acoldece–*, Bogotá, Ed. Guadalupe. Encuentro realizado en Bogotá en noviembre de 1994. En dicha publicación se tracen varios ensayos sobre el tema de la seguridad social tanto en Colombia como en derecho comparado.



de Estado colombiano, que además ha guardado silencio sobre el importante tema de la subrogación, bien estudiado en el derecho francés, y que finalmente es esencial para determinar si procede o no la acumulación en favor de la víctima.

Las posiciones de ambos países tienen entonces diferencias prácticas que las alejan diametralmente: mientras en Francia quien ha sufrido un daño y recibe prestaciones de la seguridad social o laborales en general, no puede acumular estas con la indemnización debida por el directamente responsable, posición que se apoya en que en dicho país existe la subrogación en favor de la seguridad social, en Colombia, por el contrario, tal acumulación es posible por tener causas jurídicas diferentes. En derecho francés la noción de subrogación sirve para impedir el doble pago, en tanto que en Colombia la noción de causa jurídica diferente sirve para permitir la acumulación a favor de la víctima.

Ahora bien, en segundo término, se debe analizar qué ocurre cuando coexisten seguro e indemnización debida por el responsable del daño. A pesar de que es un tema similar al que se viene tratando, se observará que tiene sus particularidades.

En derecho colombiano, cuando se trata de un seguro de daños, en el que expresamente opera la subrogación<sup>54</sup> según el artículo 1096 del Código de Comercio<sup>55</sup>, se vuelve a la lógica del derecho francés. A pesar de que

- 
54. Ver, por ejemplo, la sentencia del 15 de febrero de 1996, con ponencia del Consejero Betancur Jaramillo en el exp. 10344, de La Nacional de Seguros Generales de Colombia contra Colpuertos, un caso en el cual la compañía aseguradora demanda en virtud de la subrogación: "El valor de las mercancías perdidas pagado por la compañía de seguros, corresponde al valor comercial de adquisición pagado por la empresa propietaria de las mismas, de acuerdo con el manifiesto de aduana y con las facturas de adquisición. Dicho pago se hizo en desarrollo del contrato de seguro contenido en la póliza n° 006661, lo que legitima a dicha compañía a obrar como subrogataria para reclamar el reembolso de la suma cancelada a su asegurado, en los términos del artículo 1096 del Código de Comercio". Ver igualmente: 30 de agosto de 1994, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Cía. de Seguros Colmena, exp. 8219; 16 de junio de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Sociedad Aseguradora Colseguros S.A., exp. 9298; 13 de mayo de 1993, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Soc. Unimos de Colombia Ltda., exp. 8192.
55. Enuncia el artículo citado: "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

dicha postura pueda ser criticable desde el ámbito del derecho de seguros, en donde tradicionalmente se han enfrentado la teoría dualista y la monista, lo cierto es que, según el profesor Carlos Ignacio Jaramillo, “nuestro legislador [...] optó por asignarle el carácter o naturaleza indemnizatoria al seguro de daños. No hizo lo mismo, en lo que respecta al seguro de personas, por considerar que los presupuestos integradores de la regla indemnizatoria eran ciertamente extraños a esta clase de seguros”<sup>56</sup>. Es por ello que, por ejemplo, en un evento en el que una compañía aseguradora pagó parte del daño sufrido por una sociedad comercial a raíz de una explosión por la cual el Estado fue declarado responsable, se decidió “descontar la cantidad, pues este monto fue reembolsado a la sociedad demandante por la aseguradora”<sup>57</sup>. De igual manera, cuando una sociedad ha recibido por parte de la compañía aseguradora los perjuicios irrogados por la guerrilla, no tiene posibilidad de instaurar demanda, porque “la aceptación por parte de los demandantes de la suma reconocida por la aseguradora, conlleva (sic) a concluir que los perjuicios ocasionados por la acción guerrillera ya fueron resarcidos, puesto que la aseguradora se subrogó en los derechos del asegurado para reclamar ante terceros responsables del siniestro a términos del artículo 1096 del C. de Com. De lo anterior se colige que los demandantes no están legitimados en la causa por activa para reclamar judicialmente su pretendido derecho, teniendo en cuenta que en el momento en el que se ejercitó el contencioso indemnizatorio, los perjuicios reclamados ya habían sido cubiertos por la compañía aseguradora”<sup>58</sup>. En otro caso, se observa el mismo proceder

---

asegurador las mismas excepciones que pudieren hacer valer contra el damnificado. Habrá también lugar a la subrogación en los derechos del asegurado cuando éste, a título de acreedor, ha contratado el seguro para proteger su derecho real sobre la cosa asegurada”.

56. Carlos Ignacio Jaramillo J. “Aspectos medulares del seguro sobre la vida en el derecho colombiano: visión comparada”, en *XVII Encuentro Nacional de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros –AcoldeSe–*, Bogotá, Ed. Guadalupe, p. 124. Encuentro realizado en Paipa en octubre de 1992.
57. Consejo de Estado, Sección Tercera, 22 de julio de 1996, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Sociedad Compañía Importadora Automotriz de Partes y Accesorios Ltda., Cimpac Ltda. y otros, exp. 10396.
58. Consejo de Estado col., Sección Tercera, octubre 13 de 1994, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Ladys Aruacán de Burgos, exp. 7775.

cuando se decide no reconocer daño emergente en el accidente de un bus que costó la vida a varios estudiantes, “teniendo en cuenta que estos gastos se cubrieron con las cantidades destinadas por el seguro obligatorio al cual ya se hizo referencia y las donaciones de las diferentes personas jurídicas registradas en el balance de estados de ingresos y egresos del fondo de solidaridad”<sup>59</sup>.

De todas formas, en el caso de que la compañía de seguros no haya cancelado en virtud de la póliza la totalidad del daño sufrido por el asegurado, “el reconocimiento que se hace por la vía judicial se limita al exceso del perjuicio no cubierto por la póliza”<sup>60</sup>. Queda entonces en claro que según nuestra legislación y nuestra jurisprudencia, cuando la víctima de un perjuicio que gozaba de un seguro de daños es pagada por la aseguradora en virtud de un contrato existente, no puede solicitar del directamente responsable un doble pago, porque la subrogación lo impide.

Sin embargo, aun en esta solución uniforme no se resuelve un problema: ¿puede la víctima del daño cobrar el valor de la prima que tuvo que pagar para que su seguro operara? Ya no se trata de aceptar la acumulación de pagos porque, como se ha visto, es improcedente por ley y por jurisprudencia, sino que se trata de indagar si la víctima tiene derecho a cobrar al directamente responsable el pago de la prima que tuvo que cancelar a la aseguradora-subrogada para que procediera el pago, como elemento esencial que es del contrato (art. 1045 C. de C.). En términos lógicos se debe aceptar que sí se tiene dicho derecho porque el valor de la prima pagada se convierte en un rubro del daño que no es indemnizado por persona alguna. En efecto, si la víctima recibe sólo el valor pagado en virtud del contrato de seguro, y no lo que tuvo que pagar para que el mismo procediera, se estaría indemnizando por debajo del realmente causado, violando así la regla del resarcimiento pleno a que tiene derecho. Es un problema de analizar la situación de la víctima anterior al hecho dañino: para que el seguro pague el daño, aun en la hipótesis de que lo pague plenamente, la víctima no queda

---

59. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 6 de agosto de 1997, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Carlos Arturo Rodríguez (acumulado), exp. 11703.

60. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 13 de mayo de 1993, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Soc. Unimos de Colombia Ltda., exp. 8192.

en la situación anterior al hecho dañino porque queda faltando el valor de la prima. Adquiere en este sentido pleno valor el artículo 1070 del Código de Comercio<sup>61</sup>, en la medida en que ratifica lo que se viene afirmando: en caso de siniestro el asegurado pierde el valor total o parcial de la prima, que no es más que el precio que ha pagado por su seguro. Valga un ejemplo: si la compañía de seguros paga el valor de mi vehículo, dicho pago opera en virtud de que he cancelado una prima porque por obligación o por voluntad decidí contratar un seguro. Para volver a quedar en la situación más parecida a la anterior del daño, que es el objeto de la indemnización plena, me han de pagar la prima que cancelé antes del daño y que se “extingue” por la ocurrencia del siniestro. Lo contrario supondría que quedaría con automóvil pero sin seguro, es decir, con una situación desmejorada. Se podría argumentar que el seguro ampara no sólo el riesgo del siniestro, sino de cualquiera otra eventualidad, a lo cual se responde afirmando que si bien es cierto el seguro ampara un riesgo en abstracto, cuando se concreta hace perder la prima, que habrá de ser reemplazada por el tomador del seguro que ha sido víctima del daño.

Un argumento adicional refuerza esta posición: en el Código de Comercio se permite la existencia del contrato de seguro a pesar de que no se haya cancelado la prima en el momento del siniestro, porque se puede otorgar un plazo convencional para el pago de aquella. El punto interesante aquí es el siguiente: ¿qué ocurre en tal hipótesis? ¿debe la víctima del daño pagar el valor de la prima para poder obtener el pago del siniestro por la aseguradora en virtud del contrato? Al respecto dice el profesor Ossa: “es claro además que, otorgado un plazo convencional para el pago de la prima, el contrato está llamado a producir todos sus efectos, mientras expira ese plazo y se cumple, por parte del asegurador, el requisito a que hemos de referirnos en otro aparte. En otras palabras, el asegurador responde del siniestro y el asegurado de la prima correspondiente, al término durante el

---

61. Dice, en lo pertinente, el mencionado artículo: “Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 1119, el asegurador devengará definitivamente la parte de la prima proporcional al tiempo corrido del riesgo. Sin embargo, en caso de siniestro total, indemnizable a la luz del contrato, la prima se entenderá totalmente devengada por el asegurador. Si el siniestro fuere parcial, se tendrá por devengada la correspondiente al valor de la indemnización, sin consideración al tiempo corrido del seguro”.

cual aquél ha asumido el riesgo”, porque aun en caso de mora en el pago de la prima, “el asegurador responde de los siniestros ocurridos hasta el momento del envío de la comunicación (que indique la terminación del contrato), y, a su turno, el asegurado responde de la prima correlativa”<sup>62</sup>. Siendo esta posición correcta, se refuerza la conclusión: el valor de la prima es un rubro del daño inferido a la víctima que debe ser cancelado por el responsable en el evento en el cual ocurra el siniestro, porque es la única manera de garantizar la indemnización plena de su daño.

Si tal es la postura respecto de la prima, con mayor razón se debe aplicar respecto del deducible, que representa el diez por ciento de aquella, y que también puede ser reclamado por el perjudicado-asegurado al directamente responsable. Igual debe ocurrir para el evento de los descuentos, que pueden llegar a representar el 50% de la prima y que, como es sabido, se sustentan en el sistema *bonus malus* que otorga una bonificación al asegurado por no reclamación. Todos son, se reitera, rubros del perjuicio que desde la perspectiva de la teoría del daño deben ser indemnizados.

La solución reseñada que da el derecho colombiano al seguro de daños es diferente de aquella que opera en el seguro de personas, puesto que para este, en el artículo 1139 del Código de Comercio<sup>63</sup>, se excluye la subrogación a favor de la aseguradora. Como bien lo enunció el profesor Ossa, puesto que “la ley colombiana toma partido sobre el carácter no indemnizatorio de esta clase de seguros, es apenas lógico que no haya subrogación a favor del asegurador cuando la muerte o la lesión provengan del acto ilícito de un tercero (art. 1139). Lo que, en otras palabras, significa que la prestación derivada del seguro y la indemnización derivada de la ley son acumulables. Solución que además es lógica si se tiene en cuenta que la primera corresponde a una contraprestación de la prima y la segunda a un derecho independiente en su origen, en su fundamento y en sus fines”<sup>64</sup>. Para la aplicación de esta regla general en el seguro de personas se debe tener en cuenta, sin embargo, que según el artículo 1140, “los amparos de gastos

---

62. J. Efrén Ossa G. *Vida y obra de un Maestro*, Bogotá, Asociación Colombiana de Derecho de Seguros –Acolde–, Colombo Editores, 1998, p. 58.

63. Enuncia el artículo: “La subrogación a que se refiere el artículo 1096 no tendrá cabida en esta clase de seguros”.

64. Ossa G. *Vida y obra de un Maestro*, *cit.*, p. 49.

que tengan un carácter de daño patrimonial, como gastos médicos, clínicos, quirúrgicos o farmacéuticos tendrán carácter indemnizatorio y se regularán por las normas del capítulo II cuando éstas no contraríen su naturaleza”, con lo cual se permite nuevamente la subrogación para dichos gastos, y se impide de nuevo al asegurado-víctima acumular lo pagado en virtud del contrato de seguro y la indemnización directa del responsable.

Con lo hasta aquí dicho se puede precisar que, si bien existen diferencias prácticas importantes entre el derecho de ambos países en comparación, el esquema conceptual sobre el que se estructura la posibilidad de la acumulación de prestaciones es similar. En primer lugar, se estudia si se presenta o no la subrogación, y en caso positivo la víctima no tendrá la posibilidad de reclamar la prestación contractual o laboral más la indemnizatoria. En ambos países la situación que se presenta cuando existe la subrogación es clara: no se permite la acumulación de pagos. En este sentido prevalece el derecho de quien paga la prestación, porque así lo obliga el contrato o la ley, sobre el derecho de la víctima a obtener acumulación de prestaciones, a pesar de que teóricamente pudiera existir causa jurídica diferente en cada uno de los pagos. Sin embargo, en segundo lugar, se estudia la causa jurídica que origina los pagos, porque si se concluye que ambas no son indemnizatorias, se acepta la acumulación. El argumento que debe entrar en juego para la solución del problema en estudio, que consiste en afirmar la prohibición del doble pago a la víctima, se encuentra así supeditado por la solución que se tome respecto de los dos puntos mencionados. En caso de subrogación no se tiene derecho al doble pago porque la víctima directa se desprende de la posibilidad de accionar, con lo cual se da prevalencia al derecho que tiene quien por virtud de la ley o del contrato realizó el pago a la víctima. En caso de causa jurídica diferente, se acepta el doble pago porque se estima que el enriquecimiento que obtiene la víctima se encuentra justificado legalmente por la diferencia de causas que no son todas indemnizatorias. En este evento, la víctima puede quedar en una situación mejorada respecto de la que tenía antes del advenimiento del daño.

Teniendo en claro que este tema, como dice De Cupis, muestra “un campo en el que la problemática se presenta verdaderamente compleja”, porque “son numerosos, diferentes y sutiles los confines entre las variadas

figuras y fenómenos jurídicos, y heterogéneos los intereses”<sup>65</sup>, se considera que la solución dada por los sistemas jurídicos depende de la valoración política que en un momento dado se quiera hacer sobre la indemnización plena. El legislador, siendo consciente de que la víctima de un daño podría tener derecho a dos o más compensaciones porque existen causas jurídicas diversas, puede impedir la acumulación otorgando el derecho de subrogación a favor de quien paga la prestación. Es lo que ocurre en Francia con la seguridad social y lo que ocurre en ambos países con el seguro de daños. Si el legislador colombiano decidiera, como en Francia, otorgar la subrogación a favor de la seguridad social, se caería todo el edificio construido por la jurisprudencia, que permite la acumulación de ambas figuras. La teoría de la causa jurídica diferente tendría que ceder ante la presencia de la subrogación, porque es claro que el responsable no tendría por qué pagar dos veces: una a quien se subrogó y otra a la víctima directa. Es, se reitera, un problema de valoración política, porque se favorece al pagador de la prestación derivada de la ley o del contrato –que tiene el derecho de subrogación– y se perjudica a quien ha pagado por un contrato o por cotizaciones a la seguridad social –que pierde su derecho a recibir autónomamente la prestación que de ellos derive–. Se advierte entonces, desde esta postura, que se rechaza la explicación que se da al fenómeno desde un ámbito estrictamente jurídico y lógico. La justificación no se encuentra en este campo sino en el político, porque desde el ámbito jurídico se pueden encontrar argumentos que justifiquen una posición contraria que permita la acumulación de prestaciones<sup>66</sup>. Ya el profesor De Cupis

---

65. De Cupis. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., p. 336.

66. Ver por ejemplo, Mazeaud y Tunc. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, cit., T. I, Vol. 1, p. 335: “Desde hace mucho tiempo se discute la cuestión determinar si el contrato de seguro es un ‘contrato de indemnización’ [...] En realidad, pese a las apariencias, el contrato de seguro de cosas no es, así como tampoco el contrato de seguro de personas, un contrato de indemnización. Tanto en un caso como en el otro, la suma abonada no es una reparación del daño; es la contrapartida de las primas cobradas; constituye el cumplimiento de una obligación condicional, cuando se realiza el acontecimiento elegido como condición”. Ver también los argumentos que trae De Cupis, en la obra citada, p. 335: “Para que en el ámbito de la responsabilidad se produzca una reducción del daño resarcible, es necesario que con el daño producido por el acto ilícito concorra un auténtico lucro producido por el

tomaba la misma posición en unos párrafos que por su importancia ameritan ser reproducidos: “Debe considerarse de nuevo el problema dentro de las relaciones que surgen entre el culpable (debería decir responsable) y el perjudicado-asegurado, aunque se agudice y complique por la presencia del interés del asegurador; valga añadir, que en la solución iuspositiva desempeña un papel prevalente, la valoración efectuada por el legislador de este último interés. Tal valoración ha dado el ser a la institución de la subrogación por el seguro [...] En el cuadro de esta normativa la disminución de la suma asegurada por el resarcimiento del daño está en función del derecho del asegurador, subrogado por efecto del pago de dicha cantidad, en el derecho del asegurado respecto al culpable. Este trato de favor que el legislador hace al asegurador por medio de la subrogación, viene a superar los escrúpulos que pudieran aducirse respecto a la situación del perjudicado asegurado (que al haber realizado un acto de previsión, adquiere con la satisfacción de las primas una carga económica, pudiendo después obtener el mismo resultado beneficioso directamente por medio del resarcimiento que le debe satisfacer el culpable). Por virtud de la subrogación ni el asegurado-perjudicado acumula la obtención del resarcimiento con la percepción de la suma asegurada, ni el autor del daño saca beneficio alguno del seguro, ya que aunque no tenga que satisfacer al perjudicado, el daño cubierto por el seguro, sin embargo, queda obligado al asegurador. En el complejo juego y conflicto de intereses que, por el dúplice efecto del daño y del seguro, se verifica entre perjudicado-asegurado, culpable (debería decir responsable) y asegurador, ha prevalecido el interés de este último en la determinación de la solución jurídica”<sup>67</sup>.

---

mismo acto ilícito, es decir, una ventaja gratuita, y así es de justicia que el beneficio obtenido, al par del perjuicio por un individuo, se computa para la fijación del resarcimiento que corresponde al mismo sujeto. Pero cuando el culpable (debería decir responsable) simplemente da vida, con su hecho, a una atribución patrimonial que encuentra su propia justificación en el precedente y correspondiente sacrificio, al no aparecer el lucro, no puede compensarse el daño y reducirse la responsabilidad. ¿Cómo podría reducirse la responsabilidad de un tercero por el mero hecho de haber nacido a favor del perjudicado un derecho que ha encontrado un simple sustento en el sacrificio experimentado por el mismo perjudicado?”.

67. De Cupis. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., p. 336.



La solución que opera actualmente en ambos países refleja entonces las sabias reflexiones de De Cupis: en el complejo juego de intereses los legisladores han dado prevalencia a aquellos de las aseguradoras, en la medida en que se les ha permitido recuperar, gracias a la subrogación, los dineros que pagan a sus clientes en virtud del contrato. Con dicha solución no se quiere indicar que han perjudicado a la víctima directa del daño, que queda en la misma situación anterior al hecho dañino, sino que le impiden una acumulación que bien se podría justificar desde la perspectiva de la causa jurídica diferente.

Desde esta perspectiva se explica una reciente jurisprudencia francesa, en la cual se especifica que en determinados casos las prestaciones laborales no pueden ser descontadas de la indemnización plena del daño debida por el responsable. En un fallo del 14 de marzo de 1986 (Dalloz, 1986, 530, concl. Michel Roux; Dalloz, 1986, I, R, 465, obs. Moderne et Bon), “el Consejo de Estado decidió que las ‘indemnizaciones salariales’ no tenían un carácter indemnizatorio y podían por tanto ser cobradas por el asegurado, con independencia de las reparaciones debidas por el autor del accidente: no debían, consecuentemente, ser deducidas del monto de la indemnización debida a la víctima por el Estado. Este fallo es de una importancia considerable, porque hasta el presente el Consejo de Estado no se consideraba ligado por el código de seguros y realizaba todas las deducciones posibles –aun aquellas del seguro de personas– para evitar toda acumulación. Es entonces un verdadero cambio en cuya virtud el Consejo de Estado admitió hacia el futuro el carácter no indemnizatorio de las prestaciones que se incluyen en el seguro contra los accidentes corporales”<sup>68</sup>.

Compartiendo el giro del Consejo de Estado francés, recuerda la citada profesora francesa cómo el Ministro de Justicia hizo eco de esta posición, al afirmar que “la acción de las cajas de seguridad social no es favorable a las víctimas de los accidentes con autor conocido, puesto que las priva de la posibilidad de acumular las prestaciones dadas por el seguro social, a pesar de que las víctimas hayan cotizado, lo cual es una injusticia”. No obstante, a pesar de las palabras del Ministro de Justicia francés, como ya se dijo, en

---

68. Lambert-Faivre. “Le lien entre la subrogation et le caractère indemnitaire des prestations des tiers payeurs”, *cit.*, p. 100.

derecho francés la subrogación es un límite a la acumulación de prestaciones a partir de un mismo hecho dañino, y tiene un campo de aplicación mayor al colombiano en el que se excluye la hipótesis de prestaciones laborales o sociales.

Es pues un problema del legislador, que habrá de tener en claro que cada vez que permite la subrogación desecha la aplicación de la teoría de la diferencia de causas jurídicas que tengan las prestaciones e impide a la víctima del daño cobrar ambas, así haya realizado pagos para poder obtenerla. ¡Otro será el debate respecto de la constitucionalidad de un tal proceder del legislador!

Este primer aspecto de la relación entre la regla de la indemnización plena del daño y la *compensatio lucri cum damno* muestra, entonces, que la tendencia de ambas jurisprudencias es similar: se analiza si las diversas prestaciones pagadas a la víctima tienen una causa jurídica distinta y, sobre todo, si ellas son o no acumulables. La acumulación dependerá de si expresamente opera la subrogación en favor del tercero que ha pagado, según las consideraciones políticas hechas por el legislativo para otorgar o no dicha subrogación. Por suerte, en ninguno de los dos ordenamientos se ha instaurado la subrogación en el caso de donación realizada por causa del hecho dañino a favor del donante, ¡decisión que, en estricto sentido lógico, podría infortunadamente darse!

De otra parte, como ya se ha anunciado, a raíz del daño bien puede ocurrir que la víctima quede en una situación más favorable, por circunstancias atinentes a la evolución de su daño. En esta hipótesis, toda mejora pertenece a la víctima porque ella es la que la ha producido, y no puede, por tanto, invocarse para hacer deducciones a la reparación plena de su daño. Es un problema de imputación de la ventaja obtenida, porque el lucro favorable a la víctima es atribuible sólo a ella. Ella lo generó. Supongamos que a causa de un accidente una persona queda parapléjica, y que ante ello es contratada en mejores condiciones a las que tenía antes del hecho dañino. ¿Se podría aceptar que el lucro obtenido ante el advenimiento del daño debe ser descontado de la indemnización que debe el responsable?, ¿se podría aceptar que la incapacidad laboral desaparece por el hecho de su esfuerzo? La respuesta sólo puede ser negativa, por la razón de sentido común ya anotada: lo que la víctima haga para mejorar la situación generada por su daño le pertenece y no puede beneficiar al responsable.

Teniendo en cuenta que esta situación es también compleja, y que se deben diferenciar varias hipótesis, se trae a colación el siguiente aparte del profesor De Cupis, porque, a pesar de no compartirse su posición, centra el punto del debate: “debe prestarse atención para no confundir la *compensatio lucri cum damno* con otros fenómenos jurídicos. Su sutileza la hemos hecho notar y, con ello, las posibles concomitancias con diversas figuras y fenómenos jurídicos; así como también hemos visto, que no puede hablarse de *c.l.c.d.* cuando en vez de un lucro acreditado, que es coetáneo y compensador del daño, se tiene un daño *per se* limitado. Un ejemplo ilustrativo e importante lo brinda el supuesto de ulteriores nupcias de la viuda, cuyo primer marido ha sido muerto culpablemente, ya que, en tanto y por cuanto las nuevas nupcias permiten conseguir a la mujer la posibilidad de sustentarse en forma análoga a la de su anterior matrimonio, nos encontramos con que el daño patrimonial, por la muerte culpable de su anterior marido, puede cesar total o parcialmente. Tal perjuicio tiene una duración proporcional a la *viduitas*, y con ella, al cesar en todo o en parte, aquella ausencia perjudicial, hace desaparecer total o parcialmente al daño. De lo expuesto se deduce que la reducción del daño resarcible se basa no ya en un lucro compensatorio del daño, sino en la cesación total o parcial del daño en sí (total o parcial en la medida en que el segundo marido de la mujer pueda conseguir igual nivel de vida, o inferior a aquel que tenía con el primer marido). Cuando la utilidad que se adquiere no difiere de la comprometida, la eficacia dañosa del hecho ilícito se agota, en cuanto que deja de influir negativamente en orden a la específica esfera de utilidad que habría prejuzgado. Hasta aquí nos hemos referido a la cesación del daño producido. Con menor razón debe confundirse la *c.l.c.d.* con la inexistencia originaria del daño. Si pese a la lesión que ha experimentado en su integridad física, el trabajador sigue percibiendo la misma retribución que antes, es evidente que tal lesión no repercute en el plano patrimonial de la relación laboral”<sup>69</sup>.

---

69. De Cupis. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., p. 339. Se recomienda también la lectura de las páginas 227 y siguientes del libro ya citado *De la responsabilidad civil*, del profesor colombiano Javier Tamayo Jaramillo, en donde se hace el análisis de la misma problemática.

Habla así el profesor De Cupis de la cesación del daño y de su inexistencia, como conceptos diferentes de la *compensatio lucri cum damno*. Hay un aporte, porque, en efecto, las figuras son disímiles. En estricto sentido la *c.l.c.d.* opera en las hipótesis ya reseñadas, en las cuales ante un mismo daño hay compensación por diversas fuentes, como la seguridad social, el seguro privado, etc. En estas nuevas hipótesis, por el contrario, lo que ocurre es que la víctima no sufrió daño o el sufrido cesó o disminuyó, sin que se pueda afirmar que se compensó por otras fuentes. A pesar de aceptarse entonces la distinción del mencionado profesor, no se comparten sin embargo las consecuencias que hace derivar de la misma. Como se verá a continuación, la cesación o la inexistencia del daño debe ser enfocada de manera diferente, dependiendo, entre otras, de la forma como se conciba la figura de la cosa juzgada en el juicio de responsabilidad civil.

En este sentido la cosa juzgada produce un corte frente a las vicisitudes del daño, y por ello la única manera de solucionar el punto sería atacándola en materia de responsabilidad civil, como ocurre por ejemplo en materia de pensión alimentaria. Sin entrar en discusión acerca del concepto mismo de cosa juzgada, valga por lo pronto anotar, en lo que aquí nos interesa, que según el doctrinante Guasp, “por razón del tiempo, la cosa juzgada material encuentra un límite, aparte de ciertas demarcaciones temporales que eventualmente la acompañan desde el principio, cuando en el ulterior transcurso cronológico cambian las circunstancias fundamentales que produjeron la decisión judicial”<sup>70</sup>. Esta frase es propia del fenómeno estudiado, porque, en efecto, la viuda puede contraer nuevas nupcias, el lesionado puede continuar trabajando o perder su empleo, etc. Al decir del profesor Devis Echandía, “estos casos presentan marcada analogía con los contratos sobre situaciones continuadas que se regulan por la llamada cláusula *rebus sic stantibus*, y por ello los autores suelen referirse a ésta, al estudiarlo. Consiste en que por su naturaleza en los procesos de jurisdicción voluntaria, como regla general, y como excepción en los procesos contenciosos al extinguirse las circunstancias de hecho que se regularon, termina la vigencia de la cosa juzgada, porque el juez no ha pretendido dar una

---

70. Jaime Guasp. *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., T. I, “Introducción y Parte General”, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968, p. 562.

decisión inmodificable sino en cuanto subsistan aquellas circunstancias. Es un efecto natural de la clase especial de sentencia y no una revisión de la sentencia ni una excepción de la cosa juzgada. Esta existe sólo sobre esa situación de hecho *sui generis*, oponible mientras no se pruebe la nueva situación que viene a plantear un nuevo litigio no regulado por ella, de acuerdo con las reglas generales estudiadas. Existe cosa juzgada, pero limitada en el tiempo”<sup>71</sup>. Es así como en derecho colombiano, “por excepción, el art. 333 establece en qué casos una sentencia no hace tránsito a cosa juzgada material. Esto se debe a la imposibilidad de darles a ciertas sentencias el carácter de inmutables, por cuanto los asuntos decididos, por su propia naturaleza, son susceptibles de cambio posterior”<sup>72</sup>. Dentro de las excepciones no está el proceso de responsabilidad civil, pero imponerla sería cuestión de simple lógica: no puede haber cosa juzgada definitiva en materia de responsabilidad civil, porque las bases hipotéticas que permiten dar certeza al daño pueden cambiar, y normalmente cambian.

Sin embargo, si bien se plantea un cambio en la concepción de la cosa juzgada en materia de responsabilidad civil, se deben estudiar con detenimiento las hipótesis que se pueden presentar, porque no todas supondrían alteración de la sentencia. Lo importante es tener en cuenta qué había antes del daño y cuál es la situación que se genera con el mismo, para así determinar si hay lugar a la reforma de la sentencia.

Con tal objetivo se proponen tres ejemplos, uno proveniente del libro del profesor De Cupis, otro del doctrinante Le Roy, y un tercer ejemplo proveniente de la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano.

El primer caso, tratado por De Cupis y retomado por el profesor Javier Tamayo en su libro<sup>73</sup>, es el de una mujer que al enviudar por un hecho dañino demanda el lucro cesante consistente en la pérdida del auxilio económico que le prestaba su marido, y contrae nuevas nupcias con posterioridad. Bien se podría tratar de la historia de Fermina Daza y

71. Hernando Devis Echandía. *Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso*, T. I, 13ª ed. (1994), Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1993 (sic), p. 523.

72. Hernán Fabio López Blanco. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, T. I, “Parte General”, 6ª ed., Bogotá, Ed. ABC, 1993, p. 504.

73. Tamayo Jaramillo. *De la responsabilidad civil*, cit., T. 2, p. 232, en donde concluye que si las nuevas nupcias se producen antes de la sentencia se reduce el daño sufrido.

Florentino Ariza en *El amor en los tiempos del cólera*. Para los profesores De Cupis y Tamayo Jaramillo se estaría frente a un típico caso de cesación parcial o definitiva del daño. Es decir, para dichos autores la situación generada por el hecho dañino es a su turno sustituida por aquella posterior de las nuevas nupcias, que produce la cesación o la disminución del daño. Sin embargo, no se comparte dicha posición porque, se reitera, la nueva situación de la viuda con posterioridad al hecho dañino es la de su inasistencia alimentaria, y la evolución de tal estado es atribuible a ella y por tanto, forma parte de su patrimonio. El segundo hecho—nuevas nupcias—es algo que corresponde a su propia y libre voluntad, y por tanto, las consecuencias económicas que de él derivan ingresan a su patrimonio. Mal haría en aceptarse que dicho ingreso patrimonial anula el daño, porque como dice el profesor De Cupis, “tal perjuicio tiene una duración proporcional a la *viduitas*”. No. El estado de viudez generado por el daño entra también al patrimonio de la víctima, y es inalterable en el sentido de que corresponderá sólo a la viuda decidir cómo evoluciona frente al mismo. No se puede aceptar la regla que indique que frente al estado producido por el hecho dañino la víctima debe permanecer estática para que su daño no cese. Si contrae nuevas nupcias con un varón adinerado, no hay cesación del daño, y la viuda se presenta a su nuevo matrimonio con todo lo que le pertenece patrimonialmente, dentro de lo cual está incluido su derecho a la indemnización de un daño definitivamente causado. Si con el hecho dañino atribuido al responsable se genera la posibilidad de una nueva atribución patrimonial—manutención por marido posterior—, que encuentra su propia justificación, no puede haber reducción del daño. Entre el daño consolidado—pérdida de la ayuda alimentaria de su primer marido— y su nueva situación económica—nuevas nupcias con marido que reemplaza económicamente el anterior— no hay cesación del daño, sino acrecimiento patrimonial. Una nueva causa acrece un patrimonio claro y consolidado, y se justifica así su nueva situación económica, sin que desaparezca el crédito que ingresó al patrimonio. La mejor situación generada por voluntad de la víctima se justifica legalmente porque no viola norma jurídica alguna, y no desaparece el daño porque tiene derecho a la nueva renta. Con la posición del mencionado profesor se observa que, finalmente, todo daño podría ser tratado de la misma manera—salvo aquel de la persona que queda en estado vegetativo definitivo—, porque en virtud de la reacción que la víctima tiene ante su

infortunio, siempre habrá la posibilidad de incremento patrimonial que implica, según De Cupis, cesación del daño. Ello, a mi juicio, es injusto y supone una ética criticable en la medida en que invitaría a que las víctimas de los daños no reaccionen positivamente frente a estos, en cuanto toda reacción iría en su desmedro económico.

La posición que aquí se defiende no es nueva en la jurisprudencia colombiana. En relación con el tema de las viudas que gozan de una pensión por sustitución del marido, se ha planteado el mismo problema: ¿se pierde la pensión por el hecho de las nuevas nupcias?

Dejemos que la Corte Constitucional colombiana responda a la pregunta: “En las ponencias presentadas en la Cámara y el Senado, se expone la justificación de la aludida condición resolutoria o extintiva del derecho a la pensión de sobrevivientes. Las nuevas nupcias o la renovada vida marital, comporta el aporte del nuevo cónyuge o compañero, lo que torna innecesaria la continuación de esta forma de protección económica a la vida familiar. De otro lado, la afrenta a la memoria del marido, que sufriría menoscabo a raíz de la nueva relación, abonaría la pérdida del derecho a la pensión. No se requieren de (sic) muchas elucubraciones para concluir que la condición resolutoria, viola la Constitución Política. La mujer tiene iguales derechos a los del hombre y no puede verse expuesta a perder sus beneficios legales como consecuencia del ejercicio legítimo de su libertad (C.P. arts. 16, 42 y 43). No puede plantearse una relación inequívoca entre la conformación de un nuevo vínculo y el aseguramiento económico de la mujer, menos todavía hoy cuando la consideración paritaria de los miembros de la pareja no se ajusta más a la antigua concepción de aquélla como sujeto débil librada enteramente a la protección masculina. La norma legal que asocia a la libre y legítima opción individual de contraer nupcias o unirse en una relación marital, el riesgo de la pérdida de un derecho legal ya consolidado, se convierte en una injerencia arbitraria en el campo de la privacidad (sic) y autodeterminación del sujeto que vulnera el libre desarrollo de la personalidad, sin ninguna justificación como quiera que nada tiene que ver el interés general con tales decisiones [...] No duda la Corte que al entrar en vigencia la nueva Constitución, la disposición legal acusada que hacía perder a la viuda el derecho a la pensión sustituta por el hecho de contraer nuevas nupcias o conformar una nueva familia, se tornó abiertamente incompatible con sus dictados y, desde entonces, bien había podido

ejercitarse la excepción de inconstitucionalidad. En efecto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, a lo que se suma la facultad de conformar una nueva familia, se vulneran de manera meridiana, de conformidad con lo expuesto, por la anotada condición”<sup>74</sup>. A pesar de que se entiende la defensa de la mujer, que tristemente tiene que hacer la Corte debido al texto mismo de la ley —sólo hablaba de las viudas pero no de los viudos!—, lo importante para rescatar es que, con independencia del sexo de la persona que goce de la pensión sustituta, suprimirla por nuevas nupcias es una afrenta al libre desarrollo de la personalidad. Tan clara es la situación, que en el evento en el cual a una persona se le suspende la sustitución pensional de su difunta esposa procede la tutela de su derecho, entre otros motivos porque “otro elemento de singular importancia en la presente acción de tutela, es que el hecho de que si el señor Ocampo reinició o no vida marital, no es razón para quitarle su derecho a la pensión de sustitución. La Carta Política otorga la misma protección a la familia, sea que esta se haya conformado de acuerdo a ritos religiosos, civiles o mediante la simple unión de hecho. Además, de acuerdo a las sentencias C-309 y C-411 de este año, quedó en claro el hecho de que contraer nuevas nupcias o hacer nueva vida marital no es razón para perder el derecho a seguir gozando de la pensión de sustitución del cónyuge muerto”<sup>75</sup>.

Se concluye entonces que no existe cesación —definitiva o parcial— del daño cuando hay situación favorable generada por la víctima con posterioridad al mismo.

Teniendo presente la conclusión del primer ejemplo, se debe pasar al segundo. Se trata de un aviador que sufre una lesión corporal que le impide continuar ejerciendo su profesión, ante lo cual debe cambiar de oficio, para quedar ganando en el nuevo la mitad de lo que devengaba en su trabajo original. En este evento se trata de determinar si el lucro cesante que sufre

74. Corte Constitucional col., 11 de julio de 1996, sent. C-309/96, exp. D-1158, M. P.: Dr. Cifuentes Muñoz, actor: Clemente Viteri Alvarado, demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2º (parcial) de la Ley 33 de 1973. Esta sentencia fue ratificada por la C-411/96, del mismo actor y magistrado ponente, en el exp. D-1210, del 4 de septiembre de 1996.

75. Corte Constitucional col., Sala Tercera de Revisión, 9 de diciembre de 1996, sent. T-701/96, exp. T-108.169.



se tasa sobre el salario como aviador, o sobre lo que dejó de ganar a raíz del hecho dañino. Volviendo a los argumentos ya expresados, se puede decir que lo primero que hay que analizar es tanto la situación que existía antes, como la que se presentó después del hecho dañino. Lo cierto es que su nueva situación supuso una pérdida del 50%, y sobre tal porcentaje debe ser tasado su daño. Si luego del daño logra mejorar su situación, por motivo a él atribuible, se aplicará la regla ya vista en el ejemplo primero de la viuda: no hay cesación del daño porque la nueva situación es obra suya y le pertenece. Si, por el contrario, la situación desmejora por motivos imputables al hecho dañino, el responsable debería cubrir el nuevo faltante.

Es en este punto en donde, se reitera, la institución de la cosa juzgada en materia de responsabilidad civil en Colombia debe cambiar, para que se permita la revisión de las indemnizaciones: la cosa juzgada sólo decide definitivamente en los casos de mejoramiento pero no de agravación respecto de la situación que genera el hecho dañino. Se comparte entonces la solución francesa que indica, para la jurisdicción ordinaria, que “la jurisprudencia no admite la posibilidad de revisar las indemnizaciones en casos de mejora en el estado de la víctima, pero la Corte de Casación ha decidido que la sentencia definitiva que fijó la indemnización debida por el responsable a la víctima de un accidente, no es un obstáculo para una nueva acción civil fundada sobre la agravación del estado de la víctima, aun si la sentencia no hubiera previsto dicho evento”<sup>76</sup>.

Se pasa entonces al tercero y último ejemplo, que lo aporta la jurisprudencia colombiana. Se trató de una secretaria que perdió un ojo en el atentado dinamitero contra las instalaciones del DAS, pero que continuó trabajando en el mismo lugar y salario, a pesar de su daño corporal. Con lo que ya se ha avanzado se concluye que, como bien lo afirmó la sentencia<sup>77</sup>, no procede ordenar la indemnización del lucro cesante por la incapacidad parcial de trabajo certificada por medicina legal, aunque sí procede la indemnización por daño fisiológico y por daño moral. Bajo la postura que

---

76. Max Le Roy. *L'évaluation du préjudice corporel*, 13<sup>a</sup> ed., Paris, Litec, p. 59.

77. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 13 de diciembre de 1995, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Ma. Angélica Cañón V., exp. 10606. Se recomienda leer, en concordancia con lo aquí tratado, el tema del lucro cesante cuando la afrenta es a una persona.

se viene defendiendo, la solución de la sentencia es acertada, porque antes y después del daño no hubo merma económica generada por la situación laboral, que continuó idéntica. Se aplica entonces la misma lógica de los ejemplos anteriores: si su situación empeora, por hechos nuevos que guarden relación con el hecho dañino imputable al responsable, se debe revisar la indemnización. Este es el típico caso de inexistencia del daño que ya ha sido referido por el profesor De Cupis. Es así como sólo en el evento de agravación de la situación de la víctima que se refleje sobre su situación laboral el daño se vuelve existente, y permite una nueva demanda. Naturalmente que los otros daños sí tienen que ser reconocidos desde un inicio —daño emergente, daño moral, daño fisiológico—, porque surgieron por el hecho dañino.

Se concluye entonces sobre este importante tema de la indemnización plena del daño que su enunciación es de tal manera sencilla que no se acompasa con los problemas teóricos que plantea su aplicación.

#### V. LA DISTINCIÓN ENTRE LAS NOCIONES DE DAÑO Y PERJUICIO ES ÚTIL

Otro de los aspectos tradicionales en el estudio del daño ha sido el de determinar si dicho concepto es sinónimo de perjuicio. Si bien en términos generales los conceptos son utilizados indistintamente, lo que explica que la jurisprudencia colombiana haya afirmado que “la palabra daño equivale exactamente a perjuicio”<sup>78</sup>, vale la pena precisar que las nociones, dependiendo de cómo sean tratadas, llaman la atención sobre formas diferentes de operar la responsabilidad civil, de concebir la legitimación en la causa para actuar y, por tanto, de indemnizar.

Si bien la doctrina no ha profundizado sobre el punto, el profesor Bénéoit aportó algunos elementos que se encargaron de definirlo, al afirmar: “... el daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación [...] el perjuicio lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan

---

78. Consejo de Estado col., 31 de julio de 1958, extracto visible en las páginas 167 y 168 de los *Anales del Consejo de Estado*, T. LVI, p. 167.

del daño para la víctima del mismo. Mientras que el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada”<sup>79</sup>. En una línea de pensamiento similar, los hermanos Mazeaud, recordando el derecho romano, expresaron que los romanos “trataron tímidamente de sustituir la noción de *damnum*, por la de perjuicio: comprendieron que lo que importaba no era la comprobación de un atentado material contra una cosa (*damnum*), sino el perjuicio sufrido a causa de ese hecho por el propietario; por eso decidieron que el simple *damnum* que no causaba perjuicio no daba lugar a reparación”<sup>80</sup>. Con esta misma lógica, una sentencia colombiana afirmó que “el daño, considerado en sí mismo, es la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, la molestia, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio”, mientras que “el perjuicio es el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño; y la indemnización es el resarcimiento, la reparación, la satisfacción o pago del perjuicio que el daño ocasionó”<sup>81</sup>.

Se observa entonces que hay sectores de la doctrina y de la jurisprudencia que sí hacen la distinción entre los dos conceptos. Sin embargo, el problema es que dicha diferencia no genera consecuencias, porque aun partiendo, como lo hacen la sentencia colombiana y el profesor Bénéoit, de la afirmación de que el daño es un hecho –la lesión– en tanto el perjuicio es el menoscabo del patrimonio de una persona en concreto que, al decir de los Mazeaud, es el propietario, la pregunta que surge de inmediato es la siguiente: ¿qué utilidad tiene la distinción?

Recientemente el doctrinante francés Marcel Sousse escribió un libro que parte de la premisa de que, en el tema, existe una “diferencia profunda”, porque “la distinción entre daño y perjuicio hace aparecer dos lógicas de indemnización”<sup>82</sup>. Sin embargo, el desarrollo que hace de tal postulado lo

---

79. Francis-Paul Bénéoit. “Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (Problèmes de causalité et d'imputabilité)”, *JCP*, 1957, I, p. 1351.

80. Mazeaud y Tunc. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, cit., T. I, Vol. 1, p. 40.

81. Corte Suprema de Justicia col., S.N.G., 13 de diciembre de 1943, M. P.: Dr. Cardozo Gaitán.

82. Marcel Sousse. *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1994, p. 1.

lleva a distinguir entre la reparación en el proceso de responsabilidad y la que se presenta a nivel legislativo dentro de la noción de auxilio y seguridad social. Si bien el punto es bastante interesante, no coincide realmente con las consecuencias que en este escrito, como se verá, se pretenden extraer.

En esencia dos consecuencias merecen entonces ser tenidas en cuenta desde la perspectiva que aquí interesa.

La primera, que es realmente a la que apuntan los extractos citados, permite concluir que el patrimonio individual —el propietario según los Mazeaud—, es el que sufre el perjuicio proveniente del daño. El patrimonio no sufre daño sino perjuicio causado por aquel. Lo anterior es de utilidad en la medida en que 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—, lo cual permite sentar la siguiente regla: se indemniza sólo el perjuicio que proviene del daño. Por ejemplo: ante el daño consistente en la avería de un vehículo, lo que importa es determinar los diversos rubros del perjuicio en consideración a la persona que está reclamando. Aún más: lo que interesa es comprobar que todos los rubros del perjuicio en efecto provienen del mismo daño. Se tendrá entonces que desechar el perjuicio consistente en la avería del vehículo que no fue causada por el hecho dañino enjuiciado, sino que tuvo otra causa. La explicación es sencilla: en la relación de causalidad entre daño y perjuicio se observa que este no proviene de aquel.

La segunda consecuencia, que es la que realmente interesa para efectos de este escrito, consiste en afirmar que existen perjuicios que no necesariamente se causan al patrimonio de quien reclama indemnización. Desde este punto de vista se afronta uno de los problemas importantes de la materia, cual es el de la legitimación para obrar. La distinción así concebida permite dar un “giro” a la responsabilidad civil, no tanto por su concepción, que viene desde el derecho romano, como por su práctica. Estudiados así los conceptos se observa que la distinción tiene importancia cuando se trata de explicar que la posibilidad de obtener indemnizaciones no radica sólo en cabeza del propietario referido por los Mazeaud, sino también del ser humano como titular de derechos colectivos. La acción de responsabilidad civil, bajo esta óptica, no estará entonces exclusivamente permitida a un ser humano concebido de manera egocéntrica sino también a un ser humano

socializado. Se trata de resaltar, dentro de la responsabilidad civil, el tema de las acciones populares, del título de ciudadano legitimado en la causa para actuar en un proceso, de los intereses colectivos o, para traer otro ejemplo, de la función de las ONG.

En el desarrollo de este escrito se volverá sobre esta distinción, cuando se trate la ilustración del carácter personal del daño. De resto, los términos se utilizarán indistintamente. Por lo pronto, se advierte que reflexionar sobre los dos conceptos es de utilidad porque, como afirma Marysc Deguerque, “a pesar de que ni los jueces administrativos u ordinarios, ni los autores contemporáneos diferencian daño y perjuicio, conviene interrogarse previamente sobre la existencia de sutiles diferencias entre los dos términos”<sup>83</sup>.

## VI. LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO NO DEPENDE DE LA ACCIÓN PROCESAL

En el derecho colombiano hay varias acciones para obtener la reparación del daño producido por la administración, dependiendo de cuál haya sido la causa del mismo. Si el daño es causado por un acto administrativo, la acción será de nulidad y restablecimiento del derecho (art. 85 C. C. A.); si el daño es causado por “un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente de inmueble por causa de trabajos públicos”, la acción será de reparación directa (art. 86 C. C. A.); si el daño, finalmente, proviene de un contrato, la acción será la de controversias contractuales (art. 87 C. C. A.).

En derecho francés, por el contrario, cuando se causa un daño, la acción o el “recurso” será siempre el “pleno contencioso”. Como bien lo enuncia la doctrina, este recurso, “considerado desde siempre como un recurso de ‘derecho común’, es sumamente amplio: es el único que se puede ejercer, sin que haya lugar a tomar en consideración la naturaleza de las pretensiones del demandante”<sup>84</sup>. Esta situación se explica, entre otras razones, porque

---

83. Marysc Deguerque. *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, I.GDJ, 1994, p. 401.

84. Bruno Lasserre. “Recours”, en *Répertoire du Contentieux Administratif*, Encyclopédie Dalloz, Paris, Dalloz, 1985, N° 58.

para poder acudir al juez se requiere haber acudido anteriormente a la administración. Es la denominada *décision préalable*, que al decir de la doctrina “es, en alguna medida, la materia prima del debate contencioso; si no se ha dado, la parte debe provocarla para poder demandar la decisión ante el juez”<sup>85</sup>.

Se traen a colación los dos esquemas procesales, porque es claro que en el derecho francés la acción mediante la cual se busca la reparación del daño no tiene en cuenta ni la naturaleza de las pretensiones del demandante ni la causa del daño. Es decir, con independencia de que el demandante solicite o no la anulación de un acto administrativo, o el restablecimiento de un derecho, o la indemnización dineraria, etc., el juez tiene la facultad de disponer la reparación del daño sufrido. En Colombia, por el contrario, hay diferentes acciones, que se identifican por la causa o fuente del daño, lo cual genera una inestabilidad jurídica en desmedro del derecho sustancial y de los derechos de la propia víctima. El esquema procesal colombiano es en extremo complicado por la multiplicidad de acciones, lo cual genera tal confusión que ha inducido a que se pregone la unificación de acciones<sup>86</sup>, con argumentos que merecen ser recordados aquí. Los problemas que crea aquella confusión son varios y bien se podrían solucionar adoptando un esquema similar al francés o al español.

En primer término, no se sabe con certeza cuál es la acción pertinente en el evento en el que un acto administrativo legal produzca un daño, por ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas. En estricto sentido, no hay solución lógica dentro de nuestro esquema, porque si la víctima demanda en acción de nulidad y restablecimiento del derecho, se le dirá que debe buscar la nulidad del acto<sup>87</sup>, que no es lo que pretende, y si, por el contrario, se demanda en acción de reparación directa, se le puede

---

85. Jean-Marie Auby y Roland Drago. *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1992, N° 406.

86. Ver: Juan Carlos Henao Pérez. “Reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia”, en *Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura, 1997, pp. 727 y ss.

87. Ha sido la posición asumida por el Consejo de Estado, por demás criticable bajo un cabal entendimiento del artículo 85 del C. C. A., pero que es posición uniforme. Ver por ejemplo, para corroborar la sinonimia entre acción de nulidad y restablecimiento

argumentar que la causa del daño no es un hecho sino un acto administrativo. Por fortuna la jurisprudencia ha tratado de solucionar el punto, afirmando que en dicho evento se debe iniciar la acción de reparación directa<sup>88</sup>, lo cual no pasa de ser una posición jurisprudencial, que, por lo demás, puede variar. En segundo término, hay eventos en los cuales la causa del daño no es ninguna de las categorías jurídicas que definen las acciones. Es lo que ocurrió por ejemplo en el conocido proceso de los congresistas que, al perder su investidura antes de finalizar su período por decisión de la Asamblea Nacional Constituyente en 1991, demandaron por la falta de ingresos salariales por el período total para el cual habían sido elegidos, y por los daños morales<sup>89</sup>. En este evento el Consejo de Estado no profundizó el aspecto procesal, a pesar de que el acto del constituyente que causó el daño no era ni un acto administrativo, ni una vía de hecho, ni un hecho, ni una omisión, etc., y no entraba por tanto en ninguna de las categorías jurídicas que definen las acciones. En tercer término, la definición que tanto la jurisprudencia como la doctrina dan sobre los conceptos jurídicos que delimitan las acciones es en extremo compleja, lo cual genera innecesariamente inestabilidad. No es clara por ejemplo la distinción entre vía de hecho y acto administrativo, y sin embargo, la acción variará en una y otra situación. La acción de reparación directa será la pertinente para los eventos

---

y nulidad del acto administrativo para que proceda la indemnización de daños: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 4 de mayo de 1992, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Angela Ma. Ruiz de Hernández, exp. 6663; 9 de abril de 1992, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Alfredo Quesada, exp. 7317.

88. Ver Consejo de Estado col., Sección Tercera, 17 de agosto de 1995, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Sociedad Durán Muñoz y Cía. Ltda., exp. 7095: "Pero es claro, se repite, que cuando el perjuicio nace de la ilegalidad de la decisión administrativa (acto administrativo) y su ejecución no hace sino acatarla, la acción deberá ser la de restablecimiento; cuando el daño proviene de la irregular ejecución de un acto que no se cuestiona en su ilegalidad, la acción será de reparación directa y deberá centrarse su cuestionamiento en los actos materiales de ejecución de la decisión administrativa, pero sin omitir en esa evaluación el alcance de dicha decisión, por ser, en definitiva, la que delimita los poderes de ejecución de la administración; como será de reparación directa también cuando el acto, en sí, no es ilegal pero es la fuente del perjuicio por implicar el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas".

89. Consejo de Estado col., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 13 de diciembre de 1995, C. P.: Dr. Younes Moreno, actor: Feisal Mustafá, exp. S-470.

de enriquecimiento sin justa causa, así existan actos “precontractuales” o “postcontractuales” que permitan al demandante suponer que podía ejercer la acción de controversias contractuales<sup>90</sup>. En cuarto y último término, existen eventos en los cuales hay daños producidos tanto por un acto administrativo como por hechos u operaciones administrativas: allí, dependiendo de la acción escogida, ¡el juez se declara parcialmente inhibido para fallar!<sup>91</sup>.

Como se observa, el esquema procesal contencioso administrativo está lleno de celadas para las víctimas de los daños, que habrán de correr riesgos en más de una ocasión, con peligro para su reparación por un aspecto procesal que proviene de una encrucijada legal que se debe superar. En el entretanto, se estima que la jurisprudencia debe poner suma atención en el punto, y hacer prevalecer el derecho sustancial sobre el procesal.

El esquema procesal que se critica también ha llevado a que, dependiendo de la acción, se pida de una o de otra forma la indemnización de daños, con lo cual se ha creado un hábito inconveniente que lleva a diferentes formas reparatorias. Es decir, el abogado litigante y la jurisprudencia que resuelve los casos que aquel plantea deciden la reparación del daño sin tener en cuenta el discurso general de la materia, y sí permitiendo que la forma reparatoria sea marcada por el hábito de pedir según la acción procesal. Se ha dicho que, más por la tendencia de los abogados que por la realidad del ordenamiento jurídico colombiano, la forma de indemnización varía según la acción escogida. Es decir, si nos encontramos, por ejemplo, frente a la acción de reparación directa, la reparación del daño se concibe básicamente

90. Ver por ejemplo: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 6 de junio de 1996, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Carlos Angulo Betancur Botero y otro, exp. 11663: “Como se observa, en el presente caso no se está cuestionando la relación jurídica originada en el contrato inicialmente suscrito entre el ingeniero Carlos Augusto Betancur y la entidad demandada, sino la relación jurídica originada en el enriquecimiento sin causa por obras adicionales que el demandante afirma haber construido para la administración. Así las cosas, la acción de reparación directa *in rem verso*— es la vía procesal idónea para demandar la reparación de los perjuicios por presunto enriquecimiento injusto de la administración”.

91. Ver por ejemplo: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 13 de diciembre 1995, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Carlos Saúl Pinzón, exp. 10228; 27 de marzo de 1992, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Municipio de Tolú-Viejo, exp. 2858.



como dineraria, cuando también puede ser concebida como una obligación de hacer. Si nos encontramos ante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, por ejemplo, de carácter laboral, se considera que la persona tiene derecho a que se le vuelva a colocar en la misma situación laboral en la que se encontraba antes del daño (restitución *in natura*) y a que se le paguen los salarios dejados de percibir en el entretanto, sin que normalmente se pida la indemnización de otros perjuicios. También dicha tendencia la criticamos en este escrito, al considerar que el daño es uno, con independencia de la acción con la cual se busca su reparación. Es decir, sea cual fuere la acción que se deba escoger en el confuso ordenamiento procesal colombiano, la entidad del daño será la misma y no puede ni debe el juez dejar de ordenar su reparación. Por ejemplo, si nos encontramos ante una acción de reparación directa, bien se puede pedir que se restablezca el derecho a la honra afectado por una actuación estatal, por medio, verbigracia, de la publicación de libros que narren la historia de la violación de la dignidad de la persona, como ocurre en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y no sólo que se repare económicamente un daño; por ejemplo, si se ejercita la acción de reparación directa podría ocurrir que el juez ordene a la administración, no dar una suma de dinero sino ejecutar una obligación de hacer, como cuando se decide ordenar los tratamientos médicos necesarios para el restablecimiento de la salud<sup>92</sup>; si se destituye ilegalmente a un funcionario, se puede pedir no sólo que lo restablezcan en su derecho, sino que le paguen todos los daños que haya sufrido a raíz de la destitución, verbigracia, el daño moral, la pérdida de oportunidades, el daño emergente por la necesidad de alquilar un vehículo a que tenía derecho en su trabajo, etc.

Claro es, entonces, que el daño debe ser reparado de manera plena y en las formas a que haya lugar, dadas su naturaleza y las circunstancias, y no según la acción procesal.

#### A MANERA DE CONCLUSIÓN: DE LA DEFINICIÓN DEL DAÑO

Hechas las anteriores precisiones es oportuno recordar algunas definiciones de daño, no sin advertir que, como ya es usual en el tema, se considera que

---

92. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 13 de diciembre 1995, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Gladys Rodríguez y otros, exp. 10677.

el daño en sentido jurídico reproduce el sentido común del término: la alteración negativa de un estado de cosas existente.

Veamos algunas definiciones sobre el punto. Para De Cupis, “daño no significa más que nocimiento o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable”<sup>93</sup>. Para el tratadista Hinestrosa, “daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja”<sup>94</sup>. Para Javier Tamayo, “daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial”<sup>95</sup>. A su turno Escobar Gil escribe que “en el lenguaje corriente la expresión ‘daño’ significa todo detrimento, menoscabo o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes espirituales, corporales o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano, inferido por la propia víctima o por un tercero, o que la causa sea un hecho de la naturaleza”<sup>96</sup>. Para Bustamante Alsina, daño “significa el menoscabo que se experimenta en el patrimonio por el detrimento de los valores económicos que lo componen (daño patrimonial) y también la lesión a los sentimientos, al honor o a las afecciones legítimas (daño moral)”<sup>97</sup>.

Se puede extraer el elemento común de lo hasta aquí expresado para llegar a la siguiente definición: daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima.

Terminada esta parte introductoria, iniciamos el desarrollo del plan ya referido.

---

93. De Cupis. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil, cit.*, p. 81.

94. Fernando Hinestrosa. *Derecho de Obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1967, p. 529.

95. Tamayo Jaramillo. *De la responsabilidad civil, cit.*, T. 2, p. 5.

96. Rodrigo Escobar Gil. *Responsabilidad contractual de la administración pública*, Bogotá, Ed. Temis, 1989, p. 165.

97. Jorge Bustamante Alsina. *Teoría general de la responsabilidad civil*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, p. 143.

CAPÍTULO PRIMERO  
*Las condiciones de existencia  
del perjuicio*

Hablar de las condiciones de existencia del daño significa simplemente hablar de los elementos que son necesarios para que el daño exista.

Como lo enuncia Rougevin-Baville, “es tradicional afirmar que, para que el perjuicio sea indemnizable, debe ser personal, directo y cierto”<sup>1</sup>. Sin embargo, se excluirá la característica de directo del daño, en acuerdo con el precitado autor, porque “plantea en realidad un problema de imputación”. En efecto, el daño directo se relaciona con el nexo de causalidad que debe existir entre el daño y el comportamiento de una persona. Por ello tal característica habrá de ser estudiada en el tema de imputación del daño.

Se puede, empero, señalar que el carácter directo del daño se estudia aquí desde otra óptica: el perjuicio invocado por la víctima, como se ha anotado, tiene que provenir del daño causado. Esta afirmación se justificaría en la medida en que se acoja la distinción entre daño y perjuicio propuesta por el profesor Bénéoit, que ya hubo oportunidad de señalar. Es así como, en esta parte del discurso, el carácter directo del daño supone el nexo de causalidad que ha de existir entre el daño definido como alteración material exterior y el perjuicio entendido como las consecuencias de dicha alteración sobre un patrimonio. No se trata entonces de entender que el perjuicio debe guardar una relación de causalidad con el comportamiento del aparente responsable, que es un problema de imputación, sino de establecer que el perjuicio, entendido como la secuela del daño, sólo se repara si proviene de este. Valga un ejemplo: si un peatón pierde una pierna al ser atropellado por un vehículo, el daño es la pérdida de la pierna, y el perjuicio—objeto de la indemnización— todas las consecuencias que se generan por la pérdida de la misma. En este sentido, pues, a propósito del daño no se debe estudiar si determinado hecho dañino atribuible a una persona causó la pérdida de la pierna, puesto que ello es un problema de imputación, sino tan sólo analizar si los perjuicios que se invocan (daño moral, perjuicio fisiológico, pérdida de capacidad laboral, pérdida de la oportunidad de competir en la prueba, etc.) provienen del daño causado.

Es así como se estima que, para que el perjuicio pueda calificarse de tal, debe ser personal y cierto. Estas son las dos características que lo definen, y por ello se pasa a estudiarlas.

---

1. Michel Rougevin-Baville. *La responsabilité administrative*, Paris, Hachette, Collection Les Fondamentaux, 1992, p. 139.

## I. CARÁCTER PERSONAL

Que el perjuicio sea sufrido por la persona que solicita reparación es un principio elemental del derecho de la responsabilidad<sup>2</sup>.

Pese a la simplicidad del enunciado, su estudio es importante para observar, en un primer momento, cómo ha sido históricamente cuestionado por el juez al exigir requisitos adicionales; para analizar luego cómo se presenta el principio hoy en día, y por último, para hacer su ilustración.

## A. LA EVOLUCIÓN DEL CARÁCTER PERSONAL DEL DAÑO

Como se ha anotado, en un primer momento se debe estudiar la época en que el carácter personal del daño recibió una notable influencia de la moral victoriana que ineludiblemente habría de caer en contradicciones, moral frente a la cual la jurisprudencia de ambos países se ha liberado, sin que se pueda afirmar, empero, que no muestra aún rezagos de la misma.

## I. UN POCO DE HISTORIA: EL CARÁCTER PERSONAL DEL DAÑO INFLUIDO POR LA MORAL VICTORIANA

La noción del carácter personal del perjuicio ha tenido una evolución histórica que merece reseñarse en breve.

Para la jurisprudencia francesa una persona sufría personalmente un perjuicio cuando había sido víctima de la violación de un derecho o de una situación jurídicamente protegida o legítima, radicados en su cabeza.

---

2. Este enunciado se observa claramente en la doctrina. Así, en derecho colombiano, el profesor Tamayo Jaramillo sostiene que “tradicionalmente doctrina y jurisprudencia enuncian que el perjuicio debe ser personal para que haya derecho a reparación. Ello significa que la víctima del daño o sus causahabientes pueden demandar reparación”, (*De la responsabilidad civil, cit.*, T. 2, p. 80). En derecho francés Laurent Richer afirma que “el conjunto de la doctrina considera el carácter personal del perjuicio como una condición de fondo de la existencia del derecho a reparación” (“Prejudice réparable”, en *Répertoire de la Responsabilité de la Puissance Publique, cit.*, N° 46).

El fallo Señorita Rucheton es explícito al respecto, pues el juez rechazaba las pretensiones, en esta época, al “considerar que, para obtener en justicia la reparación de un perjuicio, no es suficiente un interés, sino que se ha de acreditar un derecho lesionado”<sup>3</sup>.

La solución contenida en este fallo se explicaba, según la nota de Hauriou<sup>4</sup>, al partir de la idea de que “por fuera del interés legítimo resultante de un derecho establecido o de una situación administrativa, no es posible el recurso contencioso”, siendo legítimo el interés “reconocido por el derecho”, que en el caso del administrativo se presentaba siempre que hubiera “un interés que proviniera de un derecho que hiciera parte de las instituciones jurídicas establecidas”, o “de un interés que se originara en una situación jurídica creada por la administración en virtud de su poder jurídico”.

De igual manera, el fallo Savelli<sup>5</sup> muestra una posición similar. Al analizar el perjuicio causado al demandante por la muerte de su concubina, el juez francés consideró “que es cierto que el demandante y la señora Caminatti vivían juntos para la época de la muerte de esta última, pero que no eran casados”, y niega la indemnización al demandante puesto que “no se encontraba frente a una situación jurídicamente protegida”.

A la máxima “sin interés no hay acción” se le agregaba un término que la cambiaba, puesto que el enunciado afirmaba “sin situación jurídica protegida por la ley, no hay acción”.

Para justificar dicha posición, el Consejo de Estado echó mano de la analogía con la de obligación alimentaria. Consideraba que, cuando el demandante podía beneficiarse de la acción alimentaria, su situación era jurídicamente protegida, con lo cual se abría en consecuencia la posibilidad de su derecho a reparación. Pero que en el caso inverso el demandante no

---

3. Consejo de Estado fr., 11 de mayo de 1928, Dlle. Rucheton, S. 1928.3.97: “Considerando que, para obtener la reparación de un perjuicio no es suficiente establecer el interés, sino que se debe justificar la lesión de un derecho lesionado; considerando que la señorita Rucheton, quien no tiene aptitud para reclamar la obligación alimentaria prevista para la mujer casada por los artículos 212 y 214 del Código Civil, no justifica ningún nexo jurídico con la víctima que le otorgue la calidad para cuestionar la responsabilidad del Estado en razón del accidente relatado”.

4. Nota de Hauriou, en el fallo precedente del 11 de mayo de 1928.

5. Consejo de Estado fr., 18 de noviembre de 1960, Savelli, RDP, 1961, p. 1068.

expresaba el deseo de impedir “el exceso de demandas” ante la jurisdicción<sup>12</sup>. ¡Detrás de ello se encontraba la moral victoriana!

Pero, por fortuna, podemos anotar que las exigencias que se hacían anteriormente respecto del carácter personal del perjuicio están hoy en día superadas. En efecto, el carácter personal del perjuicio se despojó de caracteres que antaño le eran muy preciados, para presentarse en adelante sin las exigencias artificiosas que se le atribuyeron. Es así como podemos afirmar, con M. Gest, que los fallos que seguían la lógica descrita pertenecen a una “jurisprudencia sobrepasada”<sup>13</sup>. Como se verá, no es que el carácter

12. Se puede observar en este sentido, por ejemplo: “El triunfo de las concepciones solidaristas del Estado, que exige esta evolución, exige al mismo tiempo que el perjuicio reparado sea, en todos los casos, inmerecido. De allí la importancia que tiene la culpa de la víctima en tal evolución. Conviene por demás que la situación vulnerada sea legítima, puesto que si de otra manera fuera, no sería digna de la protección social que se concreta con el otorgamiento de una indemnización compensatoria [...] La teoría de la culpa de la víctima y de situación ilegítima muestran entonces una relación en el plano de la función que están llamadas a cumplir [...] Deben, una y otra, servir de freno a una evolución que la justicia justifica, pero que podría conllevar a incontestables abusos y a la merma del nivel cívico y moral [...] Un texto de ley, un acto o una operación administrativas pueden atacar –de una u otra forma y según modalidades diferentes– una situación que, sin estar anteriormente prohibida por el derecho positivo, presentaría sin embargo un aspecto criticable desde el punto de vista económico, nacional, moral o social. En otros términos, la actividad cuyo ejercicio se encontraría más o menos desconocida por la acción de la administración se mostraría contraria a la solidaridad social [...] No hay duda de que, invocando el juez la noción de situación ilegítima en su sentido amplio, trae a colación una concepción trascendental del derecho. Condena así, en nombre de un Derecho Superior conforme a las exigencias de la solidaridad social, un derecho positivo anterior que, por su carencia, había permitido el desarrollo de actividades molestas a la sociedad” (Georges Morange. “La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité administrative”, Paris, Dalloz, 1953, Chron. V., p. 27). En el mismo sentido: “Se trata de que el juez precise la categoría de personas admitidas para obtener reparación en caso de muerte, de lesiones o de enfermedades de la víctima de un accidente y, más precisamente, de fijar límites que permitan canalizar la onda de demandas excesivas” (Guy Isaac. “Après l’arrêt Letisserand: Dix années de réparation de la douleur morale par le Conseil d’Etat”, en *Mélanges Paul Couzinet*, p. 398).

13. G. Gest. “Violation d’un droit et atteinte à une situation juridiquement protégée dans le contentieux de la responsabilité publique”, en *RDP*, 1981, p. 1645.

personal del daño deje de ser un elemento del mismo, sino que dicho carácter personal se entiende y se aprecia de otro modo.

## 2. LA POSICIÓN ACTUAL DE LA JURISPRUDENCIA: HACIA UNA NUEVA CONCEPCIÓN DEL CARÁCTER PERSONAL DEL DAÑO

A partir del fallo *Lassalle-Barrère*, el profesor Morange enuncia claramente el carácter personal del perjuicio, en relación con los perjuicios causados a terceros por la muerte de una persona. En lo que nos interesa, afirma: “la nueva regla jurisprudencial se define simplemente: puede solicitarse indemnización por el hecho de la muerte o de la invalidez de un tercero, cuando el demandante pruebe que el deceso o la invalidez le causa un perjuicio personal, sin importar los nexos de parentesco con la víctima”<sup>14</sup>. Es oportuno, entonces, anotar que el carácter personal del perjuicio se presenta en forma pura. Sólo hay que establecer que el hecho dañino causó un perjuicio a la persona que solicita la indemnización.

Esta lógica es muy clara en el derecho colombiano. En efecto, frente al caso de la muerte de una persona, desde el fallo del 24 de junio de 1942 la Corte Suprema de Justicia enunció claramente que tienen derecho a solicitar reparación “las personas que ya por vivir directamente del esfuerzo del muerto, ya por derivar utilidad cierta y directa de las actividades del fallecido, tienen el derecho, la personería, la acción, para reclamar o pedir la indemnización de perjuicios, porque ellas directamente han sido perjudicadas”<sup>15</sup>. Este fallo es importante porque, al igual que el fallo francés *Lassalle-Barrère*, no exige ningún otro requisito para demandar reparación distinto al de que el demandante haya sufrido un perjuicio, única condición precisamente para que el perjuicio sea personal. Lejos de colocar otras exigencias, esta posición es muy ilustrativa por su sencillez. De igual manera, el fallo colombiano del 15 de julio de 1949 reafirma la regla anterior partiendo del artículo 2341 del Código Civil que no limita la acción de responsabilidad

---

14. Nota en Consejo de Estado fr., 25 de enero de 1952, *Lassalle-Barrère*; 25 de enero de 1952, Simon, *Dalloz*, 1952, p. 549.

15. Corte Suprema de Justicia col., Cas., S.C.C., 24 de junio de 1942, M. P.: Dr. L. Escallón, *G. J.*, T. LIII, N° 1983, p. 656.



únicamente a los parientes de la víctima, sino que da, al contrario, derecho a indemnización “a todo aquel a quien el delito o la culpa haya inferido daño”<sup>16</sup>. Más recientemente, el Consejo de Estado, en fallo del 21 de febrero de 1985, sostiene que “la acción para reclamar los perjuicios por muerte pertenece a quien los sufra, sin consideración alguna al parentesco o a las reglas de la sucesión”<sup>17</sup>. Y el fallo del 19 de junio de 1989 reitera dicha posición. Se trataba del perjuicio ocasionado a una persona por la pérdida de auxilio económico originada por la muerte de quien le ayudaba. Tras recordar el fallo del 29 de abril de 1980, que como se anotó es el fallo de principio para la indemnización de perjuicios a concubenarios, el de 1989 introduce la posición vigente de ahí en adelante. Al criticar la posición restrictiva de 1980, en cuanto hacía de la noción de “situación jurídicamente protegida” la clave para otorgar indemnización, estima el juez de 1989 que “el derecho a la indemnización de quien sufre una ‘alteración material de una situación favorable’ (que en esto consiste el daño) se deriva, no del hecho de que la víctima tenga una ‘situación jurídicamente protegida’, en el sentido de que el bien afectado esté protegido por una norma, sino de la existencia de un hecho ilícito del autor, de su comisión por culpa o dolo, de la certidumbre del perjuicio y de la relación de causalidad entre éste y el hecho. En esto consistirá, pues, ‘la lesión de un derecho suyo’ de que habla el art. 67 del anterior Código Contencioso Administrativo, y que el 85 del actual (decreto 01 de 1984) contempla en los mismos términos, sólo que este último agregó que la finalidad de su pretensión puede ser el restablecimiento en su derecho o que ‘se le repare el daño’”<sup>18</sup>.

No se trata entonces de que la situación personal del demandante se encuentre justificada por la moral, sino de afirmar que la situación jurídicamente protegida es un derecho ínsito a toda persona que, por el sólo hecho de serlo, puede demandar reparación. No se trata de exigir al

---

16. Corte Suprema de Justicia col., Cas., S.N.G., 15 de julio de 1949, M. P.: Dr. B. Agudelo, *G. J.*, T. LXVI, N° 2073-2074, p. 525.

17. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 21 de febrero de 1985, C. P.: Dr. Valencia Arango, actor: Joel Flórez Villada, exp. 3253, Copiadores de la Sección Tercera, T. 57, p. 268.

18. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 19 de junio de 1989, C. P.: Dr. De Greiff Restrepo, actor: Luis Yáñez Carrero y otros, exp. 4678, Copiadores de la Sección Tercera, T. 102, p. 389.

demandante que pruebe que su situación está protegida por la ley, sino de presumir dicho extremo. No se trata de exigir que quien pida indemnización justifique en algunos títulos, restrictivamente interpretados —derecho de alimentos, derechos pensionales, etc.—, su derecho. En este aspecto, toda persona —aun el delincuente, el contraventor y el inmoral— se encuentra jurídicamente protegida, pues ningún ordenamiento podría excluir genéricamente la posibilidad de demandar la reparación de daños, como se hacía antaño. Por ello la regla que planteaba la posición antigua de la jurisprudencia, ya vista, llevaba al desconocimiento, por categorías de personas —los concubinarios, los contraventores, los delincuentes, etc.—, de la posibilidad de reparación de los daños. La noción de situación jurídicamente protegida como clave para que una persona esté legitimada para actuar bien podría ser enunciada por su anverso, esto es, que no puede recibir indemnización quien se encuentre en una situación ilegal de la que se genera el título por el cual se reclamaría.

La postura de la jurisprudencia anterior hacía tabla rasa en la aplicación de una regla que aunque sigue existiendo debe ser enunciada de manera mucho más restrictiva: no puede demandar reparación del daño la persona que pretende que se le repare lo que es fruto de una situación ilegal. No tendría derecho a recibir indemnización, no porque no haya sufrido un perjuicio, que en efecto puede haberlo sufrido, sino porque el ordenamiento jurídico no protege ese interés o derecho porque se deriva de una situación contraria a la ley. Es muy esclarecedora en este sentido la distinción que hace un salvamento de voto colombiano cuando declara que no debe proceder indemnización por daño material “si la actividad de éstos (delincuentes muertos) era ilícita, (pues) la ayuda que proporcionaban carecía de título legítimo”<sup>19</sup>, marcando la diferencia con los perjuicios morales, “porque con éstos se resarce un daño afectivo, subjetivo que se da cualquiera sea la actividad que cumplan o cumplieran las víctimas”.

Es decir, se analiza si el título que sirve de sustento a la indemnización es o no legítimo y, además, si la indemnización que se recibe proviene de dicho título. Si, por ejemplo, muere un narcotraficante por una falla del servicio, es apenas natural que sus deudos puedan reclamar el *pretium doloris*.

---

19. Salvamento de voto del doctor Suárez Hernández en el fallo del 22 de junio de 1996, M. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Ma. Ligia Hernández Vargas, exp. 7427.

Nadie podría discutir que el título del afecto, del amor filial, es legal a pesar de que un esposo o un padre sea narcotraficante. Por el contrario, en lo que toca con la pérdida de la ayuda alimentaria, se tendría que establecer de dónde provienen los recursos para dicha ayuda y, si se encuentra que son ilegales, sería improcedente la indemnización del perjuicio a pesar de que en efecto se haya sufrido. La razón es sencilla: el hijo no puede derivar legalidad de la ilegalidad de los bienes con los que su padre lo sostenía económicamente. Ello no es más que aplicación de la máxima *fraus omnia corrumpit*, que al decir de Josserand “hace fracasar todas las reglas del derecho, las domina”<sup>20</sup>.

Es así como se encuentra razonable que, por ejemplo, en el evento en el cual “está acreditado que la víctima además de jugar fútbol sin remuneración alguna, se dedicaba a hurtar vehículos automotores”<sup>21</sup>, no proceda la indemnización por daño material de la pérdida de ayuda alimentaria a los deudos.

Si bien esta postura es plausible, no se justifica, sin embargo, en nuestra opinión, el proceder del Consejo de Estado colombiano cuando niega indemnización de daño material a los familiares de una persona muerta, que trabajaba en una zona de tolerancia, ya que “la víctima no estaba dedicada al ejercicio de ninguna actividad económica productiva protegida por la ley”<sup>22</sup>, o cuando niega indemnización porque “no hay prueba en el proceso de que los desaparecidos se dedicaran de manera estable a una actividad económica lícita”<sup>23</sup>. Con semejante proceder se vuelve a la época de la moral victoriana ya denunciada, a la inversión de la presunción de la actividad lícita de las personas, pues lo que el juez hace es considerar “ilegítimo” el hecho de trabajar en una zona de tolerancia, invirtiendo así el principio general que enuncia que toda persona se encuentra en una situación jurídicamente protegida, salvo que se pruebe, bien probado, que

---

20. Louis Josserand. *Derecho Civil*, T. III, Vol. 1, Buenos Aires, EJEA y Bosch Editores, 1951, p. 125.

21. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 5 de septiembre de 1996, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Castro Rudesindo, exp. 10573.

22. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 11 de agosto de 1991, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Dioselina Echavarría, exp. 7619.

23. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 26 de septiembre de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Margarita Ma. Bedoya García, exp. 10868.

la indemnización se origina en una actividad ilegal del demandante. Se debe recordar que una cosa es que no esté probado el perjuicio, lo cual no ocurría en los eventos citados, y otra que el juez, con su parecer subjetivo y moralista, estime que la actividad "ilícita" excluye la existencia del daño. Por eso tampoco se comprende la negativa a la indemnización del daño por muerte de personas que en el momento de morir desplegaban actividad delincencial<sup>24</sup>, o se encontraban al margen de la ley, y se observa con preocupación que la prueba de un delito cometido pueda suponer que la persona queda sin posibilidad de obtener lucro cesante, como se sugiere en sentencia colombiana del 15 de octubre de 1997<sup>25</sup>. En efecto, si bien es cierto que sí se considera que no se debe reparar el lucro cesante que provenga del delito<sup>26</sup>, también lo es que el juez debe poner suma atención

- 
24. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 25 de febrero de 1992, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Ventura Garcés, exp. 7133: "Al respecto la Sala considera que la apreciación del *a quo* al negar la indemnización por perjuicios materiales fue acertada, por cuanto, si bien con los testimonios recaudados se pretendió acreditar el perjuicio de los demandantes por razón del lucro cesante, tal comprobación no resultó suficiente, ni está acorde con la actividad abiertamente ilícita que las víctimas desarrollaban al momento de su muerte. Para la Sala no es asimilable la figura de los trabajadores que pretenden mostrar los declarantes en este proceso, con la de los delincuentes que por encontrarse en flagrancia al momento de su muerte, plenamente demuestran la ilicitud de su actividad, imposibilitando así el pretendido reconocimiento indemnizatorio".
25. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 15 de octubre de 1997, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Ma. Antonieta Correa de Castillo, exp. 10177: "No basta afirmar los hechos, deben allegarse medios probatorios idóneos para el efecto y controvertir los que sean del caso. Si la entidad demandada estaba convencida de que la actividad de la víctima era ilícita debió aportar al exp. pruebas que así lo demostraran, labor que le resultaba sencilla pues sólo le bastaba solicitar copias del proceso penal que con seguridad se siguió a raíz del homicidio, de los antecedentes penales y de policía del occiso, del proceso disciplinario seguido en contra del Mayor X, indagar por la mujer a la que supuestamente el señor X le había robado una cadena, etc., para así corroborar lo afirmado".
26. Vale la pena citar en este sentido la reciente sentencia C-374/97, del 13 de agosto de 1997, de la Corte Constitucional, con ponencia del magistrado José Gregorio Hernández, sobre la constitucionalidad de la ley de extinción del dominio, en uno de cuyos apartes se lee: "Como se ha explicado, el artículo 34 de la C.P., rechaza, en términos absolutos, toda protección jurídica a la adquisición de bienes mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social. No solamente se ha prohibido, de manera perentoria, que hacia el futuro

en observar si la actividad delictiva era o no permanente y, sobre todo, si de ella se derivan las ganancias que sustentan la indemnización que se va a otorgar. Sólo en este último evento se debe rechazar la indemnización. Bien polémica es en este sentido la sentencia colombiana del 18 de diciembre de 1997, en la cual se niega el lucro cesante porque “tampoco se acreditó que el lesionado tuviera una actividad económica lícita”<sup>27</sup>, dato que infiere el Consejo de Estado de un pasado indudablemente delictivo de la víctima. De igual forma, no se puede considerar que por el hecho de no tener una autorización obligatoria que permita el funcionamiento de una empresa la persona que sufre perjuicio no tiene derecho a indemnización, como lo ha sostenido el juez francés<sup>28</sup>. De esta manera se vuelve a las soluciones que en ocasiones ha dado el juez colombiano: se analiza si la persona era contraventora, y en caso positivo se le impide la posibilidad de obtener indemnización. No se analiza si los ingresos cuya pérdida se pide indemnizar tenían su origen concreto en una actividad ilícita del demandante. Se transforman comportamientos reprochables de la víctima sin relación causal con su derecho a indemnización, en la moral victoriana que aquí se critica.

---

se incrementen los patrimonios personales de las personas sometidas al orden constitucional por la vía de las indicadas modalidades ilícitas, sino que se ha ordenado, en el más alto nivel de la juridicidad, que las autoridades estatales persigan las fortunas que a ese título ya se habían obtenido, inclusive antes de entrar a regir la Carta Política”.

27. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 18 de diciembre de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Carlos Alberto Quilindo y otros, exp. 11831.
28. Corte Administrativa de Apelación de Nantes, 9 de diciembre de 1993, Sté. Morlaisienne des Euax, *AJDA*, 1994, pp. 161 y 115, Chron., P. Cadenet: un administrado que no haya solicitado una autorización obligatoria no puede quejarse de un perjuicio sufrido por la polución accidental de un río; ver en sentido contrario: 22 de enero de 1996, Sté. à responsabilité limitée “Ocuifs B.B.”, N° 142883, Decisiones del Consejo de Estado: “Considerando que las culpas imputadas en [...] la construcción de las instalaciones y en la continuación de la actividad desarrollada ocurrieron en violación de la legislación de urbanismo no son de tal naturaleza que permitan la exoneración del Estado”; C.A.A. Lyon, 5 de marzo de 1991, Commune de Roquevaire, Rec., table, p. 1195, citado por Laurent Richer en “Préjudice réparable”, *cit.*, N° 231: “La circunstancia de que los propietarios de un hangar destruido por un incendio no tuvieran permiso para la construcción del mismo, no es de entidad suficiente para privarlos de todo derecho a indemnización, en la medida en que no es la causa exclusiva de los daños cuya reparación se solicita”.

Si bien nos encontramos en un campo en el cual la moral y el derecho son difíciles de deslindar, lo claro es que el esfuerzo del juez debe ser el de impedir que penetre en su razonamiento una moral farisaica. No se trata de ilustrar aquí la polémica existente sobre la relación entre derecho y moral, sino de considerar que los dos conceptos, a pesar de tener influencia recíproca, tienen esferas diferentes.

En los casos franceses de demandas al Estado por madres que, luego de haber solicitado legalmente un aborto o una esterilización, sin embargo, por fallas médicas no lograron interrumpir su embarazo, la discusión es aún más polémica<sup>29</sup>. A pesar de que en dichos casos el juez responde, como bien lo afirma Poirot-Mazères, “a un interrogante esencial, de aquellos que cuestionan al ser humano en su intimidad, más allá de cualquier debate público, que expresa la en ocasiones mal llamada ‘íntima convicción’”<sup>30</sup>, no tiene sentido que se considere que en tal clase de situaciones no existe daño. El daño sí existe. Si el daño es aminoración de una situación favorable, a la demandante se le violaron sus derechos a no tener hijos o al menos a tenerlos por una decisión consciente y reiterada en un momento determinado de su vida, derechos que son protegidos por la ley que declara legal el aborto practicado bajo determinados requisitos. Como lo afirma Poirot-Mazères, no es que las pacientes que habían optado por no tener hijos no sufrieran daño, porque “sólo pueden invocar la tolerancia por la despenalización del delito de aborto, pero no un derecho lesionado”. No.

---

29. Ver a título de ejemplo: Consejo de Estado fr., Ass., 2 de julio de 1982, Rec., p. 266; *AJDA*, 1983, nota JC, p. 206; *RTDSS*, 1993, 1983, 96, conclusiones Pinot; *Gaz. Pal.*, 1983, I, p. 193, nota F. Moderne; *Dalloz*, 1984, 425, nota J. B. d’Onorio, *Dalloz*, 1984, IR, 21, observaciones F. Moderne y P. Bon: caso de parto a pesar de que la mujer había solicitado la práctica del aborto que no dio resultado: “el nacimiento de un niño, aun si ocurre luego de una fallida intervención que buscaba la interrupción del embarazo, solicitada por una mujer embarazada que cumplía con los requisitos exigidos por los artículos L. 162-6 del Código de la Salud, no constituye un perjuicio de naturaleza suficiente para conceder a la madre un derecho a reparación”; Tribunal Administrativo de Strasbourg, 21 de abril de 1994, Mme. M... vs. Hospices Civils de Colmar, *AJDA*, 1994, p. 916; *RDP*, 1994, p. 1837, conclusiones de M. Martínez: caso de nacimiento a pesar de esterilización solicitada por la madre en donde no se declara la responsabilidad.

30. Isabelle Poirot-Mazères. “La notion de préjudice en droit administratif français”, en *RDP*, 1997, p. 526.

Dicha despenalización supuso la permisión del aborto y por ello se reglamentó en la ley. Si el aborto dejó de ser delito fue porque, bajo determinadas circunstancias reglamentadas, se convirtió en un derecho. El punto aquí no es afirmar que la tolerancia no lesiona derechos, puesto que la mal llamada “tolerancia” no es más que una situación legal que crea derechos, independientemente de las concepciones éticas que se tengan al respecto. Por el contrario, se puede afirmar que la paciente tiene el derecho de planificar su vida con hijos o sin hijos, que los dos extremos son válidos jurídicamente y que se encuentran protegidos. Pretender que no hay una situación jurídica que ampare el derecho es volver a la lógica de la moral victoriana.

Ahora, el problema será determinar qué daño se indemniza: ¿el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral, las alteraciones en las condiciones de existencia? Por lo menos el último debería ser indemnizado porque el hecho produjo en la paciente un cambio brusco en su concepción del mundo, en sus hábitos. Esta postura se afirma aun con independencia de que sea cierta o no la regla de la Plenaria del Consejo de Estado francés, que cita la autora, según la cual “el nacimiento de una persona no puede por sí mismo producir perjuicio porque no puede ser considerado, salvo si alteramos profundamente nuestras costumbres, los fundamentos de nuestra sociedad y nuestro sistema de pensamiento, como una afrenta, un perjuicio, un suceso negativo”. ¡Ni qué decir del daño moral! ¿Es que se debe considerar que una mujer que por convicciones íntimas opta por vivir sin hijos no sufre dolor por el hecho de verse obligada a tenerlos? Si una mujer decide legalmente interrumpir su embarazo –se recuerda que los hombres no pueden abortar–, sin lograrlo por un hecho atribuible al médico, sufre daño, no sólo por el cambio anímico brusco que se presenta sin su voluntad, sino, eventualmente, por un lucro cesante porque, por ejemplo, en cuatro meses se iniciaba la filmación de una película para la cual había sido contratada, pero que no disponía de un papel para mujeres al borde de dar a luz. Así las cosas, no se comparte la posición de la autora, que por demás reitera a lo largo de todo su escrito, y por el contrario se estima que negar la existencia del daño en los eventos estudiados es volver a una postura que el derecho debe definitivamente superar. Se estima que no es correcta esa posición porque es claro que existió un daño en los casos citados, y porque no hay impedimento alguno para que aquel que se prueba se ordene indemnizar.

Tampoco se entienden posiciones que son rezago de concepciones ya criticadas, y que promueven la idea de castigar a ciertas personas, ya no impidiéndoles el derecho total a indemnización, como hemos visto en los ejemplos anteriores, sino reduciendo el monto indemnizatorio. Es el caso, por ejemplo, de la indemnización a la compañera permanente sólo hasta la mayoría de edad de su hijo menor, cuando a la esposa legítima se le indemniza por alimentos hasta su vida probable<sup>31</sup>. Es aun el caso del daño moral indemnizado en menor grado a las madres de los internos muertos en prisión, bajo la discutible presunción de que la circunstancia que vivía el hijo disminuye el dolor de la madre con relación al que sentiría si se encontrara en libertad<sup>32</sup>. Sobre estas soluciones jurisprudenciales se volverá en su momento.

Así las cosas, se observa que el carácter personal del daño supone que este puede ser sufrido por toda persona, a la que no puede impedírsele la posibilidad de demandar y de obtener indemnización por el sólo hecho de que el juez considere que su situación es reprochable. El único límite lo constituiría, se repite, la prohibición de indemnizaciones de daños a bienes o de pérdida de ingresos que tengan por origen recursos ilegales del demandante. Se trata pues de no rechazar genéricamente la pretensión de una

31. Ver por ejemplo: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 9 de noviembre de 1992, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Jorge Salas, exp. 7393; 25 de noviembre de 1994, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Efraín Martínez Escobar, exp. 9003; 11 de julio de 1996, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Dora Clavijo y otros, exp. 9555; 8 de mayo de 1995, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Luis Aldemar Urrea, exp. 8872; 12 de septiembre de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Patricia Victoria Salazar Guevara, exp. 10872.

32. Ver por ejemplo: Consejo de Estado col., 24 de junio de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Joaquín Emilio Espinal, exp. 9662, T. 238, p. 82; 10 de marzo de 1995, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Héctor López, exp. 9990. En sentido por fortuna contrario: 14 de agosto de 1997, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Ma. Eugenia Amaya Ramírez, exp. 11879: "En este punto encuentra la sala que le asiste la razón al recurrente cuando afirma que la reducción de los perjuicios morales para los hermanos del occiso, derivada de su condición de recluso y de no desempeñar ninguna actividad lícita, carece en realidad de justificación. Y se estima que carece de justificación, modificando la posición jurisprudencial sentada en la sentencia citada por el tribunal, en la medida en que lo que se pretende reparar con la condena en perjuicios morales son los sentimientos de dolor que sufre quien reclama tal indemnización...".

69-02-99.  
 José A. G.



persona por considerar que no está en una situación jurídicamente protegida, sino que se debe estudiar al otorgar una indemnización si aquella proviene o no de una causa ilegal, sin que tengan cabida las presunciones negativas y descalificadoras que más serían prejuicios. La persona que se encuentra al margen de la ley no está por ello, para todos los efectos, privada de tutela legal.

La noción de título legítimo se convierte entonces, mejor que la noción de situación jurídicamente protegida, en la clave para definir si una persona está legitimada para demandar. Dicho título, que de todas formas se presume legítimo y que sólo en casos excepcionales se podrá probar que no lo es, es lo que debe amparar al demandante.

Puesto que se parte entonces del supuesto de que el título con el cual se comparece al proceso es lícito, el estudio de este aspecto del perjuicio lleva a precisar la forma como operan las reglas para que se dé la identidad entre demandante y título, y se establezca, de contera, el daño personal. Si dicha identidad se presenta, se puede afirmar que la víctima sufre un daño, salvo que se pruebe que su título no es legal. Se retoma así la idea central de la argumentación que se ha venido sustentando: no se trata de que a partir de situaciones genéricas calificadas de manera apriorística como no generadoras de derechos se desconozcan los de determinados grupos de personas, sino de indagar si la legalidad del título con el cual la persona comparece a proceso, que se presume, se desvirtúa. Se debe sólo mirar si el título con que se comparece al proceso legitima al demandante para actuar. Es así como tal concepción nos permite centrarnos en el estudio de la existencia del título jurídico con el cual el demandante concurre al proceso, lo cual nos relaciona con el concepto de *legitimatío ad causam* por activa.

En efecto, según el profesor Richer, “la doctrina considera el carácter personal del daño como una condición de fondo de la existencia del derecho a reparación. Sin embargo, los requisitos de fondo y los procesales no son correctamente diferenciados por la jurisprudencia, puesto que normalmente quien no ha sufrido un daño personal no está legitimado para actuar. Ello es particularmente claro en materia de daño a bienes, en donde debe establecerse la relación entre la naturaleza del daño y los derechos del demandante sobre el bien afectado. También ocurre lo mismo en materia de perjuicios de ‘rebote’ en los que se plantea el problema de determinar si

el demandante invoca un daño personal o si su daño no es más que el reflejo de aquél que ha sufrido la víctima directa, y en los casos de afrenta a intereses colectivos”<sup>33</sup>.

Es así como el carácter personal del perjuicio estará presente cuando el demandante relaciona el daño padecido con los derechos que tiene sobre el bien que sufrió menoscabo, debiendo establecer una titularidad jurídica sobre el derecho que tiene respecto del bien menguado. En este entendido se recuerda un concepto elemental del derecho de daños, claramente enunciado por De Cupis cuando afirma que “lo que el derecho tutela, el daño vulnera”<sup>34</sup>, y por ello el demandante en un proceso debe establecer que tenía el derecho que vulneró el daño, como requisito para lograr establecer que en efecto hubo lesión en su patrimonio. Es la lógica del artículo 2342 del Código Civil colombiano cuando enuncia que “puede pedir esta indemnización no solo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero, sino el usufructuario, el habitador, o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso”. Dentro de esta concepción se puede afirmar que, “en consecuencia, es claro que la lesión de un derecho constituye una condición de existencia del daño, necesaria para que proceda la indemnización. La lesión del derecho es entonces un elemento para apreciar el perjuicio reparable”<sup>35</sup>.

Es así como carácter personal y legitimación por activa en la causa se confunden, pues esta “es la identidad del demandante o del titular del derecho subjetivo con quien tiene vocación jurídica para reclamarlo”<sup>36</sup>, a punto tal que su carencia “genera impedimento de carácter sustancial para que pueda darse la sentencia de fondo, y no una excepción o un impedimento procesal”<sup>37</sup>. No en vano la Plenaria del Consejo de Estado colombiano ha

---

33. Richer. “Préjudice reparable”, *cit.*, N° 46.

34. De Cupis. *El daño, Teoría general de la responsabilidad civil, cit.*, p. 109.

35. Deguergue. *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative, cit.*, p. 412.

36. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 13 de febrero de 1996, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Carmenza Rodríguez Gallego, exp. 11213.

37. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 29 de noviembre de 1990, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Luz Marina Roa Franco, exp. 5741. Ver en el mismo sentido: 23 de octubre de 1990, C. P.: Dr. De Greiff Restrepo, actor: Argemiro Vargas Medina, exp. 5945.

afirmado que “la legitimación en la causa por activa, que es la relación que debe existir entre el demandante y el interés sustancial en litigio, debe acreditarse, pues sólo probada plenamente esa condición el actor puede aspirar a obtener una providencia acorde con sus intereses”<sup>38</sup>. Por ello el carácter personal del daño es un requisito que se estudia en la sentencia, puesto que en esta el juez “deberá analizar el aspecto relacionado con la legitimación para obrar, esto es, despejar si el demandante presenta la calidad con que dice obrar”<sup>39</sup>, para desestimar la demanda cuando “los demandantes no probaron la titularidad del derecho sustancial pretendido”<sup>40</sup>. En los eventos citados el juez, entonces, desestima las pretensiones de la demanda negándolas, pero no profiere sentencia inhibitoria.

Se puede entonces concluir, en el aspecto estudiado, que el daño es personal cuando quien demanda reparación es la persona que lo sufrió, con independencia de que se encuentre o no de manera abstracta en una situación jurídicamente protegida, que se presume, salvo prueba de que el título que sustenta el derecho para obtener la indemnización del daño es ilegal.

Con la intención de dejar en claro la concepción que se defiende sobre el carácter personal del daño, vale la pena citar un curioso caso colombiano del 26 de septiembre de 1996, en el que se reconoce tanto daño moral y material a la esposa de un fallecido, y también a dos de sus compañeras —una de ellas hermana de la esposa— con las cuales el finado tenía relación afectiva e hijos<sup>41</sup>. Es claro que una sentencia como la citada no sería concebible de

38. Consejo de Estado col., Sala Plena, 28 de junio de 1995, C. P.: Dra. Pedraza de Arenas, actor: Cía. Mayaca Express S. de R. L., exp. R-090.

39. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 28 de enero de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Cía. Mayaca Express S. de R. L., exp. 7091.

40. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 26 de noviembre de 1992, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Emiliano Mejía Hernández, exp. 7010.

41. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 26 septiembre 1996, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Graciliana Barrera Contreras, exp. 11577: “Despréndese de los anteriores testimonios que Barreto Sandoval hacía vida marital con las tres demandantes quienes le colaboraban en sus quehaceres, que sus relaciones eran de naturaleza tal que con cada una de ellas tenía formada una familia, que la duración de dichas relaciones se extendía en el tiempo si se observa la edad de quienes son señalados como hijos suyos, y que en el momento de los acontecimientos fatales precisamente estaba acompañado por dos de sus consortes [...] Aunque de la información general se

no ser por el cambio en la mentalidad del juez. En similar sentido se encuentra un pronunciamiento francés de la Corte de Casación, con la única diferencia de que esposa y concubina no eran hermanas, y sólo se trataba de dos personas<sup>42</sup>.

Tras enunciar la regla del carácter personal del daño, se debe ahora pasar a su ilustración.

## B. ILUSTRACIÓN DEL CARÁCTER PERSONAL DEL DAÑO

Antes de iniciar la ilustración del carácter personal del daño, esto es, de la forma como operan los títulos jurídicos que permiten la legitimación por activa del demandante, se debe retornar a la discusión ya planteada en la introducción sobre la diferencia que puede o no existir entre los conceptos de daño y perjuicio.

La distinción se torna importante en este momento, en la medida en que si se concibe que daño es sinónimo de perjuicio se está obviando una polémica sobre el alcance de la legitimación para obrar. Si bien es cierto que la doctrina ya ha estudiado en varias oportunidades el tema<sup>43</sup>, no por ello se puede concluir, como lo hace el profesor Ortiz Alvarez, que “la distinción está desprovista de utilidad”<sup>44</sup>. Como ya se ha dicho, es útil en la medida en que permite la reflexión sobre el alcance que debe tener el

tiene conocimiento sobre la solvencia económica del causante, ella no se acreditó debidamente y por consiguiente se tomará como punto de referencia el salario mínimo legal, pues hay evidencia de la laboriosidad de la víctima, y este rubro se destinará a la satisfacción de los daños demandados por los actores que los solicitaron en la modalidad de daño material. Este se determinará en favor de la señora Graciliana Barrera Contreras (esposa), Ubaldina Barrera Contreras y Ma. Yolanda Rodríguez Chaparro (compañeras), y de los menores de edad Nixon y Aura Nataly Barreto Barrera”.

42. Corte de Casación, Sala Mixta, 27 de febrero de 1970, *JCP*, 70, II, 16305 y concl. Lindon.
43. Como integrantes de la doctrina que considera que los dos términos son sinónimos cita Sousse, en la página 2 de su obra (*La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, cit.) a los Mazeaud, Ripert, Teissier, Duez, Waline y Morceau; por el contrario, cita a Bénait, Emeri y Morange en la posición contraria, y al profesor Chapus en una intermedia.
44. Luis Ortiz Alvarez. *El daño cierto en la responsabilidad patrimonial de la administración pública*, Caracas, Ed. Jurídica Venezolana, 1995, p. 50.

carácter personal del daño, es decir, sobre los títulos que pueden esgrimirse para que se pueda iniciar una acción de responsabilidad civil. Si se entendiera que dicha acción sólo procede para resarcir perjuicios individualmente considerados, se estaría truncando la posibilidad de acción para la defensa de patrimonios colectivos. Se estima, por tanto, que la distinción, que ha existido en un sector de la doctrina, debe ser recordada para permitir unas conclusiones.

El profesor Bénéoit, como ya se ha visto, sin ser profuso sobre el tema, hace un desarrollo que merece ser tenido en cuenta. Afirma él que mientras la noción de daño es un hecho, la de perjuicio es una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada. Esto permite recordar una conclusión que ya se enunció en la parte introductoria del presente libro: el concepto de responsabilidad en sus inicios o, por lo menos, en el sentido con el que se ha utilizado de manera frecuente a nivel histórico, apuntó y apunta más a la indemnización del perjuicio que a la reparación de daños. Es decir, la responsabilidad civil se ha concebido más como una institución que busca la protección de patrimonios individualmente considerados, que como una institución que busca la protección de patrimonios colectivos. La concepción que se ha tenido sobre el carácter personal de la reparación supone que la responsabilidad sirva sobre todo para expresiones egocéntricas e individualistas, y no para la protección de patrimonios colectivos frente a los cuales no necesariamente tiene que producirse un perjuicio individualizado<sup>45</sup>. Se podría afirmar que todo bien pertenece a un patrimonio —así sea público—, y que por tanto la persona titular del bien es quien puede iniciar el proceso de responsabilidad y quien se satisface con la indemnización. Sin embargo, desde la época del derecho romano ha existido la posibilidad para que personas que no son propietarias ni derivan un título concreto respecto de un bien puedan intervenir en la suerte del mismo, por ejemplo, iniciando procesos de responsabilidad cuando dicho bien haya sido dañado. El título que se invoca en estos casos

---

45. Llama la atención en este sentido la siguiente frase de los hermanos Mazcaud, que demuestra cómo la concepción de la responsabilidad ha sido restringida: “Muy distinta es la responsabilidad civil; supone no ya un perjuicio social, sino un daño privado; la víctima no es ya toda la sociedad, sino un particular” (*Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, cit., T. I, Vol. 1, p. 7).

—en su sentido originario de “fuente, razón de ser de una obligación o un derecho”<sup>46</sup>—, es el de ciudadano, el de residente o aun el de persona, que se lesiona con el daño. Nótese que desde esta perspectiva la persona legitimada no puede invocar un perjuicio individual sino un daño que le vulnera su título de ciudadano. Es el caso de la acción popular que, como bien la define el profesor Bejarano Guzmán, es “el derecho que le permite a cualquier ciudadano formular demandas que tengan por objeto la protección de los intereses de la comunidad”<sup>47</sup>. También es el caso de la acción municipal contemplada en el artículo 1005 del Código Civil colombiano.

Valga un ejemplo: en una bahía caen elementos tóxicos, que no producen la muerte inmediata de los peces, pero sí la alteración material y objetiva de su habitat. Si nosotros nos ubicamos únicamente dentro de la perspectiva egocéntrica del perjuicio, no sólo tendríamos que esperar a que un pez muriera, sino a que un pescador alegara que sufrió un lucro cesante frente a la imposibilidad de pescar. Si por el contrario nos ubicamos frente a la perspectiva del daño, la institución de la responsabilidad opera en todo su esplendor, cambiando exclusivamente la forma de concebir la titularidad para obtener la indemnización. Ya no se tratará de indemnizar un lucro cesante, sino de indemnizar —dejar indemne— un patrimonio colectivo mediante la condena al responsable, por ejemplo, a que repare la alteración producida en la flora y en la fauna. Considero entonces que este primer elemento teórico que permite la distinción entre daño y perjuicio la justifica de por sí. Tiene al menos la virtud de plantear desde el estudio mismo del daño un tema importante para lo que debe servir, y no ha servido igualmente, la acción de responsabilidad civil. Hoy en día la tendencia de la responsabilidad debe ser entonces no sólo la de reparación de perjuicios, sino la de daños, porque como lo sostiene Emeri, “puede existir daño sin perjuicio”<sup>48</sup>. Quizás la inoperancia de la función reparadora de daños colectivos, sin necesidad de que se conviertan en perjuicios por los cuales se reclama individualmente, es lo que ha generado que la jurisprudencia no

---

46. Alfonso M. Barragán. *Derechos reales*, Bogotá, Ed. Temis, 1971, p. 286.

47. Ramiro Bejarano Guzmán. *Las acciones populares*, Bogotá, Ediciones Forum Pacis, 1993, p. 12.

48. Claude Emeri. *De la responsabilité de l'administration à l'égard de ses collaborateurs*, Paris, I.GDJ, 1966, p. 274.

haga la distinción planteada, puesto que los casos que por lo general se resuelven apuntan a la defensa de patrimonios individualmente considerados. La acción popular tiene así un gran porvenir.

Por consiguiente, la ilustración del carácter personal del daño estará marcada por la forma en que se conciba quién está legitimado, cómo y con qué objetivo, para obtener una indemnización. Es claro que la forma tradicional como operó la responsabilidad supuso la legitimidad para actuar de personas naturales individualmente consideradas, pero pronto el uso de la figura permitió que personas jurídicas demandaran, y que personas naturales, en nombre de intereses colectivos o difusos, lo hicieran mediante las acciones populares. Por ello el interés personal para demandar dependerá de si se pide o no para sí y, según la hipótesis, se dará o no una radical transformación de dicho elemento del perjuicio.

Veamos cada una de las hipótesis.

#### I. PETICIÓN PARA SÍ

Como se ha afirmado, la demanda ejercida por personas individuales que piden para sí es, y quizás seguirá siendo, la forma tradicional de operar de la responsabilidad. En estos eventos, para retomar lo dicho en páginas anteriores, sólo se requiere que la persona que incoa la demanda establezca durante el proceso que se le lesionó un interés del cual es titular, independientemente de que sea una persona jurídica o una persona natural.

Varias son las formas como se puede presentar la persona al proceso, siempre en el entendido de que es dicha forma la que permite alegar el daño personal.

Una primera distinción por realizar es la de si la persona actúa *iure proprio* o si lo hace como heredero, pudiendo estar presentes en el proceso ambas calidades<sup>49</sup>. En efecto, cuando se demanda invocando la calidad de

49. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 4 de diciembre de 1991, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Alfonso Rengifo, exp. 6608; 18 de junio de 1991, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Aura Ligia Posada, exp. 6283: "Los damnificados de una persona fallecida pueden demandar a la entidad responsable por el perjuicio que directamente sufrieron con el hecho y no por ser herederos de la que los sufrió. Se parte así del supuesto de que ese derecho a la indemnización no estaba radicado en cabeza de la persona fallecida, sino que tuvo su origen en la lesión que le causó directamente a la persona damnificada, quien, y sin que esto cambie el enfoque, puede tener además el

heredero, “si bien es cierto que según el artículo 2342 del Código Civil entre los que pueden pedir una indemnización se cuenta el dueño o poseedor de la cosa o su heredero, parece claro que cuando se obre en esta última condición, sea preciso que se demuestre”<sup>50</sup>. Tal exigencia es apenas natural en la medida en que se debe determinar si el daño lo sufrió la víctima en su calidad de heredera o si lo sufrió directamente por fuera de dicha calidad, pues por ejemplo, en el evento en el cual se haya destruido un automóvil que pertenecía a la hija fallecida, “los demandantes, en condición de padres con la cual comparecen a proceso, no sufren daño alguno por la destrucción del bien de cuya propiedad es titular su hija mayor de edad”<sup>51</sup>. Esta solución jurisprudencial se explica “porque quien adquiere derechos herenciales no los puede radicar en un bien determinado, pues ellos vinculan a la comunidad que se forma con motivo de la muerte del causante”<sup>52</sup>, por lo que se debe entonces pedir a nombre de dicha comunidad, salvo que ya se haya realizado la partición de bienes de la sucesión, momento en el cual se debe pedir en nombre propio<sup>53</sup>. Por el contrario, si no se comparece en calidad de heredero sino en la de damnificado directo, la calidad personal del daño se da por bien establecida<sup>54</sup>, sin que sea dable exigir la prueba de la calidad de heredero<sup>55</sup>. Si en el curso del proceso fallece la víctima que demandó, “nada impide que se profiera condena en favor de los herederos”<sup>56</sup>, quienes “pueden [...] adquirirlo por sucesión”<sup>57</sup>.

---

carácter de heredera de aquella”.

50. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 17 de noviembre de 1967, C. P.: Dr. Rojas Arbeláez, actor: Alfonso Salazar y otros, exp. 414.
51. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 26 de octubre de 1994, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Oswaldo Muñoz Paredes, exp. 8382.
52. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 8 de septiembre de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Margarita León de Olmos, exp. 9466.
53. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 10 de agosto de 1994, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Patricia Morcillo vda. de Hurtado, exp. 7453.
54. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 14 de diciembre de 1994, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Gloria Ma. González, exp. 11204.
55. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 1º de noviembre de 1991, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Ferney Londoño Gaviria, exp. 6469.
56. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 25 de julio de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: José Berto Hoyos Gómez, exp. 9144.
57. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 16 de noviembre de 1993, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: John Deibi Acosta Tamayo, exp. 7778.



La solución jurisprudencial que se ha estudiado es igual cuando existe, en general, una comunidad, en la que sus miembros no pueden pedir a título personal, porque “si las comuneras no elevaron las pretensiones indemnizatorias en favor de la comunidad y sí a nombre propio, se impone revocar la sentencia y en su lugar denegar las súplicas de la demanda por falta de legitimación por activa”, ya que, se reitera, “el demandante tiene que pedir para la comunidad y no a nombre propio”<sup>58</sup>. No importa la forma jurídica de comunidad que exista, pues bien puede ocurrir que ella se presente a raíz de una compraventa de la que se adquiere una propiedad en común y proindiviso, debiendo de todas formas pedirse para la comunidad<sup>59</sup>. La razón, la misma que ocurre en el evento de una sucesión, es clara: “sin duda, en el caso examinado la falta de legitimación de los demandantes es ostensible al reclamar, siendo comuneros, por el daño inferido a las unidades habitacionales y comerciales de las que se pretenden propietarios exclusivos, pero que jurídicamente constituyen una comunidad, por cuanto la condición de propietarios o poseedores se refiere es a la totalidad del edificio, en cuotas proindiviso, y no a cada apartamento o local individualmente considerados, en razón a que legalmente estas unidades individualmente son inexistentes y sólo pueden tomarse como partes indivisas de un bien de mayor extensión respecto del cual los demandantes son comuneros”<sup>60</sup>. No puede por tanto uno de los comuneros “arrogarse el título de propietario”<sup>61</sup>, puesto que así se desvertebraría el principio del carácter personal del daño, que no reside individualmente en

- 
58. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 17 de noviembre de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Susana y Elena Valencia Villamizar, exp. 9892. Ver en similar sentido: 5 de marzo de 1988, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Héctor Quintero Martínez, exp. 11302, en donde se ratifica la sentencia del 2 de agosto de 1990, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: José Resurrección Ovalle González, exp. 5354.
59. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 29 de septiembre de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Josefina Rodríguez Rodríguez, exp. 9753.
60. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 18 de febrero de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Pedro Antonio Rivera Mendoza, exp. 8542.
61. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 1° de julio de 1993, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Olga Cecilia González de Martínez, exp. 6302. Ver en el mismo sentido: 22 de noviembre de 1993, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Miguel Angel Contreras Sierra, exp. 8350.

reparaciones locativas del inmueble deteriorado<sup>75</sup>. Si se invoca la calidad de cesionario, sin lograr establecerla, se desechan las pretensiones<sup>76</sup>. En relación con la situación de la compañera permanente, si no se prueban los hechos que demuestran la unión seria y estable la petición será rechazada<sup>77</sup>. También, naturalmente, se pueden invocar calidades como las de usufructuario, de habitador, de usuario, de arrendatario, para reclamar lo suyo, según el ya nombrado artículo 2342 del Código Civil.

Se debe también anotar que no se excluye la hipótesis de la acumulación alternativa de títulos para pedir, pues bien pueden presentarse casos en los cuales se invocan varios derechos simultáneamente. Es lo que ocurre cuando una persona invoca su calidad de propietario, a pesar de la discusión de su título, y la de poseedor, “posición que permite entender que su derecho lo reclama no solo como propietario, cuyo título ha sido controvertido, sino como poseedor material”<sup>78</sup>. Pero si ninguna de las dos calidades se invoca y establece, indefectiblemente sus pretensiones serán rechazadas, porque “no se sabe en el plenario si la sociedad actora ocupaba ese inmueble como propietaria, poseedora o como mera tenedora en calidad de arrendataria, calidad cuya determinación es de vital importancia para establecer si estaba obligada a asumir el pago de las reparaciones” y, más importante aún porque, “en tratándose de inmuebles sólo resultan afectados con los daños que ellos sufran y por ende sólo están legitimados para reclamar su pago, el propietario

- 
75. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 18 de diciembre de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Marcos Fidel Santander Toloza y otros: “En cuanto a la legitimación en la causa por activa es necesario precisar que los demandantes [...] no son los propietarios de los inmuebles donde se llevó a cabo el allanamiento, pero en el momento de la diligencia tenían la tenencia de estos en calidad de arrendatarios, bajo esta condición podían acudir ante esta jurisdicción para solicitar la reparación de los daños causados. Se hace esta aclaración, porque en calidad de tal estaban obligados a hacerse cargo de las reparaciones locativas no necesarias”.
76. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 12 de febrero de 1993, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Carlos Vélez Gallego, exp. 7421.
77. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 18 de febrero de 1982, C. P.: Dr. Valencia Arango, actor: Ma. Helena Rodríguez Mora, exp. 2140.
78. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 11 de diciembre de 1992, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Rodrigo Zambrano Vejarano, exp. 7403.

o poseedor, y en ambos casos para poder demandar el pago de los daños inferidos al inmueble, deben demostrar tal calidad”<sup>79</sup>.

También se observa en la jurisprudencia colombiana la tendencia a otorgar indemnización a pesar de que el título con el cual se compareció al proceso no se logre establecer, siempre y cuando se establezca otro título que permita dicho otorgamiento. Es lo que ocurre, por ejemplo, “en los casos de reparación de daños recaídos sobre muebles automotores, en los que si la parte actora se presenta como propietaria del vehículo y no logra demostrar ese carácter sino otro, como el de poseedora, es esta última condición la que puede fundamentar el reconocimiento a la pertinente indemnización”<sup>80</sup>. Igual tendencia se observa cuando se invoca el título de pariente para efectos de obtener una indemnización por daño moral, sin lograr establecer dicha calidad. En tales casos la jurisprudencia, valiéndose de testimonios que permiten dar por establecido el sufrimiento de la persona, a pesar de que “no demostró, con la prueba exigida legalmente, ser la madre de Eteberto”, porque “no demostró que éste era hijo legítimo (el registro del matrimonio no existe) y ni siquiera que lo era extramatrimonialmente, porque no se acreditó que la sedicente madre hubiera suscrito el acta de nacimiento correspondiente ni se probó que era soltera o viuda cuando nació Eteberto”, procede a otorgar indemnización porque, “con todo, se le tendrá como tercero damnificado”<sup>81</sup>. Esta postura jurisprudencial, basada “en razones de equidad que llevan al sentenciador a proceder así”<sup>82</sup>, muestra un importante avance en los últimos años, pues se encuentran sentencias

---

79. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 22 de junio de 1995, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Soc. Reconstructora General de Motores Ltda., exp. 10087.

80. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 22 de agosto de 1996, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Ma. Rubicla Restrepo de Madrid, exp. 10204. Ver en el mismo sentido: 9 de septiembre de 1991, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Jaime Torne Fandiño, exp. 6565.

81. Consejo de Estado, Sección Tercera, 15 de febrero de 1996, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Julia Elvira Parra vda. de Ramírez, exp. 11114. Ver en el mismo sentido, entre otros fallos: 19 de junio de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Selden Juvenal Suárez Garrido, exp. 10826; 22 de agosto de 1996, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: José Gustavo Reina y otros, exp. 10220.

82. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Ma. Ortiz, exp. 7646.

de los años ochenta en las cuales se afirma que “las pretensiones de los demandantes no pueden prosperar, porque la calidad de parientes de la víctima con que acuden al proceso, fuente de los derechos que reclaman, no fue demostrada en la forma exigida por la ley”, lo cual “quiere decir que falta la legitimación en causa por activa, uno de los requisitos para la prosperidad de la pretensión, como lo han indicado la doctrina y la jurisprudencia”<sup>83</sup>. Se aplaude dicha tendencia, a pesar de que se anota que la tesis surgió por la errada interpretación que se ha dado a la prueba del estado civil, en la medida en que se han violado de manera flagrante los artículos 103 y 105 del Decreto 1260 de 1970<sup>84</sup>, textos de los cuales se puede inferir que el Consejo de Estado, contrariándolos, consideró no probada la maternidad por falta de reconocimiento materno o declaración judicial, siendo que legalmente se debe tener por madre a quien figure como tal en el registro de nacimiento. Por ser este último un problema de pruebas, no se aborda a profundidad, lo cual no obsta para retomar el hilo de lo anunciado: la tendencia que se aplaude no es más que una solución intermedia ante un error de fondo sobre los requisitos que se están exigiendo para la prueba del estado civil.

En general, entonces, se observa que la persona que pide para sí indemnización de un daño debe identificar el título que le sirve para desatar su derecho y probarlo, con la advertencia de que, naturalmente, no sólo puede pedir para sí sino a nombre de su representado<sup>85</sup>.

---

83. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 26 de agosto de 1985, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Alberto Triviño Gómez, exp. 3028.

84. Dice el artículo 103: “Se presume la autenticidad y pureza de las inscripciones hechas en debida forma en el registro del estado civil. No obstante, podrán rechazarse, probando la falta de identidad personal, esto es, el hecho de no ser una misma la persona a que se refieren la inscripción o los documentos en que esta se fundó y la persona a quien se pretende aplicar”. A su turno, dice el artículo 105: “Los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos. En caso de pérdida o destrucción de ellos, los hechos y actos se probarán con las actas o los folios reconstruidos o con el folio resultante de la nueva inscripción, conforme a lo dispuesto en el artículo 100”.

85. Consejo de Estado fr., 31 de marzo de 1971, Bailleul, Rec., p. 265: “Demanda del

## 2. PETICIÓN PARA OTRO

El punto que aquí se plantea, a diferencia de lo que ocurre en la hipótesis anterior, es el de la persona que intenta una demanda y pretende un resarcimiento que no es propio sino colectivo. El carácter personal del daño se amplía, puesto que, como se ha visto, no necesariamente se debe buscar la indemnización de un perjuicio individual sino la reparación de un daño que no tiene tal característica.

La forma como se amplía el carácter personal del daño comporta grados, siendo el primero de ellos el de las personas jurídicas que representan intereses colectivos, y se amplía aún más cuando ya no se trata siquiera de personas jurídicas sino de cualquier persona que se arroga el derecho de pedir para otros. Es decir, se trata de dos hipótesis diferentes: la primera, que consiste en que una persona colectiva o una asociación determinada pide para sí la indemnización de daños; la segunda, consiste en que una persona—asociación o no— no pide para sí la indemnización de perjuicios o la reparación de daños. De todas formas, en ambas hipótesis se trata de “la afrenta a un interés colectivo, donde se plantea el carácter personal del daño porque existe un grupo o una colectividad cuyos objeto o competencia pueden comprender el interés colectivo lesionado”<sup>86</sup>, como lo son aquellos que se citarán en el proyecto de ley colombiano sobre el tema.

En la hipótesis de asociaciones que representan intereses colectivos, aunque se presenta una extensión del concepto de legitimación en la causa, de todas formas se está otorgando indemnización para el demandante, con lo cual nos ubicamos realmente frente a las tradicionales formas de operar de la responsabilidad. Lo único que ocurre en estos casos es que el juez amplía el espectro de personas que son recibidas ante la jurisdicción, sin alterar la forma habitual de otorgar indemnización para el patrimonio que

---

señor Bailleul, actuando tanto en nombre personal como de representante legal de sus cuatro hijos menores”. Ver en el mismo sentido: 16 de diciembre de 1953, Nguyen Huo Canh, Rec., p. 535: “... deriva de lo anterior que el señor Canh, actuando tanto en nombre personal como de su hijo menor (no emancipado según la ley de Tonkin), debe ser admitido a criticar la decisión implícita de rechazo a la reclamación mencionada”.

86. Richer. “Préjudice reparable”, *cit.*, N° 63.

lo solicita. Es el caso de fallos franceses en los cuales una asociación pide que se le reintegren los gastos en que incurrió para proteger un interés de un grupo, como por ejemplo el excesivo ruido de sus vecinos<sup>87</sup>. Nótese que en este evento el daño—gastos en que se incurrió— es claramente personal a pesar de que su origen haya sido la defensa de un interés público—prevenir ruido—. Es lo que ocurre también en el caso de una asociación que pide indemnización del derecho moral causado, en el que el Consejo de Estado francés no otorga la indemnización, pero por desestimar la existencia del perjuicio<sup>88</sup>, quizás porque en la circunstancia actual de la jurisprudencia se estimó, posición que bien puede cambiar, que no le es dado a una asociación arrogarse el derecho a ser indemnizada moralmente en nombre de personas indeterminadas. En estos eventos, se reitera, no cambia la situación tradicional, pues una persona pide para sí<sup>89</sup>. Similar situación

- 
87. Consejo de Estado fr., Sección, 18 de mayo de 1979, *Association Urbanisme Judaique de Saint-Seurin*, Rec., p. 218: “Considerando que la asociación demanda una indemnización de FF600 por la reparación de los costos de los peritos en que debió incurrir para constatar la intensidad del ruido causado a los vecinos por el funcionamiento del establecimiento” (se rechazó la demanda por falta de prueba de la falla del servicio).
88. Consejo de Estado fr., Sección, 30 de marzo de 1981, *Min. Transports, Min. Agriculture vs. Association pour la Défense des Sinistrés de la Région Morlaisienne*, Rec., p. 175: “... que una asociación se constituyó para la defensa de los perjudicados de la región; que si la asociación ha solicitado indemnización por los perjuicios morales personales que ha sufrido ella misma, resulta del proceso que tal asociación no justifica perjuicio moral alguno que resulte de la falla de la administración”.
89. Ver en igual sentido sin que se cambie la posición tradicional: Consejo de Estado fr., 1° de febrero de 1967, *Commune de Gaillagos, Estaing, Arcizans, Dessus et Bun*, Rec., table, p. 933: un municipio no sufre un perjuicio por los daños a las fuentes de aguas de un lago. Dice el resumen publicado del fallo: “Daños causados a las fuentes de agua de un lago por el arreglo de una caída de agua de la electricidad. Lago abierto: los municipios colindantes no tienen derecho de propiedad sobre los peces que allí se encuentran. Ausencia de reparación de pérdida de capital”; Consejo de Estado fr., 12 de julio de 1969, *Ville de Saint-Quentin y otros*, Rec., p. 383: una asociación de pescadores no puede obtener reparación a raíz de la “pérdida biológica” de un río. Dice el fallo: “Respecto de las demandas n°... de las Federaciones Departamentales de las Asociaciones de Pesca y Piscicultura de Aisne y de Somme.— Considerado que a raíz del lanzamiento del agua de las alcantarillas de Saint-Quentin [...] los únicos daños que eventualmente podrían ser reparados a las federaciones serían los relativos a los gastos de población de peces en el río, con exclusión de los daños por ‘pérdida de

ocurre con el caso del Tribunal Administrativo de Caen del 17 de octubre de 1972<sup>90</sup>, en el cual se admitió demanda y se condenó a la simbólica suma de un franco por el perjuicio sufrido a raíz de la defensa de un interés colectivo, pero reiterando que lo sufre personalmente la asociación. Si bien tal postura supone que “el tribunal administrativo da a la noción de interés para actuar una interpretación extensiva”, al admitir que “se multipliquen las demandas de asociaciones de defensa arguyendo intereses más o menos específicos”<sup>91</sup>, no se observa por qué pueda ser criticable, si se trata precisamente de una persona jurídica que como tal tiene derecho a obtener indemnizaciones. El punto de que la indemnización sea para la asociación y no para sus miembros individualmente considerados no cambia la situación, pues todo dependerá de la extensión que haga la jurisprudencia de los derechos de tales personas. En efecto, como bien se afirma en otro comentario sobre el fallo, “porque hay interés colectivo en la asociación, distinto del interés de sus miembros, la lesión de aquel interés es un daño reparable”<sup>92</sup>.

Es así como, se reitera, lo importante es que en las hipótesis anteriores la persona, pública o privada, pide para sí, así lo haga en nombre de un

---

riqueza biológica’ en dichas aguas, que no podrían abrir derecho a reparación [...] Considerando, al contrario, que la Sociedad de pescadores ‘les Pêcheurs Hamois’ justifica haber perdido, en razón de la contaminación de las aguas, un numero importante de socios entre 1964 y 1965” (indemnización de FF5.000).

90. Tribunal Administrativo de Caen, 17 de octubre de 1972, *Syndicat de la Défense contre la Pollution Atmosphérique autour de la Zone Portuaire de Caen vs. Ministre de l’Industrie (JCP, 1973, 17351, note P.A.-R.M.)*. Dice el fallo: “El sindicato demandante, que no tiene por único objeto la defensa de los intereses de sus inscritos, puede demandar al Estado la reparación del daño que le ha podido causar la falla de la administración, así invoque un doble perjuicio, el material y el moral; considerando que para demandar el pago de una indemnización de FF50.000, el sindicato prueba los gastos relativos a un procedimiento ante el Tribunal de Grande Instance; que sobre este último punto el perjuicio no es ni directo, ni actual ni cierto; que las argumentaciones producidas no permiten conocer con exactitud los gastos necesarios a partir de la falla de la administración; que, en estas condiciones, y en las circunstancias del proceso, será hecha una justa evaluación del daño otorgándole al sindicato la suma de un franco por indemnización”.

91. Nota P.A.-R.M., *JCP*, 1973, 17351.

92. *Rev. Trim. Droit Sanitaire et Social*, enero-marzo de 1973, notas de jurisprudencia por Louis Dubouis, p. 313.

interés colectivo. En estricto sentido se presenta la misma situación que se da cuando una persona natural pide a nombre de una comunidad herencial o de propietarios: el destinatario de la indemnización es la comunidad. El único punto por el cual los casos que se acaban de describir se estudian en este aparte es porque la indemnización se justifica en motivos más “nobles”, esto es, en un interés que sobrepasa el estrictamente individual. El interés colectivo está de por medio, y es representado por la asociación que busca su defensa. Un ejemplo claro del derecho francés permite ilustrar lo que se afirma: el municipio que tuvo que hacer unas obras de aislamiento al lado de un aeropuerto fue indemnizado por el concesionario de este, a raíz del ruido que molestaba en extremo a sus habitantes. Sin embargo, dicho municipio no podría “tomar el lugar de los habitantes del municipio para obtener la reparación de los daños sufridos individualmente por ellos”<sup>93</sup>. En efecto, la legitimidad para pedir la tiene el municipio en tanto representa un interés colectivo de sus habitantes, lo cual no puede suponer que los sustituya en su interés personal.

Los casos que sí indican una real apertura a la posibilidad de legitimación se presentan cuando una persona queda facultada para pedir una indemnización a nombre de una colectividad o de un grupo difuso de personas, pues en estos eventos se presentan “acciones propuestas por entes exponenciales”<sup>94</sup>.

Es el caso de las acciones populares que trae el Código Civil colombiano en su artículo 2359, norma que sí permite una discusión acerca del alcance del carácter personal del daño<sup>95</sup>. Se comparte en su integridad la apreciación

93. Richer. “Préjudice réparable”, *cit.*, N° 65.

94. Roberto Caranta. *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche*, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1993, p. 432.

95. Dice el artículo: “Por regla general se concede acción en todos los casos de daño contingente, que por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas; pero si el daño amenazare solamente a personas determinadas, sólo alguna de éstas podrá intentar la acción”. Esta norma debe también ser leída en concordancia con el artículo 1005 del Código Civil, que enuncia: “La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados. Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción,



del profesor Tamayo Jaramillo cuando afirma que “esta norma, que ha pasado prácticamente inadvertida en nuestro ordenamiento jurídico, tiene una dimensión insospechada en cuanto tenga que ver con daños producidos por contaminación ambiental y por riesgo nuclear; es así como los diferentes grupos de presión, en muchos países luchan por instaurar la institución de la acción popular, pues sólo de esa forma se podrán eliminar los problemas que presenta la exigencia según la cual sólo la víctima está legitimada para demandar en responsabilidad civil”<sup>96</sup>. Por ello Colombia es un país privilegiado en este aspecto, pues a diferencia de Francia, en donde “la tendencia general de la jurisprudencia sobre este problema ha sido más bien restrictiva”<sup>97</sup>, en nuestro país se cuenta con mecanismos legales que superan cualquier discusión sobre el alcance de la legitimación para actuar.

Hasta donde tengo conocimiento no existe un desarrollo legislativo sobre tan importante tema, a pesar de que sí existen interesantes antecedentes de proyectos de ley, que no culminaron en ley<sup>98</sup>. Sería importante un aporte del legislador en la materia, si se tiene en cuenta que la Constitución Política de 1991 expresamente la reguló<sup>99</sup>. No se quiere indicar que la falta de

---

o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad”. También se debe tener en cuenta el artículo 1006 del mismo Código cuando establece que “las acciones municipales o populares se entenderán sin perjuicio de las que competen a los inmediatos interesados”.

96. Tamayo Jaramillo. *De la responsabilidad civil, cit.*, T. II, p. 80.

97. Richer. “Préjudice réparable”, *cit.*, N° 65.

98. Se encuentran los siguientes proyectos de ley recientes sobre el tema: proyecto de ley 05 de 1995 de la Cámara, acumulado con el 84 del mismo año e institución, que está publicado en la *Gaceta del Congreso*, año IV, N° 493, del jueves 28 de diciembre de 1995; proyecto de ley 024 de la Cámara, por el cual se reglamenta el artículo 88 de la Constitución Política en relación con el ejercicio de las acciones populares, en *Gaceta del Congreso*, año IV, N° 217, miércoles 2 de agosto de 1995; proyecto de ley 005 de 1995 de la Cámara, en *Gaceta del Congreso*, año IV, N° 207, jueves 27 de julio de 1995.

99. Dice el artículo 88 de la Constitución Política: “La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad públicos, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

desarrollo legislativo impide iniciar acciones populares, sino que la ley está llamada a hacer un gran aporte. En el entretanto tienen aplicación los ya referidos artículos del Código Civil porque, entre otras, si se acepta la “inconstitucionalidad sobreviniente”, con mayor razón se debe aceptar la “constitucionalidad sobreviniente”. Valga sin embargo tener en cuenta en este aspecto la resolución 1989/13 de la Subcomisión de Prevención de Discriminación y Protección de las Minorías, de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, según la cual, por comentarios al respecto del relator especial Theo van Boven, “es necesario que, además de los medios de obtener reparación de que disponen los individuos, se adopten medidas adecuadas para que los grupos de víctimas o las comunidades que son víctimas tengan derecho a presentar reclamaciones colectivas por los daños y perjuicios sufridos y a recibir la correspondiente reparación colectiva”<sup>100</sup>.

Sea cual fuere el futuro de la reglamentación de estos temas en el derecho colombiano, se debe aplaudir la distinción fundamental que hace el proyecto de ley conjunto ya reseñado, que coincide con lo que aquí se escribe. En efecto, lo importante es aceptar la ampliación de la legitimación por activa, dependiendo de la hipótesis regulada. Es claro que cuando una persona, sea jurídica o natural, sufre un daño, el ordenamiento jurídico le otorga las acciones pertinentes para reclamar sus derechos. Es el ámbito tradicional, egocéntrico pero necesario, de todo sistema de responsabilidad. Sin embargo, en el momento de ampliar la posibilidad de otorgar legitimación en la causa a nombre de grupos, se debe distinguir si se amplía para que la persona pida para sí o para otro. En el primer evento, así se trate de asociaciones, se está en presencia de lo que el proyecto de ley denomina “acciones de

---

También regulará las acciones originadas en los daños ocasionados a un número plural de personas, sin perjuicio de las correspondientes acciones particulares. Así mismo, definirá los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos”.

100. Theo van Boven, relator especial. *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, informe presentado el 2 de julio de 1993, a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en su 45º período de sesiones.

grupo”<sup>101</sup>, que como bien se enuncia buscan la indemnización de perjuicios causados a un número plural de personas. Lo que ocurre en este caso es simplemente que se amplía el concepto de legitimación por activa en la causa al permitir que grupos obtengan también indemnización en su favor.

Cosa distinta es la “acción popular”<sup>102</sup>, que puede tener dos posibilidades: prevenir un daño contingente, que se presenta cuando “por imprudencia o negligencia de alguno amenace a personas indeterminadas” (art. 2359 C. C.), o “restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”. En el primer evento la similitud con la acción de tutela es evidente, puesto que no se trata de indemnizar daños causados sino de prevenirlos, en tanto que en el segundo se trata de reparar daños efectivamente causados, pero que no recaen sobre un patrimonio individual que pueda arrogarse el derecho a la indemnización. Es aquí donde adquiere importancia la distinción entre daño y perjuicio, pues, se recuerda, no todo daño genera necesariamente un perjuicio individualizado, sin que se quiera significar con ello que sea inexistente y se deba dejar sin reparar. Es así como, cuando el referido proyecto de ley define los derechos e intereses colectivos, incluye “el goce de un ambiente sano”, “la moralidad administrativa y la prevención de cualquier práctica corrupta por parte de los servidores públicos”, “la existencia del equilibrio ecológico y el manejo y aprovechamiento racional de los recursos naturales”, “el goce del espacio público y la utilización y defensa de los bienes de uso público”, “la defensa del patrimonio público”, etc. Es claro que en cualquiera de dichos eventos se puede presentar un

---

101. Artículo 3° del proyecto de ley conjunto: “Acciones de grupo. Son aquellas mediante las cuales un número plural o conjunto de personas solicita exclusivamente el pago de una indemnización por los perjuicios individuales que les haya ocasionado una misma acción u omisión o varias acciones u omisiones, derivadas de la vulneración de uno o varios derechos colectivos, bien sea que provenga de una o varias autoridades o personas particulares. La acción de grupo se ejerce para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización de los perjuicios causados a un número plural de personas por las mismas acciones u omisiones”.

102. Dice el artículo 2° del proyecto de ley conjunto: “Acciones populares. Son los medios procesales para la protección de los derechos e intereses colectivos. Las acciones populares se ejercen para evitar el daño contingente, hacer cesar el peligro, la amenaza, la vulneración de los derechos e intereses colectivos y restituir las cosas a su estado anterior cuando fuere posible”.

daño sin que indefectiblemente genere perjuicio individual, y por ello cualquier persona podrá pedir la reparación de aquel. Así, por ejemplo, un ciudadano puede iniciar acción para que determinadas empresas que están contaminando el ambiente cesen ese comportamiento; una persona puede iniciar acción para que se reintegren al fisco dineros robados por un servidor público. Si a dicha persona se le otorga un premio o bonificación por tal actuación, será una decisión del legislador. Pero lo claro es que, por ejemplo, en el caso de una contaminación ecológica producida por un responsable concreto, cualquier persona puede pedir a nombre de la colectividad que se restituyan las cosas al estado anterior —forma reparadora por excelencia— y que, por tanto, el responsable sea condenado a la reparación. Se estaría entonces en presencia de un típico proceso de responsabilidad en el cual tiene que existir un daño —contaminación ecológica— que no supone necesariamente un perjuicio individualizado —*v. gr.* lucro cesante para un pescador—, imputable al responsable —quien causa el daño— y que este debe reparar —hay fundamento para que se produzca la descontaminación—.

Claro está que, si la acción popular puede presentarse en su estado puro, es decir, sin necesidad de que exista también indemnización de perjuicio a un patrimonio individual, nada impide que las dos acciones sean acumuladas, aun con la tercera “de clase” o “grupo”. Se cita en este sentido un interesante fallo de la Corte Suprema de Justicia colombiana de 1941, en donde se aceptó la concurrencia de acciones. Se trató de la suspensión de una obra peligrosa en ejercicio de la acción popular, y de la indemnización de daños individuales que se habían causado. Por ser un fallo aclaratorio sobre el aspecto que se comenta, es oportuno transcribir algunos apartes: “La acción popular ejercitada por los demandantes con apoyo en el artículo 2359 del Código Civil, no se encamina a obtener reparación de perjuicios. Enderézase a evitar el daño contingente de que se ha hablado, daño que por imprudencia o negligencia del Departamento de Boyacá, amenaza a personas indeterminadas, entre las cuales pueden encontrarse, desde luego, los propios demandantes. Por el daño ya causado como consecuencia de aquella imprudencia o negligencia, los demandantes han promovido la acción privada competente. No ve la Sala inconveniente alguno de orden legal para que conjuntamente se entablen, como lo han hecho los demandantes, la acción privada encaminada a la reparación de

los perjuicios que les ha ocasionado el Departamento de Boyacá con motivo de la explotación de la casajera de que se viene hablando, y la acción pública enderezada a impedir, mediante la suspensión de los trabajos, que se causen nuevos daños con aquella explotación reconocidamente peligrosa e imprudente, dada la forma como se lleva a cabo (con potentes tacos de dinamita) y lo concurrido del sector en que se opera”<sup>103</sup>. La situación es entonces clara: las diferentes acciones se pueden iniciar por sus respectivos titulares sin que se excluyan entre sí.

Con la intención de mostrar cómo en el derecho francés se discute el alcance de las acciones posibles que se acaban de enunciar, vale la pena traer a colación el ya citado fallo Ville de Saint-Quentin<sup>104</sup>, puesto que en él se observa una mezcla de las dos formas de pedir que se están comentando. En efecto, tras demandar unas asociaciones de pesca y piscicultura reparación de los daños ocasionados por la contaminación generada por el desvío de aguas de alcantarillas, el Consejo de Estado en la sentencia advierte que “los únicos daños por los cuales podrían eventualmente obtener reparación las asociaciones demandantes serían los relativos a los gastos para reconstituir las aguas de los alevinos, con exclusión de aquellos que consisten en ‘la pérdida de riqueza biológica’ del curso de las aguas que no pueden abrir derecho a indemnización”, no obstante lo cual se otorga a una sociedad de pesca indemnización de 5.000 francos porque justificó “haber perdido, en razón de la contaminación de las aguas, un número importante de clientes inscritos en 1964 y 1965”.

Teniendo en cuenta, entonces, el caso francés de Ville de Saint-Quentin, debemos observar que, respecto de los perjuicios pagados a la asociación de pescadores por la pérdida de clientela, no se sobrepasa la solución tradicional a un conflicto de responsabilidad civil. Sin embargo, no ocurre lo mismo frente a la negativa a ordenar indemnización por la pérdida de la riqueza biológica, caso en el cual el Consejo de Estado estimó que no se disponía de la legitimidad para recibir dicha indemnización basado en una

---

103. Germán Orozco Ochoa. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (de 1887 a 1944)*, Medellín, Imprenta Departamental, 1945, p. 121, en donde se cita un extracto del fallo de la Corte Suprema de Justicia colombiana, S.N.G., 23 de abril de 1941, G. J., N° 1971, p. 455.

104. Consejo de Estado fr., 12 de julio de 1969, Ville de Saint-Quentin y otros, Rec., p. 383.

sana posición tradicional. No obstante, si en Francia existieran las acciones populares, la pregunta sería la siguiente: ¿qué habría ocurrido en caso de que la asociación de pescadores hubiera pedido a nombre de la comunidad la reparación de la fauna por parte del responsable que vertió el agua de alcantarilla? ¿Habría sido improcedente una condena de tal naturaleza?

Se vuelve entonces al punto que ya hemos afirmado: la distinción entre daño y perjuicio, por su utilidad, permite resolver la pregunta.

Para responder a la pregunta se debe tener en cuenta que si la persona pide la reparación de un daño que no se ha convertido en perjuicio individual, no se vislumbra obstáculo alguno para que cualquiera persona, mediante la acción popular, logre el cometido de reparación de la alteración material causada por el responsable, como ocurrió en el citado caso de la Corte Suprema de Justicia colombiana de 1941, con la sólo diferencia de que allí se trató de prevenir un daño contingente, mas no de reparar el que se había causado al medio ambiente. Nótese que esta concepción presupone ya una extensión del criterio tradicional de la legitimación en la causa, pues lo amplía de tal manera que todo ciudadano puede iniciar acciones. Si dicha persona pidiera para sí, indiscutiblemente se estaría arrogando un derecho que no le pertenece y por ello no podría haber declaración de responsabilidad, salvo que lo que pidiese fuese un derecho proveniente de un derecho radicado en su patrimonio individual.

Sobre este tema es de gran interés y aporte el derecho internacional humanitario, en donde la posibilidad de obtener reparaciones colectivas ha sido bien desarrollada. Si bien en este campo del derecho también existen variados mecanismos para que las víctimas de violaciones de derechos humanos sean resarcidas en forma individual, también se presentan hipótesis, y de allí su aporte, en las que la indemnización no se otorga a un patrimonio individualmente considerado. Desde el mismo momento en que se entiende por “víctimas” a “las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños”<sup>105</sup>, se plantea la posibilidad de indemnizaciones colectivas. Es lo que ocurre en el concepto de “reconocimiento público y simbólico a las víctimas” de Trujillo, cuando se ordenó “la construcción

---

105. Párrafos 1 y 2 de la “Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder”, citada por van Boven, *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación*, cit., p. 9.

[...] de un monumento en su memoria, con cargo al presupuesto nacional”, buscando así “reparar a la comunidad de Trujillo y a la sociedad colombiana, moral y socialmente afectadas por los sucesos violentos de que se trata”<sup>106</sup>. Coincide también la situación con la recomendación que hace el relator Theo van Boven cuando afirma que, “además de proporcionar reparación a los individuos, los Estados tomarán disposiciones adecuadas para que los grupos de víctimas presenten reclamaciones colectivas y para que obtengan reparación colectivamente. Se deben tomar medidas especiales con el fin de ofrecer oportunidades de desarrollo y progreso a los grupos que, a raíz de violaciones de sus derechos, hayan carecido de tales oportunidades”<sup>107</sup>. Merecen entonces ser tenidos en cuenta los aportes que hace el derecho internacional humanitario cuando estima que la indemnización no sólo es la tradicional pecuniaria, sino la indirecta o imperfecta (por ejemplo: presentación pública de excusas, solicitud de identificación y sanción de los agentes de la violación) y aun, la directa o perfecta (por ejemplo: modificación de un acto legislativo o cesación de efectos de una decisión judicial interna), que son referidas por el autor Aguiar<sup>108</sup>.

Dentro del tema de la ampliación de la legitimación para actuar, para concluir, se debe recordar otro importante artículo que, al igual de lo que ocurre con el artículo 2359 del Código Civil, ha pasado inadvertido en la práctica, pero que también tiene un importante porvenir. Se trata del artículo

---

106. Comisión de Investigación de los Sucesos Violentos de Trujillo. Caso 11007 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, editado por la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos de la República de Colombia, en cumplimiento de las recomendaciones hechas por la Comisión de Investigación de los Sucesos Violentos de Trujillo, Bogotá, agosto de 1995, p. 152.

107. Van Boven. *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación*, *cit.*, p. 64.

108. Asdrúbal Aguiar. “La responsabilidad internacional del Estado por violación de Derechos Humanos (apreciaciones sobre el Pacto de San José)”, en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Prometeo, 1994, pp. 141 a 145. Ver sobre el tema: Rodolfo E. Piza Rocafort, *Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos (El aporte del Derecho Administrativo, del Derecho Internacional y del Derecho de los Derechos Humanos)*, Universidad Autónoma de Centro América, Certamen Luis Demetrio Tinoco, Primer Premio, 1988.

54 de la Ley 80 de 1993<sup>109</sup>, también conocida como Estatuto de Contratación Pública, en el que se instauró una verdadera acción pública, en virtud de la cual cualquier persona puede iniciar acción de repetición contra el servidor público que por su culpa grave o dolo dio lugar a la condena de una persona pública. Coincide la presente norma con la noción de patrimonio colectivo que permite iniciar acciones populares, según se ha visto en el tema de “petición para otro” del presente escrito, donde se parte de una posición amplia en la definición de la legitimación para actuar. Si bien es cierto en dicho evento sí existe perjuicio, en el sentido de que un patrimonio de una persona pública sufrió aminoración al ser condenada civilmente por el comportamiento doloso o gravemente culposo de un agente suyo, lo importante es observar que el legislador permitió que la legitimación para demandar la tuviera cualquier persona. Se está entonces en presencia de una típica acción ciudadana como la que existe para las demandas de inconstitucionalidad. Sin embargo, la reglamentación fue precaria pues, por ejemplo, no se estableció si la persona puede pedir a nombre de quien efectivamente sufrió el perjuicio —lo cual es obvio— y no para sí y, además, si, al igual que ocurre en las “acciones municipales” y “populares”, quien inicia una tal demanda tendría derecho al reconocimiento de una suma de dinero como bonificación.

Así las cosas, podemos concluir que el daño es personal cuando deriva de los derechos que tiene el demandante sobre el bien que sufrió menoscabo, debiendo establecerse la titularidad jurídica sobre el derecho que tiene respecto de ese bien menguado. La titularidad jurídica, como se ha estudiado, variará dependiendo del tipo de acción que se inicie y del *petitum* que contenga.

Tras estudiar el carácter personal del daño se debe entonces pasar a la segunda característica que lo define.

---

109. Dice el artículo: “En caso de condena a cargo de una entidad por hechos u omisiones imputables a título de dolo o culpa grave de un servidor público, la entidad, el ministerio público, cualquier persona u oficiosamente el juez competente, iniciarán la respectiva acción de repetición, siempre y cuando aquel no hubiere sido llamado en garantía de conformidad con las normas vigentes sobre la materia”.



II. CARÁCTER CIERTO<sup>110</sup>

En una frase que ya ha adquirido notoriedad en la presentación del carácter cierto del perjuicio, el profesor Chapus afirma que “las jurisdicciones han planteado el principio según el cual el perjuicio cierto [...] es el perjuicio actual o el futuro, a diferencia del eventual”<sup>111</sup>. Este enunciado, como lo veremos, puede predicarse tanto de la jurisprudencia colombiana como de la francesa. En efecto, los autores que han estudiado el problema en derecho francés, como M. Taugourdeau<sup>112</sup> y L. Richer<sup>113</sup>, recuerdan la afirmación del profesor Chapus y, en derecho colombiano, un fallo de la Plenaria del Consejo de Estado enuncia en la misma vía que “tanto en lo civil como en lo administrativo, para que exista la responsabilidad, es necesario que el daño se haya ocasionado”<sup>114</sup>. Es claro entonces que “el Consejo de Estado ha tenido oportunidad de señalar que el daño para que pueda ser reparado debe ser cierto”<sup>115</sup>, esto es, “no un daño genérico o hipotético sino uno específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio”<sup>116</sup>.

De entrada se puede, entonces, comprobar que en ambos países existe la regla según la cual el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización. Eventualidad y certeza se convierten en términos opuestos desde un punto de vista lógico, pues el perjuicio es calificado de eventual—sin dar derecho a indemnización—, o de cierto—con lo cual surge entonces la

110. Esta parte fue escrita en su primer borrador, que permanece intacto en su concepción general, en París, en el año de 1992.

111. Chapus. *Responsabilité publique et responsabilité privée*, cit., p. 507.

112. M. Taugourdeau. “Le caractère certain et direct du préjudice en matière de responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique”, *AJDA*, I, 1974, p. 509.

113. Richer. “Préjudice réparable”, cit., N° 67.

114. Consejo de Estado col., 30 de septiembre de 1949, C. P.: Dr. Gómez Naranjo, *ACE*, año XXXI, 1949-1950, T. 58, N° 367-371, pp. 365 a 376.

115. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 2 de junio de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Julio César Delgado Ramírez, exp. 8998. En sentido idéntico: 23 de septiembre de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Carmenza Vélez, exp. 9458; 27 de octubre de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Oswaldo Pomar, exp. 9763.

116. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 19 de octubre de 1990, C. P.: Dr. De Greiff Restrepo, actor: Textiles Morfel I.tda., exp. 4333.

posibilidad de derecho a indemnización—, pero jamás puede recibir las dos calificaciones.

Aunque la doctrina francesa ha intentado varias divisiones posibles entre las dos calificaciones mencionadas<sup>117</sup>, lo importante es saber que sólo se debe hablar de perjuicio cierto y de perjuicio eventual. Las demás clasificaciones, si bien interesan desde una perspectiva doctrinaria, no aportan verdaderamente nada nuevo al problema esencial por resolver: ¿qué es un perjuicio cierto para la jurisprudencia colombiana y para la francesa?

Para responder a la pregunta se debe, una vez más, confrontar la definición de certeza con la de eventualidad. Un salvamento de voto colombiano al fallo del 27 de marzo de 1990 enuncia, en efecto, que “tanto doctrinal como jurisprudencialmente ha sido suficientemente precisado que dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales, es indispensable que el daño sea cierto; es decir, que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas; aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. Lo que se exige es que no exista duda alguna sobre su ocurrencia”<sup>118</sup>.

La existencia es entonces la característica que distingue al perjuicio cierto. Pero, si la existencia del perjuicio es la singularidad de su certeza, no

117. Taugeaurdeau, por ejemplo, en el artículo citado dice: “definiremos el perjuicio probable como aquel que debe normalmente existir teniéndose en cuenta su naturaleza invocada y la situación o comportamiento de la víctima”, pero advierte que dicho perjuicio “sin ser absolutamente cierto es, no obstante, considerado como tal por la jurisprudencia”. Entonces, el llamado perjuicio probable es un perjuicio cierto. La misma anotación puede hacerse respecto de lo que el autor denomina “perjuicio eventual considerado probable”: “la fórmula no aparece oficialmente en la jurisprudencia. Sin embargo, esta hipótesis se observa en algunas decisiones en las que el perjuicio es reparado a pesar de que el daño no tenga sino expectativas mediocres o débiles, de realizarse. El juez repara un ‘riesgo concretado’: en esta situación existen, de todas formas, expectativas más o menos importantes de que el riesgo se realice en un futuro próximo o lejano; pero ellas se producen brutalmente por el hecho de la administración que convierte en cierto un perjuicio que en ocasiones es probable. Lo único eventual era que lo probable no se convirtiera jamás en cierto”.

118. Salvamento de voto del Consejero de Estado Joaquín Barreto al fallo del 27 de marzo de 1990 de la Plenaria del Consejo de Estado, actor: Esther Bodmer vda. de Garavito, exp. S-021, tomo I de los Recursos de súplica de 1990, p. 140.

podemos sin embargo confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su indemnización. En efecto, según el profesor Chapus, “lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y dimensión del perjuicio son la medida de su indemnización. Pero bien puede reconocer que la responsabilidad se compromete cuando la existencia del perjuicio se establece, sin importar las dudas que se tengan acerca de su extensión exacta”<sup>119</sup>. En la doctrina colombiana el profesor Tamayo Jaramillo enuncia que, según la jurisprudencia, se “distingue entre la existencia del perjuicio y la de su cuantía, aceptando que lo indispensable es la prueba de la primera, con lo cual se abre camino para que, en un incidente posterior, se demuestre el monto de la segunda”<sup>120</sup>. Me remito sobre este punto a lo escrito en la parte introductoria, cuando se trató el tema de la prueba del daño.

Para que el perjuicio se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente ya se produjo, bien sea probando que, como lo enuncia una fórmula bastante utilizada en derecho colombiano, el perjuicio “aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual”<sup>121</sup>. Pero debemos subrayar que no debe confundirse perjuicio futuro con perjuicio eventual e hipotético, puesto que aquél “es indemnizable, siempre y cuando se demuestre oportunamente que se realizará”<sup>122</sup>.

Teniendo en cuenta las diversas situaciones que un daño puede generar en cuanto a la certeza del perjuicio, se analizarán las principales formas de abordar el tema por parte del juez francés y del colombiano. Para ello, se estudiará la problemática que se plantea respecto del perjuicio consolidado

---

119. Chapus. *Responsabilité publique, cit.*, p. 403.

120. Tamayo Jaramillo. *De la responsabilidad civil, cit.*, T. II, p. 13.

121. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 4 de noviembre de 1975, C. P.: Dr. Portocarrero Mutis, exp. 1494, actor: José Ignacio Arboleda Arboleda, ACE, año L, T. I.XXXIX, N° 447-448, 2° semestre de 1975, p. 443. Ver en el mismo sentido: 29 de agosto de 1985, C. P.: Dr. Uribe Acosta, exp. 3347, actor: Carlos Julio Noguera y otros.

122. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 28 de junio de 1967, C. P.: Dr. Portocarrero Mutis, ACE, T. I.XXII, año XLII, N° 413-414, p. 279.

en el momento en que el juez debe pronunciarse, y, enseguida, la problemática de aquel perjuicio cuando aún no se encuentra consolidado en dicho momento.

#### A. EL PERJUICIO CONSOLIDADO

La primera forma como el juez puede abordar el problema es aquella en la cual calificación de la certeza o eventualidad del perjuicio se hace en relación con el perjuicio consolidado, en el momento en que corresponde pronunciarse sobre él. Es evidente que esta hipótesis no plantea problemas mayores, al encontrarse frente a una realidad ya vivida: el juez simplemente comprueba la realidad de lo que afirma quien demandó, teniendo en cuenta que se trata de un dato del pasado, de un perjuicio que ya se exteriorizó y consolidó.

Al decir del profesor Ortiz, en estos casos “el establecimiento de la certeza de los (daños) no presenta mayores problemas, lo que es normal, pues se trata de estudiar y atrapar una realidad fácilmente aprehensible. En estos casos, el juez tiene que estudiar daños que ya están cristalizados, consolidados o exteriorizados [...] y, por tanto, su constatación, que prácticamente trae consigo el establecimiento de su carácter cierto, es fácil a realizar”<sup>123</sup>.

Esta forma de calificar el perjuicio se presenta, por ejemplo, cuando se han realizado gastos originados por el hecho dañino.

Así, los gastos hechos por el demandante para restablecer su salud se consideran perjuicio cierto, como los derivados de una hospitalización por accidente<sup>124</sup>, o los de “las curaciones que han sido necesarias hasta la fecha en que se consolidaron las heridas”<sup>125</sup> o aun las indispensables para que una mano vuelva a cumplir su función<sup>126</sup>.

123. Ortiz Alvarez. *El daño cierto en la responsabilidad patrimonial de la administración pública*, cit., p. 69.

124. Ver en derecho francés: Consejo de Estado, 26 de enero de 1938, Robinet, Rec., C.E., p. 91; en derecho colombiano: C. P., Sección Tercera, 1° de diciembre de 1989, C. P.: Dr. De Greiff R., actor: Olga López Jaramillo de Roldán, exp. 3507: auto liquidatorio del perjuicio.

125. Consejo de Estado fr., 7 de diciembre de 1938, Dlle. Braccini, Rec. C.E., p. 219.

126. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 11 de agosto de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Juan Alberto Aguilar, exp. 9009.

Ahora bien, entre el accidente y la curación definitiva puede ocurrir que la víctima haya debido gastar en salarios de terceras personas, que le son necesarias dada su incapacidad parcial. Si la víctima tuvo necesidad, por ejemplo, de contratar una empleada doméstica<sup>127</sup> o de “realizar gastos suplementarios en personal debidos a la inmovilización ocasionada”<sup>128</sup>, para evitar el cierre del establecimiento de comercio que explotaba, la indemnización tendrá en cuenta los emolumentos pagados al empleado del establecimiento o a la empleada doméstica que la víctima hubo de contratar durante su inmovilización<sup>129</sup>.

Si por mala fortuna no se logra salvar la vida de la víctima, los gastos funerarios<sup>130</sup> así como “todos aquellos gastos imputables al deceso de la víctima”<sup>131</sup>, o “los gastos de cualquier naturaleza consecutivos a la muerte”<sup>132</sup>, son considerados perjuicio cierto<sup>133</sup>.

La pérdida de bienes materiales o inmateriales también es considerada perjuicio cierto. Si el hecho dañino implica la pérdida material de bienes, evidentemente el perjuicio es cierto. Por ejemplo, el valor venal de un vehículo inutilizado a raíz del accidente<sup>134</sup>; la pérdida total de una casa<sup>135</sup>;

127. Consejo de Estado fr., 15 de diciembre de 1952, Cons. Mangez.

128. Consejo de Estado fr., 7 de diciembre de 1938, Dlle. Braccini, Rec. C.E., p. 219.

129. Ver también: Consejo de Estado fr., 5 de mayo de 1950, Carl; 17 de marzo de 1952, Cons. Jorphanion.

130. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 17 de febrero de 1994, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Martha Lucía Gómez de Mejía, exp. 8023.

131. Consejo de Estado fr., 9 de diciembre de 1970, Min. Equipement et Logement vs. Epoux Lossier, Rec., p. 745.

132. Consejo de Estado fr., Ass., 14 de febrero de 1975, Consorts Vimart, Rec., p. 113.

133. Consejo de Estado fr., 9 de julio de 1969, esposos Pech, Rec., p. 373: “Considerando que los demandantes están legitimados para reclamar el pago de los gastos funerarios que han realizado, y que se elevan a la suma, no cuestionada, de FF5.530.30”. Ver en derecho colombiano: Sección Tercera, 19 de diciembre de 1989, C. P.: Dr. De Irisarri Restrepo, proyectó: Juan Carlos Henao, actor: Rosa Helena Franco vda. de Bernal, exp. 4484; Sección Tercera, 1° de marzo de 1990, C. P.: Dr. De Irisarri Restrepo, proyectó: Juan Carlos Henao, actor: Juan Nepomuceno Gómez y otros, exp. 3260.

134. Ver en derecho colombiano: Consejo de Estado, Sala Plena, 11 de marzo de 1983, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Ricardo Pinto Montenegro, exp. 10751, ACE, T. CIV, N° 447-448, p. 1083; Sección Tercera, 8 de agosto de 1988, C. P.: Dr. Ramírez Arcila, proyectó: Alvarez Melo, actor: Hugo Napoleón Tovar Sierra y otros, exp. 5154. En derecho francés: Consejo de Estado, 30 de octubre de 1946, Peyrie, Rec. C.

las "pérdidas de salario que el accidente implicó"<sup>136</sup> y que no se percibieron a causa de una hospitalización<sup>137</sup>. No es indispensable que sea o no la propia víctima la que deba parar su trabajo, pues puede presentarse el caso de que un tercero demandante tenga derecho a indemnización por la disminución de sus ingresos personales al haberse encontrado en la obligación de interrumpir su trabajo para curar a la víctima<sup>138</sup>.

Este daño puede consistir en cualquier clase de disminución del patrimonio: las pérdidas de un establecimiento de comercio que debió cerrarse durante la incapacidad de la víctima<sup>139</sup>; la pérdida de alquileres de un terreno para ganado originada durante la ocupación temporal de una tierra<sup>140</sup>; la falta de ganancia por un contrato que no se ejecutó<sup>141</sup>; los gastos de abogado necesarios para hacer frente a un proceso injustificadamente iniciado<sup>142</sup>; el dinero robado por agentes de policía<sup>143</sup>; la pérdida

---

E., p. 250: "Considerando que el señor Peyrie no ha probado que al fijar el Ministro en FF4.900 el valor venal de su vehículo en el día del accidente, la evaluación haya sido insuficiente...".

135. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 5 de julio de 1991, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Aníbal Orozco Cifuentes, exp. 6014; 17 de octubre de 1990, C. P.: Dr. De Greiff Restrepo, actor: Blanca Sofía Acevedo Quijano, exp. 6138.
136. Consejo de Estado fr., 26 de enero de 1938, Robinet, Rec., p. 91. Ver también: Sección, 6 de julio de 1958, Communc de Grigny, Rec., p. 323: "Considerando que está probado que, teniéndose en cuenta una incapacidad temporal total de 6 meses y una parcial del 75% durante 3 meses, la indemnización...".
137. Consejo de Estado fr., Ass., 24 de abril de 1942, Morell, Rec. C.E., p. 136: "Considerando que el señor Morell tiene derecho, en primer lugar, al reembolso del monto de los salarios que habría percibido durante el período de hospitalización entre el 18 de junio y el 18 de octubre de 1933, es decir, FF20.416". Ver en derecho colombiano: Consejo de Estado, Sección Tercera, 1º de diciembre de 1989, C. P.: Dr. De Greiff Restrepo, actor: Olga López Jaramillo de Roldán, exp. 3507.
138. Consejo de Estado fr., 19 de enero de 1953, Gasporian.
139. Consejo de Estado fr., 7 de diciembre de 1938, Dlle. Braccini, Rec. C.E., p. 219.
140. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 22 de junio de 1995, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Miguel Ortega Samper, exp. 9580.
141. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 15 de abril de 1994, C. P.: Dr. Ramírez Arcila, actor: Héctor Manuel Molina Ocampo, exp. 6237.
142. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 18 de octubre de 1990, C. P.: Dr. Arrieta Padilla, actor: Luis Francisco Peña, exp. 5836; 15 de septiembre de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Alberto Uribe Oñate, exp. 9391.
143. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 23 de junio de 1995, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Pedro Manuel Hernández Sánchez, exp. 10322.

de gasolina almacenada en una estación de servicio<sup>144</sup>; la pérdida del rendimiento comercial de un bus incendiado que se indemniza hasta el momento de la sentencia en la cual se ordena pagar el valor del vehículo<sup>145</sup>; la pérdida de ingresos diarios por decomiso de vehículo con el cual se trabaja<sup>146</sup>; la pérdida por la no utilización de un terreno<sup>147</sup>; los gastos de transporte en los que se incurre a raíz de la inmovilización del vehículo personal<sup>148</sup>; los gastos requeridos por el cambio de sede de un comerciante que tuvo que trasladarse<sup>149</sup>, etc. De igual manera ocurre cuando se trata de la reparación de los bienes incorpóreos de un establecimiento de comercio dañado por trabajos públicos de una alcantarilla<sup>150</sup>.

En las hipótesis que acabamos de ilustrar se puede notar que, en ambos países, el perjuicio consolidado al momento en que el juez va a calificar la certeza del perjuicio se considera cierto. Ello es natural en la medida en que el perjuicio es una realidad aprehensible para el juez, quien no puede adoptar un comportamiento diferente: la realidad le muestra la existencia de un perjuicio que es incuestionable. El juez simplemente verifica la existencia del perjuicio y ordena su reparación.

El perjuicio cierto, entonces, sería siempre un perjuicio pasado, con independencia de que consista en daño emergente o en lucro cesante. Su rasgo común es que no se proyecta hacia el futuro sino que ya agotó todas sus posibilidades. Es un arqueo que se hace al momento de la decisión sobre la certeza del daño. En la hipótesis de que sea un lucro cesante, lo importante es que se haya concluido la falta del ingreso. Con la sola intención de terminar el tema con el ejemplo clásico del vehículo estrellado, se puede

---

144. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 21 de junio de 1995, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Hernando Vargas Cuéllar, exp. 7969.

145. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 21 de marzo de 1991, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Juan Hernández Henao, exp. 5595.

146. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 5 de marzo de 1992, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Jorge Luis Carreño Gil, exp. 6385.

147. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 17 de agosto de 1995, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Soc. Durán Muñoz y Cía Ltda., exp. 7095.

148. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 29 de marzo de 1996, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Edgar Augusto Garzón Romero, exp. 10897.

149. Consejo de Estado fr., 17 de marzo de 1995, M. Lavaud, req. 137573.

150. Consejo de Estado fr., 4 de marzo de 1970, Dulac, I. eb., p. 161.

afirmar que todos los gastos que se hicieron en reparaciones mecánicas y que no habrá necesidad de volver a hacer, todos los taxis que se tuvieron que tomar hasta el momento en el cual se entregó de nuevo el vehículo al demandante, todos los contratos que se perdieron o el lucro que se dejó de percibir durante el término de duración del daño, deben ser reparados irremisiblemente por el responsable, porque no hay discusión acerca de su cristalización. Aquí no hay probabilidades sino certeza total sobre la existencia del daño.

Bien distinto es el caso, como ya se advirtió, cuando se trata de la reparación de un perjuicio no consolidado.

#### B. EL PERJUICIO NO CONSOLIDADO

En esta hipótesis se agruparán dos casos. Uno, aquel en que el juez califica la certeza del perjuicio a partir de una situación existente, y otro, aquel en que la calificación ha de hacerse a partir de una situación que no es real en el momento de la calificación. En el primer caso, el juez sólo debe tomar posición respecto a la extensión en el tiempo de la situación que se le presenta. En el segundo, al contrario, el juez debe en un primer momento tomar partido respecto de la situación en sí misma, precisamente porque no es real, para luego determinar, si a ello hubiere lugar, su prolongación en el tiempo. Se estudiarán pues los dos eventos posibles.

No sobra señalar que ambos tienen en común que el perjuicio es futuro y no consolidado aún. La víctima reclama porque asegura que un daño sobrevendrá. La certeza dependerá entonces de las probabilidades futuras de ocurrencia del mismo, que se estudiarán en el presente, con los elementos de juicio a disposición. Si se encuentra que es muy probable que el daño ocurra o se prolongue, se tendrá por cierto. De lo contrario, será eventual y conjetural. Esta discusión, pues, acerca de lo futuro decidido en el presente, recuerda la frase de Josserrand según la cual "el porvenir es así tomado en consideración en la medida en que es postulado necesariamente por el presente, donde se hunden, por decirlo así, sus raíces. Decidir lo contrario, eliminar del debate toda consideración de futuro, sería obligar al acreedor a renovar su acción en intervalos próximos para exigir una



indemnización correspondiente al tiempo transcurrido: solución injusta y absurda"<sup>151</sup>.

Se estudiarán entonces las dos situaciones.

#### I. PERJUICIO NO CONSOLIDADO A PARTIR DE UNA SITUACIÓN EXISTENTE

En primer lugar, se reagruparán aquí las hipótesis en las cuales la certeza del perjuicio proviene de que la situación sometida a estudio existe ya en el momento en que el juez hace la calificación. En estos casos el juez no califica la probabilidad de la situación, pues esta existe ya en el momento de la operación intelectual. Lo único que el juez hará será juzgar la certeza de su prolongación en el tiempo.

Esta hipótesis supone que la situación se haya, en efecto, creado por el hecho dañino. La situación que expresa el daño, como puede ser la muerte de una persona que le colaboraba económicamente a otra o la pérdida de una suma de dinero que se tenía, o aun la concreción de un lucro cesante, debe existir para que pueda hacerse la proyección hacia el futuro, so pena de que el daño sea calificado de eventual. En efecto, en las hipótesis estudiadas el juez considerará cierto el perjuicio presente y lo extenderá hacia el futuro, porque hay elementos que le permiten afirmar que el perjuicio continuará. Pero, en los casos a que en este momento se hace referencia, la certeza del perjuicio puede ser objeto de duda porque no hay situación definitiva verdaderamente establecida. Un ejemplo del derecho colombiano permite ilustrar lo afirmado. Es eventual el perjuicio en el caso en que, por una supuesta mora o deficiencia del Estado al intervenir bancos en quiebra, se produzca la pérdida de los ahorros de los clientes, pues la liquidación de los bancos debe terminar para así poder establecer si hubo o no perjuicio<sup>152</sup>. Por cuanto la liquidación de los bancos en quiebra no ha terminado, el demandante no puede aún asegurar que sufrirá un perjuicio.

---

151. Jossierand. *Derecho Civil, cit.*, T. II, Vol. 1, p. 511.

152. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 5 de marzo de 1985, C. P.: Dr. Valencia Arango, actor: Banco del Comercio, exp. 3386, Copiadores de la Sección Tercera, p. 1; 17 de julio de 1986, C. P.: Dr. Valencia Arango, actor: Raquel Bossa de Pallares, exp. 4246.

En el mismo sentido, si la actuación administrativa no ha producido efectos concretos, no puede haber demanda, pues “para que pueda acudirse en acción pública o privada ante los jueces administrativos es necesario que exista un acto de la administración que produzca efectos jurídicos, mas la jurisdicción administrativa no puede conocer de las meras expectativas de lo que será la voluntad del ente público”<sup>153</sup>, ya que “la mera posibilidad de que haya ocurrido un perjuicio, no autoriza para reclamar su resarcimiento”<sup>154</sup>. En el campo de los trabajos públicos el Consejo de Estado colombiano afirma que no puede demandar “quien tiene apenas la sospecha de que cierta obra pública le puede producir un daño a sus propiedades”<sup>155</sup>. Similar solución para el evento en el cual el demandante pide indemnización del daño consistente en no haber podido realizar una construcción de un inmueble, que de todas formas no habría podido llevar a cabo, porque “el daño, dentro del marco analizado, no es cierto”<sup>156</sup>. Para finalizar con esta hipótesis, se advierte que igual ocurre en los eventos en que el juez llega a la conclusión de que la situación no existe, como cuando se da la pérdida de ayuda económica por la muerte de quien colaboraba, porque el auxilio era intermitente. Por este aspecto el juez desecha la indemnización porque considera que “no es posible definir la regularidad de la ayuda que el occiso brindaba a sus ascendientes”<sup>157</sup> y porque “las ayudas ocasionales, transitorias, intermitentes, le quitan al daño su característica de certeza, y por lo mismo, no dan pie para darlo por probado”<sup>158</sup>. Se trata entonces de que exista certeza de que el daño no se produjo ni se

---

153. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 19 de noviembre de 1973, C. P.: Dr. Portocarrero Mutis, actor: Castellanos & Acevedo Ltda, exp. 1521, *ACE*, T. LXXXV, N° 439-440, p. 360.

154. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 23 de septiembre de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Carmenza Vélez, exp. 9458.

155. Consejo de Estado col., Plenaria, 27 de septiembre de 1983, C. P.: Low Murtra, actor: José Levy Blanco, exp. 10762, *ACE*, T. CV, N° 479-480, p. 1230.

156. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 9 de julio de 1992, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Pachón Larrota e Hijos Ltda., exp. 3567.

157. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 18 de abril de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Oswaldo Marino Narváz, exp. 9114.

158. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 13 de diciembre de 1993, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Enelia Narváz Díaz, exp. 8120.

producirá, razón por la cual se califica de eventual, porque no se puede asegurar que hay aminoración patrimonial.

Se puede entonces afirmar que el perjuicio es cierto cuando la situación sobre la cual el juez va a pronunciarse le permite inferir que se extenderá hacia el futuro, y que es eventual cuando la situación que refleja “el perjuicio” no existe ni se presentará luego.

Los casos en los cuales el perjuicio es cierto porque se tiene a lo menos la certeza de que la situación que expresa el daño existe se presentan de múltiples maneras y lo importante es la forma como el juez hace la proyección hacia el futuro.

Así, el perjuicio causado por inundaciones que degradan la capa vegetal es cierto hacia el futuro, pues han de tenerse “en cuenta los daños que puedan relacionarse con inundaciones posteriores a la presentación de la demanda”<sup>159</sup>. Y si la administración no prueba que el hecho dañino cesará de producir efectos en un término previsible, el perjuicio también se considerará cierto hacia el futuro. Así, el fallo francés del 3 de mayo de 1963 considera que la demandante tiene derecho a indemnización por el daño sufrido en sus bienes a raíz de la instalación de transformadores bulliciosos que hicieron que bajara el valor de aquellos, pues la administración no pudo demostrar “con certeza si el daño sufrido por la señora viuda Chaliapine podrá terminar en un término previsible”<sup>160</sup>. En este caso el juez, teniendo en cuenta la situación que se presenta ante sus ojos, determina si el perjuicio será existente de manera cierta en el futuro, es decir, en el ejemplo, si el precio de los inmuebles disminuirá definitivamente<sup>161</sup>.

La misma lógica se emplea cuando la víctima, por tener que practicarse curaciones cotidianas, no puede realizar sus labores normales, pues al “no poder proveer a sus necesidades existenciales sin la ayuda de una tercera persona”<sup>162</sup> la situación dañina se prolongará después de las heridas. En

---

159. Consejo de Estado fr., 7 de noviembre de 1917, Secretat-Escande vs. Cic. de Paris-Orléans, Rec., p. 699.

160. Consejo de Estado fr., 3 de mayo de 1963, Dame Chaliapine, Lcb., p. 268.

161. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 17 de noviembre de 1995, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Esperanza Rico, exp. 10238.

162. Consejo de Estado fr., 30 de octubre de 1946, Peyrie, Rec. C.F., p. 250.

este caso el juez otorga una suma para cubrir un perjuicio futuro cierto<sup>163</sup>, aun en el caso de que la asistencia deba recibirse hasta el final de la vida<sup>164</sup> y aunque la mujer de la víctima sea quien socorre al enfermo<sup>165</sup>. Ello es normal cuando el juez cuenta con elementos que le permiten afirmar que el perjuicio continuará siendo cierto hasta tanto la víctima necesite de las curaciones.

Pero el caso típico de la hipótesis que se estudia es el de la pérdida de ingresos para aquellos con quienes la persona fallecida colaboraba, cuando no se alega un cambio de la situación económica que se presentaba en el momento del fallecimiento. Es decir, en el presente caso las personas que pierden la colaboración solicitan indemnización teniendo en cuenta lo que devengaba el fallecido, sin pretender que su situación iba a mejorar económicamente. En relación con tal evento la jurisprudencia reconoce el perjuicio que consiste en la pérdida de los ingresos que hubieren podido percibir las personas si la muerte de quien les ayudaba económicamente no se hubiere presentado. El juez prolonga hacia el futuro una situación real en el momento del hecho dañino.

Así, la muerte del padre y marido que mantenía económicamente a su familia la priva de “una parte importante de los recursos necesarios para su existencia y a los cuales tenía derecho”<sup>166</sup>. En derecho colombiano, el juez

163. Consejo de Estado fr., 11 de enero de 1967, GDF, RDP, 1967, p. 792: “de todas formas, teniéndose en cuenta tanto las alteraciones que se presentaron en las condiciones de existencia del señor Bermond por la muerte de su mujer, como las repercusiones del accidente sobre su estado de salud, y teniéndose en cuenta especialmente la circunstancia de que aquel tuvo que, a pesar de vivir con su hija, acudir a la asistencia de una tercera persona, se hace una justa apreciación del perjuicio relativo a la alteración de las condiciones de existencia y se sube de FF20.000 a 30.000 el monto que se le debe por este motivo”.

164. Consejo de Estado fr., 27 de julio de 1951, Serruys, *ibid.*, p. 446.

165. Consejo de Estado fr., 22 de octubre de 1982, Commune de Besse-en-Chandesse, Rec., p. 358: “Considerando, de una parte, que está probado que el señor Lesigne está inválido en un 100%; que, totalmente paralizado, tiene necesidad de la asistencia de una tercera persona; que la circunstancia de que la señora Lesigne asegure ella misma esta asistencia, no es óbice para que este rubro del perjuicio dé lugar a indemnización; que los primeros jueces hicieron una justa evaluación al fijar la indemnización por la vida entera de la víctima en FF 400.000”.

166. Consejo de Estado fr., 24 de junio de 1964, Commune de Plonisy, RDP, 1964, p.

también califica de cierto el perjuicio futuro consistente en la pérdida de ingresos de las personas a quienes la víctima auxiliaba económicamente. Así, en fallo del 27 de marzo de 1981 se afirma que “la indemnización en estos casos cobija [...] la vida probable del cónyuge fallecido, si era mayor que la persona sobreviviente”<sup>167</sup>, o “el número de meses de supervivencia del mismo padre”<sup>168</sup>. No hay límite en cuanto a las personas que pueden demandar esta reparación. Aun una mujer divorciada podría, en caso tal, demandar indemnización por la pérdida de ingresos originada en la muerte de su antiguo marido. En efecto, si en el fallo Pacari se niega la indemnización teniendo en cuenta que la mujer “no aportó la prueba de que el Sr. Martinait contribuía efectivamente a su manutención”<sup>169</sup>, *contrario sensu*, ha de suponerse que si hubiere aportado dicha prueba la indemnización habría sido procedente. Se recuerdan en este momento los ejemplos en los

---

1044. Ver igualmente: Consejo de Estado, Ass., 24 de noviembre de 1961, Letisserand, Rec., p. 661: “Considerando que el fallecimiento del señor Letisserand, marido de la interesada, con 41 años a la fecha del accidente, y que veía con su trabajo por las necesidades de la familia, ha privado tanto a la señora Letisserand como a los tres hijos menores que vivían en el hogar, de la mayor parte de sus ingresos necesarios para su existencia”; ver en sentido similar: Consejo de Estado, 12 de enero de 1962, EDF vs. Allamargot, Rec., p. 29: “Considerando, de una parte, que resulta de la instrucción que al otorgar al hijo menor de la víctima una suma de tres millones de francos, los jueces de primera instancia no hicieron una evaluación excesiva del perjuicio sufrido por el fallecimiento de su madre, que aseguraba su manutención”. En el mismo sentido: Consejo de Estado, 4 de noviembre de 1966, Département de la Vendée et Consorts Alonzo-Hoffmann, Leb., p. 527, *AJDA*, 1967, p. 56: “Considerando que a raíz del fallecimiento del señor Hofmann, quien tenía 36 años en el momento del accidente y quien con su trabajo veía por las necesidades de su familia, la esposa y los hijos de la víctima sufren un perjuicio consistente en la pérdida de ingreso y en la alteración de sus condiciones de existencia por la desaparición de su esposo y padre”.

167. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 27 de marzo de 1981, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Isabel Palacios de Molinares, exp. 2793, *ACE*, T. C, p. 401.

168. Corte Suprema de Justicia col., S.N.G., 18 de octubre de 1950, M. P.: Dr. Rodríguez Peña, G. J., T. LXVII, N° 2087-2088, p. 461. Ver igualmente: Consejo de Estado, Sección Tercera, 29 de abril de 1980, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Maryluz Arias de Anaya, exp. 2458, *ACE*, T. XCVIII, N° 465, p. 421.

169. Consejo de Estado fr., 14 de abril de 1982, Min. Travaux Publics vs. Mme. Pacari, *RDP*, 1982, p. 1412.

cuales se concede indemnización por este concepto a tres mujeres, ante la muerte de quien las auxiliaba económicamente, citados en el estudio de “la posición actual de la jurisprudencia”, cuando se explicó “el carácter personal del daño”. Lo importante, entonces, en esta hipótesis consiste en demostrar que la persona fallecida ayudaba económicamente al demandante. Así se juzgó en el caso de una menor que estudiaba gracias a la ayuda de su hermano muerto, en el cual el Consejo de Estado colombiano condenó a reparar el perjuicio consistente en el valor de “la ayuda económica de que se vio privada con la muerte del señor (su hermano) Yáñez Gutiérrez”, que “no podía pensarse que se prolongara más allá del término necesario para que finalizara los estudios que en ese momento estaba realizando y para lo cual estaba destinada dicha ayuda”<sup>170</sup>.

En estas soluciones se observa cómo la jurisprudencia de ambos países convierte en cierta una situación que, si bien existía al momento del hecho dañino, podía cambiar en el futuro. En efecto, el hermano habría podido suspender la ayuda económica a su hermana; la viuda habría podido morir con antelación a la fecha hasta la cual se extendía la indemnización; el hijo habría podido romper relaciones con su familia. A pesar de ello, el perjuicio es cierto, pues el juez prolonga la situación presente al momento en que decide que se mantiene la certeza del perjuicio. En derecho francés la lógica es similar. La pensión que una viuda obtendría luego de la fecha en que la víctima se habría jubilado se considera perjuicio cierto. Poco importa que la viuda pudiera perder su derecho a pensión, o morir antes que su marido o, aun, que hubiera podido divorciarse de él, pues el derecho a pensión “conserva su carácter de certeza durante todo el período en el cual la viuda pudiera pretender a su pensión”<sup>171</sup>.

La lógica descrita también se aplica frente a la pérdida de ingresos de una persona que sufre una incapacidad definitiva<sup>172</sup>, parcial o total, de

170. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 19 de junio de 1989, C. P.: Dr. De Greiff Restrepo, actor: Luis Yáñez Carrero, exp. 4678.

171. Consejo de Estado fr., 15 de febrero de 1961, EDF, DS, 1961, p. 299, concl. Nicolay.

172. Es importante recordar “la definición del profesor Dérobert, según la cual la incapacidad permanente es definida ‘como la reducción del potencial físico, sicosensorial o intelectual que resulta de la afrenta a la integridad corporal del individuo’”, definición que se cita en el comentario de M. Jean-Louis Duvillard, en el fallo del T. A. de París, 11 de enero de 1991, M. Duvillard, *AJDA*, 1992, N° 1, p. 89.

trabajo, cuando pide reparación por la alteración de la situación que tenía antes del hecho dañino. En efecto, en estos casos el juez no tiene porqué pronunciarse sobre un probable cambio de ingresos, sino que prolonga hacia el futuro la situación económica que tenía la víctima al momento del perjuicio. El juez considera entonces que una persona en tales condiciones tiene derecho a la indemnización por la pérdida de ingresos que no pudo percibir<sup>173</sup>, como lo afirma una jurisprudencia colombiana, por los “perjuicios futuros, desde la prolación de esta providencia hasta completar la supervivencia probable correspondiente”<sup>174</sup>. Se indemniza así un perjuicio futuro, que aunque incierto en la medida en que nadie puede asegurar que la víctima habría de vivir toda la vida probable, se estima cierto a partir de la situación clara que se presentaba en el momento del accidente. En estos eventos, de manera reiterada ha sostenido el Consejo de Estado colombiano que “como lucro cesante se reconocerá al demandante, el valor de los salarios que hubiera podido recibir a partir de la fecha del accidente y durante el resto de su vida probable”<sup>175</sup>, esto es, “por el término de supervivencia”<sup>176</sup> probable, a pesar de que a ciencia cierta no se pueda concluir que la persona vivirá más o menos de lo que se ha calculado como vida probable circunstancialmente. Sin embargo, si se prueba que la persona trabajó durante el período para el cual pide indemnización y que recibió lo mismo que devengaba antes de constituirse en víctima del daño, no habría perjuicio en relación con dicho período<sup>177</sup>, a pesar de que, como se verá, en el derecho colombiano también existen posiciones en contrario.

No obstante y aunque se extienda hacia el futuro la situación que se

---

173. Consejo de Estado fr., Ass., 24 de abril de 1942, Morell, Rec., p. 136: “considerando, en fin, que se hará una justa apreciación de la reparación debida por la incapacidad permante y total de trabajo en que quedó la víctima, condenando al Estado a pagar una renta anual de FF30.000”.

174. Corte Suprema de Justicia col., S.N.G., 16 de agosto de 1947, M. P.: Dr. E. Serna, *G. J.*, T. LXII, N° 2046-2047, p. 841.

175. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 5 de septiembre de 1994, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Jorge Alberto Alvarez Manrique, exp. 8674.

176. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 7 de mayo de 1993, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Jaime Moncada Marín, exp. 7715.

177. Consejo de Estado fr., 4 de enero de de 1964, Département du Nord, *AJDA*, 1964, II, p. 508, nota Moreau.

presentaba en el momento del hecho dañino, como se ha visto, se coloca un límite, puesto que “el lucro cesante o la pérdida de ganancia no se prolonga indefinidamente en el tiempo, y por ello el lucro resarcible es aquel que fundadamente esperaba el perjudicado”<sup>178</sup>.

Resulta entonces necesario observar las varias formas como se presenta dicha limitación, que dependen de la situación que se pretende prolongar hacia el futuro.

Como punto de partida, y teniendo en cuenta los ejemplos citados, se puede afirmar que cuando fallece una persona que mantenía a su cónyuge o a su compañera permanente, o cuando se lesiona a una persona y se le disminuye su capacidad laboral, la proyección que el juez hace, y que permite calificar de cierto el perjuicio, va hasta la vida probable de las mismas. Parte el juez del promedio de la vida de un ciudadano colombiano, certificado por la Superintendencia Bancaria, para proyectar hasta dicha fecha el daño.

Si bien no tengo conocimiento de antecedentes colombianos que permitan destruir la presunción de proyección de vida hasta la probable, nada impide suponer que de presentarse un caso en el cual, por ejemplo, quien sea lesionado fuere un enfermo terminal, con cortas probabilidades de vida, la presunción se debe destruir para que se otorgue indemnización sólo hasta la probabilidad concreta de vida. En esto el reciente caso de un enfermo de sida en el derecho francés nos puede ilustrar. En efecto, se trataba, como es sabido, de otorgar indemnización a las personas que habían resultado seropositivas a raíz de una transfusión sanguínea, que los tribunales estimaron en una suma promedio de FF500.000. Sin embargo, el otorgamiento de dicha cifra podría cuestionarse dependiendo de las mejorías que tuviera o no la víctima. ¿Qué hacer en dicha hipótesis? Como bien lo enuncia el comentarista Duvillar, “no es inconcebible que el juez utilice plenamente sus poderes inquisitivos y ordene que la víctima regularmente aporte un certificado médico”<sup>179</sup>, con el objetivo de dejar una puerta abierta para efectos de alterar la indemnización. En efecto, como

---

178. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 19 de octubre de 1990, C. P.: Dr. De Greiff. Restrepo, actor: Textiles Morfel Ltda., exp. 4333.

179. Jean-Louis Duvillar, comentario del fallo del T. A. de París, 11 de enero de 1991, *AJDA*, 1992, N° 1, p. 89.



ya se estudió en el tema de la indemnización plena del daño, en la parte introductoria de este libro, es la única opción que puede presentarse en un caso tal, pues “la ausencia de toda consolidación, así como el carácter evolutivo de la enfermedad exigen que se salvaguarden los derechos de la víctima en caso de una evolución desfavorable de su estado”<sup>180</sup>. Si, por el contrario, una tal posibilidad no se indica en el fallo, que otorga definitivamente una suma determinada, se considera que de todas formas podría, en caso de desmejora de la situación, mediante la revisión de la indemnización, adaptarse el fallo a la nueva situación fáctica presentada.

Las soluciones jurisprudenciales cambian, sin embargo, cuando se trata de ayuda económica recibida por los hijos, ya que en esta hipótesis se estima que esta debe tener un límite inferior al de la vida probable. En efecto, se verifica que las jurisprudencias francesa y colombiana limitan la ayuda económica que los padres dan a sus hijos hasta que cumplan 20 años<sup>181</sup> o hasta que adquieran la mayoría de edad<sup>182</sup>. En ocasiones, el juez ha extendido tal límite hasta los 25 años<sup>183</sup>. Se sigue la lógica que enuncia un fallo colombiano, según la cual el hecho de probar que la persona fallecida auxiliaba económicamente a otra persona no da por sí sólo derecho a indemnización. En efecto, si los demandantes, hijos mayores del fallecido, demandan reparación porque no trabajaban y eran dependientes económicamente, el Consejo Estado no tiene en cuenta ese único argumento, indicando que “el solo hecho de no devengar ingresos un hijo mayor, no abre derecho a este rubro del perjuicio. Acceder a ellos en los términos pedidos sería fomentar jurisprudencialmente el ocio improductivo”<sup>184</sup>. Las dos jurisprudencias

180. *Ibidem*.

181. Consejo de Estado fr., Ass., 14 de febrero de 1975, Consorts Vimart, Rec., p. 113: “Considerando, de otra parte, que se hará una justa apreciación de los otros perjuicios que sufrieron los menores [...] y que comprenden tanto la pérdida del porcentaje de ingresos que su padre les hubiera dedicado para su mantenimiento hasta que hubieran tenido 20 años de edad...”.

182. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 27 de marzo de 1981, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Isabel Palacios de Molinares, exp. 2793, ACE, T. C, N° 469-470, p. 401.

183. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 1° de noviembre de 1985, Dr.: Betancur Jaramillo, actor: Benjamín Villamil, exp. 4571, Copiadores de la Sección Tercera, T. 63, p. 127; Sección, 16 de septiembre de 1983, exp. 2948.

184. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 19 de diciembre de 1989, C. P.: Dr. De

dencias se esfuerzan entonces en no fomentar el “ocio improductivo” y prefieren imponer un límite a la situación que califican. La situación cierta en la que coinciden ambas jurisprudencias es aquella que indica que la colaboración económica a una persona se extiende hasta cuando normalmente deba prolongarse. Si bien sobre este aspecto se encuentra que la jurisprudencia colombiana ha sido oscilante, pues en ocasiones, como ya se dijo, otorga indemnización para el hijo sólo hasta su mayoría de edad<sup>185</sup>, es claro que la tendencia actual es la de proyectar hasta la edad de 25 años dicha ayuda, “época en la que se presume que una persona en condiciones

---

Irisarri Restrepo, proyectó: Juan Carlos Henao, actor: Rosa Helena Franco vda. de Bernal, exp. 4484, Copiadores de la Sección Tercera, T. 112, p. 212.

185. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 16 de junio de 1994, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Ma. Luisa Perdomo Lozada, exp. 7445: “La razón está de parte del recurrente, pues conforme a las orientaciones de la Sala el demandante tiene derecho a recibir los perjuicios materiales que reclama a título de resarcimiento por la pérdida que sufrió de la ayuda alimentaria que venía recibiendo de sus progenitores, la cual se reduce a los 119 días o 3.96 meses que le faltaban para llegar a la mayoría”; ver en el mismo sentido: 2 de mayo de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Carlota Escobar Trujillo, exp. 9953: “La sentencia de primera instancia se modificará en lo relativo a los 25 años fijados como edad para reconocer perjuicios al hijo menor de la víctima. Tal reconocimiento solo se hará hasta los 18 años, siguiendo las pautas jurisprudenciales de la Sala en esta materia. Se observa aquí que si en materia de alimentos puede considerarse que los padres estén obligados a suministrarlos incluso luego de los 18 años señalados como mayoría de edad por la ley, dicho reconocimiento obedece a la demostración efectiva de que, llegado el hijo a su mayoría de edad, continúa requiriendo del apoyo económico de sus padres, porque, por ejemplo, necesita culminar los estudios que le permitan ejercer una profesión y establecerse económicamente en forma independiente, o que está incapacitado físicamente para sostenerse por sí mismo. Pero aquí, ante la ausencia de pruebas que muestren circunstancias de tal naturaleza, no puede decretarse la indemnización rebasando la edad en la cual culmina legalmente la obligación alimentaria para los padres; pues determinar desde ahora, sin pruebas, que tales circunstancias se iban a presentar luego de la mayoría de edad, significaría partir de supuestos inciertos que hacen eventual el perjuicio y por tanto no sujeto a indemnización”. Ver igualmente: 9 de mayo de 1995, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Froilán Mendieta Espinoza, exp. 9491: “Y con respecto al pretendido lucro cesante de los demandantes, del proceso se deduce que ambos son mayores de edad y no resultó probada la dependencia económica de alguno de ellos”.

normales deja la casa paterna para formar su propio hogar”<sup>186</sup>. Como se observa, se trata de una tendencia pero no de una solución unificada, lo cual crea desconcierto para las víctimas de los daños que no entienden por qué en unos eventos la presunción opera hasta los 25 años, en tanto que en otros únicamente opera hasta los 18. Si bien esta lógica se puede explicar desde el Decreto 2372 de 1989, en el cual se establece que el menor de edad siempre requiere de alimentos, y desde el Código Civil, que exige para los mayores de edad la prueba de la necesidad de los alimentos, sería sano que el juez corrigiera la inconsistencia y que unificara la presunción, debiendo hacerlo hasta los 25 años porque, culturalmente, en una sociedad como la colombiana los seres humanos constituyen su propio hogar de ordinario hacia los 25 años pues necesitan formarse profesionalmente, sean ricos o pobres. Por supuesto se trataría de una presunción que podría ser desvirtuada, por ejemplo, con la prueba de los parámetros educativos en la familia.

La misma lógica se presenta cuando un padre demanda indemnización por el perjuicio consistente en la pérdida del auxilio económico que le procuraba su hijo antes de fallecer o quedar incapacitado. Al ser la situación clara en el momento del fallecimiento o de la incapacidad, el juez sólo debe utilizar los criterios estudiados para proyectar en el tiempo dicho auxilio. En principio podemos anotar, con el fallo *Lefondeur*, que el Consejo de Estado francés “considera que está probado que el difunto, de 23 años a la época del accidente, aportaba por su trabajo una ayuda apreciable al hogar modesto de sus padres, con los cuales vivía; que, en estas circunstancias los demandantes, aún admitiendo que no se encontraban dentro de los requisitos exigidos para exigir la pensión alimentaria, pueden solicitar la reparación de este daño”<sup>187</sup>, dándole así el carácter de cierto. De igual manera, el fallo *esposos Bonnaud* permite entender, según lo anota el comentarista Jean de Soto, que “la muerte de un hijo que no daba ayuda económica alguna a sus padres al momento de su muerte, no causa a sus parientes perjuicio material”, sin que se niegue categóricamente la indemnización, pues se trata de un problema de prueba y no de una posición

---

186. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 6 de junio de 1996, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Isabel Jiménez Plata, exp. 10689.

187. Consejo de Estado fr., 17 de febrero de 1960, *Epoux Lefondeur*, Leb., p. 116.

de principio. En efecto, el fallo mismo afirma que “los esposos Bonnaud no alegan haber recibido ayuda de su hijo antes de su fallecimiento en la catástrofe provocada por la ruptura del muro de contención de Malpasset” y que, por consiguiente, “el perjuicio material que resultaría de la privación de esta ayuda sólo presenta un carácter eventual y no puede por tanto ser indemnizado”<sup>188</sup>. *Contrario sensu*, sería valedera la afirmación de que si los padres alegan y prueban haber recibido una ayuda de su hijo antes del fallecimiento, el perjuicio material que resultaría de la privación de esta ayuda presentaría un carácter cierto.

Esta posición es compartida por la jurisprudencia colombiana. El fallo del 5 de agosto de 1954 llega a la certeza del perjuicio, pues “el demandante logró probar con declaraciones de testigos [...] que la muerte del teniente Dangond Daza vino a suprimir una fuente legítima y actual, de concretos beneficios económicos (beneficios perdidos por la muerte prematura del hijo)”, siendo “en aquella cesación de beneficio donde se concreta el daño”<sup>189</sup>. También el fallo del 26 de julio de 1945 llega a la misma conclusión, apoyándose en argumentos sólidos que merecen ser recordados. A partir de consideraciones de orden general, al tener en cuenta que “son frecuentes las construcciones jurisprudenciales colombianas en que entra como fundamento la probabilidad de presunción”, en las cuales “la probabilidad, capaz de convertirse en certidumbre, se aplica ya por la jurisprudencia cuando calcula la vida probable de una persona”, se considera que la “supervivencia (se) deduce de reglas naturales: una persona sana de cierta edad puede sobrevivir X años, porque las personas de esas condiciones viven generalmente X años. Pero no hay certeza acerca de la supervivencia, no hay seguridad de que la persona de que se trata viva todo el tiempo que se supone. Si se aplicara el sistema de la certeza absoluta, aquellas deducciones de los jueces serían infundadas, porque sobre la contingencia de la vida humana nada firme se puede construir. Al admitirse así la vida probable, para ciertos cálculos, se acepta también un factor de incertidumbre en la entidad del daño”. Con base en estos criterios resuelve el caso

188. Consejo de Estado fr., 3 de diciembre de 1975, *Consorts Bonnaud vs. Département du Var*, RDP, 1976, p. 920.

189. Corte Suprema de Justicia col., S.N.G., 5 de agosto de 1954, M. P.: Dr. L. E. Cuervo, G. J., T. I.XXVIII, N° 2144, p. 488.

concreto, en el que se discutía la indemnización a los padres por la ayuda económica que el hijo fallecido hubiere podido seguir otorgando: “El Señor Procurador observa que esos dos giros no prueban que esa ayuda fuera constante y fija, de donde deduce que no puede aceptarse como demostrado que el señor Vargas Posada pasara mensualmente a sus familiares dicha suma. La Corte estima, en desacuerdo con el señor Procurador, que la circunstancia de haber acaecido la muerte del joven Vargas Posada cinco días después de enviar a su madre el último giro telegráfico (este fue despachado el 23 de agosto y el accidente se produjo el 27), y de hallarse también en el expediente la prueba de que en el mes anterior, casi por la misma fecha, el 17 de julio hizo también otro giro a su madre, por igual suma, está demostrando la voluntad reiterada, por actos sucesivos, de asumir esa actitud de ayuda económica para su madre, ayuda que presumible y razonablemente hubiera continuado prestando en lo sucesivo, si la muerte de José Miguel no lo hace imposible”<sup>190</sup>.

En estos eventos el juez colombiano utiliza de manera frecuente en su jurisprudencia reciente, como ya se ha anotado, una presunción consistente en que un hijo ayudaría a su padre hasta la edad de 25 años, “manejando el hecho social de que a esta edad es normal que los colombianos hayan formado su propio hogar, realidad que normalmente impide atender las necesidades económicas en otros frentes familiares”<sup>191</sup>. Por ello, si se sobrepasa dicha edad, se estima que “fuera de la edad que a la fecha de la muerte tenía la víctima (más de 25 años) y su actividad, no hace razonable pensar que era el sostén de su familia”<sup>192</sup>. La solución jurisprudencial dada,

---

190. Corte Suprema de Justicia Colombiana, S.N.G., 26 de julio de 1945, M. P.: Dr. Cardozo Gaitán, G. J., T. I.IX, N° 2019-2021, p. 575.

191. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 12 de julio de 1990, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Luis Roberto Rodríguez Arias, exp. 5666.

192. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 25 de febrero de 1994, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Carlos Franco Henao, exp. 8273. Ver en el mismo sentido: 25 de julio de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Francisco Saldarriaga, exp. 9537: “Carlos Mario era mayor de 25 años, al momento en que ocurrió su deceso, y si bien es cierto que los testigos dan cuenta de que vivía con sus padres y su hermano, y de que contribuía con el sostenimiento de estos, no explican porqué conocen tal circunstancia, ni sabían con cuánto contribuía. Del hecho de que compartiera la misma vivienda con sus padres, se deduce que el occiso contribuía al sostenimiento de ese hogar, pero para atender a su propia subsistencia porque él mismo vivía ahí”.

esto es, la pérdida de la ayuda que un padre recibía de su hijo, que se extiende hasta los 25 años, es otro argumento para solicitar que se extienda hasta esta edad la proyección cuando se pide indemnización por la pérdida de ayuda, que como se vio es oscilante entre los 18 y los 25 años.

Se puede, entonces, anotar que las dos jurisprudencias llegan a la certeza del perjuicio, pues la situación analizada por el juez era clara y cierta. Lo que no es ni claro ni cierto es la prolongación de la situación hacia el futuro. Pero el juez la prolonga, sin problema alguno, con fundamento en elementos de juicio que privan de arbitrariedad a su raciocinio. Si bien no se puede afirmar que el hijo habría persistido en su comportamiento, el juez acepta la prueba que establece la certeza del auxilio, para deducir que se habría mantenido durante algún tiempo hacia el futuro. La presunción es pues utilizada: si un hijo ayuda económicamente a sus padres, dicha ayuda se habría prolongado lógicamente en el tiempo, de no haberse producido la muerte de aquel. Para dar solidez a su pensamiento, el juez se apoya sobre elementos variados: la “vida modesta” de la familia; la “voluntad reiterada, por actos sucesivos, de asumir el auxilio económico”. Ello significa que la simple existencia del auxilio económico no es suficiente para prolongar hacia el futuro su certeza. El juez exige otros elementos para llegar a la conclusión y dar así mayor consistencia a la presunción que permite calificar como cierta la continuidad de una situación que, en términos de certeza absoluta, jamás podría ser calificada de tal.

Los límites que establece la jurisprudencia a la pérdida de ayuda económica tienen, a su turno, una excepción: si se prueba que el padre requiere de la ayuda de su hijo por encima de la presunción de los 25 años, el juez no duda en otorgarla. Por su claridad, merece ser citada la sentencia del 8 de septiembre de 1994, en la cual se expresa que “la Sala destaca que ha sido su jurisprudencia reiterada, que en principio el reconocimiento de perjuicios materiales en favor de los padres, en la modalidad de lucro cesante, sólo se extiende hasta cuando el hijo cumpla 25 años. Esta determinación no es rígida sino que depende de las circunstancias particulares que rodean cada caso. En efecto, en el *sub iudice*, por ejemplo, es razonable extender hasta por el término de vida probable de los padres la indemnización que reclaman como consecuencia de haberse visto privados de la renta que recibían del occiso, dado que según lo narran la mayoría de los declarantes,

Manuel Angel era quien más contribuía al sustento de sus padres, además, algunos de los declarantes mencionaron que el padre es inválido y en consecuencia no puede trabajar”<sup>193</sup>. Pero bien puede ocurrir que no se proyecte hasta la vida probable del padre, sino por un término menor, habida consideración de que “existen otros hermanos, que en su debido tiempo tendrán idéntica obligación a la del occiso, frente a sus progenitores”<sup>194</sup>. Igual solución se da en el caso inverso, esto es, cuando la

193. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 8 de septiembre de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Abelardo Alfonso Berrío López, exp. 9407. Ver en el mismo sentido: 16 de junio de 1995, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Emel Velásquez Durán, exp. 9166: “Resulta procedente la condena en perjuicios materiales en favor del padre de la víctima en virtud de que en el expediente aparece acreditado que la occisa era quien atendía a su sostenimiento. Los testigos [...] son uniformes al manifestar que este demandante, que está incapacitado para trabajar por ser ciego, dependía económicamente de la víctima, porque era la que estaba en mejores condiciones de todos los hermanos para atender a su sostenimiento”; 11 de agosto de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Myriam Bohórquez Vanegas, exp. 9546: “Para la Sala lo relatado por los declarantes es convincente, pues en puridad de verdad sus demás hermanos eran todos menores, en el momento de la muerte de Wilson Giraldo. Por lo demás, si el padre los había abandonado, la necesidad de que el mayor de los hijos ayudara a las necesidades del hogar, puede inferirse con simple presunción de hombre”; 10 de octubre de 1994, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Luis Enrique Escobar, exp. 9317: “Respecto de los perjuicios materiales la Sala no los reconocerá, de una parte, porque no se probó la existencia del daño emergente y, de otra, por cuanto no se acreditó la dependencia económica de los demandantes en relación con el fallecido Rodrigo Escobar Castilla. Por el contrario, aparece demostrado que el padre de la víctima tenía 51 años de edad y se desempeñaba como obrero en Productos Quaker de Cali”; 27 de abril de 1995, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Manuel Antonio Suárez Reyes, exp. 10302: “Se confirmará, igualmente, la negativa del tribunal a la condena por perjuicios materiales en favor de los padres de la víctima. Pues no se acreditó que ésta, en puridad de verdad, atendiera la satisfacción de las necesidades económicas de éstos, ni que ellos la necesitaran”; 1º de octubre de 1992, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Santiago Sánchez Rodríguez, exp. 6937; 8 de mayo de 1995, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Rosendo Jiménez Sterling, exp. 10384; 15 de abril de 1994, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Leonidas Erazo Erazo, exp. 8536; 10 de junio de 1994, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Claudina del Carmen Gutiérrez, exp. 7420; 16 de diciembre de 1994, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Marcos Heriberto Guerra Vallejo, exp. 8781.
194. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 21 de octubre de 1991, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Libardo de Jesús Carmona Gómez, exp. 6485.

indemnización es para hijos que requieren de ayuda por toda la vida, evento en el cual, si “no demuestran que estaban incapacitados para valerse por sí mismos”<sup>195</sup>, se ratifica la solución general.

Sin embargo, sobre este punto se debe denunciar una nueva tendencia jurisprudencial colombiana, de la cual ya se ha hablado, que limita la edad de ayuda económica para las concubinas o compañeras permanentes, a quienes sólo se les otorga indemnización hasta el momento en que el hijo menor cumple la mayoría de edad<sup>196</sup>. Esta solución, de verdad sorprendente,

- 
195. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 30 de noviembre de 1995, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Flaminio Naranjo, exp. 9102; 11 de noviembre de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Ma. Silenia Alvarado de Reyes, exp. 9862: “No se reconocen perjuicios materiales para los otros demandantes, hijos del occiso, por cuanto a la fecha de su muerte eran mayores de edad y además no acreditaron dependencia económica especial de su padre”; 9 de mayo de 1995, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Froilán Mendieta Santamaría, exp. 9491: “Y con respecto al pretendido lucro cesante de los demandantes, del proceso se deduce que ambos son mayores de edad y no resultó probada la dependencia económica de alguno de ellos”.
196. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 9 de noviembre de 1992, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Jorge Salas, exp. 7393. Dice el fallo: “Frente a los damnificados del señor Henry Salas, la compañera permanente, señora Amalia Valencia García y su hijo, la condena deberá modificarse y hacerse en concreto, con apoyo en el salario mínimo legal para la época, distribuido el 50% del mismo, por partes iguales entre las dos personas indicadas, pero con la advertencia que frente al hijo esa condena solo irá hasta que cumpla su mayor edad; e igual sucederá para la compañera permanente del occiso, siguiendo la jurisprudencia de la Sala que no le da estabilidad a la relación concubinal sino hasta que los hijos de la misma lleguen a la mayoría de edad”; 25 de noviembre de 1994, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Efraín Martínez Escobar, exp. 9003: “Con relación a los perjuicios materiales se modificarán los concernientes a la compañera permanente de Berceles Martínez, porque no se acomoda a la perspectiva tratada por la Sala, dado que el Tribunal los concedió hasta la vida probable de ellos, cuando debe ser hasta la mayoría del hijo menor”; 11 de julio de 1996, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Dora Clavijo y otros, exp. 9555: “Y en cuanto a los perjuicios materiales en favor de la compañera permanente, siguiendo la jurisprudencia de la Sala en esta materia, ellos serán decretados no por el tiempo correspondiente a su vida probable, sino hasta la fecha en que su hija llegaría a la mayoría de edad, pues es en función de su manutención que la sala ha decretado este tipo de perjuicios a la compañera permanente”; 8 de mayo de 1995, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Luis Aldemar Urrea, exp. 8872: “La liquidación del lucro cesante será igual para cada uno de los beneficiarios Luz Eneida Pechene (compañera permanente) y Walter Urrea Pechene (hijo extramatrimonial), pues según las pautas señaladas de tiempo atrás por



merece varios comentarios. En primer término, estimo que hacer la distinción entre compañera permanente y esposa bien puede considerarse inconstitucional, en la medida en que violaría bruscamente el principio de igualdad. En efecto, es sabido que el artículo 42 de la Constitución Política colombiana dispone que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, y que ella “se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Por eso no se entienden frases del Consejo de Estado que afirman que “no se le da estabilidad a la relación concubinal (sic) sino hasta que los hijos de la misma lleguen a la mayoría de edad”, o que “es en función de su manutención (de los hijos) que la sala ha decretado este tipo de perjuicios a la compañera permanente”, pues así se viola el principio de que la voluntad responsable de formar una familia, al igual que la voluntad jurídica de contraer matrimonio, genera una familia. Si la familia se forma de ambas maneras, no se encuentra entonces justificación de que, por el único hecho de establecerla mediante la unión marital libre, se dé un trato discriminatorio a quien optó por esta vía. En segundo término, se considera que tal posición también violaría la ley, específicamente la 54 de 1990 “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, pues en ella se establece, sin limitación o discriminación alguna, que “el patrimonio o capital producto

---

la jurisprudencia de la Sala, la indemnización por la compañera permanente sólo irá hasta el día en que su hijo adquiera la mayoría de edad”; en similar sentido, aunque la Sala no se pronunció afirmativamente sobre el punto porque no se apeló en ese sentido: 12 de septiembre de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Patricia Victoria Salazar Guevara, exp. 10872: “Ahora bien, en razón a que el Tribunal reconoció para la compañera permanente la indemnización hasta cuando la menor cumpla los 18 años de edad, sin protesta alguna de la parte actora, se mantendrá la condena bajo dicho parámetro”; 3 de julio de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: José Ignacio Pombo y otros, exp. 11295: “Para la señora X, compañera del occiso, la indemnización de perjuicios materiales será por 18 años, es decir hasta la fecha en que su hijo nacido 25 días después de la muerte de Jorge X, cumpla la mayoría de edad. Conforme lo ha reiterado la Sala en varias oportunidades, el reconocimiento de esta indemnización se prolonga en favor de la compañera, hasta cuando los hijos comunes de la pareja de hecho, lleguen a la mayoría de edad, porque se presume que la madre estará dedicada a su cuidado y crianza y por tanto al menos hasta esa época, su compañero atendería a su sostenimiento y manutención”.

merece varios comentarios. En primer término, estimo que hacer la distinción entre compañera permanente y esposa bien puede considerarse inconstitucional, en la medida en que violaría bruscamente el principio de igualdad. En efecto, es sabido que el artículo 42 de la Constitución Política colombiana dispone que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, y que ella “se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Por eso no se entienden frases del Consejo de Estado que afirman que “no se le da estabilidad a la relación concubinal (sic) sino hasta que los hijos de la misma lleguen a la mayoría de edad”, o que “es en función de su manutención (de los hijos) que la sala ha decretado este tipo de perjuicios a la compañera permanente”, pues así se viola el principio de que la voluntad responsable de formar una familia, al igual que la voluntad jurídica de contraer matrimonio, genera una familia. Si la familia se forma de ambas maneras, no se encuentra entonces justificación de que, por el único hecho de establecerla mediante la unión marital libre, se dé un trato discriminatorio a quien optó por esta vía. En segundo término, se considera que tal posición también violaría la ley, específicamente la 54 de 1990 “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, pues en ella se establece, sin limitación o discriminación alguna, que “el patrimonio o capital producto

---

la jurisprudencia de la Sala, la indemnización por la compañera permanente sólo irá hasta el día en que su hijo adquiera la mayoría de edad”; en similar sentido, aunque la Sala no se pronunció afirmativamente sobre el punto porque no se apeló en ese sentido: 12 de septiembre de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Patricia Victoria Salazar Guevara, exp. 10872: “Ahora bien, en razón a que el Tribunal reconoció para la compañera permanente la indemnización hasta cuando la menor cumpla los 18 años de edad, sin protesta alguna de la parte actora, se mantendrá la condena bajo dicho parámetro”; 3 de julio de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: José Ignacio Pombo y otros, exp. 11295: “Para la señora X, compañera del occiso, la indemnización de perjuicios materiales será por 18 años, es decir hasta la fecha en que su hijo nacido 25 días después de la muerte de Jorge X, cumpla la mayoría de edad. Conforme lo ha reiterado la Sala en varias oportunidades, el reconocimiento de esta indemnización se prolonga en favor de la compañera, hasta cuando los hijos comunes de la pareja de hecho, lleguen a la mayoría de edad, porque se presume que la madre estará dedicada a su cuidado y crianza y por tanto al menos hasta esa época, su compañero atendería a su sostenimiento y manutención”.

merece varios comentarios. En primer término, estimo que hacer la distinción entre compañera permanente y esposa bien puede considerarse inconstitucional, en la medida en que violaría bruscamente el principio de igualdad. En efecto, es sabido que el artículo 42 de la Constitución Política colombiana dispone que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad”, y que ella “se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. Por eso no se entienden frases del Consejo de Estado que afirman que “no se le da estabilidad a la relación concubinal (sic) sino hasta que los hijos de la misma lleguen a la mayoría de edad”, o que “es en función de su manutención (de los hijos) que la sala ha decretado este tipo de perjuicios a la compañera permanente”, pues así se viola el principio de que la voluntad responsable de formar una familia, al igual que la voluntad jurídica de contraer matrimonio, genera una familia. Si la familia se forma de ambas maneras, no se encuentra entonces justificación de que, por el único hecho de establecerla mediante la unión marital libre, se dé un trato discriminatorio a quien optó por esta vía. En segundo término, se considera que tal posición también violaría la ley, específicamente la 54 de 1990 “por la cual se definen las uniones maritales de hecho y régimen patrimonial entre compañeros permanentes”, pues en ella se establece, sin limitación o discriminación alguna, que “el patrimonio o capital producto

---

la jurisprudencia de la Sala, la indemnización por la compañera permanente sólo irá hasta el día en que su hijo adquiera la mayoría de edad”; en similar sentido, aunque la Sala no se pronunció afirmativamente sobre el punto porque no se apeló en ese sentido: 12 de septiembre de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Patricia Victoria Salazar Guevara, exp. 10872: “Ahora bien, en razón a que el Tribunal reconoció para la compañera permanente la indemnización hasta cuando la menor cumpla los 18 años de edad, sin protesta alguna de la parte actora, se mantendrá la condena bajo dicho parámetro”; 3 de julio de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: José Ignacio Pombo y otros, exp. 11295: “Para la señora X, compañera del occiso, la indemnización de perjuicios materiales será por 18 años, es decir hasta la fecha en que su hijo nacido 25 días después de la muerte de Jorge X, cumpla la mayoría de edad. Conforme lo ha reiterado la Sala en varias oportunidades, el reconocimiento de esta indemnización se prolonga en favor de la compañera, hasta cuando los hijos comunes de la pareja de hecho, lleguen a la mayoría de edad, porque se presume que la madre estará dedicada a su cuidado y crianza y por tanto al menos hasta esa época, su compañero atendería a su sostenimiento y manutención”.

del trabajo, ayuda y socorro mutuo pertenece por partes iguales a ambos compañeros permanentes”. Nótese que el legislador no afirmó que el patrimonio pertenece por partes iguales a ambos compañeros mientras los hijos, que por demás no se requieren para que nazca o continúe la unión marital de hecho, cumplan la mayoría de edad. En tercer término, la posición carece de lógica porque llevaría al absurdo de afirmar que en el evento en el cual no hay hijos a la compañera permanente no se le puede conceder indemnización. Rezagos pues de una moral pacata o hipócrita que ya se denunció al estudiar el tema del carácter personal del daño, y que se encuentra nuevamente en este aparte, con la única y sutil diferencia de que aquí, en lugar de impedir a una compañera permanente que demande, se limitan sus derechos. ¡Ojalá en un futuro próximo desaparezcan del lenguaje jurisprudencial apreciaciones como las enunciadas, lo cual aparentemente ya empezó a ocurrir<sup>197</sup>, a pesar de que la posición contraria aún produce sus efectos!<sup>198</sup>.

---

197. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 12 de diciembre de 1996, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Fabián José Muñoz, exp. 10749: “Las pautas que siguió el tribunal para acceder a la petición de indemnización de los perjuicios materiales que en tal sentido formularon los demandantes, se ajusta a los lineamientos que recientemente ha fijado la Corporación para eventos como el examinado, en los cuales se ha dicho que a la compañera del occiso se le deben reparar los daños materiales (lucro cesante) derivados del daño que se les ocasionó hasta la vida probable de aquel si era mayor de edad o la de esta, en caso contrario. Aspecto entendible, si se mira que las familias que se conforman por grupos de personas naturales unidas por vínculo de parentesco natural o jurídico por lazos de consanguinidad o factores civiles”; 22 de octubre de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Ma. del Socorro Benavides Gómez, exp. 11839: “Se acoge, así, la tendencia predominante en materia de indemnización de daños irrogados a la compañera, cuya resarcibilidad exige tan solo que la unión tenga las características de estabilidad, y permita fundadamente inferir una razonable expectativa de permanencia, en cuyo caso no es de recibo, limitar el alcance indemnizatorio para aquella, hasta la época en que los hijos adquieran la mayoría de edad, pues el interés jurídico de la compañera, en una unión de las características señaladas, es digno de protección jurisdiccional sin dicho límite temporal, máxime si se repara en que ninguna norma del ordenamiento jurídico colombiano, condena concretamente dicha relación como para establecer diferencias en el alcance indemnizatorio”.

198. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 16 de abril de 1998, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Jaime Vega Escudero y otros, exp. 14304: “En cuanto a la

También es interesante traer a colación el ejemplo de la prolongación del lucro cesante a partir de una situación existente cuando se trata, no de la pérdida de ayuda económica a personas, sino del lucro cesante derivado de la lesión a bienes. Se continúa así con el punto del límite a la extensión del daño hacia el futuro porque, como ya se ha anotado, es imposible aceptar su prolongación hasta el infinito. Por eso el juez estima que debe encontrar un límite a dicha prolongación. No se estudian en este caso las hipótesis en las que el lucro cesante tiene un período medible de tiempo, esto es, el caso en el cual se extinguió ya la evolución del daño o se sabe a ciencia cierta cuándo se extinguirá, pues realmente en estos eventos hay certeza del daño porque es consolidado o consumado o porque a pesar de no serlo se conoce con certeza su duración<sup>199</sup>. Se trata, pues, de eventos en los cuales, a partir

---

indemnización por perjuicios materiales, reconocida en favor de la compañera y de la hija de Vega Espinoza, la Sala reconocerá en favor de ambas, pero solo por el tiempo que le falte a la menor para alcanzar la mayoría de edad, en el entendido de que solo hasta ese momento el occiso se hubiera encargado del sostenimiento económico de su hija y de su compañera. No existe en el proceso prueba que permita llegar a conclusión diferente, y por ende posibilitara una condena en los términos que lo hizo el *a quo*".

199. Ver por ejemplo: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 16 de junio de 1995, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Yefer Elias Piña Fonseca, exp. 10035; es el caso de la retención de una avioneta durante un lapso de 10 meses y 14 días, en el que "con el fin de cuantificar esos perjuicios, se ordenó la práctica de un dictamen pericial, prueba en la cual los peritos debían determinar lo dejado de producir por la avioneta en el tiempo en que estuvo inmovilizada". Ver en el mismo sentido: 5 de marzo de 1992, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Jorge Luis Carreño Gil, exp. 6385; 27 de agosto de 1992, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Soc. Hernández y Domínguez Ltda., exp. 6221; 17 de octubre de 1990, C. P.: Dr. De Greiff Restrepo, actor: Blanca Sofía Acevedo Quijano, exp. 6138; 14 de julio de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Soc. Aerovías del Norte S.A., exp. 8087; 21 de junio de 1995, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Hernando Vargas Cuéllar, exp. 7969; 4 de diciembre de 1995, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Nher Ltda., exp. 9042; 24 de octubre de 1994, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Soc. Transportes Aéreos Latinoamericanos, exp. 8235; 2 de marzo de 1995, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Claudio Calderón, exp. 7566; 24 de febrero de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Luis Emilio Chavarriaga Guerra, exp. 8987; 8 de abril de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Recuerdos de la 80 Ltda., exp. 7466; 23 de febrero de 1993, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Luz Helena López Giraldo, exp. 9303; 1º de marzo de 1996, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Soc. Comercial Agrícola de Brisas Ltda., exp. 9460; 8

de una situación creada por el hecho dañino, se tiene que establecer hasta cuándo es admisible la prolongación de la situación. La lógica del juez colombiano en este aspecto es la de impedir que la víctima se quede impasible ante su daño. Se parte, pues, de un principio sano en el sentido de que no se avala la tragedia eterna, y, por el contrario, se advierte a la víctima que su deber es reaccionar frente al hecho dañino y sobreponerse. Es así como, frente al daño a un vehículo y la necesidad de su reparación, el juez afirma que “en casos como el que se estudia, no tiene ninguna presentación que se haya dilatado en el tiempo físico el período para llevar a cabo la reparación del vehículo, pues para el damnificado resultaría más conveniente, económicamente, no hacerlo nunca para seguir cobrando el citado daño indefinidamente. A esta filosofía del absurdo no se le puede hacer ninguna venia, pues ella resulta contraria tanto a la justicia como a la equidad misma”<sup>200</sup>. Tal como se afirma en el derecho francés, se paga “la indemnización por la privación del goce del inmueble durante el término normal necesario para su reconstrucción”<sup>201</sup>. Esta lógica es tan clara que, aun en los casos en los que la víctima esgrime que no logró conseguir un préstamo para hacer frente a su daño, se le responde: el hecho de “que el préstamo se haya obtenido con posterioridad y de que la reconstrucción misma se hubiera iniciado el año después del atentado son circunstancias que no justifican la extensión del reconocimiento del lucro cesante hasta el momento en que efectivamente se terminó la construcción. Tal determinación llevaría a que existiera la posibilidad de que el lucro cesante se extendiera inclusive hasta la fecha de esta sentencia, por ejemplo, si la demandante no hubiere obtenido el préstamo, o aún en el evento de que hubiera decidido no solicitarlo”<sup>202</sup>. Limita entonces el juez la extensión del daño y para ello busca elementos de juicio que le permitan establecer

---

de agosto de 1991, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Agustín García Ospina, exp. 6478; 12 de diciembre de 1996, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Sociedad Odissea Shipping Co., exp. 7183.

200. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 9 de junio de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Jorge Eliécer Gaitán, exp. 9449.

201. Consejo de Estado fr., 23 de marzo de 1938, Kerjean, Rec., p. 302.

202. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 2 de febrero de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Soc. Macías Botero y Cia. Ltda., exp. 11219.

presunciones en este aspecto. Así, por ejemplo, frente a una destrucción parcial de inmuebles la extensión del daño se reconoció por dos meses, porque dicho término “se considera razonable para realizar las reparaciones locativas que ameritaba el inmueble después del ataque sufrido”<sup>203</sup>, y llega incluso a alargarse hasta un año<sup>204</sup>, dependiendo de la gravedad del daño sufrido por el bien. Igual lógica se aplica en los eventos de destrucción parcial de vehículos, en donde el juez oscila en los tiempos, al otorgar, por ejemplo, cuatro meses de lucro cesante por la inactividad de un camión, “dados los graves daños que sufrió el automotor”<sup>205</sup>, pudiendo reducirlo a sólo un mes si “era el tiempo necesario para poner en funcionamiento el vehículo”<sup>206</sup> o “el tiempo suficiente para efectuar las reparaciones que demandaban las naves menores afectadas con el accidente”<sup>207</sup>. Como se observa, entonces, la situación dañina que es objeto de prolongación en el tiempo tiene un límite racional que el juez aprecia y determina. Llegar, en efecto, a la posibilidad de que las consecuencias de la situación dañina se extiendan indefinidamente sería patrocinar la lógica de la desesperanza, de la tragedia eterna y de un aprovechamiento indebido.

En esta primera hipótesis, que se ha ilustrado con varios ejemplos que, por demás, no buscan agotar los casos en que puede presentarse, es de anotar una constante del juez colombiano y del juez francés: cuando la situación que se va a proyectar hacia el futuro existe realmente, el juez puede prolongarla. Se dice “puede”, pues, como se ha anotado, la prolongación no es automática sino que se apoya sobre los elementos que

---

203. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 19 de septiembre de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Betty Restrepo de Satizabal, exp. 11249.

204. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 17 de agosto de 1995, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Otilia Muñoz Dávila, exp. 9309; 23 de septiembre de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Elvira Avila de Neira, exp. 9027.

205. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 26 de agosto de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Delio Saldarriaga Ocampo, exp. 9055.

206. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 22 de agosto de 1996, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Aleyda Erazo Perafán, exp. 11211. Ver en el mismo sentido: 19 de mayo de 1995, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Pedro Antonio Ortiz Bohórquez, exp. 9685 (tres meses para la reparación de un vehículo).

207. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 30 de enero de 1995, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Domingo Rojas Navarro, exp. 10210.

permiten descargar la presunción. El problema que debe, entonces, tenerse presente, es el de calificar la solidez de dichos elementos, pues, en la medida en que sean serios, la presunción tiene que ser utilizada por el juez. En efecto, en todas las anteriores hipótesis el perjuicio se vuelve cierto sólo en tanto la extensión en el tiempo de la situación dañina se justifique. Si bien tal extensión, como se ha visto, opera basada en presunciones, lo importante es entender por qué las presunciones se justifican. Como lo anotaba Jossierand, sería absurdo que, por ejemplo, la viuda hubiera de reclamar mes a mes la indemnización al demandado con la prueba de que sigue sobreviviendo a su marido, o que el propietario de un inmueble destruido tuviera que demostrar mes a mes que aún no ha logrado reconstruir su inmueble. Es por ello que la jurisprudencia de ambos países, apoyada en presunciones, opta por solucionar de raíz un problema que en estricto sentido lógico no tendría solución: se califica el futuro desde el presente, sin que la calificación que se dio pueda ser considerada como absolutamente cierta. La certeza es sólo jurídica. Únicamente el paso del tiempo demostrará si tal certeza correspondió a la realidad. Esta lógica, que se defiende en cuanto presenta una solución coherente, basada quizás en el apoyo que se debe dar a la víctima del daño, no escapa sin embargo a eventuales contradicciones. En efecto, si transcurrido el tiempo sobre el cual el juez ya hizo una calificación se observa que la realidad no se presentó de acuerdo con lo pronosticado, ¿qué hacer? ¿Habría de devolver la sucesión de la viuda el dinero otorgado con base en la presunción de supervivencia hasta la vida probable, si en realidad murió años antes de tal fecha? En esta hipótesis, que muestra una vez más los puntos de fuga en el mundo de lo jurídico, es donde el jurista debe tomar partido y la solución dependerá, como se estudió en la parte introductoria del presente libro, de la forma como se conciba la cesación del daño y la cosa juzgada.

Tras estudiar, pues, el evento en el cual está en juego la calificación de cierto o eventual de un perjuicio, a partir de una situación existente, se debe pasar a la segunda hipótesis ya enunciada, esto es, aquella que se presenta a partir de una situación inexistente.



## 2. PERJUICIO NO CONSOLIDADO A PARTIR DE UNA SITUACIÓN INEXISTENTE

En estas hipótesis el juez analiza la existencia del perjuicio en relación con situaciones inexistentes al momento en que debe calificar la certeza. En estos casos el juez debe pronunciarse a partir de supuestos que, según el demandante, se habrían de producir de no haberse interpuesto el hecho dañino. La situación por calificar no existe, y el juez cuenta solamente con datos que son anteriores a la situación misma. El juez debe, por lo tanto, calificar primero los elementos que le permiten saber si la hipótesis se habría de presentar normalmente, justo en razón de que no va a expresarse nunca en la realidad. El juego de probabilidades se encuentra así en el orden del día y le permite al juez llegar a la certeza de una situación que debe construir a partir de las posibilidades de que se presente.

El caso típico de esta situación lo constituye la *pérdida de una oportunidad* que, al decir de la doctrinante Sallet, “es un instrumento para medir la certeza del perjuicio” que “será considerado (o no) como suficientemente consolidado para ser reparable, según el mayor o menor grado de certeza que se permita predicar de la pérdida de la oportunidad”<sup>208</sup>. En este caso el demandante afirma que por no haber tenido la posibilidad u oportunidad se le causó el perjuicio: “si yo hubiera tenido la oportunidad de hacer X, Y se habría presentado; pero como nunca fue así, Y nunca se presentó”. En estos casos, a diferencia de los estudiados (aquellos en los que el perjuicio deriva de una situación consolidada), el juez no puede contar con la situación Y. La pérdida definitiva de la oportunidad se convierte así en causa del perjuicio. Se puede anotar a este propósito, con Boré, que “si bien la jurisprudencia que indemniza la pérdida de una oportunidad admite que subsista un desconocimiento respecto de si la víctima habría o no podido lograr la ventaja esperada (ganar un concurso, lograr una selección o una promoción, obtener curación), exige sin embargo que la pérdida de la ventaja sea cierta, es decir, que la oportunidad de obtenerla se haya convertido en inexistente [...] ¿Por qué esta exigencia? Porque si la existencia del perjuicio

---

208. Frédérique Sallet. *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique*, Paris, LGD, 1994, p. 14.

final dependiera aún del futuro, el perjuicio sería puramente eventual e hipotético, no pudiendo por tanto ser objeto de una indemnización que el futuro arriesgaría convertir en indebido”<sup>209</sup>. En estas situaciones, como lo recuerdan los hermanos Mazeaud, “la realización del perjuicio no depende ya de acontecimientos futuros o inciertos. La situación es definitiva; nada la modificará ya; por su culpa [se debería decir por su ‘hecho’], el demandado ha detenido el desarrollo de una serie de hechos que podían ser fuente de ganancias o de pérdidas. Eso es lo que expresa la Corte de Casación al decir que ‘esté consumado el hecho del cual dependa el perjuicio eventual’”<sup>210</sup>. No obstante, continúa siendo lícito afirmar que “en un primer momento hay que determinar si la pérdida de una oportunidad constituye un perjuicio cierto o si es simplemente un daño hipotético, para luego sí poder pasar al cuántum”<sup>211</sup>, pues en realidad sobre la cuantificación del daño siempre se discutirá si la oportunidad se perdió en el cien por ciento –premio total del caballo que no pudo correr– o sólo en un porcentaje. Es así como se puede anotar, con la doctrinante Poirot-Mazères, que “el monto de la reparación es menor si los demandantes, por no lograr establecer la violación de un derecho, sólo pueden invocar la pérdida de una oportunidad” lo “suficientemente seria”, que permita afirmar que “contenía en sí misma el germen del derecho”<sup>212</sup>. De acuerdo entonces con el porcentaje en el que se haya perdido la oportunidad, procederá la indemnización. Si bien en términos reales no se podrá jamás probar que la oportunidad se perdió en el 100%, sí procede la indemnización en dicho porcentaje cuando el juez tiene la convicción de que la situación se habría presentado. Se tratará de una certeza jurídica que no impide el reconocimiento en el 100% de la oportunidad perdida, aunque naturalmente puede ser proporcional al porcentaje en que se perdió la misma.

209. Jacques Boré. “L’indemnisation pour les chances perdues: une forme d’appréciation quantitative de la causalité d’un fait dommageable”, *La Semaine Juridique*, 1974, I, p. 2620.

210. Mazeaud. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, cit., T. I, Vol. 1, p. 307.

211. Vivian Neumann y Ma. Mercedes Samudio. *La noción de perjuicio en la responsabilidad extracontractual del Estado*, tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1990, p. 83.

212. Poirot-Mazères. “La notion de préjudice en droit administratif français”, cit., p. 549.

La metodología que el juez utiliza para calificar la certeza o la eventualidad de un perjuicio a partir de la “pérdida de una oportunidad o ventaja” se utiliza en varias hipótesis. Se recordarán las principales.

En primer lugar, cuando el demandante se queja de no haber podido obtener un trabajo o una mejora en el trabajo que esperaba. En este campo, se puede afirmar que el perjuicio es cierto cuando el demandante prueba que el no haber podido obtener la ventaja que esperaba es consecuencia de no haber gozado de la oportunidad que normalmente le habría permitido obtenerla. Para utilizar una fórmula del Consejo de Estado francés, se puede anotar que el demandante sufre un perjuicio cierto cuando prueba que “se habrían presentado posibilidades serias de éxito”<sup>213</sup>, ya sea en la promoción en su trabajo, ya sea en su consecución. En efecto, si la víctima establece que “fue privada de una oportunidad seria de obtener la renovación de su trabajo por un año”<sup>214</sup> su perjuicio es cierto. Al contrario, cuando el demandante no prueba que tenía serias posibilidades de obtener el trabajo o la promoción en el mismo el perjuicio será eventual.

Pero, ¿cómo procede el juez para establecer la seriedad de las posibilidades? A través del análisis del caso concreto para buscar indicios que le permitan afirmar la certeza del nombramiento o de la promoción. Si bien no existen reglas fijas y absolutas, pues el juez se toma la libertad de sopesar los elementos concretos que le presenta el caso por resolver, existen sin embargo unas razones y una forma de pensar, que son tomadas en cuenta por el juzgador para sustentar su decisión y llegar a la certeza jurídica.

Se puede así observar que el juez busca elementos que le permitan reconstruir la individualidad profesional del demandante al momento del perjuicio, para sacar conclusiones. Por ejemplo, busca “los títulos y trabajos que acredita el demandante”<sup>215</sup>, las “anotaciones importantes de calificación en su hoja de vida [...] en razón de la duración de sus servicios civiles”<sup>216</sup>,

---

213. Consejo de Estado fr., 12 de noviembre de 1965, Poncin, Rec., p. 612.

214. Consejo de Estado fr., Sección, 6 de diciembre de 1995, M. Collins, 103987, Decisiones del Consejo de Estado.

215. Consejo de Estado fr., 12 noviembre 1965, Poncin, Rec., p. 612.

216. Consejo de Estado fr., 3 de agosto de 1928, Bacon, Rec., Leb., p. 1035. Este fallo es considerado por la doctrinante Sallet (*La perte de chance dans la jurisprudence administrative, cit.*) como un fallo de principio.

“el expediente individual del demandante, las apreciaciones de sus superiores jerárquicos sobre la capacidad para ejercer sus funciones de brigadier, las propuestas hechas para que avanzara en su carrera”<sup>217</sup>, el hecho de que el demandante pasó “con éxito las pruebas –que no había podido realizar– del certificado de aptitud pedagógica en la fecha en la cual fue admitido a presentarse”<sup>218</sup>.

Pero el juez también busca elementos que sin caer en la individualidad profesional del demandante van al contexto en el cual se presentó la oportunidad perdida. Por ejemplo, “el concepto de la comisión mixta acerca de la eventual nominación del interesado al grado superior puesto que el agente cumplía los requisitos para pretenderla”<sup>219</sup>, las normas jurídicas de la carrera militar que se aplicaban al demandante<sup>220</sup>, la destitución ilegal “que afectó directamente a la víctima y que atentó contra su reputación y le impidió encontrar un empleo”<sup>221</sup>, “la realidad social del país, sobre la cual se edifica el hecho notorio de que no es fácil acceder al servicio de la judicatura, por la exagerada oferta de interesados y lo limitado de los cupos”<sup>222</sup>.

El juez se apoya sobre las dos clases de elementos, que, por demás, no son excluyentes entre sí. En efecto, ya se ha señalado que puede inclinarse sobre los elementos individuales del demandante, así como sobre aquellos exteriores a su personalidad. Puede, y hasta debe, en realidad, utilizar las dos formas de establecer referencias para reconstruir la oportunidad que se alega perdida.

217. Consejo de Estado fr., Ass., 5 de enero de 1962, Aurnage, Rec., Leb., p. 9.

218. Consejo de Estado fr., 6 de abril de 1973, Min. Education Nationale vs. Dlle. Andrieu, Rec., p. 287.

219. Consejo de Estado fr., 18 de diciembre de 1970, Jarno, Leb., tables, p. 1090.

220. Corte Suprema de Justicia col., S.N.G., 12 de septiembre de 1947, M. P.: Dr. R. Miranda, G. J., T. LXII, 2046-2047, p. 883.

221. Consejo de Estado fr., 16 de junio de 1954, Pestel, Leb., p. 354. Ver también: Consejo de Estado 31 de mayo de 1957, Balpêtré, Leb., p. 362: “considerando que está probado que la expulsión y no reintegro generaron que fuera privado de una parte de su remuneración suplementaria que, en caso de haber sido asociado de la Comédie-Française durante el período anotado, se habría procurado con su actividad artística por fuera de la mencionada Comédie-Française...”.

222. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 30 de mayo de 1985, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Rubén Darío Cardona, exp. 2682, ACE, T. CVIII, N° 485-486, p. 521.

Todo se presenta, entonces, como si el juez, a partir de la individualidad del demandante y del contexto en el cual la oportunidad se hubiera desarrollado, se situara en el lugar del empleador, para reconstituir hipotéticamente una situación que no podrá ser nunca real. El juez analiza en cada caso concreto las posibilidades que el demandante tenía de obtener el puesto o la promoción en su trabajo. Si todos los elementos con los que cuenta el juez evidencian que el demandante habría obtenido la ventaja esperada de haber podido vivirla, el perjuicio tiene que ser calificado como cierto. Al contrario, si ningún elemento muestra que el demandante habría podido obtener la ventaja, el perjuicio debe ser calificado de eventual. Y, en las situaciones intermedias, es decir, en aquellas en que el juez dispone de elementos a favor y en contra, debe realizar una valoración de cada una de ellas para determinar la seriedad de las probabilidades de obtener la ventaja. Según la hipótesis en la cual se subsuma el caso procederá una indemnización total o parcial, o no procederá.

Estos ejemplos ilustran lo afirmado. En la sentencia colombiana citada del 30 de mayo de 1985 se imponía calificar de eventual el perjuicio cuya reparación se solicitaba. En efecto, acceder a la judicatura en Colombia es difícil, tal y como lo muestra la situación social del país, pero sobre todo, era bien difícil configurar el perjuicio para el demandante, si se tiene en cuenta que “no existe un sólo hecho que acredite o sea demostrativo de que tenía ofrecido el cargo o hubiese hecho siquiera solicitud para vincularse a él”. Si el demandante hubiera probado que había solicitado el trabajo y que tenía serias oportunidades de obtenerlo, la solución habría sido diferente. En el fallo francés Bourdeaux la eventualidad del perjuicio se presenta porque el demandante, “que había entrado en relación con el Ministerio de la Producción Industrial en aras de obtener el nuevo empleo [...], no había tenido ninguna oferta formal para dicho trabajo”<sup>223</sup>. En este caso el Consejo de Estado francés, al encontrarse frente a dos elementos que le permitían solucionar el caso (el demandante había entrado en relación para la obtención del puesto; ninguna oferta formal le había sido comunicada), valora con mayor peso el segundo elemento para llegar así a la mera eventualidad del perjuicio. Si hubiere tenido pruebas que le

---

223. Consejo de Estado fr., 29 de julio de 1950, Bourdeaux, Rec., p. 498, 2º caso.

permitieran valorar en mejor forma el primer elemento, la solución habría sido diferente. En el fallo Aurnage, ya citado, era natural que el juez calificara de cierto el perjuicio, pues todos los elementos con los cuales se contaba tendían hacia la certeza del mismo. El problema que se plantea, entonces, es el de realizar una correcta valoración de los elementos con que cuenta el juez, y es allí donde reside la garantía para la víctima, en el sentido de no permitirse una arbitrariedad en el pensamiento judicial. En efecto, no se trata verdaderamente de una presunción, pues el juez todavía no cuenta con los elementos que le permitan establecer una regla general. Se trata más bien de una forma racional que utiliza el juez para sopesar todos los elementos concretos para la solución del caso. El juez no decide a partir de una situación existente que pueda ser subsumida en la regla general que supone una presunción, sino que decide a partir de elementos particulares que aprecia para calificar la seriedad de las oportunidades que se tenían para obtener la ventaja.

Cuando el juez estima que la pérdida de la posibilidad de obtener un empleo generó certeza del perjuicio consistente en su no obtención, considera así mismo ciertos los perjuicios provenientes de la pérdida de ingresos que se habrían derivado de la obtención del empleo. En efecto, el hecho de habersele impedido “encontrar un empleo que le hubiere permitido completar los ingresos que aseguraran la pensión de jubilación”<sup>224</sup>, o el hecho de habersele “impedido, aún con posterioridad a la fecha de su admisión a la pensión, encontrar un trabajo que le hubiere permitido completar sus recursos para la obtención de la pensión”<sup>225</sup>, es observado por el juez, quien al tasar la indemnización toma en cuenta el hecho de que el funcionario no haya podido “encontrar un trabajo correspondiente a su calificación profesional”<sup>226</sup>.

En segundo lugar, los demandantes pueden quejarse de haber perdido la oportunidad de obtener un contrato. En efecto, cuando una sociedad sufre un perjuicio por el hecho de haber sido excluida de todas las licitaciones públicas organizadas en una región, el juez toma en cuenta “los beneficios

---

224. Consejo de Estado fr., 16 de junio de 1954, Pestel, Leb., p. 354. Ver igualmente: 31 de mayo de 1957, Balpétré, Leb., p. 362.

225. Consejo de Estado fr., 8 de febrero de 1957, Préfet de Police vs. Mayzaud, Leb., p. 97.

226. Consejo de Estado fr., 29 de abril de 1959, Nectoux, Leb., p. 271.

que habría podido obtener con los contratos que habría podido ganar”<sup>227</sup>, pues en estos casos el acto administrativo ilegal la excluyó de la posibilidad de obtener adjudicaciones de contratos<sup>228</sup>. Similar situación se presenta en el derecho colombiano, en el cual la demanda del acto de adjudicación del contrato es una fuente usual de procesos en materia de responsabilidad contractual, para que se paguen, en consecuencia, las utilidades que el licitante no favorecido habría obtenido con la ejecución de aquel, en caso de habersele adjudicado. Sin embargo, en otra hipótesis, la seriedad del “eventual incumplimiento de algún contrato específico en que hubiera incurrido la empresa demandante en razón de la pérdida de la materia prima” no abre derecho a indemnización, porque “la mera expectativa de la obtención de una utilidad o ganancia en el desarrollo del objeto social no puede en modo alguno considerarse como un lucro cesante que no se percibió pues, además, nada garantiza que el comportamiento del mercado continuará invariable en los meses siguientes a la pérdida de la materia prima”<sup>229</sup>. Todo se resuelve, sin mayor dificultad, en la calificación de anormal o no de la pérdida que se invoca, así como en la certeza de que la propuesta que hubiera permitido las utilidades debió ser elegida. Como bien lo anota la jurisprudencia francesa, cuando “la falta de garantías de una empresa en su propuesta para realizar una operación que requería de dos ofertas, genera que se deseché ilegalmente su propuesta, ello en sí mismo no da lugar a reparación de lucro cesante ni a reembolso de gastos, porque la propuesta de la empresa no habría, de todas formas, sido escogida”<sup>230</sup>. Es también el evento en el cual el “contratista” es asaltado en su buena fe en la etapa precontractual, porque “la confianza y por ende la indemnización de perjuicios que se causen a la otra parte por la frustración del negocio jurídico tenido en mente y al cual inequívocamente se referían las partes

---

227. Comentario de M. Jean de Soto, en Consejo de Estado, 15 de marzo de 1968, *Ministre de l'Industrie vs. Société Industrielle Foncière et Routière*, RDP, 1968, p. 1124.

228. Consejo de Estado fr., 5 de abril de 1957, *Entreprise Chemin*, Rec., Leb., p. 244.

229. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 2 de octubre de 1997, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Productora de Maquinaria y Cía. Ltda., exp. 10568.

230. Sallet hace referencia (*La perte de chance dans la jurisprudence administrative*, cit., p. 26) al caso *Desforets* del 4 de junio de 1976, Leb., p. 301.

debe ser protegida por la vía del derecho de daños aún en la etapa de los denominados *tratos preliminares*<sup>231</sup>.

En tercer lugar, la pérdida de una oportunidad puede también presentarse en eventos en los que el demandante alega no haber tenido la posibilidad de obtener curación de una enfermedad. En efecto, según sentencia del Consejo de Estado francés, cuando un hospital no prestó atención “a las advertencias de la familia del interesado sobre el estado de salud del herido ni alertó con prontitud al cirujano que había practicado la intervención” ve comprometida su responsabilidad por “las posibilidades que tenía el señor Richard de evitar la amputación de su pierna”<sup>232</sup>, porque “se comprometieron las posibilidades que tenía el enfermo para evitar la amputación de una pierna”<sup>233</sup>, o porque perdió “toda perspectiva de retomar una actividad profesional correspondiente a sus títulos universitarios”<sup>234</sup>. Es aún más claro el caso del 11 de diciembre de 1991<sup>235</sup>, en el que se consideró que “admitiendo que la lesión del riñón producida por la compresa haya podido alterar gravemente la función del riñón, lo cual era un problema que no incumbía a la demandada, la escogencia terapéutica adoptada por el cirujano del hospital demandado hizo perder al señor Monnier las posibilidades de conservar, al menos en parte, esta función, comportó la destrucción de la glándula suprarrenal y atacó el sistema de ganglios, que no habían sido, según prueba el proceso, infectados”. En estos casos el juez analiza las probabilidades que tenía el enfermo de no haber sufrido su quebranto. No se trata solamente de que la víctima haya perdido la oportunidad de no sufrir una enfermedad o disfunción que sufre, o de haber conservado en buen estado su salud. Puede ocurrir también que el juez indemnice a los familiares de la víctima que fallece precisamente porque las posibilidades

---

231. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 29 de enero de 1998, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Sociedad Ori de Colombia Ltda., exp. 11099.

232. Consejo de Estado fr., 24 de abril de 1964, Hôpital-Hospice de Voiron, Rec., I.eb., p. 260.

233. Consejo de Estado fr., Sección, 29 de octubre de 1980, Marty, Dalloz, 1981, Inf. rap. 166, obs. F. Moderne et P. Bon.

234. Consejo de Estado fr., Asamblea, 10 de abril de 1992, M. et Mme. V., *AJDA*, 1992, p. 355, concepto del Procurador Delegado Legal.

235. Consejo de Estado fr., Administration Générale de l'Assistance Publique à Paris, 108688, Decisiones del Consejo de Estado.



de no haber fallecido fueron truncadas por el servicio. Es el caso francés en el cual Consejo de Estado considera que “la Corte Administrativa de Apelación de Nantes motivó suficientemente su fallo, al establecer como probado en el proceso que la tardía intervención del médico interno y del anestesista, imputable al defectuoso funcionamiento del conmutador telefónico del hospital, impidieron la realización de una acción terapéutica eficaz y comprometieron por tanto las probabilidades de supervivencia del señor Fraboul”<sup>236</sup>, o del caso colombiano en el cual se estima que “la administración nada efectivo hizo para evitar la muerte prematura, previsible y perfectamente evitable del afiliado; el Tac realizado a tiempo habría permitido hacer una oportuna y adecuada claridad sobre la entidad de la lesión sufrida por el paciente y por contera, intervenirlo de inmediato, con lo cual se habría contrarrestado la patología que venía gestándose”<sup>237</sup>. Se reitera que en este campo lo importante, entonces, es establecer, para que proceda la reparación del daño, que la persona enferma o los deudos del fallecido perdieron la oportunidad, en su orden, de no estar enferma o de no perder a su allegado. Si por el contrario se establece, por ejemplo, que las víctimas “no probaron que la insuficiencia de la arteriografía le impidió a la víctima haber tenido una operación quirúrgica más adaptada a su caso que la que le fue realizada”<sup>238</sup>, la demanda se desestima.

En cuarto lugar, la pérdida de una oportunidad puede provenir de haber impedido al demandante aprovechar las ventajas que le otorgaba una ley. Así, en el fallo francés *Soc. Les Ardoisières d'Angers*, el Consejo de Estado considera que la responsabilidad del Estado queda comprometida por la no publicación de un decreto de aplicación de la ley, que exoneraba del pago de algunas sumas a las industrias mineras, pues la sociedad demandante

---

236. Consejo de Estado fr., Sección, 22 de marzo de 1993, Centre Hospitalier Regional de Brest, Decisiones del Consejo de Estado; ver en sentido similar: 9 de julio de 1969, *Consorts Gojat, Leb.*, p. 371: “Se evidencia en el peritaje que el retardo en la hospitalización del señor Gojat tuvo un papel desfavorable sobre el estado patológico complejo que presentó y que fue de tal grado, que comprometió la oportunidad que tenía para restablecerse”.

237. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 9 de marzo de 1998, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Ma. Rubielá García de Correa y otros, exp. 11638.

238. Consejo de Estado fr., Sección, 8 de marzo de 1995, *Consorts Preisler*, N° 146774, Decisiones del Consejo de Estado.

fue privada “de serias oportunidades de ser exonerada de ciertas cargas fiscales”<sup>239</sup>. Diez años más tarde el Consejo de Estado francés condenó al Estado en un evento en el cual una sociedad “perdió serias oportunidades de obtener la autorización de importar papas que había comprado en Argentina y que tenía en depósito en Marsella”, pues “las circunstancias particulares de la época no justificaban ni la suspensión temporal del régimen aduanero relativo a la importación de papa, ni la ruptura respecto de una sola sociedad del principio de igualdad de tratamiento de las sociedades colocadas en la misma situación”<sup>240</sup>.

Y, finalmente, se puede afirmar que la pérdida de cánones de arrendamiento que se produce por el hecho dañino da derecho a indemnización cuando, por ejemplo, “las modificaciones realizadas en el interior de los almacenes, que disminuyeron la superficie utilizable e hicieron más difícil su uso, implicaron una disminución de los cánones de arrendamiento con los que el propietario podía normalmente contar”<sup>241</sup>.

La misma lógica que se describe, es decir aquella que emplea el juez para calificar la certeza de un perjuicio a partir de una situación no consolidada, se presenta cuando el demandante afirma no haber podido realizar proyectos que tenía en mente.

Así, un constructor que, debido a informaciones inexactas de la administración, no compra un terreno para construir, obtiene reparación porque “las informaciones inexactas tuvieron por efecto específico disuadir al demandante, propietario de un terreno vecino, de comprar la dicha parcela”<sup>242</sup>. De igual manera, en derecho colombiano, una persona que demuestra no haber podido vender un terreno a causa de una expropiación, es indemnizado por el daño derivado de tal hecho<sup>243</sup>. En este caso la compraventa no pudo realizarse por la actuación administrativa, siendo por

239. Consejo de Estado fr., Sección, 10 de marzo de 1967, Soc. Les Ardoisières d'Angers, Rec., p. 116.

240. Consejo de Estado fr., Sección, 13 de enero de 1974, Min. Economie et Finances vs. Sociedad Beccaria et Cie., Leb., p. 557.

241. Consejo de Estado fr., 5 de enero de 1956, Société de la Rue Impériale, Leb., p. 5.

242. Consejo de Estado fr., 28 de abril de 1971, Sieur Berger-Sabatel, Leb., p. 313, *AJDA*, 1971, p. 683.

243. Consejo de Estado col., 18 de junio de 1941, C. P.: Dr. G. Gaitán, *ACE*, T. 45, N° 302-304, p. 484: “Ahora bien, afirma el demandante en el interrogatorio propuesto a

tanto desconocida la situación: nadie puede asegurar que la compraventa se habría realmente realizado, con independencia de la actuación estatal. Sin embargo, el juez toma en cuenta la seriedad de las ofertas de los compradores para llegar a la certeza sobre la situación que no se presentó. Al contrario, cuando, por ejemplo, el demandante arriesgaba porque sabía que su proyecto podía no ser desarrollado debido a una prohibición administrativa, “no podía, no obstante el hecho de que la prohibición administrativa le hubiera sido ilegalmente impuesta, reclamar una indemnización”<sup>244</sup> del perjuicio, consistente en los gastos realizados a su entero riesgo.

Se trata, en síntesis, de que el demandante pruebe la seriedad de la posible venta y, también, que esta se frustró por la intervención del hecho dañino<sup>245</sup>. Igual solución se da en el derecho colombiano cuando se solicita indemnización por “las supuestas ganancias que habría podido obtener el actor, si hubiera llegado a construir un conjunto habitacional que tenía en mente realizar, toda vez que los perjuicios objeto de reconocimiento son aquellos que son ciertos, determinados y concretos”<sup>246</sup>, hipótesis en la cual queda entonces como eventual el perjuicio, pues “el demandante no

---

los testigos [...] que tenía negociada toda su finca antes de la expropiación por la suma de mil quinientos pesos, y que por virtud de la expropiación los compradores se retiraron del negocio, porque por virtud del fraccionamiento ocasionado por la carretera, la finca no alcanzaba a valer ochocientos pesos. Si, pues, no hubiera ocurrido el hecho de la expropiación, conforme al concepto de Giorgi, el expropiado habría obtenido una ganancia lícita de ochocientos pesos en su negocio; compró la finca por setecientos pesos y luego la tuvo negociada por mil quinientos. Esta diferencia es justamente lo que se debe reconocer en la presente sentencia”.

244. Consejo de Estado fr., 30 de octubre de 1964, *Société Proségor et Société des Films Sacha Gordine, Leb.*, p. 496.

245. Consejo de Estado fr., Sección, 15 de febrero de 1961, sieur Werquin, *La Semaine Juridique* 1961, p. 12259: “Considerando que el perjuicio que resulta de la imposibilidad en la que se habría encontrado el interesado de vender su inmueble no podría darse por probado ni permitiría abrir derecho a indemnización, sino en la medida en que el demandante justificara, de una parte, que tenía, antes de la fecha en que se produjo el requerimiento, la intención efectiva de vender su inmueble libre de ocupantes y, de otra parte, que la concreción del proyecto hubiera sido impedida por el requerimiento”.

246. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 12 de diciembre de 1996, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Leonardo Abuchaibe Anichiarico, exp. 11800.

demonstró que estuviera percibiendo utilidad alguna por este aspecto, por cuanto ya se dijo que no se había presentado el proyecto del edificio, por lo cual la simple expectativa de poder edificar sobre el terreno objeto de la ocupación no es suficiente para el reconocimiento del perjuicio”<sup>247</sup>, y porque “el procedimiento de licencia resultó fallido y la construcción para la cual no existía sino un anteproyecto no aprobado, no se pudo llevar a cabo”<sup>248</sup>. Así mismo, se rechaza la indemnización para un empresario que sin haber obtenido todas las autorizaciones necesarias para la presentación de una película ni tener seguridad del éxito de la misma, no podía contar con la certeza de obtener ganancias<sup>249</sup>. Si, por ejemplo, una “sociedad demandante sostiene que el retardo de la administración en otorgarle la autorización para construir, le causó un perjuicio, pero dos años después de otorgarse el permiso la construcción apenas había sido iniciada y la Sociedad no probó por demás haber tenido para la época de la demanda los medios técnicos y financieros para realizar su proyecto”<sup>250</sup>, el perjuicio es considerado eventual. Con mayor razón en el caso en que se pide indemnización por la producción de una microempresa, “pues los testimonios recibidos sobre ese tópico clara e inequívocamente indican que se trataba de un simple

---

247. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 3 de diciembre de 1990, C. P.: Dr. Ramírez Arcila, actor: Gonzalo Salvador Moreno L. Ver en sentido similar: 4 de diciembre de 1995, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Nher Ltda., exp. 9042: “Establecida la responsabilidad patrimonial del ente demandado, la Sala entra a analizar los perjuicios reclamados, no sin antes hacer algunas observaciones sobre la preocupación del agente del ministerio público ante esta corporación, sobre la forma como se realizó la liquidación de los mismos por parte del Tribunal, dado que se llegó a condenar por las supuestas ganancias que hubiera podido obtener la sociedad actora, si hubiera llegado a construir, aspecto que constituye lo que se ha considerado como perjuicios hipotéticos o eventuales”; 12 de septiembre de 1996, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Gustavo Velásquez Quintero, exp. 11092.

248. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 17 de agosto de 1995, actor: Soc. Durán Muñoz y Cía. Ltda., exp. 7095.

249. Consejo de Estado fr., 8 de febrero de 1961, Pascal, *RDP*, 1961, p. 875: “el perjuicio alegado por el señor Pascal, que resultaría de que la sociedad no habría podido obtener beneficios que debía normalmente aportarle su actividad, presenta un carácter incierto y no puede por tanto dar lugar a indemnización”.

250. Consejo de Estado fr., 6 de junio de 1973, Min. Equipement et Logement vs. Soc. Thyroux, Rec., table, p. IIII.

proyecto, que no se había materializado”<sup>251</sup>. También cuando el demandante invoca “las alteraciones serias en sus condiciones de comercialización de 14 lotes que no había vendido”, el Consejo de Estado considera “que el perjuicio del cual se trata, cuya realización no era cierta y sobre el cual no se podía hacer cuantificación, presenta un carácter eventual y no es susceptible de ser indemnizado”<sup>252</sup>. La seriedad de los proyectos es entonces analizada por el juez.

Cuando la víctima estima que perdió ingresos por no haber podido ejercer una profesión, el juez también realiza el mismo raciocinio que se ha descrito y busca la seriedad de las intenciones del demandante para adquirir su nuevo estatus profesional. Así, cuando una persona debe renunciar a una carrera para la cual se preparaba, el perjuicio es cierto precisamente porque ella “iba a la escuela de aprendizaje”<sup>253</sup>. Sin embargo, en el mismo fallo el Consejo de Estado francés, “considerando que el joven Sarotte no tiene derecho a la indemnización de la pérdida de ingresos que le hubiera podido procurar, en caso tal, la profesión de marino de comercio para la cual se preparaba”<sup>254</sup>, niega este rubro del perjuicio por presentar un carácter eventual en cuanto perjuicio material, aunque no en cuanto al perjuicio consistente en la alteración de las condiciones de existencia. Esta solución francesa, por demás cuestionable, es de interés aquí, dado que el joven Sarotte ya había estado estudiando, lo cual permite dar certeza a la situación del perjuicio en lo que toca con la alteración de su vida. El juez aprecia las posibilidades que tenía el aspirante de culminar sus estudios y, con base en ello, ordena indemnizar. Si la víctima del accidente causado por la administración pretende encontrarse, en razón de este hecho, en la imposibilidad de ejercer una profesión que tenía tan solo la intención de comenzar<sup>255</sup>, o “que se proponía comenzar”<sup>256</sup>, el juez considera eventual

---

251. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 2 de octubre de 1996, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Ma. Liliana Calvache vda. de Muñoz, exp. 9406.

252. Consejo de Estado fr., 27 de marzo de 1968, *Ministre de la Construction vs. Brouillet*, *AJDA*, 1968, p. 468.

253. Consejo de Estado fr., 5 de mayo de 1965, *Etablissement National des Invalides de la Marine*, *RDP*, 1965, p. 1212.

254. Consejo de Estado fr., 9 de noviembre de 1959, *Sarotte*, *Rec.*, p. 591.

255. Consejo de Estado fr., 19 de enero de 1951, *Consorts Sagrani*, *Ieb.*, tables, p. 822.

256. Consejo de Estado fr., 15 de junio de 1949, *Dame Durand*, *Rec.*, p. 288.

el perjuicio. En estos casos el juez parece calificar de serio únicamente un proyecto ya iniciado. Sin embargo, se encuentran casos en los cuales el juez otorga indemnización a viuda e hijos por el perjuicio consistente en que la actividad profesional, que el padre y esposo hubiera “podido esperar ejercer”, no se presentó, porque “las tareas militares que desempeñaba en el momento del siniestro, terminaban en navidad”<sup>257</sup>, pudiéndose esperar que en el futuro desempeñaría otras actividades.

Pero el Consejo de Estado colombiano, a diferencia de su homólogo francés, considera que hay perjuicio material cierto por la pérdida de ingresos futuros de la persona que no se encontraba trabajando al momento del accidente. Por ejemplo, en el caso de un menor que por serlo no podía suscribir contratos de trabajo, el fallo del 16 de marzo de 1989 considera: “la anterior perspectiva jurisprudencial se cambia ahora, pues parece incuestionable, por razones de justicia, predicar que cualquiera que sea la edad de la víctima, y aunque no esté laborando en el momento del accidente, ella tiene derecho a que se le indemnice a título de lucro cesante, la pérdida o disminución de la posibilidad que tenía de ganarse la vida en una actividad lucrativa. Lo razonable parece ser que si el daño ocurre, llegado el momento en que la persona tiene plena capacidad laboral, se le reconozca la indemnización correspondiente por las condiciones inferiores en que queda la víctima, en relación con las que tenía antes de ocurrir el accidente. En el *sub lite*, se tiene que aunque la menor no podía aún celebrar el contrato de trabajo en el momento del accidente, sí estaba en la posibilidad de hacerlo al cumplir 18 años”<sup>258</sup>. Igual posición ha sido adoptada frente a la disminución de la capacidad de trabajo de un niño, debida a una lesión permanente ocasionada por la administración<sup>259</sup>.

El mismo razonamiento se presenta en los eventos de pérdida de clientela. El juez, al asumir el problema, determina si el demandante se

257. Consejo de Estado fr., 5 de noviembre de 1975, Dame Tendron, *RDP*, 1976, p. 925.

258. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 16 de marzo de 1989, C. P.: Dr. Uribe Acosta, proyectó: Inés Hurtado, actor: Adela Rodríguez vda. de Mogollón, exps. 3931, 3934, 3926, Copiadores S3-SC, N° 00369.

259. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 8 de marzo de 1984, C. P.: Dr. Suescún, actor: Elvia Marina Castillo vda. de Andrade, exp. 2554, Copiadores de la Sección Tercera, T. 51, p. 46.

encuentra o no frente a un álea normal de la profesión o comercio, o frente a una situación alteradora superior al álea. El juez debe entonces determinar si la situación que se produjo (pérdida de clientela) era normal para el demandante o si, por el contrario, fue una situación que no debía haberse presentado. Por ello, el hecho dañino debe producir “por consecuencia una desviación de clientela durable –léase importante– en su detrimento”<sup>260</sup>, para que el perjuicio no sea considerado eventual. En efecto, una desviación cualquiera de clientela se consideraría como un álea normal de la profesión o comercio. En un interesante fallo del Consejo de Estado francés fechado el 9 de julio de 1954 se considera que, durante el período en el cual la competencia ilegal fue permitida “un número importante de pasajeros que habrían tomado puesto en el navío de la demandante, hicieron en realidad el viaje en las embarcaciones más modernas de la Compañía de Transportes Isotérmicos”<sup>261</sup>, y califica así de cierto el perjuicio sufrido. En un sentido similar, los trabajos de construcción de un muro que desviaron la mayor parte del torrente de las aguas de un sitio turístico, y determinaron por tanto la disminución del número de visitantes del sitio en el cual una sociedad presentaba un espectáculo, implican un perjuicio para la mencionada sociedad, “en cuanto el número de turistas visitantes de la región no ha cesado de crecer”<sup>262</sup>. Y cuando la exclusión de un médico de la lista de profesionales “tuvo por efecto atentar contra su reputación y alejar una parte importante de su clientela, especialmente los asegurados sociales que no podían obtener de los organismos de seguridad social el reembolso de las prescripciones médicas y farmacéuticas del señor Zwillingner”<sup>263</sup>, la pérdida de clientela se considera cierta. Se observa, pues, cómo el juez califica la situación creada por la administración, para que sirva de vehículo que permita establecer si la desviación de la clientela no fue debida a un

---

260. Consejo de Estado fr., 2 de febrero de 1964, *Ministre des Finances et des Affaires Économiques vs. Société des Etablissements Millo-Fronlich y otro*, *Leb.*, p. 139.

261. Consejo de Estado fr., 9 de julio de 1954, *Cie. Générale Transatlantique*, *Leb.*, p. 446, *AJDA*, 1955, II, 128.

262. Consejo de Estado fr., 22 de enero de 1958, *Société Les Gorges du Pont-du-Diable*, *Leb.*, p. 35, *AJDA*, 1958, II, 67.

263. Consejo de Estado fr., 8 de enero de 1964, *Conseil Départemental de L'Ordre des Médecin des Alpes-Maritimes*, *AJDA*, 1964, 508, nota Jacques Moreau.

álea normal de la profesión, sino “consecuencia de las medidas administrativas”<sup>264</sup>.

Ciertamente “la afrenta a la reputación del médico y el hecho de alejar de él una parte importante de su clientela”, “la disminución del interés turístico del sitio y el hecho de que el número de turistas visitantes de la región no haya cesado de crecer”, “la competencia ilegal autorizada a una empresa mejor equipada y el hecho de que un número importante de viajeros haya utilizado las embarcaciones de la sociedad concurrente”, se convierten así en factores que dan al juez elementos para calificar la certeza del perjuicio. En efecto, en estos casos el juez parte de una situación clara pero inexistente antes del hecho dañino—la afrenta a la reputación, la disminución del interés turístico del sitio, la competencia ilegal autorizada a una empresa mejor equipada—, situación que permite inferir la disminución de la clientela. En un caso grotesco en la jurisprudencia colombiana podemos apreciar la misma metodología. Se trataba de un abogado que decía haber sufrido una pérdida de clientela, según él, debido al hecho de que no había sido llamado “Doctor”

---

264. C.A.A. de Bordeaux, 92 BX 01040, 31 de diciembre de 1993, Blanco, Rec., p. 1012: “Medidas preventivas de atentados que producen pérdida de clientela en un establecimiento de comercio. Las autoridades de policía, luego de un atentado contra un inmueble público, prohíben el estacionamiento frente a un local comercial y hacen requisas a los clientes a la salida y a la entrada del mismo. El daño anormal y especial que resulta de la pérdida de clientela consecutiva a las medidas administrativas legales de policía, da derecho a indemnización sobre el fundamento de la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas”. Ver en similar sentido: 16 de octubre de 1992, S.A. Garage de Garches, Rec., p. 1281: Trabajos realizados para instalar un sector peatonal en el centro de la ciudad de Garches, que tuvieron por objeto transformar en zona peatonal la parte de la calle donde se encontraba un establecimiento. Los trabajos generaron que el lugar ocupado se volviera inapropiado para la actividad comercial de venta y reparación de automóviles y de venta de gasolina a que se dedicaba. El cese de la actividad del establecimiento deriva directamente de la realización de los trabajos públicos que, por generar un daño especial y anormal, dan derecho a indemnización. Ver en sentido contrario: C.A.A. de Lyon, Sala Plena, 19 de marzo de 1992, Office Public Communautaire d’H.L.M. de Lyon, Rec., p. 1302: un farmacéuta que tiene su local en el vecindario de un inmueble público de alojamiento popular (H.L.M.) no tiene derecho al mantenimiento de la clientela que le procura el carácter de los inmuebles. El cambio de los inmuebles que en interés del servicio público dejan de ser de alojamiento popular no da derecho a indemnización.



por un Fiscal, en una audiencia. La Corte Suprema de Justicia, con sutil ironía, le respondió: “al tenor de dichas declaraciones, el doctor [...] ha sufrido serios quebrantos en su oficina de abogado por haberlo abandonado la mayor parte de su clientela, pero de allí no aparece cuál haya podido ser la causa de tan doloroso infortunio. En todo caso no se ha podido establecer ningún nexo entre la inocente omisión del señor Fiscal del Tribunal y el descenso profesional de tan distinguido abogado. Por lo demás no cabe imaginar siquiera que el no llamar doctor a una persona pueda ser causa de perjuicios”<sup>265</sup>. En este caso, aun si la disminución de la clientela pudiera ser ciertamente determinada, es difícil imaginar que se hubiera producido por el hecho invocado por el litigante. La situación clara creada por la administración –no haber llamado doctor a una persona– no podía evidentemente servir de vehículo para reconstruir la situación desconocida –pérdida de clientela–.

Cuando se invoca la pérdida de clientela, al igual que en otros eventos, el juez toma también en cuenta elementos exteriores, como, por ejemplo, que existía otro local comercial del demandante en las cercanías del destruido, lo cual “indica que el esfuerzo para trasladar las mercancías y orientar la clientela, no fueron mayores”<sup>266</sup>. De todas formas, comprueba si se presentó o no la merma en las ventas, teniendo en cuenta los elementos ya descritos, y en la ausencia total de “que efectivamente las ventas de Colto-lima se hubieran visto afectadas”<sup>267</sup>, no ordena la reparación de este daño.

Otro ejemplo de la forma como el juez enfrenta el tema de la certeza del perjuicio se observa en los casos en que los padres de un hijo fallecido solicitan indemnización por el valor de aquello que el hijo hubiera podido aportarles de no haber fallecido. De hecho, por ser inexistente la situación (el hijo no auxiliaba económicamente a sus padres), el juez debe estudiar la certeza del perjuicio a partir de probabilidades, para así determinar si efectivamente la situación se habría o no presentado. A este propósito se

---

265. Corte Suprema de Justicia col., S.N.G., 22 de julio de 1949, M. P.: Dr. Alvarado, G. J., T. LXVI, N° 2073-2074, p. 535.

266. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 6 de septiembre de 1991, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Amparo Navia de Vega, exp. 5028.

267. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 17 de abril de 1998, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Cía. Automotora del Tolima, exp. 11082.

puede anotar, con el fallo viuda Lion, que el Consejo de Estado francés considera, en principio, “que la pérdida de ayuda material que la víctima (hijo menor de 14 años) habría podido aportar a su madre constituye un daño eventual que no puede ser objeto de indemnización”<sup>268</sup>. Este principio, que afirma que los padres de un hijo víctima de un accidente causado por la administración no pueden solicitar reparación del perjuicio consistente en la privación de la ayuda económica que posteriormente podría prestarle el hijo, debe –a mi juicio– ser revisado.

En efecto porque, como lo afirma Morange, “perseveramos, sin embargo, en creer que esta eventualidad es uno de los elementos que el Consejo de Estado evalúa, sin decirlo, en la fijación de la indemnización del rubro de las alteraciones en las condiciones de existencia”<sup>269</sup>, lo cual significa, simplemente, que el perjuicio no es eventual en sí mismo considerado, sino que su calificación se hace en otro rubro del mismo. El problema del carácter eventual o cierto está relacionado en este caso con la pérdida de ingresos, mas no con la noción misma de perjuicio. En efecto, el fallo francés esposos Bonnaud, ya citado, permite concluir, tal como se ha anotado, que el perjuicio material que resultaría de la privación de esta clase de ayuda, aun si “los esposos Bonnaud no alegan haber recibido ayuda de su hijo antes de que muriera”, puede presentar un carácter cierto.

Pero, ¿en qué condiciones?

El derecho colombiano nos puede ilustrar bien la situación. Al igual que en el derecho francés, se encuentran fallos que permiten pensar que en lo que respecta a esta clase de perjuicios existe un rechazo de principio a la indemnización. Es, por ejemplo, el caso del fallo del 6 de noviembre de 1942, en el cual se anota que “esta Sala ya ha tenido ocasión de sustentar en numerosos fallos la doctrina de que el simple hecho de que la muerte prive a los padres de un hijo, de suyo no les lleva a sufrir una disminución

---

268. Consejo de Estado fr., 21 de febrero de 1951, Dame veuve Lion. Ver igualmente: Consejo de Estado fr., 22 de junio de 1960, Epoux Quinot, Leb., tables, p. 1131: “Demandantes que no estaban a cargo de su hijo, no pueden solicitar reparación del perjuicio eventual que resultaría para ellos de la incapacidad en la cual se encontraría la víctima para aportarles ulteriormente ayuda financiera”.

269. Morange. “La réparation des accidents de personnes imputables à l’Administration”, Paris, Dalloz, 1953, Chron., p. 98.

patrimonial futura. El daño indemnizable debe tener bases ciertas de apreciación, y no intentar ser deducido de meras hipótesis o suposiciones. Y si esto se exige del daño ya causado o actual, mayormente se impone la certidumbre de su acaecimiento, respecto del daño futuro, el cual para que pueda mandarse reparar por el Juez tiene que ser susceptible de evaluación, sobre elementos determinados y concretos, en el momento en que la acción se reconoce. Con respecto al hijo menor de edad nadie está en capacidad de escrutar y adivinar el porvenir para determinar en qué condiciones y en qué medida, educado y establecido, llegara a ser el apoyo y sostén de sus progenitores. Por consiguiente, la utilidad económica futura de los padres fundada en la hipotética prolongación de la vida del hijo es totalmente incierta<sup>270</sup>. Esta tendencia se reitera en la jurisprudencia colombiana que sigue afirmando que no se concede indemnización “por la ayuda que la joven estudiante hubiese podido prestar en el futuro a sus padres, una vez terminada su educación”, porque “en esta materia fácilmente se vivencia que el daño no es cierto sino hipotético”<sup>271</sup>.

Sin embargo, esta clara posición jurisprudencial es cuestionada por la jurisprudencia misma. En una primera forma de argumentación, el juez se apoya sobre la noción de obligación alimentaria para determinar o no la certeza del perjuicio. En el fallo del 30 de septiembre de 1964 la misma Corte rechaza la indemnización al considerar que, “mientras estas condiciones no se cumplan (las de la obligación alimentaria del art. 419 y 420 del c.c.), el derecho del padre a la asistencia económica del hijo es puramente eventual, como ya se dijo, e hipotético el perjuicio que con la frustración de percibir alimentos puede recibir con su muerte, hasta el punto de que, si así no fuera, la muerte del hijo podría constituir una fuente de

---

270. Corte Suprema de Justicia Col., S.N.G., 6 de noviembre de 1942, M. P.: Dr. Tapias Pilonieta, G. J., T. LVII, N° 2006-2009, p. 2241.

271. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 17 de marzo de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Antonio José Camero, exp. 8722. Ver en el mismo sentido: 20 de septiembre de 1990, C. P.: Dr. Arrieta Padilla, actor: Josué Hurtado Duque, exp. 5702; 22 de abril de 1994, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Graciela Artundiaga de Fierro, exp. 7169; 7 de julio de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Algenor Fuentes Chadid, exp. 9227; 12 de agosto de 1991, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Francisco de la Cruz Rojas Castaño, exp. 6207; 28 de octubre de 1993, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Wagner Fernando Terán Bayona, exp. 8043.

enriquecimiento sin causa para el padre rico que en el hijo destituido y víctima de un accidente no tuviera sino una carga económica que soportar. Y como en el caso presente no se estableció cuál es la situación económica de los demandantes, debe concluirse que no está comprobado el daño patrimonial que se demanda<sup>272</sup>. Dicha lógica supone, pues, que el lleno de los requisitos de la obligación alimentaria es lo que da certeza al perjuicio en el caso en comento e impide una posición enfática de principio que excluya el daño en sí mismo considerado.

La desvertebración de la posición de principio enunciada por la sentencia del 6 de noviembre de 1942, ya estudiada, es corroborada por el fallo del 31 de enero de 1961. En efecto, calificando de eventual el perjuicio analizado, la Corte da argumentos diferentes: “la doctrina y la jurisprudencia nacionales son hoy unánimes en aceptar que el daño futuro pero cierto puede ser objeto de indemnización, y sobre la base de que sin la muerte de una persona otra habría podido en lo futuro recibir asistencia económica de aquélla, no han vacilado en reconocer el derecho a la indemnización correspondiente. Pero ello a condición de que las probabilidades sean muchas, que en cierto modo scan capaces de convertirse en certidumbre; de lo contrario el daño sería eventual e hipotético y no daría lugar a reparación<sup>273</sup>. El problema entonces, según la jurisprudencia, consistía en establecer las probabilidades de una manera tal que permitieran inferir la certeza del perjuicio, pero sin rechazar categóricamente su reparación. En otro caso la Corte Suprema rechazó la indemnización al estimar que, si “bien es cierto que Armando era un buen estudiante, y era muy probable que completaría los dos años que le faltaban para coronar su carrera, así como que habría obtenido el título que lo habilitaría para ejercer la profesión médica [...] ya no reviste el mismo grado de probabilidad la esperanza materna de que llegaría a ser un profesional de grandes ingresos; o que siéndolo en alguna medida, le permitiera a su madre la holgada vida con que soñara<sup>274</sup>.”

---

272. Corte Suprema de Justicia col., S.N.G., 30 de septiembre de 1964, M. P.: Dr. Peláez Trujillo, *G. J.*, T. CVIII, N° 2273, p. 409.

273. Corte Suprema de Justicia col., S.N.G., 31 de enero de 1961, M. P.: Dr. I. C. Zambrano, *G. J.*, T. XCIV-XCV, N° 2235-2238, p. 823.

274. Corte Suprema de Justicia col., S.N.G., 31 de enero de 1961, M. P.: Dr. Araújo Grau, *G. J.*, T. XCIV-XCV, N° 2235-2238, p. 816. Ver en el mismo sentido: S.N.G.,

Si entonces se cuestionaba por la jurisprudencia misma una posición de principio que supondría la inadmisibilidad de plano de esta clase de perjuicios, el camino que le quedaba al juez era el de realizar una verdadera búsqueda de la certeza del perjuicio, es decir, de las posibilidades de que existiera, para que lo hipotético pudiera adquirir elementos de la certeza.

Para llegar a este resultado, el juez establece en ocasiones la certeza del perjuicio a partir de presunciones. Merecen ser citados los argumentos que, para el caso del perjuicio ocasionado a los padres por la muerte de un hijo que aún no había terminado sus estudios ni colaborado económicamente con ellos, da la Corte Suprema de Justicia colombiana, para llegar a la certeza respecto de la ayuda que los padres habrían podido recibir: “la **PROBABILIDAD**, capaz de convertirse en certidumbre, se aplica ya por la jurisprudencia cuando calcula la vida probable de una persona. Supervivencia que deduce de reglas naturales: una persona sana, de cierta edad, puede sobrevivir X años, porque las personas de esas condiciones viven generalmente X años [...] ¿Qué faltaría al caso que se examina para que entrañase un daño real y cierto, rígida y tradicionalmente configurado? Que el hombre fallecido hubiese alcanzado a producir, a devengar un sueldo o emolumento, al momento en que su deceso sobrevino, pequeño como el que devengaba Cuervo (\$300 diarios como jornal) o mayor, aunque más adelante dejase de producir por cualquier causa. Hay que reconocer que tal circunstancia es realmente accidental, vista por ese solo aspecto. El hombre ya mejor dotado, con mayores conocimientos, provisto de los elementos de lucha que da una carrera profesional, está por ello solo en aptitud esencial de producir en proporción a su capacidad, aplazada únicamente por un tiempo breve necesario para el establecimiento del profesional. Su no establecimiento anterior y su consiguiente improductividad momentánea no pueden ser considerados como un motivo descalificador de su productividad próxima, que se espera e impone como una consecuencia necesaria de su formación en una carrera universitaria. Si se examina con cuidado el fenómeno, se encuentra que en realidad no implica una excepción a las reglas probatorias sobre certeza del daño. El daño es cierto, real, y se acredita por medios naturales y legales. Naturales, porque la

---

18 de octubre de 1950, M. P.: Dr. Rodríguez Peña, *G. J.*, T. LXVIII, N° 2087-2088, p. 461.

inducción filosófica que lleva a la certidumbre se asienta en razones sacadas del obrar del hombre, constante y repetido, en circunstancias idénticas. Legales, porque a establecerlo concurre el medio probatorio de la presunción, previsto en la Ley [...] El hecho conocido de donde se parte, formado por varios términos: existencia anterior al acto culposo de la víctima Marcos Cuervo Ruiz; el hecho culposo mismo, consistente en la falta de previsión de la empresa constructora del acueducto, para evitar en sus instalaciones accidentes como el de que se trata; el siniestro; las relaciones de parentesco consanguíneo en el primer grado entre los demandantes en el pleito y la víctima en el accidente; la asistencia para su educación que los padres le prestaban al hijo, prolongada en un lapso de varios años. La prueba sobre este hecho conocido y múltiple es completa y satisfactoria. Con base en él se hace un razonamiento para deducir otro hecho desconocido: el de cómo se habrían cumplido las relaciones económicas entre los padres y el hijo, si éste continúa viviendo según la trayectoria que llevaba cuando la muerte se produjo y que lo había colocado ya en estado de producir con su profesión emolumentos u honorarios de importancia. El hecho desconocido se halla también formado de dos términos: la utilidad o provecho que hubiese derivado de su profesión el señor Cuervo y la posibilidad de que aplicara parte de ello a la atención de las necesidades de sus padres [...] Los requisitos técnicos del razonamiento, que le dan una base científica, consisten en afirmarlo sobre la existencia de leyes generales y constantes de la naturaleza humana, ya que de conformidad con ellas el hombre que se halla respecto de sus padres en la situación en que se encontraba Cuervo Ruiz respecto de los suyos, procede generalmente en la forma de procurarles asistencia en los años de su ancianidad o invalidez, hallándose esa persona en condiciones de productividad económica que le permitan hacerlo. Los motivos de orden singular tocantes con el señor Cuervo Ruiz, que fundamentan así mismo el razonamiento, y que se hallan demostrados, se reducen principalmente al poder de producción que su profesión le habría de dar, como se lo otorga de ordinario a todos los profesionales, y las condiciones de buen hijo de familia, vinculado a sus padres, con quienes convivía con relación de filial afecto”<sup>275</sup>. En la misma tónica argumentativa,

---

275. Corte Suprema de Justicia col., S.N.G., 22 de julio de 1943, M. P.: Dr. Cardozo Gaitán, G. J., T. LV, N° 1993-1995, p. 763.

el fallo del 17 de junio de 1938 afirma que “acontece generalmente, sobre todo en los hogares pobres, que los hijos son el sostén y amparo de sus padres. Y este deber sagrado se hace más apremiante a medida que por el correr de los años se van agotando las energías de los progenitores”. Y, recordando un fallo del 19 de mayo de 1934 de la Cámara de Apelación de Turín, se enuncia el principio según el cual “los padres de un niño muerto en un accidente de tráfico tienen derecho a la indemnización del daño consistente en la pérdida de la posibilidad futura de la prestación alimenticia y asistencia por parte del hijo fallecido”<sup>276</sup>.

Supone pues esta metodología del juez la utilización de presunciones que, como ya lo hemos anotado, no son arbitrarias. Al contrario, el juez llega a conclusiones de imposible prueba absoluta, a partir del comportamiento del hombre medio de un cierto medio social y de ciertas constantes sociales. Se trata de una tarea más delicada para el juzgador, que supone el abandono de la comodidad de rechazar categóricamente el perjuicio consistente en la pérdida del posible auxilio económico que una persona hubiere podido brindar a otra, como ocurre hoy en día en la jurisprudencia colombiana del Consejo de Estado. La metodología expuesta debe ser aplaudida. En efecto, la calificación categórica que en ocasiones tiende a realizar el juez es cuestionable, no sólo por su carácter arbitrario sino por su ligereza y por su comodidad intelectual. No obstante, a pesar de aplaudir la metodología del juez colombiano en los casos citados, se piensa que iba muy lejos en lo que respecta al carácter cierto del perjuicio. En efecto, aunque podamos considerar que en determinadas condiciones este perjuicio puede ser estimado cierto, vemos que en el caso concreto que se resolvió el juez habría podido profundizar aún más para dar mayor convicción a sus argumentos. ¿Es que en el medio social de la víctima el auxilio económico a los padres puede calificarse de costumbre? ¿Es que el grupo social al cual pertenece la víctima obliga a dicho comportamiento? Hay ahí numerosas preguntas que el fallo no responde de manera convincente y que, de haberlas respondido, habrían permitido una argumentación más contundente.

Por ello, si bien se aplaude el método propuesto, no se puede permitir caer en la misma comodidad que se critica. En efecto, decir simplemente

---

276. Corte Suprema de Justicia col., S.N.G., 17 de junio de 1938, M. P.: Dr. E. Serna, G. J., T. XLVI, N° 1937, p. 677.

que cuando un hijo fallece sus padres tienen derecho a recibir indemnización por la pérdida de la ayuda económica que les habría dado en el futuro equivale a adoptar, a la inversa, la posición de principio que se critica. El problema no consiste en tener obligatoriamente una posición de principio, sino en utilizar un método de búsqueda de la certeza que tenga en cuenta los elementos sociales y familiares de la víctima. Es allí donde el juez debe cuidarse y utilizar sus poderes para buscar los elementos de juicio y valorar las probabilidades, de manera que le permitan llegar a la certeza o a la eventualidad del perjuicio, y también el demandante esforzarse en acreditarlas suficientemente.

En desarrollo de la posición que se acaba de enunciar, es evidente que la certeza del perjuicio no puede nunca ser aceptada *a priori*. Habría hipótesis, por demás numerosas, en las cuales el juez debería calificar de eventual la mencionada ayuda. En efecto, si se prueba en el proceso que eran los padres quienes ayudaban a su hijo<sup>277</sup>, el perjuicio puede ser calificado de eventual, salvo que haya pruebas que demuestren lo contrario. En el mismo sentido el fallo colombiano del 26 de enero de 1984 niega la indemnización cuando se prueba que lo que ganaba el fallecido no permitía procurar la ayuda a sus familiares<sup>278</sup>, o cuando no se prueba la dependencia económica de los hermanos en relación con el fallecido<sup>279</sup>. De igual manera, debe calificarse de eventual la ayuda alimentaria cuando su prueba es deficiente, como ocurre en el fallo colombiano del 2 de marzo de 1982, el cual advierte que “no se probó que para la época de su muerte el señor López García estuviera proporcionando alguna ayuda alimentaria a los demandantes”<sup>280</sup>. Es en este sentido ilustrativa la sentencia colombiana del 20 de agosto de 1997 en donde, luego de recordar que “la indemnización

---

277. Corte Suprema de Justicia col., S.N.G., 4 de diciembre de 1952, M. P.: Dr. Gómez Prada, G. J., T. LXXIII, N° 2119-2123, p. 899.

278. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 22 de enero de 1984, C. P.: Dr. E. Suescún, actor: José Marcial Arévalo, exp. 2674.

279. Consejo de Estado col., Sala Plena, 14 de marzo de 1984, C. P.: Dr. Vanín Tello, actor: Clara Inés Camargo vda. de Linares, exp. 10768, ACE, T. CVI, N° 481-482, p. 949; Sección Tercera, 25 de noviembre de 1987, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Juan Zuleta C., exp. 5004.

280. Consejo de Estado col., Sala Plena, 2 de marzo de 1982, C. P.: Dr. E. Suescún, actor: Eliseo López Hidalgo, exp. 10808, ACE, T. CII, N° 473-474, p. 427.



por lucro cesante derivada de la muerte de persona actualmente improductiva ha tenido en la jurisprudencia nacional un tratamiento no siempre coherente, que ha oscilado entre el desconocimiento por carencia del requisito sobre la certeza del daño y su aceptación con base en la teoría de la pérdida de una oportunidad”, niega la indemnización por la ayuda que un padre pudiera haber recibido en el futuro de su hijo, habida consideración de que, entre otros indicios, “los padres del soldado atendían completamente a la subsistencia de éste, lo que impide admitir la existencia de un perjuicio futuro virtualmente cierto”<sup>281</sup>.

Sin embargo, se reitera, la jurisprudencia no debe considerar categóricamente como eventual un daño por el mero hecho de partir de una situación inexistente. En efecto, como ha quedado demostrado, el juez debe hacer el esfuerzo para estudiar las probabilidades de ocurrencia del daño y evitar caer en la comodidad de hacer pronunciamientos absolutos. La posición actual de la jurisprudencia que no reconoce la pérdida de la ayuda alimentaria que un hijo menor habría podido dar cuando hubiere crecido, a diferencia de las citadas sentencias colombianas de la Corte Suprema de Justicia, muestra cómo hoy en día prima un facilismo y una ligereza inaceptables. El juez no puede considerar que una situación en sí misma es improcedente para generar derecho a una indemnización. El perjuicio cierto a partir de una situación inexistente siempre puede presentarse, salvo imposibles físicos o jurídicos que permitan al juez rechazarlo. De resto, todo es posible moral y económicamente en la vida, y por ello el juez debe analizar el caso concreto para decidir con base en las piezas que se encuentran en el proceso.

Para finalizar este tema, se debe anotar que las dos metodologías para la calificación del daño como eventual o cierto –situación existente y situación inexistente– deben ser estudiadas sucesivamente por el juez, para optar por cuál se decide y, aún más, para complementarlas cuando así lo permita el caso concreto. El proceder anterior es natural, en la medida en que normalmente la vida humana evoluciona hacia lo positivo y hacia la mejoría de la situación personal, razón por la cual el juez estará en muchas ocasiones frente al dilema de optar por la situación existente al momento del daño o

---

281. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 20 de agosto de 1997, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Humberto Cobo Delgado, exp. 10427.

por la que se presentaría en la evolución normal de la persona. La valoración de la prueba de los hechos permitirá que el juez escoja una de las dos situaciones descritas o que aplique ambas en un mismo caso.

Valgan tres ejemplos del derecho colombiano para ilustrar esta idea, que si bien está ínsita en los desarrollos anteriores, debe ser reiterada: la elección de la hipótesis con la cual se va a manejar el estudio de la certeza del daño, esto es, si se partió de una situación existente o de una inexistente al momento de calificarla, debe ser seriamente estudiada por el juez porque la víctima, en principio, siempre tendrá deseos de mejoría.

El primer ejemplo es el tristemente conocido caso del Palacio de Justicia. En lo que respecta a la indemnización de los parientes de los magistrados, se planteó la siguiente inquietud: cuando ocurrió el hecho dañino en 1985, los magistrados devengaban un determinado salario que, actualizado a la época de la sentencia, no era siquiera la mitad de lo que en esta última fecha ganaba un magistrado, gracias al incremento sustancial que se otorgó a la rama jurisdiccional en el gobierno del presidente Gaviria en 1992. La pregunta que surgió fue la siguiente: ¿a partir de qué situación se debía indemnizar a los familiares: la del salario de 1985 actualizado –situación existente– o la del salario que se había incrementado a partir de 1992 –situación inexistente–? La Procuraduría solicitó sobre el punto que se aplicara la segunda hipótesis, teniendo en cuenta que “sobre el primer extremo, esto es, la base de la indemnización del rubro del perjuicio, considera esta Procuraduría, siguiendo en ello la jurisprudencia más reciente de la Sección Tercera, como aquella citada del 3 de diciembre de 1992, que se debe tener como base el salario mensual que devengaba el magistrado, así como los incrementos ciertos que habría recibido de no haberse presentado el hecho dañino. Con lo anterior se quiere afirmar que debe tenerse en cuenta la prueba obrante en el folio 300 del cuaderno principal, y proyectar el perjuicio por etapas, de conformidad con los distintos ingresos que un magistrado ha recibido desde entonces, hasta el último que aparece acreditado en el proceso, y del cual hubiere gozado el magistrado, y por consiguiente su familia”<sup>282</sup>. El Consejo de Estado guardó silencio sobre este punto. En el

---

282. “Concepto del Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, Juan Carlos Henao, en el proceso 9276, actor: Susana Becerra de Medellín y otros”, en *Boletín Jurídico del Ministerio Público ante lo Contencioso Administrativo*, N° 1, diciembre de 1994, Procuraduría General de la Nación.

concepto del Procurador se observa que, como se ha dicho, las dos metodologías para calificar la certeza del daño no son excluyentes y que, por el contrario, bien pueden utilizarse, por etapas, ambas. En efecto, si se estima que la situación existente habrá de prolongarse por un tiempo X y que a partir de allí se dan los elementos necesarios para que se aplique la de la situación inexistente, nada impide hacerlo. Por el contrario, se estaría otorgando a la víctima una indemnización más justa, en la medida en que se tendrían en cuenta los elementos evolutivos de su vida y de su contexto.

El segundo ejemplo es el fallo del Consejo de Estado del 28 de junio de 1967. Se trataba de un estudiante de segundo año de medicina que trabajaba en una farmacia durante su tiempo libre y que fue incapacitado definitivamente por una acción imputable al Estado. A partir del enunciado según el cual “toda lesión produce una determinada incapacidad para el trabajo y por lo tanto su reparación comprende los gastos hechos para su curación y la pérdida de orden económico sufrida por la víctima durante el tiempo de una incapacidad”, que en caso de ser definitiva “ha de comprender tanto los daños actuales como la reparación de los futuros”, el Consejo de Estado resolvió el litigio marcando una diferencia nítida entre dos etapas del perjuicio, teniendo en cuenta la situación del estudiante: “si para que el perjuicio futuro sea avaluable se requiere que aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual, susceptible de estimación inmediata, en el caso presente se hace necesario distinguir dos situaciones futuras: la de Patiño Gamboa como estudiante de medicina y como profesional. En relación con la primera existen en el expediente bases suficientes para poder hacer una condena *in genere* a fin de que luego se fije el cuántum en el incidente de ejecución del fallo. Pero respecto de la segunda no sucede lo mismo; no hay base para ello”, e indemnizarla “sería producto de la fantasía”<sup>283</sup>. Se observa pues que el juez colombiano indemniza al estudiante de acuerdo con la situación que se presentaba al momento del accidente, es decir, por el trabajo que como estudiante realizaba en la farmacia. Con independencia del acuerdo o desacuerdo que se tenga sobre el hecho de que la segunda situación no admite indemnización, es decir, que se repare aquello que habría podido ganar el estudiante una vez hubiere

---

283. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 28 de junio de 1967, C. P.: Dr. Portocarrero Mutis, *ACE*, T. LXXII, N° 413-414, p. 279.

sido médico, se observa que de seguirse la metodología propuesta, en el sentido de que no es excluyente calificar por etapas el daño cierto, la solución podría haber sido otra.

El tercer ejemplo es el reciente fallo del 19 de junio de 1997, en el cual se declaró la responsabilidad del Estado por la muerte del exministro de justicia Low Murtra, quien, a pesar de haber recibido múltiples amenazas en su vida por haber firmado decretos de extradición, conocidas por los organismos de seguridad, no fue protegido por el Estado al regresar al país. En el tema que interesa, merece mostrarse el siguiente aspecto: recién regresado al país, el exministro sólo devengaba la suma de \$400.000 como decano de una facultad de economía. Esa era la situación existente cuando se produjo su muerte. Sin embargo, el Consejo de Estado, al analizar el caso concreto, estima que “la liquidación sobre la suma mencionada no corresponde a lo que el doctor Low dejó de percibir a raíz de su muerte y en consecuencia con ella no se indemniza realmente el daño material causado. En efecto, en el momento de ser asesinado hacía apenas 4 meses que había regresado al país después de pasar más de un año en la embajada en Suiza, apenas estaba empezando a reorganizar su actividad económica por fuera de un cargo público, y el único ingreso fijo que tenía era aquel derivado de su actividad académica, pero que no correspondía realmente a su capacidad productiva, si se tiene en cuenta la trayectoria que tenía en posiciones públicas y su preparación académica”<sup>284</sup>. Con base en tales consideraciones, el Consejo de Estado pasa a la situación inexistente, es decir, aquella del daño sufrido no por lo que ganaba en el momento de su muerte, sino por lo que podría haber devengado en un futuro próximo, a partir de la cual liquida el daño. Para ello afirma que “su trayectoria permite a la Sala determinar que la remuneración que tendría de haber continuado con vida, correspondería por lo menos a la de un alto funcionario del Estado, entre los cuales se encuentran los magistrados de las Altas Cortes; cabe recordar que fue Consejero de Estado. Pero en ningún caso su remuneración podía ser inferior. La Sala opta por reconocer la indemnización con base en la remuneración que hoy devenga un Consejero de Estado, es decir un

---

284. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 19 de junio de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Yoshiko Nakayama de Low y otros, exp. 11875.

alto funcionario del Estado, rechazando en cambio la petición de la demanda en el sentido de realizar la liquidación con base en lo que devengaba como embajador, dado que él no era un diplomático de carrera, no estaba dentro de lo previsible que ocupara otra embajada”.

Se observa y se aplaude que en este caso concreto, como se sugiere en el presente estudio, el Consejo de Estado hubiera analizado las posibilidades de creación de la situación inexistente, para concluir que esta era jurídicamente cierta, y que por tanto procediera a disponer indemnizar con base en tal situación, y no en la que circunstancialmente existía en el momento de la muerte. Baste recordar que la misma metodología fue utilizada por el juez colombiano en el caso de la declaratoria de responsabilidad del Estado por la muerte del candidato presidencial de la Unión Patriótica, doctor Pardo Leal, en el cual, de manera expresa, se reiteró la solución aquí descrita, al afirmar que “es admisible pensar que sus ingresos totales, dadas su brillante trayectoria y su preparación académica, no serían en ningún caso inferiores a los que actualmente devenga un magistrado de tribunal superior de distrito judicial”<sup>285</sup>.

#### CONCLUSIONES SOBRE EL CARÁCTER CIERTO DEL PERJUICIO

Dos conclusiones merecen ser resaltadas: la primera enuncia las consecuencias de las formas de concebir el problema en cada ordenamiento jurídico, y la segunda advierte que el perjuicio eventual no existe por sí mismo.

En primer término, podemos anotar que la forma como los dos ordenamientos, el francés y el colombiano, asumen el estudio del carácter cierto del daño permite estas conclusiones.

Ambos derechos se apoyan sobre el mismo método para calificar la certeza o eventualidad del perjuicio. Los dos jueces acogen un método que bien podríamos llamar “de la espiral”. En efecto, como lo hemos visto, la primera hipótesis estudiada —aquella en la cual se trata de un perjuicio consolidado— se utiliza por el juez para los casos más sencillos de resolver,

---

285. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 30 de octubre de 1997, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Gloria Flórez y otros, exp. 10958.

pues allí los jueces sólo verifican una realidad que los lleva a calificar de cierto un perjuicio cuya situación fáctica de apoyo ya se expresó en la realidad. Pero si el caso no puede entrar en esta primera fase de la espiral, el juez analiza si el perjuicio no consolidado pertenece al universo de las situaciones existentes o a aquel de las situaciones inexistentes. Y se puede observar que ambos derechos, cuando se trata de hipótesis que pertenecen al universo de las situaciones existentes, son mucho menos rígidos para calificar de cierto un perjuicio. Esta inclinación es normal, pues la situación reposa sobre elementos con entidad real y vivencial. Y por ello cuando, a la inversa, se trata del universo de las situaciones inexistentes el juez, en ambos países, es más reticente para calificar de cierto un perjuicio, pues en estos casos se está en la última fase de la espiral.

También se puede anotar que en ambos países la certeza del perjuicio no puede ser definida en sí misma, puesto que es su prueba la que la determina. Nada es en sí mismo eventual, salvo imposibles físicos o jurídicos. Todo se resuelve en términos probatorios. En efecto, no se le puede impedir al demandante aspirar a X o a Y. Pero sí se le puede disuadir de que construya castillos en el aire, que, por falta de consistencia y de prueba, quedan sin respaldo. Como bien lo afirman los hermanos Mazeaud, “las probabilidades que se han perdido no son siempre los ‘castillos en el aire’ de Perette y de su cántaro de leche. A veces son reales”<sup>286</sup>. Esta conclusión se encuentra presente en las páginas precedentes.

Como última conclusión, se recuerda que el juez bien puede utilizar la calificación del daño como cierto o eventual, por etapas. Esto es, considerar que durante un período sólo se debe partir de la situación existente, pero permitirse, si los elementos del caso concreto lo admiten, proyectar otro u otros períodos como ciertos a partir de una situación inexistente. Con ello se ganaría mayor precisión en la calificación de certeza o eventualidad del daño.

---

286. Mazeaud y Tunc. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, cit., T. I, Vol. 1, p. 312.

CAPÍTULO SEGUNDO  
*Tipología del perjuicio*

Luego de estudiar las condiciones del perjuicio reparable, corresponde ahora hacer la clasificación de las principales maneras como el perjuicio se presenta. Es decir, el estudio de la tipología del perjuicio, que no es más que una clasificación racional de los diversos rubros del perjuicio reconocidos por la jurisprudencia, que permite conocer las diferentes expresiones de la realidad del mismo.

Tal realidad puede expresarse, según el profesor Chapus, según su naturaleza, bajo la forma de perjuicio material —que supone una pérdida económica— o de perjuicio moral —por su naturaleza no económica, no pecuniaria—<sup>1</sup>. En igual sentido los hermanos Mazeaud afirman que “en el primer caso (daño material), existe perjuicio material, pecuniario o patrimonial; en el segundo, perjuicio moral, extrapecuniario o extrapatrimonial”<sup>2</sup>. Siguiendo esta distinción, se hace de la división perjuicio material—perjuicio moral la *summa divisio* de la tipología del perjuicio. Aun en derecho colombiano, la jurisprudencia ha sostenido en múltiples ocasiones que es esta distinción la que debe guiar el análisis de la tipología del perjuicio<sup>3</sup>.

Sin embargo, la tipología descrita puede prestarse a confusiones, entre otras razones, porque permite pensar que todos los perjuicios “no económicos, no pecuniarios”, serían morales. Según la jurisprudencia francesa, el perjuicio moral es tan sólo una parte del perjuicio no pecuniario, en el que se puede clasificar, por ejemplo, el perjuicio *d'agrément*. De igual manera en el derecho colombiano ha sido recientemente admitida la reparación del “perjuicio fisiológico o a la vida de relación”<sup>4</sup>. Ello significa que la clasificación a partir de la cual los términos perjuicio material y perjuicio moral tienen la misma entidad es una clasificación errada, pues el moral resultaría ser el todo del género del perjuicio no pecuniario, cuando en realidad es tan sólo una especie del mismo.

---

1. Chapus. *Responsabilité publique, cit.*, p. 408.

2. Mazeaud y Tunc. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual, cit.*, T. I, Vol. 1, p. 298.

3. Ver por ejemplo: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 19 de mayo de 1975, C. P.: Dr. Abello Noguera, actor: Rosaura Acevedo vda. de Patio, exp. 1507, ACE, T. LXXXIX, p. 413.

4. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: John Jairo Meneses, exp. 7428.



Se prefiere, entonces, realizar la división a partir de las nociones de perjuicio de orden material y perjuicio de orden no material. Esta distinción, que por demás se plantea por la doctrina colombiana<sup>5</sup> y que ha sido sugerida en Francia por el Comisario de Gobierno o Procurador Delegado Rougevin-Baville<sup>6</sup>, es más lógica y permite abordar el análisis comparativo entre los dos países. De otra parte, se debe recordar que dicha clasificación está ínsita en la importante resolución 75-7 del Comité de Ministros del Consejo de Europa, relativa a la reparación de daños en casos de lesiones y muerte, adoptada el 14 de marzo de 1975, en la cual, a pesar de que en los mismos considerandos se tomaba en cuenta “la gran diversidad de soluciones actualmente previstas por las legislaciones nacionales”, en su versión en inglés se habló de *material damage* y de *non-material damage*.

Hechas las anotaciones anteriores, se estima oportuno aclarar que en este escrito se considera, de todas formas, que la clasificación de perjuicio patrimonial y extrapatrimonial carece de sentido. En efecto, es imposible concebir un daño que afecte un bien que se encuentre fuera del patrimonio, es decir, que sea “extrapatrimonial”. Si patrimonio es el “conjunto de bienes y de obligaciones de una persona”<sup>7</sup>, y si bien es, al decir de los mismos autores, “todo derecho subjetivo patrimonial”, los daños sólo pueden afectar el patrimonio. Lo que ocurre es que los mal llamados “daños extrapatrimoniales”, como ya se ha visto, no tienen una naturaleza económica porque no tienen un valor de cambio medible en dinero, lo cual no implica que supongan la lesión de derechos que se encuentren por fuera del patrimonio. Se han confundido históricamente dos ideas: el daño como aminoración del patrimonio, y la forma indemnizatoria del daño, con lo cual se ha llegado a la clasificación que, en su enunciación mas no en su contenido, se critica. Esta equivocación se origina en la evolución que ha existido en materia de rubros del daño, porque con el advenimiento del daño moral y de los otros nuevos rubros del daño no material se pensó que lo correcto era denominar-

5. Tamayo Jaramillo. *De la responsabilidad civil, cit.*, T. II, p. 116.

6. Conclusiones Rougevin-Baville, en Consejo de Estado, Ass., 14 de febrero de 1975, Consorts Vimart, Rec., p. 113: a pesar de que la división fue sugerida para los casos de indemnización de los causahabientes en caso de fallecimiento, puede aplicarse a todo tipo de perjuicio.

7. Raymond Guillien y Jean Vincent. *Lexique de Termes Juridiques*, 5ª ed., Paris, Dalloz, 1981.

los “extrapatrimoniales”. Es así como se propone borrar del lenguaje doctrinario y jurisprudencial la clasificación entre daños patrimoniales y extrapatrimoniales, y conservar la misma idea, enunciada de manera diferente: daños materiales y daños no materiales, o si se quiere, daños materiales y daños inmateriales. Sólo de esta forma se garantiza que uno de los extremos de la clasificación tradicional, la de daños patrimoniales, no exprese la totalidad de los rubros del daño.

No obstante optarse por tal clasificación, debe observarse de entrada que en los dos países los conceptos no tienen el mismo peso conceptual. En efecto, una vez aceptado que existen perjuicios patrimoniales y perjuicios “extrapatrimoniales”, o mejor aún, como ya se ha visto, perjuicios materiales e inmateriales, la importancia de la clasificación dependerá de la subclasificación que se haga en el seno de cada una de las categorías y, sobre todo, de la entidad autónoma de cada uno de los conceptos que la componen.

En derecho colombiano la lógica es simple: dentro de los perjuicios patrimoniales o materiales se clasifican el daño emergente y el lucro cesante, y dentro de los no patrimoniales se clasifican el *pretium doloris* o daño moral y el perjuicio fisiológico. Esta clasificación no es, sin embargo, unánime en el derecho francés, en el que, por lo demás, no es fácil el estudio del perjuicio en la medida en que, como lo anota el profesor Moreau, “la doctrina del derecho administrativo no se ha apasionado por los problemas de la indemnización”<sup>8</sup>. La situación se torna más difícil por cuanto la metodología misma, utilizada de antaño por el juez administrativo francés, no permite un estudio sistemático de los rubros del perjuicio. En efecto, es costumbre que el juez, luego de estudiar todos los elementos de juicio que tiene en el caso concreto, considere “que será hecha una justa apreciación del perjuicio sufrido por la víctima otorgándole una indemnización de...”<sup>9</sup>, sin especificar

8. Jacques Moreau. “L’indemnisation et l’évaluation par le juge administratif des dommages causés aux immeubles et aux meubles et des dommages immatériels consécutifs dans le contentieux de la responsabilité extracontractuelle”, en *Mélanges René Chapus, Droit Administratif*, Paris, Montchrestien, 1992, p. 443.
9. Consejo de Estado fr., 30 de enero de 1938, *Veuve Bernard, JCP*, 1948, II, Jurisprudence, N° 4133; ver igualmente: 1° de diciembre de 1937, *Commune d’Antibes, Rec.*, p. 987: “que, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias del proceso, es suficiente la indemnización de la reparación debida, fijando en 7.000 francos su monto”; 22 de marzo de 1991, *Gabriel Rivat, DA*, 1991, mayo, N° 256: “se hará una exacta

de manera concreta de dónde viene dicha suma ni cada uno de los rubros que la componen. A diferencia del derecho colombiano, en el que el juez determina la procedencia y el monto por indemnizar de cada rubro del perjuicio, en el derecho francés el juez opta, en la mayoría de casos, por otorgar sumas globales de indemnización, sin que a ciencia cierta se sepa cuánto otorga por cada uno de los rubros. En ocasiones existe mayor claridad en las denominadas conclusiones de los *commissaires du gouvernement*, que de todas formas no hacen parte del fallo. La metodología francesa es en este aspecto cuestionable en la medida en que no aporta, como sí lo hace el derecho colombiano, la claridad suficiente para que las víctimas sepan exactamente el daño que se está indemnizando. Sin embargo, la clasificación tiene que intentarse y por ello se debe recurrir a la doctrina, en la cual se observa que, por ejemplo, cuando el profesor Moreau estudia “los perjuicios indemnizables”, los clasifica en “daños a bienes (degradación de un inmueble, deterioro de un vehículo...) y daños corporales (muerte, heridas...)”<sup>10</sup>. No se antepone así la citada clasificación del profesor Chapus, en la que, antes de realizar la clasificación del profesor Moreau, introduce su gran división entre daños materiales y morales, para colocar dentro de los primeros la división de daños a los bienes y a la persona. Es así como, en ocasiones, en las clasificaciones del derecho francés prevalece la afrenta a la integridad de una persona o de un bien, mientras que en otras dicha división sólo aparece en cuanto se expresa como daño material o moral. La falta de unidad en las clasificaciones es la que permite que, al hablar de perjuicio económico, a veces se incluya el perjuicio material, o sea la afrenta a bienes muebles o inmuebles, el “perjuicio inmaterial”, o sea todo perjuicio pecuniario causado por la pérdida de goce de un derecho, por la interrupción de un servicio prestado por una persona o por un bien inmueble o mueble, o por el lucro cesante creado por la producción de daños corporales o inmateriales, y, el perjuicio corporal, o sea la afrenta a la integridad física de una persona<sup>11</sup>.

---

apreciación del perjuicio indemnizable condenando al municipio a pagarle una indemnización de...”.

10. Moreau. *Droit Administratif*, cit., p. 403.

11. Louis-Marie Boucraut. *La réparation des atteintes aux biens dans le contentieux des responsabilités civile et administrative*, Paris, Litec, 1993, p. 5.

Como se observa, las clasificaciones son subjetivas y por tanto no son uniformes, lo cual implica que se debe escoger una de ellas.

Con independencia de todas las clasificaciones posibles, y antes de explicar aquélla por la que se opta y el porqué de la opción, debe anotarse que lo importante es que impliquen la aplicación de la regla de la indemnización plena del daño y, de contera, que no se aplique la idea de “perjuicio mixto”, en el cual “la evaluación del perjuicio hecha por el juez cobija tanto su elemento material como moral”<sup>12</sup>, porque ello se puede prestar a confusión de los reales rubros del perjuicio que se indemnizan. En efecto, dicho concepto ha generado en derecho francés y también en derecho colombiano, como se verá, dificultades en la separación de los rubros reales del daño, puesto que no permite afirmar con certeza si se trata de un daño material o no, y lo peor, porque la naturaleza mixta del daño puede generar doble indemnización o reducir la correspondiente al quebranto realmente sufrido. Así ocurría antaño con la jurisprudencia colombiana en la que, a partir del concepto de daño moral objetivado, entendido como aquél que comprendía las consecuencias económicas del dolor, se indemnizaba inadecuadamente un lucro cesante o un daño emergente, al incluirseles como expresión del daño moral objetivado. Y es lo que ocurre con el concepto de “alteraciones en las condiciones de existencia” del derecho francés.

Teniendo en cuenta las anteriores anotaciones, se propone entonces una clasificación que parta de la *summa divisio* clásica entre daño material y daño inmaterial o no-material. Teniendo como punto de partida esta tradicional clasificación, se tratará entonces solo de volverla más sutil en su interior.

## I. PERJUICIOS MATERIALES

Ya se ha advertido que los perjuicios de orden material son aquellos que atentan contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, medibles o mesurables en dinero. En derecho colombiano, quizás por la presencia

---

12. Deguerguc. *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, cit., p. 420.

de los artículos 1613 y 1614 del Código Civil<sup>13</sup>, la subclasificación establecida ha sido la de daño emergente y lucro cesante. La jurisprudencia ha señalado que los daños materiales “se clasifican como emergentes y como lucro cesante [...] conceptos (que) son objeto de reparación en el sistema legal colombiano, tanto en el campo contractual como en el extracontractual (arts. 1613 y 1614 del C.C.)”<sup>14</sup>. En el derecho francés, como hemos anotado, dichos conceptos existen pero no adquieren la trascendencia clasificadora que tienen en el derecho colombiano, ya que, aunque en el artículo 1149 del Código Civil<sup>15</sup> se establecen en el ámbito de la responsabilidad contractual, ello no ha generado el hábito de su utilización como *summa divisio* del daño en la responsabilidad extracontractual del Estado. Aún más, la distinción anotada entre daño emergente y lucro cesante, que proviene de la noción general de *dommages et intérêts* del artículo 1146 en el ámbito de la inejecución de las obligaciones, no equivale necesariamente a nuestra noción de daño patrimonial. En efecto, según el profesor Carbonnier, “siguiendo una regla tradicional inscrita en el artículo 1149, el acreedor puede reclamar *dommages-intérêts* no sólo por la pérdida sufrida (*damnum emergens*), sino por la ganancia frustrada (*lucrum cessans*) en razón de la inejecución del contrato”<sup>16</sup>, con lo cual parecería que la noción en estudio equivale a la nuestra de daños materiales. Sin embargo, como bien lo afirma a renglón seguido el profesor Carbonnier, “a pesar del silencio de la ley, se admite hoy en día que los *dommages-intérêts* contractuales pueden ser

- 
13. Dice el artículo 1613 del Código Civil: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento. Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente”; a su turno el artículo 1614: “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 cumplídola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.
14. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 27 de septiembre de 1990, C. P.: Dr. De Greiff Restrepo, actor: Norberto Duque Naranjo, exp. 5835.
15. Dice el artículo 1149 del Código Civil francés: “Los daños y perjuicios debidos al acreedor comprenden, en general, la pérdida que ha sufrido y la ganancia de que ha sido privado”.
16. Jean Carbonnier. *Droit Civil*, 4, “Les obligations”, 12ª ed., Paris, PUF, 1985, p. 278.

debidos tanto por el perjuicio material como por el perjuicio moral que resultan de la inexecución del contrato". Es por lo anterior que dicho concepto, como lo dice el diccionario *Black's Law*, significa en "la ley francesa, daños".

Así las cosas, se constata que si bien existen las nociones de daño emergente y de lucro cesante en el derecho de ambos países, su peso específico es diferente. En el derecho francés operan a plenitud en el campo de la responsabilidad contractual mas no en el de la extracontractual, como sí ocurre en Colombia. Sin embargo, el hecho de que sean nociones que existen en ambos derechos nos permite intentar el estudio del perjuicio material a partir de ellas. Tras aceptar la anterior clasificación, se hará, a partir de cada uno de los conceptos que la componen, la otra ya enunciada: daños a las personas y daños a los bienes. Con tal subclasificación creemos que se logra armonizar derecho francés y derecho colombiano.

Como punto de partida hay que centrarse en el significado de los dos conceptos que sirven a la subclasificación: "Hay daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima; por el contrario, hay lucro cesante 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>17</sup>. Esta definición tiene la virtud de retomar la distinción tradicional de los dos conceptos a partir del egreso patrimonial o de la falta de ingreso. Es decir, lo que vendría a diferenciarlos sería que en el daño emergente se produce un "desembolso" mientras que en el lucro cesante un "no embolso"<sup>18</sup>, o, al decir de los hermanos Mazeaud, una "pérdida sufrida" o una "ganancia frustrada", como lo afirma la jurisprudencia colombiana cuando expresa que "el lucro cesante corresponde a la ganancia frustrada, a los intereses no percibidos o a la utilidad esperada y no obtenida"<sup>19</sup>.

---

17. Tamayo Jaramillo. *De la responsabilidad civil, cit.*, T. 2, p. 117.

18. Llama la atención que en el derecho de Estados Unidos de Norteamérica, dentro de los daños compensatorios, existe el concepto de *out-of-pocket expenses*, que traduce bien la idea de desembolso de la que aquí se habla. Ver la explicación de su concepto en *Civil Actions against State and Local Government, cit.*, Vol. 2, p. 390.

19. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 20 de septiembre de 1990, C. P.: Dr. De Greiff Restrepo, actor: Olga Ruth Tabares vda. de García, exp. 5759.

Siendo esta la distinción conceptual de base, debemos recordar con De Cupis que “el daño emergente puede ser tanto presente como futuro y lo mismo se puede referir para el lucro cesante”, lo cual significa que no puede asimilarse la noción de daño emergente con daño pasado y lucro cesante con daño futuro, pues este último, “que siempre tiene la condición de futuro respecto al momento en que se ha producido (en cuanto su objeto es un interés todavía futuro), puede ser presente o futuro relacionado con el instante en que se produce el juicio”<sup>20</sup>, con lo que se quiere significar que puede haber tanto daño emergente como lucro cesante pasado y futuro. Todo dependerá del momento en el que se haga la apreciación del daño, pues si, por ejemplo, se está en el evento de un gasto de operación ya realizado, se trataría de un daño emergente pasado, como será futuro si la operación se debe realizar con posterioridad a la calificación del mismo. Igual ocurre con el lucro cesante, a manera de ilustración, de la capacidad laboral perdida: si se concretó antes de la calificación del daño, dicho lucro será pasado, y será futuro si no se ha consolidado aún en tal momento.

También se debe anotar que la distinción entre daño emergente y lucro cesante estará a su turno dividida, como ya se dijo, entre daño a la persona y a los bienes. Se entiende por el primero todo daño que recae sobre la integridad física de la persona humana, mientras que por el segundo el daño que recae sobre bienes diferentes. Es decir, el punto de partida lo marca el lugar donde golpea el daño: si el primer golpe es sobre la integridad física, se clasifica como daño a la persona; en caso contrario, como daño a los bienes. Es cierto que esta presentación generaría, como todas las que se puedan hacer, puntos de discusión acerca de si determinado daño se produce a la persona o a los bienes. La discusión es válida, máxime si se tiene en cuenta que, finalmente, la vida y la integridad física expresan los bienes más preciados, lo cual no impide afirmar que “el primer golpe” recayó sobre dichos bienes y por tal motivo se clasifican como daños a la persona. Se considera entonces que con unas mínimas precisiones la clasificación es útil, y por ello se pasan a explicar. En primer lugar, se advierte que cuando se habla de daño producido a la persona humana se entiende que es la persona, en su cuerpo, la que recibe el golpe de la lesión. Es natural que

---

20. De Cupis. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., p. 552.

cuando se causa una lesión a la integridad física de la persona humana también pueden presentarse repercusiones en otras esferas, tales como la afección psicológica e, incluso, el cierre de una empresa ocasionada por la incapacidad de su propietario. Pero ello no quita que dentro de la clasificación que se presenta se esté hablando de una lesión a la persona, pues fue a ella a quien se lastimó directa y primeramente. Así, una incapacidad parcial de trabajo derivada de una lesión a un individuo se clasificará como daño a la persona, tanto por el daño emergente como por el lucro cesante. En segundo lugar, si bien es cierto que hay determinada clase de daños respecto de la cual no se sabe a ciencia cierta si la afrenta primera es a la persona en su aspecto físico o a otros bienes de la misma, lo claro es que se toma en forma restrictiva la clasificación, esto es, que si no le produce un daño corporal se clasificará en daño a los demás bienes. Es, por ejemplo, el caso del funcionario declarado insubsistente. En este evento, por no tratarse de un atentado a la persona, en su aspecto físico, se clasificará como daño a los bienes, a pesar de que sin duda puede tener efectos síquicos relevantes sobre la persona. Sin embargo, se reitera, el primer golpe del daño no fue sobre el aspecto físico de la persona.

Luego de enunciar los anteriores conceptos se debe entonces pasar a su ejemplificación.

#### A. EL DAÑO EMERGENTE

Puesto que ya se dio la definición de daño emergente, debemos centrarnos ahora en la forma como este se expresa, según, de acuerdo con nuestro plan, si se causa a la persona o a los bienes.

##### 1. DAÑO EMERGENTE CRISTALIZADO EN LA LESIÓN A PERSONAS

Como ya se ha dicho, esta forma de daño se presenta cuando el bien lesionado es la persona humana en su aspecto físico. Esta clasificación no es extraña al derecho francés, en el cual el artículo L. 421-1 del Código de Seguros contiene, precisamente, los “daños que resultan de la afrenta a la persona”. Se entiende entonces que este daño recae sobre la persona



humana, en su aspecto físico, y que coincide así con el tradicional concepto de daño corporal.

Son varias las formas en que se puede presentar y se traen a título de ejemplos.

En primer lugar, se deben observar los eventos en que se produjo el fallecimiento de la persona. En estos casos se tendrán como daño emergente todos los egresos patrimoniales y las obligaciones contraídas a causa de la muerte, merma del activo o incrementos del pasivo, sea para la herencia sea para cualquiera víctima en general.

Así, por ejemplo, es apenas natural que los gastos funerarios necesarios se consideren inequívocamente daño emergente<sup>21</sup>, y que se pueda incluir no sólo los gastos del ataúd sino aquellos del terreno o bóveda en el camposanto, del osario, de la sala de velación, etc.<sup>22</sup>. Hasta donde tengo conocimiento no se ha presentado en el derecho colombiano caso alguno en el cual se estime que los gastos funerarios sean excesivos, aunque bien puede ocurrir. En efecto, si una persona incurre en gastos excesivos, porque por ejemplo considera indispensable que el osario sea en oro con incrustaciones preciosas, el juez deberá ajustar dicha erogación a lo que usualmente gastan los deudos de una persona de las condiciones de la fallecida. Como bien lo afirma un fallo del tribunal civil de Lille, “el reembolso de estos gastos sólo puede ser reclamado al responsable en la medida en que sean normales y no excesivos, teniendo en cuenta la situación social del difunto”<sup>23</sup>.

Pero, con anterioridad a la muerte la persona bien puede haberse

21. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 15 de septiembre de 1993, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Ma. Consuelo Quemba, exp. 8507: “También se reconocerá la cantidad que como daño emergente tuvo la sentencia consultada, como que dicho gasto (gastos funerarios) está debidamente probado”; ver entre los múltiples ejemplos: 2 de octubre de 1996, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Mara Liliana Calvache de Muñoz, exp. 9406; ver para el derecho francés: Consejo de Estado, 9 de julio de 1969, époux Pech, Rec., p. 373: “Considerando que los demandantes están legitimados para demandar el reembolso de los gastos funerarios que han realizado, que se elevan a la suma no discutida de FF5.530,30”.

22. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 17 de febrero de 1994, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Martha Lucía Gómez de Mejía, exp. 8023.

23. Tribunal Civil de Lille, 28 de marzo de 1962, Dallez, 1962, J, 431.

practicado intervenciones quirúrgicas o incurrido en gastos hospitalarios. Esas erogaciones también se consideran daño emergente indemnizable<sup>24</sup>. Lo importante es dejar en claro que cualquier gasto ocasionado por la muerte debe ser indemnizado, como podría, por ejemplo, ocurrir en los eventos de tragedias aéreas que han impuesto gastos de rescate de los cadáveres, o en los eventos en que personas allegadas han debido sufragar gastos de pasajes para asistir a los entierros, o aun, en el caso en que a raíz de la muerte de la madre se deba contratar a una persona para que atienda los hijos del padre sobreviviente<sup>25</sup>. Es decir, no sólo es procedente la indemnización del daño emergente derivado del entierro mismo del fallecido y de las anteriores intervenciones médicas, sino de todos los gastos ocasionados directamente por el hecho dañino.

En los eventos en que la víctima sobrevive, se puede sentar la regla que enuncia que todos los gastos necesarios para el restablecimiento de la salud de la persona son daño emergente. En efecto, “el reembolso de los gastos médicos y farmacéuticos no plantea dificultad alguna si el demandante los justifica”<sup>26</sup>, razón por la cual la víctima tiene derecho al “reembolso de los gastos ocasionados por las curaciones y tratamientos a los que debió someterse”<sup>27</sup>. De esa suerte, los tratamientos quirúrgicos deben ser

---

24. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 30 de junio de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Delia Salinas de Arango, exp. 8875.

25. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 31 de octubre de 1997, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Oscar M. Erazo, Rubiela Polanco y otros, exp. 10843, acumulado 10250: “Testimonios que ofrecen credibilidad no sólo de la necesidad de conseguir quien cuidara las menores, sino del monto del pago realizado por este concepto, ya que de la actividad laboral que desempeñaba la familia Moreno Díaz puede presumirse sin mucho esfuerzo que su capacidad económica alcanzaba para cancelar el salario mínimo vigente para esa época. Se observa igualmente que aunque los extremos temporales de dicha erogación fueron determinados por la misma trabajadora, esto es, desde septiembre de 1985 hasta el 16 de octubre de 1990, resulta previsible de acuerdo con las reglas de la experiencia que los referidos cuidados deben extenderse por lo menos hasta que la niña menor cumpliera la mayoría de edad”.

26. Le Roy. *L'évaluation du préjudice corporel*, cit., p. 20.

27. Consejo de Estado fr., Ass., Sieur Salgues, Rec., p. 315; ver en el mismo sentido: 26 de enero de 1938, Robinet, Rec. C.E., p. 91: “Considerando que resulta de la instrucción del proceso que los gastos de hospitalización y de operación se elevan a la suma de FF. 394,25”.

indemnizados, puesto que “si así no se hiciera, la indemnización quedaría incompleta porque la demandante tuvo que someterse a tratamientos médicos y hospitalarios y deberá acudir a un especialista en cirugía estética para recuperar su figura, ya que le quedó una seria desfiguración facial de carácter permanente, sólo corregible quirúrgicamente”<sup>28</sup>. Se observa entonces que los tratamientos médicos pueden ser tanto pasados como futuros y que ambos son considerados como daño emergente para los efectos de su indemnización, puesto que el juez tiene en cuenta “el valor de los gastos médicos que se han realizado y que se deben realizar”<sup>29</sup>, así como “los pagos realizados a terceros con ocasión de la atención del posparto”<sup>30</sup>. Ha llegado incluso el Consejo de Estado colombiano, en una sentencia inusual pero interesante, a condenar al Estado a una obligación de hacer para reparar el daño emergente. Se trató de un evento en que se condenó al Estado por falla del servicio por el hecho de haber incorporado al servicio militar a una persona con incapacidad médica que se agravó durante la prestación del servicio. En lo que toca con nuestro tema, se afirmó: “Para la Sala la condena así impuesta, que implica en el fondo la obligación de dar una suma de dinero (el valor del tratamiento médico adecuado hasta la total recuperación del paciente o hasta su mejoría posible) deberá reemplazarse por una obligación de hacer, o sea la prestación del tratamiento médico integral hasta lograr el objetivo propuesto; tratamiento que como es obvio comprenderá no sólo la atención médica especializada, sino la hospitalaria y el suministro de las drogas de rigor”<sup>31</sup>.

Mas no se trata tan sólo de los gastos estrictamente médicos para efectos del restablecimiento de la salud, sino, se reitera, de todos aquellos necesarios

---

28. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 5 de noviembre de 1992, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Carmen Quintero Erazo, exp. 7256.

29. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 11 de agosto de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Juan Alberto Aguilar, exp. 9009. Ver en el mismo sentido: 27 de noviembre de 1992, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, exp. 6855: “Gastos médicos, hospitalarios, drogas y demás afines que tuvieron que afectar los citados hermanos para la recuperación de su salud”.

30. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 30 de enero de 1998, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Olga Lucía Camacho Díaz, exp. 10463.

31. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 13 de diciembre de 1995, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Gladys Rodríguez, exp. 10677.

para que la persona lesionada quede en una situación personal lo menos alterada posible. Por ello, si llegare a necesitar de una silla de ruedas a raíz del accidente, el juez no dudará en reconocer el costo correspondiente<sup>32</sup>, como ocurre también con el pago que permita “reemplazar las piezas dentales destruidas por los agentes oficiales”<sup>33</sup>, o con la compra de un perro para ciegos<sup>34</sup>, o el pago de personas que colaboren con el lesionado o con su empresa<sup>35</sup>, o los gastos necesarios para adaptar la habitación para minusválidos físicos<sup>36</sup>, o aun, de una prótesis que se requiera implantar en

- 
32. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 2 de octubre de 1996, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Albeiro de Jesús Giraldo Ballesteros, exp. 9948.
33. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 7 de junio de 1993, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Jorge Enrique Papamija, exp. 7983.
34. Paris 20<sup>e</sup>, 1<sup>o</sup> de febrero de 1973, inédito, citado por Le Roy, *L'evaluation du préjudice corporel*, cit., p. 21.
35. Consejo de Estado fr., 15 de diciembre de 1952, Cons. Mangez: “si la indisposición se prolonga, se impone contratar una empleada doméstica; la indemnización otorgada deberá tener en cuenta los salarios pagados a esta última”; 30 de octubre de 1946, Peyrie, Rec. C.E., p. 250: “... resulta de las pruebas del proceso que el demandante, que sufre una osteomielitis grave aún después de la consolidación de las heridas, debe ser objeto de curaciones cotidianas y no puede proveer a sus necesidades de la existencia sin la ayuda de una tercera persona”; 7 de diciembre de 1938, Dllc. Braccini, Rec., p. 219: “Considerando, de una parte, que resulta de los documentos que obran en el proceso que la señorita Braccini tiene derecho a indemnización [...] por los gastos suplementarios de personal que su inmovilización ha ocasionado y por las pérdidas que soportó en la explotación del comercio”; 11 de enero de 1967, GDF, RDP, 1967, p. 792: “teniendo en cuenta las alteraciones en las condiciones de existencia producidas al señor Bermond por el fallecimiento de su esposa así como por las repercusiones del accidente sobre el estado de su salud, y, específicamente, la circunstancia de que ha debido, viviendo en el hogar de su hija, la Señora Daures, recurrir a la ayuda de una tercera persona, se hará una justa apreciación del perjuicio sufrido en relación con las alteraciones generadas en sus condiciones de existencia, subiendo de 20.000 a FF30.000 el monto que le es debido por este rubro del perjuicio”; 22 de octubre de 1982, Commune de Besse-en-Chandesse, Rec., p. 358: “Considerando, de una parte, que está probado que el Señor Lesigne quedó inválido al 100%; que, totalmente paralizado, necesita permanentemente de la asistencia de una tercera persona; que el hecho de que la Señora Lesigne haya asegurado por ella misma esta asistencia no impide que este rubro del perjuicio sea reparado; que los jueces de instancia hicieron una justa evaluación al fijar la indemnización por la vida entera de la víctima en la suma de FF400.000”; 27 de julio de 1951, Serruys, Rec., p. 446.
36. Corte Suprema de Justicia fr., Casación, Soc., 21 de noviembre de 1984, *Bull. Civ.*, V, N<sup>o</sup> 455, p. 335.

el futuro<sup>37</sup>. También puede ocurrir que el lesionado necesite viajar al exterior para lograr su recuperación, caso en el cual se cancelan los pasajes aéreos, inclusive en primera clase, dada la necesidad de espacio del lesionado, con su respectiva acompañante<sup>38</sup>.

Como se observa, en los casos en que se produce la lesión a la persona se indemnizan todos los gastos necesarios para hacer frente al daño. Poco importa que el daño sea pasado o futuro, ya que el juez reconoce en el caso concreto todos los egresos patrimoniales que tengan relación directa con el daño sufrido por la víctima. Por ello, tales desembolsos no pueden ni deben ser clasificados *a priori* y de manera tajante y preconcebida, pues cada situación expresa la forma en la que debe repararse. Será cuestión de reflexión de la víctima para que logre informar cada uno de los rubros que pueda comprender su daño emergente, sin que deba quedar por fuera ninguno de ellos. Es importante anotar que es un hábito del abogado litigante solicitar la reparación de estos perjuicios sin auscultar realmente su magnitud, por falta de comunicación a fondo con la víctima. Se afirma lo anterior porque, por ejemplo, en derecho colombiano no hay antecedente alguno de indemnización al minusválido por los arreglos que tenga que hacer en su hogar para afrontar su nueva situación, mientras que, en derecho francés, tal indemnización procede. ¡Ni qué hablar de la compra de un perro que cumpla la función de “lazarillo”!

Puesto que en ninguno de los dos derechos hay límites a los rubros del daño emergente que se pueden reclamar, las víctimas deben solicitar realmente lo que les sea necesario para que se cumpla lo mejor posible la regla de la indemnización plena del daño.

## 2. DAÑO EMERGENTE CRISTALIZADO EN LA LESIÓN A BIENES

Cuando el hecho dañino afecta a un bien mueble o inmueble, o en general aquellos bienes que no entran en la clasificación anterior, el juez aplica la misma lógica de la reparación del daño emergente sobre personas: se

37. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 28 de julio de 1995, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Samuel Jerez Rey, exp. 10165.

38. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 29 de enero de 1992, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Alberto Pradilla Bermúdez, exp. 4009.

indemnizan todos los rubros que sean consecuencia directa del hecho dañino y cuyo restablecimiento permita volver a la situación que antecedía al daño o, al menos, a la que más se le parezca. Se busca así permitir, mediante la indemnización, que la víctima del daño tenga el dinero para reemplazar el bien, o el dinero necesario para realizar las reparaciones indispensables para que vuelva a cumplir la función que venía cumpliendo antes del hecho dañino, o aun, el dinero que haya invertido en la recuperación de su bien. Es así como la reparación del daño emergente dependerá del nivel de afectación del bien.

Si la destrucción es total, el juez reconocerá como daño emergente el valor equivalente en dinero o “el valor de reemplazo”<sup>39</sup>, ya se trate de bienes muebles<sup>40</sup> o de inmuebles<sup>41</sup>, valiéndose para ello normalmente de peritajes producidos en el proceso. La misma lógica se emplea cuando el bien inmueble ha sufrido, por ejemplo, una inundación, o cuando fue ocupado por un trabajo público o por una invasión<sup>42</sup>, porque en tales

39. Consejo de Estado fr., 16 de octubre de 1970, Valentin et Soc. d'Assurance Moderne des Agriculteurs vs. Ville de Saint Dizier, Rec., p. 591.

40. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 20 de mayo de 1993, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Sixta Tulia Mosquera Núñez, exp. 7776: bus destruido; ver en el derecho francés: Consejo de Estado, 5 de diciembre de 1947, Goussard, S.1948.3.17: “Considerando, de una parte, que resulta de las pruebas del proceso que el perjuicio sufrido por el Señor Goussard por el accidente mortal de su padre el 2 de septiembre de 1939, causado por un vehículo militar, asciende a la cifra de FF18.067. en lo que respecta al daño causado al vehículo en el cual se encontraba su padre”; 9 de noviembre de 1949, Maura, Rec., p. 472: “Considerando que la suma dada por el Ministro de Guerra para la reparación del vehículo ha sido bien fijada en FF8.206”; Sección, 19 de diciembre de 1969, Etablissements Delannoy, *AJDA*, 1970, p. 125: “que el monto del perjuicio sufrido [...] en razón de los tres robos relatados (tres automóviles) se eleva a la suma de...”.

41. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 27 de noviembre de 1992, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Luis Antonio Cubides, exp. 6855; 5 de julio de 1991, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Aníbal Orozco C., exp. 6014; 17 de octubre de 1990, C. P.: Dr. De Greiff Restrepo, actor: Blanca Sofía Acevedo Q., exp. 6138; 19 de diciembre de 1995, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Mariquita Vásquez, exp. 10773; 9 de febrero de 1995, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Ingenio Riopaila S.A., exp. 9679.

42. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 19 de junio de 1996, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Raúl Galofre Sánchez, exp. 8870.

hipótesis “el perjuicio sufrido por la demandante puede asimilarse a una expropiación”<sup>43</sup>.

Si la destrucción del bien es parcial, el juez reconocerá como daño emergente el valor en dinero de las reparaciones necesarias para que el bien vuelva a cumplir la función anterior al hecho dañino<sup>44</sup>. En efecto, “la reparación del daño corresponde al valor de la reparación o reconstrucción para que quede de manera idéntica al bien deteriorado”<sup>45</sup>, y se tiene de todas formas como límite, por simple lógica, que los gastos de reparación “no sobrepasen el valor venal del bien el día del accidente”<sup>46</sup>. A pesar de que se considera que la posición es lógica y de sentido común, puesto que el acreedor no tiene porqué solicitar una reparación de su bien que supere el valor de reemplazo en el mercado, es cuestionable la solución francesa cuando afirma que tiene que ser el valor venal del día del accidente. En efecto, puede ocurrir que el valor venal del día del accidente, actualizado al día del pago, sea inferior al valor de reemplazo a dicho día. En esta hipótesis el daño se indemniza plenamente con el pago del valor de reemplazo al momento del pago, porque de lo contrario la víctima del daño sería indemnizada por debajo de su aminoración patrimonial.

---

43. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 22 de marzo de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Inés Helena Caicedo de Galindo, exp. 10571.

44. Ver a nivel de ejemplo: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 14 de agosto de 1997, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Sociedad Ferretería Ica Ltda., exp. 11807: “Para la determinación de la cuantía de estos perjuicios, o sea de los correspondientes a daños locativos, se tendrá en cuenta el dictamen pericial rendido en el curso del proceso, el cual no fue objetado por ninguna de las partes y las facturas de compra de materiales, que suman \$22’046.990, valor éste que se indexará desde la fecha de las mismas facturas (enero de 1990) hasta la fecha en que se redacta la presente sentencia, reconociéndose sobre su valor histórico intereses legales del 6% anual”.

45. Boucraut. *La réparation des atteintes aux biens dans le contentieux des responsabilités civile et administrative*, cit., p. 35.

46. Consejo de Estado fr., 17 de marzo de 1950, Besset, Rec., p. 173; ver en el mismo sentido: 30 de octubre de 1946, Peyrie, Rec. C.E., p. 250: “Considerando que el Señor Peyrie no ha probado que al evaluarse en 4.900 francos el valor venal de su automóvil para el día del accidente, el Secretario de Estado haya hecho una evaluación insuficiente; que, por consiguiente [...] el demandante no puede sostener que las averías sufridas por el vehículo le han ocasionado un perjuicio superior a la suma que le ha sido dada y que corresponde al valor venal mencionado”.

De igual manera, “el perjuicio que resulta de la depreciación”<sup>47</sup> del bien inmueble es indemnizable, al igual de lo que ocurre cuando se presenta por causa de trabajos públicos<sup>48</sup>. Es claro que en tal circunstancia al propietario del bien, por la desvalorización del inmueble producida por el hecho dañino, se le produce una merma en su patrimonio. Poco importa que se trate de un inmueble de habitación o de uno comercial, porque si se presenta una “depreciación sufrida en el momento de la cesión del establecimiento de comercio”<sup>49</sup>, la indemnización también es procedente. Tampoco tiene trascendencia que sea un bien inmueble o uno mueble<sup>50</sup>.

Mas el daño emergente no sólo se predica del daño del bien en sí mismo, sino de todas aquellas erogaciones que son consecuencia de su privación. Es decir, si la destrucción total o parcial del bien implicó otro daño emergente, como por ejemplo contratar un bien similar de reemplazo transitorio<sup>51</sup>, un pago de abogados para efectos de hacer respetar los derechos<sup>52</sup>, etc., la

47. Consejo de Estado fr., 12 de julio de 1969, Min. Equipement, *RDP*, 1970, p. 450.

48. Consejo de Estado col., 22 de noviembre de 1990, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Elida López Guerrero, exp. 6203; 17 de noviembre de 1995, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Esperanza Rico P., exp. 10238; 17 de abril de 1998, C. P.: Dr. Suárez Hernández, exp. 11082: “En cuanto al daño emergente se refiere, también los peritos que actuaron en segunda instancia, en un muy bien fundamentado dictamen calcularon a precios de 19 de junio de 1992, fecha en que se terminó la construcción del puente, en \$55'492.172 la desvalorización sufrida por el inmueble, como consecuencia de esa obra pública. Incluyeron la suma de \$4'273.080 correspondiente al valor pagado por la demandada para ampliar una de las entradas al local, obra que debió emprender a raíz del obstáculo que representó para el acceso al local, la construcción del puente, según lo constataron los peritos”.

49. Consejo de Estado fr., 13 de julio de 1926, Soc. du Gaz et de l'Électricité de Nice et Vermeulen, Rec., p. 742.

50. Ver en el derecho colombiano para el caso de una avioneta: 25 de junio de 1995, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Hernando Vargas Cuéllar, exp. 7969. Ver también para el caso de un automóvil: 7 de julio de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Jorge Alberto Márquez, exp. 9610; 23 de abril de 1998, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Ma. del Socorro Coronel, exp. 13443: destrucción total de bus de servicio público por parte de manifestantes.

51. Ver la improcedencia de la indemnización pero por falta de prueba: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 24 de febrero de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Luis Emilio Chavarriaga, exp. 8987.

52. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 15 de septiembre de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Alberto Uribe Oñate, exp. 9391.



indemnización procede. Si se trata de la ocupación de un inmueble en el que se habitaba, el juez no duda en reconocer “los gastos de hotel y alimentación”<sup>53</sup> o, en general, todos los gastos ocasionados durante la privación del bien<sup>54</sup>, como es lógico en la medida en que los gastos consecutivos a la imposibilidad de utilizar los bienes, tales como “los gastos de instalación de un mostrador provisional en una exposición y los alquileres necesarios”<sup>55</sup>, son indemnizables.

También puede ocurrir que la erogación haya sido necesaria a raíz de la violación de bienes tales como la libertad religiosa, la libertad de educación, la libertad de locomoción, etc., puesto que, se reitera, el daño no recae primeramente sobre la persona física sino sobre otra índole de derechos que de ella derivan. Es así indemnizable el “pago de los gastos de organización de una manifestación ilegalmente prohibida”<sup>56</sup>, la pérdida de lo pagado por una matrícula universitaria puesto que el estudiante no pudo estudiar por haber sido detenido arbitrariamente<sup>57</sup> y, en general, todas las consecuencias del atentado a tal clase de derechos.

Como se observa, no se trata de hacer una clasificación en la que se determine qué clase de daño emergente se causa cuando se presenta un hecho dañino, sino que, por el contrario, se insiste, se trata de que en la

53. Consejo de Estado fr., 8 de febrero de 1952, Terrance, Rec., p. 95.

54. Consejo de Estado fr., 26 de junio de 1968, Sicurs Aimé et Louis Martinod, Rec., p. 399: “Considerando que por el artículo 2º del fallo atacado, el tribunal ordenó un peritaje por un sólo perito para que determine el perjuicio sufrido por los demandantes por la ocupación de sus inmuebles; que si bien el fallo dispuso que el perito ‘deberá determinar cuáles han sido los consumos de agua y de electricidad realizados por los ocupantes sin título ni derecho, el valor del arriendo de las habitaciones indebidamente ocupadas y apreciar, en fin, si se puede, las depreciaciones producidas durante el mismo período por los ocupantes’, dicha enumeración no tiene un carácter restrictivo y no impide que el perito, actuando espontáneamente o a petición de los demandantes, haga sus investigaciones sobre todos los elementos del perjuicio, figuren o no en la mencionada enumeración, y que podrían abrir derecho a indemnización”.

55. Consejo de Estado fr., 8 de noviembre de 1957, Soc. Algérienne des Automobiles Renault, Rec., p. 597.

56. Consejo de Estado fr., 18 de diciembre de 1948, Jeunesse Indépendante Chrétienne Féminine, Rec., p. 449.

57. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 22 de agosto de 1996, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Jairo Alfredo Merchancano, exp. 9143.

clasificación por la que se opte se incluyan todas las expresiones que el daño haya tenido y la víctima haya alegado y probado.

Un ejemplo interesante de la forma de concebir el daño emergente a bienes, que al igual de lo que se afirmaba en lo correspondiente a personas no tiene límites en sus rubros sino más bien límites que erradamente se imponen las víctimas mismas o sus apoderados, es el del caso colombiano del 12 de diciembre de 1996. Con él se pretende, una vez más, recordar que cuando se está frente a un daño se deben recomponer todas las partes que lo expresan, puesto que la indemnización del daño en el fondo opera como un taxímetro: cada centavo hace que la víctima se acerque a la indemnización plena. Se trató de los daños ocasionados a un barco de bandera griega que fue colisionado por un buque de la armada nacional<sup>58</sup>. En lo atinente al daño emergente, se reconocieron los siguientes rubros: reparaciones técnicas del buque; suministro de combustible durante el tiempo que permaneció en muelle; revisión técnica realizada por la reaseguradora; desplazamiento del ingeniero superintendente y de un técnico griegos desde Atenas a Bogotá, y de Bogotá a Cartagena donde se encontraba el barco, lo mismo que su regreso; viáticos de las personas que tuvieron que viajar, que comprendían el valor de hoteles y comidas; honorarios pagados a los técnicos y al superintendente; valor de los gastos personales de las mencionadas personas; valor del servicio de lancha para movilizar a las personas a raíz del accidente; y, gastos menores, correspondientes a fotocopias, fotografías, télex, etc. De esta forma, se observa que el daño emergente fue completamente indemnizado, puesto que no sólo cobijó los grandes elementos que lo componían, sino los gastos menores que fueron necesarios a raíz del hecho nocivo.

Así las cosas, se reitera que el daño emergente a bienes distintos de la persona es íntegramente indemnizable, puesto que ni el derecho francés ni el colombiano califican *a priori* determinado rubro como improcedente.

## B. EL LUCRO CESANTE

Tras analizar el daño emergente se seguirá ahora con el estudio del lucro

---

58. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 12 de diciembre de 1996, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Sociedad Odissea Shipping Co., exp. 7183.

cesante, y se distinguirá si se expresa sobre personas o sobre otra clase de bienes, según la clasificación por la que se ha optado.

#### I. EL LUCRO CESANTE CUANDO LA LESIÓN LA SUFRE UNA PERSONA

Cuando se ataca la integridad de una persona humana se generan secuelas que deben ser reparadas. De la misma manera que en el daño emergente, aquí se deben estudiar los casos en los que una persona fallece y aquellos en los que sólo es lesionada.

Cuando fallece una persona, sus deudos tienen derecho a recibir indemnización por el dinero que deja de aportarles el muerto. Es así como, si la "víctima aportaba económicamente al mantenimiento de sus hermanos y hermanas menores [...] se debe proceder a la indemnización"<sup>59</sup>, porque en este evento "se sufre un perjuicio reparable"<sup>60</sup>. Esta posición es lógica en la medida en que el lucro cesante consiste en "el detrimento patrimonial por la muerte de su esposo y padre habida cuenta de que de él dependían económicamente"<sup>61</sup>, razón por la cual se debe otorgar indemnización del "perjuicio consistente en la pérdida de ingresos [...] (de) la esposa y los hijos [...] del señor [...] que con su trabajo atendía las necesidades de su familia"<sup>62</sup>. Por el contrario, "no basta con que se demuestre que el

59. Consejo de Estado fr., Ass., Sieur Sadoudi, 26 de octubre de 1973, *Dalloz*, 1974, p. 255, note J.-M. Auby.

60. Consejo de Estado fr., 5 de julio de 1952, dame Pettigrew, *Rec.*, p. 365.

61. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 10 de octubre de 1996, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Nidia Amparo Ordóñez, exp. 10287; ver igualmente, entre los numerosos fallos que existen: 1° de octubre de 1992, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Pastorita Herrera, exp. 6525; 15 de agosto de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Martha Herminia Carbone, exp. 10818; 26 de febrero de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Ma. Luisa Condia, exp. 10438.

62. Consejo de Estado fr., 4 de noviembre de 1966, Département de la Vendée et Consorts Alonzo Hoffmann, *Leb.*, p. 527; *AJDA*, 1967, 56; ver en el mismo sentido: Consejo de Estado, 24 de junio de 1964, Commune de Plonisy, *RDP*, 1964, p. 1044: "De una parte, el fallecimiento del señor Savidan, que tenía 51 años a la fecha del accidente y que tenía a su cargo las necesidades de su familia con la explotación de un terreno de 20 hectáreas, ha privado a su esposa y tres hijos menores de una parte importante de ingresos necesarios para su existencia y sobre los cuales tenían derecho de contar, a pesar de que sus dos hijos mayores hayan continuado con la explotación del terreno";

desaparecido era una persona económicamente productiva, para que automáticamente proceda el reconocimiento de indemnización por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, es necesario que se demuestre la existencia del daño, es decir, es menester probar que con sus ingresos proporcionaba ayuda económica a alguna persona que se vió afectada por no seguir recibiendo tal ayuda”<sup>63</sup>. Sin embargo, como se anotó en la parte introductoria de este escrito, la jurisprudencia colombiana tiene establecido que la colaboración económica entre familiares se presume en virtud del concepto de obligación alimentaria del Código Civil<sup>64</sup>. Esta

---

Ass., 24 de noviembre de 1961, Letisserand, Rec., p. 661: “Considerando que el fallecimiento del señor Letisserand, marido de la demandante que tenía 41 años a la fecha del accidente y que con su trabajo procuraba las necesidades de su familia, ha privado tanto a la señora Letisserand como a sus tres hijos menores que viven en el hogar, de la mayor parte de ingresos necesarios a su existencia”; 12 de enero de 1962, EDF vs. Allamargot, Rec., p. 29: “Considerando, de una parte, que al otorgarse al hijo menor de la víctima una indemnización de tres millones de francos, los jueces de instancia no hicieron una evaluación excesiva del perjuicio sufrido por aquél a raíz del fallecimiento de su madre, que aseguraba su manutención”; 15 de julio de 1959, EDF vs. Dame veuve Cornut, Rec., p. 30.

63. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 26 de junio de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Tarcisio Medina Vargas y otra, exp. 11508. Ver en el mismo sentido: 4 de julio de 1997, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Ma. Luisa Valenzuela G. y otros, exp. 10182: “Sin embargo, la decisión recurrida se mantendrá porque la parte actora no demostró la causación real del perjuicio material que se dice sufrieron la esposa y los hijos del doctor Valencia García, aspecto sobre el cual no existe ninguna prueba ni referencia siquiera indirecta de parte de los numerosos testigos que declararon en este proceso. La dependencia económica, entendida como el vínculo existente entre quien provee a la subsistencia de otra persona y ésta, es un hecho que debe acreditarse por cualquiera de los medios de prueba autorizados por el ordenamiento jurídico y constituye el presupuesto ineludible para que se pueda predicar el daño cuya reparación se demanda”.
64. Se recuerdan las citas jurisprudenciales hechas en su momento: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 23 de octubre de 1992, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Pedro Pablo Contreras, exp. 6951, T. 174, p. 309; 15 de agosto de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Martha Herminia Carbone D., exp. 10818; 12 de diciembre de 1997, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Nohora Saavedra de Ramírez, exp. 10651: “Se revocará la decisión del *a quo* en cuanto denegó los perjuicios materiales, pues el argumento orientado a señalar que los perjudicados no acreditaron los vínculos de dependencia, se desvirtúa con la obligación alimentaria que correspondía al finado en favor de la esposa y los hijos”.

posición reiterada de la jurisprudencia colombiana aparece desmentida por una reciente sentencia de la Sala Plena del Consejo de Estado, en donde, en caso de muerte, se afirma que “se estará igualmente a lo dicho por el *a quo* respecto del reconocimiento de los perjuicios materiales solicitados por los demandantes, en razón a que no aparece demostrado que al momento de su muerte el señor Martínez Arroyo ejerciera alguna actividad lucrativa o devengara un salario; tampoco que por el hecho de su muerte sus parientes demandantes se hubiesen visto afectados económicamente”<sup>65</sup>. Con independencia de la citada posición de la sentencia colombiana, se anota que esta indemnización genera la ficción de que, desde el punto de vista económico, la persona que colaboraba con la víctima no falleció. Por ello “la pérdida de salario es lo primero que da lugar a la reparación”<sup>66</sup>, con lo cual de todas formas se excluye la renta que haya dejado el difunto, porque las “rentas de capital no tienen porqué desaparecer con la muerte del dueño”<sup>67</sup>.

Cuando la persona es lesionada, el lucro cesante consistirá en el dinero que habría recibido la persona de no haber ocurrido el daño y cuya pérdida o mengua se origina en su incapacidad laboral. La diferencia con la hipótesis de muerte de la persona consiste en que los destinatarios de la indemnización no son normalmente los deudos sino el directamente lesionado y que, por supuesto, no se descuentan los gastos de la propia subsistencia, justo en razón de que el lesionado sigue gastando para subsistir. Se dice “normalmente”, porque los casos que se presentan en esta hipótesis contienen por lo general un *petitum* que sólo pretende la indemnización del directamente lesionado. Sin embargo, nada impide que personas diferentes puedan ejercer una acción directa por el daño recibido a raíz de la falta de ingresos de quien sufrió la incapacidad porque, por ejemplo, no continúan recibiendo el apoyo económico que recibían con anterioridad al hecho dañino. Es un

---

65. Consejo de Estado col., Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, 5 de noviembre de 1997, C. P.: Dr. Gutiérrez Velásquez, actor: Alfredo Martín y otros, exp. S-259.

66. Francois Vincent. “Règles générales de la réparation”, en *Jurisclasseur Administratif*, Vol. 7, fasc. 730, p. 18.

67. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 9 de febrero de 1995, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Sara Ordóñez de Ibarra, exp. 10320. Ver en el mismo sentido: 8 de octubre de 1992, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Flor Marina Devia, exp. 7070.

problema de prueba del perjuicio personal en donde cualquier persona puede invocarlo.

La indemnización correspondiente dependerá de la clase de incapacidad laboral que se haya producido. Puede ocurrir, en primer lugar, que la persona sufra una incapacidad total y definitiva para trabajar, lo cual supone que quedó hasta el final de sus días sin posibilidades de desempeñarse<sup>68</sup>. Son las lesiones más graves. También puede ocurrir que la lesión, a pesar de ser definitiva, no tenga la gravedad suficiente para impedir de manera total el desarrollo laboral. Sería el caso de una incapacidad definitiva parcial<sup>69</sup>. Por último, puede ocurrir que la persona haya perdido la capacidad de trabajo, pero por un tiempo limitado, luego del cual se recuperó o se habrá de recuperar total o parcialmente<sup>70</sup>. Citando al doctrinante Le Roy,

- 
68. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 22 de mayo de 1996, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Ana Cecilia Díaz Guativa, exp. 10084: "La Sala revocará el fallo de primer grado en cuanto niega la indemnización que la víctima reclama en la modalidad de lucro cesante, que se debe reconocer por estar derivado del daño que se le infringió a su derecho jurídicamente protegido, a su integridad personal; su fuente radica particularmente en las secuelas que se le generaron en el accidente consistentes en la deformación física, trastornos orgánicos, paraplejía que lo coloca en una silla de rueda por el resto de su existencia, y en fin, la disminución del 100% de su capacidad productiva".
69. Ver en el derecho colombiano: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 19 de junio de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Selden Juvenal Suárez, exp. 10826: "En cuanto al lucro cesante en la demanda se solicita el reconocimiento de la incapacidad laboral que genera la pérdida de un riñón, conforme a la tabla de incapacidades contenida en el art. 209 del C. S. del Trabajo. Esta tabla consagra una incapacidad del 25 al 35% en casos de nefrectomía simple. Con base en esa norma la indemnización por lucro cesante se reconocerá tomando como base de la incapacidad un 30%, promedio de aquel permitido por la disposición a la cual se acude".
70. Ver en el derecho colombiano: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 13 de mayo de 1993, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: José Eliécer Vargas, exp. 8008: "el lucro cesante comprende los 30 días de incapacidad". Es también el caso del lucro cesante generado por detenciones injustificadas: 12 de diciembre de 1996, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: José Angel Zabala M., exp. 10299. Ver para el derecho francés: Consejo de Estado fr., Ass., 1° de febrero de 1975, Soc. des Faux de Marseille, Rec., p. 124: "que luego del accidente el señor Massa quedó en incapacidad de proseguir su actividad profesional durante 4 meses y que el perjuicio sufrido por este hecho debe ser evaluado en FF4.000"; Ass., 24 de abril de 1942, Morell, Rec., p. 136: "Considerando que el señor Morell tiene derecho, en primer término, al reintegro del

se puede afirmar que en estos eventos “la víctima de un accidente tiene derecho a reclamar al responsable el pago de las sumas de que fue privada por dicho hecho durante la incapacidad temporal (y también definitiva) sufrida”<sup>71</sup>.

Como se observa, el lucro cesante consiste en estos casos en el resultado o efecto de la pérdida de capacidad o posibilidad laboral, y se indemniza con una suma de reemplazo de aquella que no fue o no será producida. Pero si bien dicha regla es aceptada sin discusión, el problema se genera con su aplicación. En efecto, dos discusiones se pueden presentar: de un lado, definir si la incapacidad parcial de trabajo debe ser decidida en abstracto, esto es, sin tener en cuenta la profesión u oficio; de otro lado, determinar si en evento en el que de manera abstracta se fijó una incapacidad laboral, pero la víctima sigue trabajando y produciendo, procede o no la indemnización, total o parcial, según el caso.

Respecto del primer punto, hay que determinar cómo se fija la incapacidad laboral de la persona. La tendencia del juez colombiano es la de utilizar peritajes que indiquen en abstracto la incapacidad laboral sufrida<sup>72</sup>. Se considera que dicha metodología es discutible, si se tiene en cuenta que el daño realmente producido en la actividad profesional de una persona dependerá, no de la fijación en abstracto basada en criterios anatómicos aplicables a toda la población, sino de la actividad desarrollada

---

monto de los salarios que habría percibido durante la hospitalización, del 18 de junio al 18 de octubre de 1933, es decir, FF20.416 [...] considerando, finalmente, que se hará una equitativa apreciación de la reparación debida por la incapacidad de trabajo permanente y total sufrida por el demandante, condenando al Estado a otorgarle una renta anual de FF30.000”; 26 de enero de 1938, Robinet, Rec. C.E., p. 91: “que se hará una equitativa apreciación de los otros gastos y de las pérdidas de salario que el accidente ha producido al señor Robinet (René) otorgando una suma total, por el conjunto del perjuicio sufrido, de 1.600 francos”.

71. Le Roy. *L'évaluation du préjudice corporel*, cit., p. 23.

72. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 11 de junio de 1993, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Esmeralda Hernández de Quiñónez, exp. 7311: “En cuanto al lesionado, por parte de Medicina Laboral le fue determinada una incapacidad del 20% y sus lesiones de la pierna izquierda tienen un carácter permanente. Hay lugar a reconocerle indemnización por los daños materiales causados, los cuales deberán liquidarse con base en el salario mínimo legal vigente hasta la vida probable del lesionado”.

por el demandante. En efecto, una cosa es que se lesione la mano de un pianista o el pie de un futbolista, y otra muy diferente si se producen tales lesiones a un intelectual. Por ello, cuando el doctrinante Le Roy se refiere a la usanza en el derecho francés a partir de criterios elaborados en 1939, considera que “estos, esencialmente anatómicos, estaban mal adaptados al derecho común, puesto que se sustentaban en el postulado según el cual la pérdida de ganancia es proporcional al porcentaje de invalidez y las incapacidades se otorgaban en función de la disminución de la capacidad profesional de un trabajador medio en las condiciones socio-económicas y profesionales de 1939”<sup>73</sup>. Es así como se estima que el juez debe indagar, frente a cada caso concreto, la repercusión que puede tener la incapacidad laboral para la víctima, pero sin caer en la comodidad o el facilismo de utilizar criterios estrictamente anatómicos y fisiológicos.

Se reconoce que el punto es de difícil solución, sobre todo en eventos en que se presenta incapacidad permanente total en un menor de edad<sup>74</sup>, respecto de quien, por no poderse predicar actividad concreta futura alguna, no existiría una referencia diferente a la anatómica aplicable a toda la población. Sin embargo, podría haber alguna concreción con apoyo en el ambiente familiar o del hogar y el medio específico, y con la metodología ya explicada cuando se estudió el carácter cierto del perjuicio. Pero, fuera de este caso, se reitera la necesidad de que el juez abandone la comodidad de la fijación abstracta de porcentajes de incapacidad, para que llegue al campo de la determinación real del lucro cesante. Esto es, que “para que se fije el monto de la indemnización que cubre la pérdida de ingresos, el juez tenga en cuenta las circunstancias concretas de cada caso”<sup>75</sup>. Es lo que ha ocurrido en algunos eventos del derecho francés, en los que a pesar de existir un peritaje basado en una disminución abstracta de la capacidad laboral, por ejemplo del 60%, se otorgó la indemnización sobre una incapacidad total, teniendo en cuenta que la víctima debió abandonar su profesión y no pudo ejercer otras<sup>76</sup>. En reciente providencia colombiana

73. Le Roy. *L'évaluation du préjudice corporel*, cit., p. 32.

74. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 26 de septiembre de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Javier Bolaños Campo, exp. 10658.

75. *AJDA*, 1970, I, Doctrine, junio de 1970, p. 352.

76. Corte Suprema de Justicia fr., Cas. Civil, 1º de octubre de 1974, *Bull. Civ.*, I, N° 283; Cas. Civil. 2º, 22 de noviembre de 1973, *Bull. Civ.*, II, N° 308.



se sugirió el mismo proceder en la primera instancia, pero fue sin embargo desmentida por el propio Consejo de Estado. Fue el caso de un torero acróbata al cual, en sentencia de primera instancia y frente a una incapacidad dictaminada del 100% se le redujo al 40%, porque este índice “repercute en la incapacidad permanente concreta a la labor del torero y determinada o referida, únicamente a la carencia de funciones del miembro superior izquierdo quedando apto del resto de la integridad anatómica y funcional, lo que permite ocupación laboral en actividades distintas a las que ejercía”. No obstante, la segunda instancia confirmó la decisión, aunque sólo por razones procesales –no se apeló el punto–, ya que en el aspecto sustancial señaló que “tal reducción no se ajusta a las pautas jurisprudenciales de la Sala, pues si el demandante en su condición de torero perdió la totalidad de su capacidad laboral para ejercer dicha profesión, la condena en perjuicios debía ser por dicha totalidad”<sup>77</sup>.

Le corresponde al juez no dejarse arrinconar por ninguna metodología específica y tener en claro que de lo que se trata, finalmente, es de determinar la certeza del daño, con independencia de que coincida o no con una tabla determinada que lo evalúe. Esto es, que el juez bien puede aceptar o no la valoración abstracta del lucro cesante, frente al caso concreto, pues hay eventos en los que puede haber coincidencia mientras que en otros no. Todo será un problema de certeza del daño, esto es, de determinar realmente si la incapacidad laboral fijada en abstracto coincide con la dimensión misma del daño.

Si se ha logrado determinar en forma convincente el porcentaje de la incapacidad laboral sufrida, y la manera de hacerla procedente frente al caso concreto, queda por resolver el segundo punto planteado, esto es, si tal daño se produce cuando, a pesar de la incapacidad laboral, la víctima sigue trabajando.

En el derecho francés la discusión se planteó en el caso del 4 de enero de 1964, en el cual la administración resultó responsable por las lesiones

---

77. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 24 de julio de 1997, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Alvaro Neira Cárdenas, exp. 9401. Ver en sentido similar: 15 de enero de 1995, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Carlos Orlando Ortiz Ramírez y otro, exp. 10986: caso en el cual se indemniza al 100% con salario mínimo la incapacidad laboral futura de menor a pesar de que el experticio indicaba sólo el 40%.

ocasionadas a un motociclista que se accidentó en una vía. El profesor Moreau hace un comentario del fallo que, en lo que aquí se estudia, merece transcribirse: “el primer punto importante se relaciona con la prueba de la pérdida de ingresos sufrida por la víctima durante su incapacidad temporal total. El demandado argumentaba que el Tribunal Administrativo había hecho una evaluación excesiva de este rubro, porque no estaba demostrado que la víctima no hubiera realizado ninguna actividad remunerada durante este período. Con razón, el Consejo de Estado rechaza la argumentación que, de haber sido acogida, habría obligado a la víctima a probar el hecho negativo de la ausencia de remuneración, y constata que el demandado no aportó ninguna prueba para apoyar sus alegatos. Resulta entonces de esta decisión que, para las pérdidas de salarios e ingresos profesionales, es a la administración (demandada) a la que le incumbe probar que la víctima efectivamente trabajó durante el período de incapacidad”<sup>78</sup>. En dicho evento, entonces, no procede la reparación del daño, sino en la medida de un rendimiento o ingreso menor, y por la sola diferencia. La explicación de la solución jurisprudencial radica en que “si la reparación debe ser plena, la víctima sólo puede reclamar la parte de los tratamientos, salarios e ingresos que no pudo ganar por el accidente, correspondiéndole aportar la prueba de su perjuicio [...] No parece entonces posible admitir que el empleado que ha recibido sus salarios durante su período de incapacidad temporal pueda reclamarlos de nuevo al responsable del accidente”<sup>79</sup>. La misma posición se toma, según el profesor Claude Rousseau, “en Alemania o en Suiza, en donde el perito puede evaluar un porcentaje de incapacidad, pero si no hay lucro cesante, dicha incapacidad no será objeto de indemnización”<sup>80</sup>. También cuando la incapacidad es permanente pero parcial se sigue la misma regla, “por ejemplo, en el caso del piloto de aviación que debe ser trasladado a un servicio administrativo en donde hará una carrera

---

78. Consejo de Estado fr., 4 de enero de 1964, Département du Nord, *AJDA*, 1964, II, p. 508, nota del profesor Moreau.

79. Le Roy. *L'évaluation du préjudice corporel*, cit., p. 28.

80. Claude Rousseau. “L'expertise médicale dans les différents pays de la C.E.E.”, en *Problèmes actuels de la réparation du dommage corporel*, Jean-Luc Fagnart y Alain Pire (dirs.), Actas del Coloquio celebrado en la Universidad Libre de Bruselas el 10 de febrero de 1993, Bruselas, Ed. Emile Bruylant, 1993, p. 43.

menos lucrativa aunque probablemente más larga, caso en el cual podrá reclamar eventualmente los daños destinados a compensar la pérdida de ingresos que ha sufrido”<sup>81</sup>.

Estudiada la posición francesa, se observará que la jurisprudencia colombiana ha sido vacilante en este aspecto. En un primer grupo de sentencias se considera que “el mero hecho de que la sección de Medicina Legal determine la existencia de la incapacidad, no es suficiente para que se ordene el pago de la indemnización, dado que existe prueba en contra de tal certificación, prueba que demuestra que ese perjuicio no es cierto, porque la lesionada siguió laborando normalmente en el mismo oficio que desempeñaba. La indemnización por la pérdida de la capacidad laboral debe corresponder a que se haya perdido total o parcialmente tal capacidad, si así no sucede, no hay lugar a indemnización porque tal perjuicio no es real”<sup>82</sup>. La situación de hecho demostraba, en efecto, “que la lesionada no

---

81. Le Roy. *L'évaluation du préjudice corporel*, cit., p. 48.

82. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 13 de diciembre de 1995, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Ma. Angélica Cañón V., exp. 10606. Ver en el mismo sentido: 15 de noviembre de 1995, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Emilsen Hernández de Pérez, exp. 10301: “Otra cosa, es que eventualmente por razón de su lesión física se encuentre parcialmente imposibilitada para acceder a otras labores como se infiere del dictamen forense. Pero tal ocurrencia carece de comprobación, surge apenas de hipótesis que para efectos de establecer los perjuicios y repararlos, resultan inconducentes e imposibilitan su cuantificación, es decir, que en tales condiciones el pretendido perjuicio a más de no encontrarse determinado, tampoco puede ser determinable. Las limitaciones económicas por las ‘clases de idioma en su residencia o bien en otros planteles educativos privados e incluso en claustros universitarios’, a que alude la parte actora en su alegato de conclusión, carecen de demostración procesal y por lo mismo no constituyen sustento probatorio del perjuicio material reclamado”; 29 de octubre de 1992, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: José Abelardo de los Ríos y otros, exp. 7093: “La Sala estima que le cabe razón al *a quo* al sostener que no fueron comprobados los perjuicios de orden material, por cuanto en autos se comprobó que la incapacidad laboral de la víctima y los gastos médicos y hospitalarios causados, fueron atendidos y cancelados por la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional, entidad en donde prestaba sus servicios laborales. Igualmente se deduce de la prueba recaudada que el lesionado no vio disminuida su capacidad de trabajo. En las anteriores condiciones se imponía concluir, como bien lo hizo el *a quo*, que no se dieron los perjuicios materiales alegados y que de haberse causado, faltó su demostración”; ver aun la aclaración de voto del doctor Valencia Arango en el

ha visto afectada su capacidad laboral, habida cuenta de que siguió trabajando en la institución, en el mismo oficio que desempeñaba antes del atentado; que después de sufrida la lesión fue inscrita en carrera y que adicionalmente fue ascendida, situación que evidencia el hecho de que la señora no ha visto disminuida su capacidad laboral, sino que esta se mantuvo intacta, a pesar de la pérdida de su ojo derecho". Se observa entonces que la incapacidad laboral determinada por la pérdida del ojo no fue tomada en cuenta en este caso por el juez colombiano para efectos de indemnizar el lucro cesante. Se partió del argumento que enuncia que no hubo daño porque la persona no fue afectada en su situación concreta y real, ya que, como lo diría un fallo francés, la víctima "reinició normalmente su trabajo sin sufrir una baja en el escalafón profesional"<sup>83</sup>. Similar proceder se observa en eventos en los cuales muere una persona pensionada, caso en el cual, si no existe prueba de que además de la pensión devengaba dinero, no se reconoce el lucro cesante, porque "lo que se procura es compensar o resarcir un detrimento o recorte patrimonial cierto, concreto y actual sufrido por los interesados. No hay lugar a decretar la indemnización deprecada, que comprende el lucro cesante y el daño emergente, toda vez que no se demostró se hubieran causado; la suma con la cual la víctima contribuía a su subsistencia, producto de su mesada pensional, continuarán recibéndola, ahora a título de beneficiarias directas, por sustitución pensional"<sup>84</sup>.

Sin embargo, en otro conjunto de sentencias se observa la posición contraria para resolver la hipótesis en estudio, esto es, qué ocurre si la víctima a pesar de la lesión sigue trabajando. En efecto, se afirma que "toda persona tiene derecho a disfrutar de la integridad personal que le permita tener la libertad real de escoger entre trabajar y no hacerlo y, decidiéndose por la afirmativa, poder optar entre una y otra profesión. Si estas facultades

---

expediente 3815, del 3 de octubre de 1985, en el proceso de Libardo Vergara Acuña: "comparto la decisión adoptada por cuanto aún supuesta la falla administrativa consistente en la no posesión del demandante por el superintendente bancario, como gerente del Fondo Ganadero de Sucre S.A., tal funcionario se posesionó ante el juez municipal de Sincelejo y ejerció el cargo, por lo que ningún perjuicio sufrió".

83. Consejo de Estado fr., 28 de junio de 1950, Lelièvre, Rec., p. 396. Ver igualmente: 29 de octubre de 1980, Marty, Rec., table, p. 883.

84. Consejo de Estado, Sección Tercera, 14 de agosto de 1997, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Ana Dolores Bravo Sánchez y otros, exp. 11469.

de trabajo se ven disminuidas el responsable deberá indemnizar, ya que si la víctima recibe oferta de trabajo deberá rechazarla a causa de su incapacidad, y, justamente, ello constituye un daño que debe ser reparado”<sup>85</sup>. La regla la sienta el Consejo de Estado en el caso anterior, con base en unos considerandos que vale la pena reproducir: “en la materia que se estudia es incuestionable que las distintas perspectivas de manejo jurídico se explican por la posición que el juez o magistrado tenga frente a la persona humana. Una visión materialista de ésta lleva a concluir que el hombre es solo un animal que produce, que se procura la subsistencia y cuya vida está determinada en gran medida por las fuerzas económicas. Transitando por este sendero bien puede predicarse que si fue lesionado en su integridad física, pero sigue produciendo, al ciento por ciento, en la profesión que ejerce, no hay lugar a indemnización sino por el período en que dejó de producir. Por el contrario, si se ve en el hombre a un ser espiritual, que eleva la escala de sus conceptos al mundo maravilloso del pensamiento, tiene que concluirse que la expresión más convincente de su superior naturaleza espiritual es la libertad, esto es, que el hombre es hombre porque tiene la libertad para obrar dentro del marco de su destino. Por ello se enseña que es libre para deliberar, para tomar decisiones y para escoger entre varias alternativas. Así se explica que quien hoy es abogado, mañana puede dedicarse a las labores del agro o del comercio, libertad de elección

---

85. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 12 de septiembre de 1991, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Rosa Nelly Londoño Martínez, exp. 6572; ver en el mismo sentido: 27 de julio de 1995, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Esteban Zúñiga C., exp. 8770: “y el certificado expedido por la propia entidad demandada en el que se indica que la incapacidad laboral del actor es del 100%, es suficiente para demostrar esta circunstancia sin que fuera menester demostrar el desempleo posterior, pues incluso el hecho de que en el futuro pueda, con mayor esfuerzo, dedicarse a labores que pueda desarrollar teniendo en cuenta su estado actual, no implica que la entidad demandada no deba responder por sus daños que en su condición de soldado efectivamente le ocasionaron la pérdida de la totalidad de su capacidad de trabajo”; 13 de noviembre de 1992, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Hugo Gil Pinzón, exp. 4324: “En otras palabras, el señor Gil Pinzón quedó totalmente incapacitado como profesional castrense y por eso tendrá que indemnizarse esa pérdida total de su capacidad, con prescindencia de que esté vinculado a la Universidad Militar y devengue en ella una asignación similar a la que percibiría si estuviera sano y en pleno ejercicio de su carrera militar”.

que no puede quedar comprometida impunemente por los atentados hechos a la integridad física, esto es, sin que se indemnice, en todo su universo, el daño causado, cuando ese mundo de la libertad queda total o parcialmente agotado”. Esta filosofía parece también estar presente en ocasiones en el derecho francés, puesto que frente a incapacidades parciales definitivas de trabajo se indemniza el daño por la reducción de las posibilidades de realización profesional en el futuro<sup>86</sup>.

Frente a las dos tendencias descritas, se comparte la primera de ellas, esto es, la que indica que no existe daño por lucro cesante cuando una persona que ha sufrido una incapacidad anatómica de trabajo continúa en él. Me remito a lo dicho en la parte introductoria de este libro, al desarrollar el tema de la indemnización plena del daño y, en particular, cuando se estudió el tema de la inexistencia y la cesación del mismo. Se debe sólo agregar que la postura contraria sostenida con ponencia del doctor Uribe Acosta, aunque defendible en el plano de la piedad, no lo es en el plano de la lógica. En efecto, el caso en estudio es uno de aquellos de inexistencia del daño, que el profesor De Cupis describe en su obra. Argumentar que no se puede concebir el ser humano sólo como un animal que produce sino que debe ser elevado al universo de la libertad es rebuscar argumentos que no deben jugar en la teoría jurídica, porque la posición contraria no concibe

---

86. Consejo de Estado, 2 de marzo de 1979, *Henriet, Rec.*, table, p. 885: “Mano deformada y amputada. Joven adolescente a la que la mano izquierda le fue aplastada y que sufrió lesiones importantes de los dedos que conllevaron la deformación y la amputación de dos de ellos. Estas consecuencias graves que conllevaron la reducción de la posibilidad de elección de sus actividades profesionales y privadas, se evalúan en FF50.000 por este rubro del perjuicio”; 13 de octubre de 1971, *Ville de Marseille, RDP*, 1972, p. 1554: “Se deduce de las pruebas del proceso que el señor Marangon, que tenía 21 años al momento del accidente, debió renunciar al ejercicio de su oficio a raíz de las consecuencias de las quemaduras; la invalidez del 60% que sufrió lo hacen incapaz de volver a encontrar una actividad profesional comparable a aquella que ejercía y lo obliga a ocupar empleos menos remunerados; las cuatro intervenciones quirúrgicas que ha tenido le han ocasionado importantes sufrimientos físicos; ha sido víctima de alteraciones graves en sus condiciones de existencia; en consecuencia, el municipio de Marseille no puede sostener que el fallo de primera instancia ha hecho una inexacta apreciación del perjuicio, al otorgar al señor Marangon 220.390 francos por los perjuicios que resultan de los gastos médicos y farmacéuticos y de las pérdidas de salario durante su período de incapacidad temporal total”.

a un ser humano “alejado del universo de la libertad”. Las dos categorías, la de la libertad y la de producción, le pertenecen. En el caso citado, dicha libertad no se vulnera, precisamente porque, como se ha visto en la introducción, si la víctima frente a su hecho dañino decide continuar en un trabajo, ejerce su libertad de elección frente a la situación creada. No se trata en la responsabilidad civil de dar recompensa por tal actitud sino de analizar un faltante patrimonial. Lo que la teoría jurídica debe atender, como ya se ha visto, es la diferencia existente entre la situación anterior y la posterior al hecho dañino, y lo cierto en el evento estudiado es que, en últimas, la persona no sufrió lucro cesante. La responsabilidad civil no puede ser una forma de redistribución de riquezas, ni de piedad, lo cual es un problema legislativo, sino una forma de reparar un daño efectivamente causado. La traslación patrimonial que se ordena en la responsabilidad civil cumple con el objeto de dejar indemne a la víctima, y sólo se justifica cuando suple un faltante de la misma. Por supuesto la posición que aquí se asume se justifica, como se ha visto, en la medida en que la jurisprudencia tome una posición diferente respecto de la cosa juzgada, por ejemplo, si indica que en dichas hipótesis la misma se produce salvo desmejora en la situación de la víctima, y que ésta puede pedir la revisión de su indemnización previa prueba de que la situación con base en la cual se dictó la sentencia se encuentra deteriorada. El lucro cesante por lesión corporal dictaminado en abstracto no genera entonces automáticamente indemnización, porque es necesario que se proyecte en la realidad económica de la víctima. Si antes y después del daño la situación es idéntica, no hay lucro cesante a pesar de que puedan existir otros daños, verbigracia, perjuicio a la vida de relación, daño emergente, etc. La responsabilidad civil tiene por objeto dejar indemne a la víctima desde el ámbito de su patrimonio económico, y no castigar al responsable. Si se quisiera introducir en nuestro sistema el daño punitivo del sistema anglosajón, habría que empezar por defender la idea en Francia y en Colombia, donde, como ya se ha visto, el castigo no forma parte del sistema de responsabilidad civil.

Una vez sentadas las reglas generales que acaban de anotarse, resta por advertir que, al igual que ocurre con el daño emergente, también en cuanto al lucro cesante se deben tener en cuenta todos los rubros que se deriven del daño a la persona. Poco importa, como ya se ha dicho, que el lucro se refleje en el directamente lesionado o en cualquiera otra persona. No hay,

pues, limitación en este aspecto. Puede ocurrir, en efecto, que a raíz de la lesión a una persona se requiera que un tercero deje de trabajar para atenderla, hipótesis en la cual la indemnización procede<sup>87</sup>, al punto de que el juez francés, en un discutible caso, llegó a indemnizar el daño sufrido por un padre que debe suspender su trabajo por problemas de salud posteriores al fallecimiento de su hija<sup>88</sup>.

Este caso se trae como ejemplo, pero se retoma la regla general: todo lucro cesante que se genere con la lesión a la persona debe ser indemnizado.

## 2. EL LUCRO CESANTE CUANDO LA LESIÓN ES A UN BIEN

El lucro cesante cuando la lesión se produce directamente sobre un bien está constituido por lo que este deja de producir en razón del hecho dañino.

Al igual que en hipótesis anteriores, el lucro cesante no es excluyente con la pérdida del valor del bien en sí mismo considerado, a la cual ya se ha hecho referencia en el tema del daño emergente. En efecto, todas las ganancias frustradas que se esperaba produciría el bien se tienen como daño indemnizable.

Así, si se impide la explotación de un negocio maderero, se trata de "calcular, sobre la base de los contratos suscritos entre el señor Vincenti y los propietarios madereros del municipio, el volumen de madera que habría sido efectivamente explotado en la ausencia de la prohibición de la que se trata y, de otra parte, teniendo en cuenta los álceas de explotación, de evaluar

---

87. Consejo de Estado fr., 19 de enero de 1953, Gasporian.

88. Consejo de Estado fr., 9 de marzo de 1966, Ville de Troyes, *RDP*, 1966, p. 1004: "Está probado que la señorita Vinot, de 19 años, hija mayor de los cuatro hijos de los esposos Vinot, vivía en el hogar de la familia en el momento del accidente y contribuía a los gastos del mismo por las ganancias que obtenía como secretaria y que correspondían en 1958 a una remuneración mensual de FF 35.000 aproximadamente; la privación de esta ayuda material se agravó por el hecho de que, posteriormente al fallecimiento de su hija, el señor Vinot debió interrumpir durante un período indeterminado su actividad profesional por razones de salud; en consecuencia, el fallecimiento de la señorita Vinot produjo en sus padres, a más del perjuicio moral, serias alteraciones en sus condiciones de existencia, y se hará una justa apreciación del conjunto del perjuicio sufrido fijando en FF 60.000 la indemnización debida por el municipio de Troyes a los esposos Vinot".



el beneficio normal que habría sido obtenido de ésta, si no hubiera sido interrumpida”<sup>89</sup>. De igual forma, lo que el bien hubiera producido durante su inmovilización genera indemnización<sup>90</sup> porque, por ejemplo, se estableció que “el automóvil trabajaba en dos jornadas”<sup>91</sup>, porque se prueba que sobre el camión existía un contrato de transporte de materiales que no se pudo continuar, porque se prueba que una empresa agropecuaria dejó de producir botellas de leche y otras mercancías<sup>92</sup> o, aun, porque el bien supone un capital que genera lucro<sup>93</sup>.

De todas formas, se debe descontar del daño lo que su propietario, como empresario, gastaba a título de costo de producción en gasolina, llantas, aceite, peajes, insumos, etc.<sup>94</sup>, lo cual es apenas lógico en la medida

89. Consejo de Estado fr., 21 de diciembre de 1966, *Min. Agriculture vs. Vincenti*, RDP, 1967, p. 357.

90. Consejo de Estado col., 15 de junio de 1995, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Yefer Elías Piña, exp. 10035.

91. Consejo de Estado col., 5 de marzo de 1992, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Jorge Luis Carreño, exp. 6385.

92. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 25 de septiembre de 1997, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Soc. Agrícola Las Brisas Ltda., exp. 13497: se trató del auto que liquidó en concreto el perjuicio decretado por la sentencia de la Sección del 1° de marzo de 1996, en donde se ordenó reparar un lucro cesante por pérdida en la producción de leche, industria piscícola, etc.

93. Consejo de Estado col., 13 de agosto de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Alfonso Fajardo Téllez, exp. 11254: “En lo que hace a la pretensión indemnizatoria por lucro cesante, tampoco resultó debidamente acreditada por las razones expuestas por el Tribunal respecto de los documentos que pretendieron demostrar su cuantía, toda vez que el dictamen pericial practicado carece en absoluto de fundamentación y las bases sobre las cuales se realizó, se contraen sencillamente a la transcripción exacta de los guarismos señalados por el demandante en el escrito de la demanda, sin que se pueda inferir la forma como llegaron los peritos a esas conclusiones, razones suficientes para desecharlo como prueba de la indemnización reclamada, lo cual no es óbice para reconocer la existencia de un perjuicio patrimonial por este concepto, que se concreta en la privación de uso y goce del vehículo automotor que tuvo que padecer el demandante ante la falla del servicio de que fue objeto por la excesiva tardanza de las entidades demandadas en proceder a la devolución del mismo. En efecto, la detención o inmovilización, más propiamente aprehensión del vehículo, produjo con visos de absoluta certeza para el administrado, la privación de uso y goce respecto del vehículo automotor, perjuicio que por este aspecto aparece cierto en cuanto a su ocurrencia y existencia”.

en que sólo se indemniza lo que él dejó de ganar, utilidad líquida, que normalmente se establece con base en un peritaje, pero también, en ocasiones, a partir del interés comercial del bien<sup>95</sup>. Es así como, cuando se trata de determinar el lucro cesante, se debe descontar aquello que la víctima habría tenido que gastar para obtener la ganancia esperada.

Si tal es la regla general, se debe estudiar la situación que se presenta cuando el bien se destruye y su propietario pide indemnización por su pérdida, así como por lo que dejó de producir. Valga un ejemplo: si mueren unas vacas lecheras, ¿tiene derecho el propietario a que se pague el valor de las vacas y, al mismo tiempo, lo que dejaron de producir en leche? Se trata de los eventos en los cuales el propietario del bien totalmente destruido busca tanto la indemnización de reemplazo del bien, como la de la utilidad que el mismo dejó de reportarle.

La posición de la jurisprudencia colombiana ha sido vacilante en este aspecto.

En una primera posición, expresada en una interesante sentencia de 1989, se dijo, en sus apartes pertinentes, lo siguiente, que me permito transcribir *in extenso*: “En la demanda se reclama indemnización de perjuicios materiales tanto por daño emergente como por lucro cesante. Cuando se pretende la indemnización de perjuicios causados al dueño de una cosa que ha sido destruida, el resarcimiento comprende, en primer término, el valor de la especie afectada. Restituida, recuperada o reemplazada la especie perdida, en principio cesan los perjuicios derivados de su destrucción. A partir de entonces, sólo el costo del dinero, o intereses, constituye el perjuicio material indemnizable. Por otra parte, si además del daño emergente, se busca la recuperación del lucro cesante, la obligación del responsable del

---

94. Consejo de Estado col., 26 de agosto de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Delio Saldarriaga O., exp. 9055. Ver en el mismo sentido: 8 de abril de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Recuerdos de la 8o Ltda., exp. 7466.

95. Consejo de Estado col., 4 de diciembre de 1995, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Nehr Ltda., exp. 9042: “Por estas razones la Sala advierte que el perjuicio hay que circunscribirlo a la inmovilización del inmueble durante el lapso comprendido entre el mes de julio de 1989 y julio de 1991, tiempo en el cual el bien estuvo por fuera del comercio por haber sido declarado de utilidad pública. Inmovilización que sin lugar a dudas afectó el rendimiento que podía esperarse del valor del predio puesto a un interés comercial corriente”.

daño no es la de pagar el precio de la cosa destruida, sino el de su valor de obsolescencia, o de rescate, de la época en que dejaría de producir utilidad neta. Porque es obvio que no podría reconocerse simultáneamente el valor total de la cosa y el de sus rendimientos netos, ignorando que para obtener el provecho económico de la cosa, esta se envejece, se desgasta, se deteriora y queda finalmente convertida en desecho. Luego si al causante del daño se le obliga a pagar la cosa en el estado en que se hallaba en el momento de su destrucción, ese valor de restitución deja, idealmente, la cosa en el mismo estado de producir la renta; y el dueño indemnizado queda en condición de sacar de ella —de la cosa destruida— el provecho que habría obtenido con la cosa destruida. Si al responsable del daño se le obligara, además, a pagar todo el lucro cesante que hubiera podido generar el bien destruido, del indemnizante sería entonces el nuevo lucro, porque al propietario ya se le habría pagado, anticipadamente, tal beneficio. Lo mismo puede decirse del valor de la cosa cuando quede como desecho. Esta solución parece poco adecuada al contexto de la dinámica actual, a la cual debe adaptarse el derecho. De donde se colige que, en principio, la reparación del daño emergente y del lucro cesante no puede seguir el derrotero hipotético que se acaba de ver. Entonces el resarcimiento por la destrucción de cosas en eventos como el aquí estudiado, se obtiene pagando el valor de la especie al momento de su destrucción, más el costo del dinero, o interés, por el tiempo transcurrido desde el día del daño hasta el de su satisfacción total; o reconociendo el valor del lucro cesante más el precio que deba tener la cosa al terminar su vida útil<sup>96</sup>.

Según esta posición, en caso de destrucción total del bien se puede tanto pagar lo que la cosa vale al momento de su destrucción más los intereses comerciales de dicho valor desde la fecha del daño hasta la del pago, como el lucro cesante que el bien habría producido hasta su vida probable más el valor de la cosa al terminar su vida útil. Es por ello que en el caso concreto, en el cual se reclamaba por la muerte de doce semovientes finos, ordena el Consejo de Estado colombiano pagar el valor histórico de los mismos más los intereses comerciales desde la fecha del daño hasta la del pago, previa

---

96. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 20 de febrero de 1989, C. P.: Dr. De Irisarri Restrepo, actor: Alfonso Sierra Velásquez, exp. 4655, *Jurisprudencia y Doctrina*, marzo de 1989, p. 249.

deducción del valor de la carne, y no se ordena pagar el lucro cesante, no sólo por las razones anotadas —se reclamó como daño emergente la totalidad del valor de las vacas en el momento del daño—, sino porque no hubo prueba del mismo.

En una segunda posición, plasmada en la sentencia del 28 de junio de 1994, se indemnizó el daño sufrido por el propietario de varios vehículos destinados a una escuela de aprendizaje de conducción. El Consejo de Estado colombiano ordena pagar el valor de los vehículos actualizado desde el daño hasta el pago, y también el valor actualizado de lo que se probó habían dejado de producir los mismos desde el hecho dañino hasta el momento de la indemnización<sup>97</sup>. En este evento se indemniza el daño emergente —valor del bien al día del daño más la actualización del mismo hecha sobre el IPC— y el lucro cesante —valor de la utilidad neta del bien actualizado con base en el IPC desde el día del daño hasta el día del pago—. Como se observa, de igual manera que en la primera posición, no se excluye el daño emergente por la destrucción de los vehículos y el lucro cesante por la utilidad neta que los mismos habrían producido, pero se toman como rubros que se liquidan separada y no conjuntamente, como es la posición de la sentencia de 1989. Es decir, se fijan las dos clases de daño y se actualizan con base en el IPC, pero no se permite la opción que se contempla en la primera sentencia, esto es, la de liquidar el daño emergente más el interés comercial del mismo o el lucro cesante más el valor del bien al final de su vida útil.

En una tercera posición, por el contrario, se afirma que son excluyentes ambos rubros del perjuicio en el caso de destrucción de unos equinos, en donde se expresa: “la indemnización por ese concepto, será la señalada por el Tribunal, salvo en el caso de Arlex Torres (ahora sucesión), evento en el

---

97. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 28 de junio de 1994, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Víctor Armando Pinilla Pinilla, exp. 9015: “El monto del daño se fijará teniendo en cuenta dos aspectos: el valor del vehículo en el momento en el que se dió la orden de entrega, actualizado dicho valor con los índices de precios al consumidor del DANE correspondientes a esa fecha (agosto 16/91) como inicial y la fecha de este proveído como final; y el lucro cesante correspondiente al producido del vehículo en la actividad de enseñanza en la escuela de automovilismo reseñada, actualizado en los mismos términos que el valor del vehículo y a partir de la misma fecha, es decir, desde agosto 16/91”.

cual resulta incompatible y excluyente reconocer, como daño emergente, el valor de los equinos desaparecidos, destinados al rejoneo y a modo de lucro cesante, los rendimientos económicos que se hubieran podido obtener con su explotación comercial, desde la fecha en que ocurrieron los hechos hasta el fin de su vida probable. Por ese concepto se reconocerá el daño emergente, habida cuenta que el precio de los corceles cubre la indemnización a que se tiene derecho por todo concepto, sin que sea viable reclamar rendimientos de ahí en adelante”<sup>98</sup>.

Como se observa en los ejemplos jurisprudenciales transcritos, ante un mismo problema existen soluciones diferentes, lo cual obliga a tres precisiones.

La primera, recordar un principio general de la materia: se indemniza el daño realmente causado a la víctima. Lo anterior significa que se debe probar que a más de la pérdida del bien —semoviente, vehículo—, se produjo un lucro cesante —lo que producía el semoviente o el vehículo—. Si tal no es la situación, es apenas natural que sólo proceda la indemnización por daño emergente, como en el evento de la muerte de unos equinos utilizados por su propietario exclusivamente para fines de recreo. Si, por el contrario, la situación que se presentaba antes del daño permite inferir que existieron utilidades frustradas, se tiene derecho a indemnización del lucro cesante,

---

98. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 20 de agosto de 1997, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Fernando Caballero Sosa y otros, exp. 10759: en primera instancia se había indemnizado el lucro cesante y el daño emergente con un valor de \$474'562.608, en tanto que la segunda instancia redujo a \$299'851.294, que fue el valor de los caballos. Ver en similar sentido la sentencia colombiana del 25 de febrero de 1993, cuyo actor fue Rodrigo Rivera Coronel, que fue liquidada mediante auto del 2 de junio de 1995, con ponencia del consejero de Estado Betancur Jaramillo, en el exp. 9668, en donde se lee: “En cuanto al lucro cesante, la sala no comparte la decisión del tribunal, porque esta pretensión, estimada en \$42'520.000 es incompatible con la formulada como daño emergente por la pérdida del vehículo productor de la renta. No es lógico ni razonable pedir, por un lado, que se indemnice el valor del carrotanque (evento en el cual el dinero reemplazará al bien perdido y será un factor nuevo productor de renta de capital) y por el otro, que se reconozca lo que ese vehículo seguirá produciendo hasta el año 2.000, como si no se hubiera destruido y siguiera en su poder. De reconocer la indemnización así pedida los actores percibirían un capital (el valor del vehículo) y seguirían obteniendo los frutos, como si el vehículo continuara en actividad bajo su poder”.

por cuantiosa que sea. Sería el caso de un hato ganadero que tiene márgenes de ganancia por su producción lechera. No hay límite al lucro cesante sufrido ciertamente por la víctima, la cual debe ser indemnizada plenamente aun por la destrucción de la gallina de los huevos de oro. Una cosa es llevar a presente el valor de reemplazo del bien, y otra es percibir las utilidades entre el día del pago y el día del daño.

La segunda precisión, como corolario de la anterior, consiste en afirmar que no se puede aceptar la posición jurisprudencial que excluye la acumulación de los rubros del daño en estudio, porque como ya se anotó, todo depende de la certeza de los rubros del daño sufrido por la víctima. Es así como la sentencia del 20 de agosto de 1997 incurre en error al sentar un principio general para prohibir la indemnización de los dos rubros en estudio, admitida en las otras dos sentencias citadas. No se puede, en efecto, afirmar que en el caso de pérdida total de un bien el único rubro del daño que se genera es el daño emergente, porque bien puede existir un lucro cesante por la pérdida de la utilidad producida por el mismo bien, como por ejemplo ocurre en la precitada sentencia del 4 de diciembre de 1995 en donde se aplicó el interés comercial del bien. No se podría aceptar que el propietario del vehículo o del semoviente sea indemnizado por el bien, pero no por lo que el mismo producía.

La tercera precisión, que supone la aceptación de la coexistencia de ambos rubros del daño, permite afirmar que lo importante para resolver el problema es indemnizar separadamente ambos rubros del perjuicio, sin que se genere doble pago entre ellos. Si hay daño emergente —destrucción total de los equinos o del vehículo—, la indemnización debe suponer que la víctima quede con el dinero exacto para su reemplazo. En este evento la función de la actualización, que no es un rubro nuevo del daño, es la de colocar al día de la sentencia el valor de reemplazo de los bienes porque, precisamente, “ningún mecanismo de actualización de precios afecta el valor intrínseco de estos, simplemente corrige su valor extrínseco”<sup>99</sup>, es decir, porque la corrección monetaria “no constituye en realidad una indemnización, sino una operación que se limita a mantener el poder

---

99. Jorge Eduardo Chemás Jaramillo. “Intereses moratorios y actualización monetaria”, en *Régimen de Contratación Estatal*, Jorge Pino Ricci (comp.), 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 286.

adquisitivo de la moneda”<sup>100</sup>. La fórmula que permita dicha finalidad es objeto de la discusión económica, lo cual no obsta para anotar que “el patrón mayoritariamente utilizado por la jurisprudencia y recomendado por la doctrina, para efectos de la indexación, es el del índice de precios al consumidor, llamado también índice del alza en el costo de la vida”<sup>101</sup>. Si por el contrario, además, hay lucro cesante, se debe fijar el valor de este y también actualizarlo, mes por mes si es necesario. Es la forma indemnizatoria que aplica la sentencia de 1994 en donde se tasa el valor del vehículo al momento del daño y se actualiza, al igual que ocurre con el valor del lucro cesante al mismo momento. Se garantiza así, entonces, la indemnización del lucro cesante por la renta que producía el bien y no sólo aquella de la renta del dinero de reemplazo del mismo.

Tras estudiar las formas como se expresa el daño material se pasa a estudiar ahora cómo se expresa el inmaterial.

## II. PERJUICIOS INMATERIALES

A partir de la distinción que ha justificado la tipología del perjuicio por la que se ha optado, se deben ahora estudiar los perjuicios que no tienen una naturaleza económica, en el sentido de que, por definición, no se les puede medir en dinero. Distinto, como ya se vio, es lo que ocurre con el daño material en donde se puede encontrar un valor de reemplazo, más o menos exacto, al perjuicio.

La procedencia de la indemnización de los daños inmateriales se ha cuestionado por la doctrina. Es el caso del profesor Moreau, quien con respecto al fallo que reconoció por primera vez el daño moral en el Consejo de Estado francés escribió: “¡no es evidente que dicho cambio constituya un progreso!”<sup>102</sup>. Se ha considerado, en efecto, teniendo en cuenta la célebre frase que enuncia que “las lágrimas no se monedean”, que indemnizar un perjuicio que de por sí no tiene una naturaleza económica es desbordar el campo de la responsabilidad civil que busca dejar patrimonialmente in-

100. Consejo de Estado, Sección Tercera, 26 de febrero de 1998, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Luis Alberto Naranjo Rincón, exp. 10813.

101. Tamayo Jaramillo. *De la responsabilidad civil*, cit., T. 2, p. 250.

102. Moreau. *Droit Administratif*, cit., p. 404.

demne a la víctima. Si tal es el objeto de la indemnización civil, no se puede concebir cómo se pueda dejar indemne del dolor, de una desfiguración física, de un estado mental inestable, etc.

A pesar de que la crítica reseñada sea entendible, no se aceptan sin embargo los argumentos en que se sustenta. En efecto, la indemnización que se decreta con el otorgamiento de una suma de dinero frente a un daño moral, por ejemplo, no busca el pago de las lágrimas ni del dolor producido por el hecho dañino. Las lágrimas vertidas están naturalmente fuera del comercio; el dolor es imposible medirlo con patrones objetivos, por ser en esencia subjetivo. Sin embargo, si ubicamos dicha indemnización desde el ámbito de la compensación y no de la restitución del bien afectado, aquella se defiende en el plano conceptual. En los eventos de indemnización del daño inmaterial la naturaleza de la indemnización, se reitera, es compensatoria, en el sentido de que mediante el bien equivalente del dinero, o, de cualquier otra manera a petición razonable de la víctima o por decisión del juez, se otorga a aquella un bien que le ayuda a aliviar su pena, sin que sea relevante que la indemnización sea o no dineraria. Tampoco se trata de castigar al responsable, pues haya obrado o no con culpa, debe indemnizar estos daños. Se trata de otorgarle una suma de dinero a una viuda, a un lesionado, para que tenga un bien que le ayude a mitigar su pena. No se busca entonces que se quede materialmente indemne, sino que se tenga el dinero u otro bien que permita hacer más llevadera la pena y sufrir en las mejores condiciones posibles la alteración emocional producida, y permitir así que cese o se aminore el daño ocasionado. Se retoma la idea de Ihering, citado por los hermanos Mazeaud, quien luego de recordar la procedencia del daño moral en el derecho romano, tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual, expresó que “la jurisprudencia romana llegó en esto a la idea de que, en la vida humana, la noción de valor no consiste solamente en dinero; sino que, al contrario, además del dinero, existen otros bienes a los que el hombre civilizado atribuye un valor y que quiere ver que los proteja el derecho”<sup>103</sup>.

La postura anterior, que justifica la indemnización del daño inmaterial,

---

103. Mazeaud y Tunc. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, cit., T. I, Vol. 1, p. 429.



es la que ha guiado a la jurisprudencia colombiana y la francesa. En ambos derechos se ha impuesto la lógica de que “es mejor la pena con pan que sin pan” y, por ello, con un criterio también pragmático se ha aceptado que el dolor, que la pérdida del consejo sabio del padre, que la afrenta a la honra, etc., se pueden indemnizar. El estudio de los daños inmateriales en ambos países, entonces, debe desarrollarse.

Sin embargo, el estudio comparado de los daños inmateriales en los dos ámbitos se dificulta. En efecto, la tipología que actualmente muestra cada uno de los sistemas es diferente, ya que mientras que en el derecho colombiano hoy en día se indemnizan el tradicional daño moral y el llamado perjuicio fisiológico o a la vida de relación, en el derecho francés, aunque se reconoce también el daño moral, se indemnizan las alteraciones en las condiciones de existencia que no han sido aceptadas como tales por la jurisprudencia colombiana. No existe por tanto una sinonimia entre los diversos rubros del perjuicio inmaterial en ambos países.

Este fenómeno se explica en la medida en que la historia del daño inmaterial, como se ha visto, ha sido evolutiva. Es decir, para que procediera su indemnización se ha requerido una evolución histórica que ha tenido dos etapas. En una primera, el reconocimiento mismo del daño inmaterial en su versión de daño moral y, en una segunda, la ampliación de los rubros que expresan aquel. A pesar de que en ambos países ya se han recorrido las dos etapas, cada vez que el juez se ha enfrentado a reconocer daños diferentes al moral, su dificultad ha sido la de justificar que se está indemnizando un perjuicio que le es diferente. El fantasma de la doble indemnización ha rondado la historia del daño no material, porque el problema ha sido el de lograr determinar con exactitud si el reconocimiento de sus varios rubros es tautológico con los otros existentes.

La realidad descrita nos lleva a trazar el plan de esta parte del estudio a partir del daño moral, en la medida en que es dicho rubro del perjuicio inmaterial el que se reconoce en ambos países. Luego de estudiar el daño moral como elemento común del daño no material en ambos sistemas, se pasará al estudio de los rubros del mismo que son reconocidos de manera diferente en ambos países.

#### A. EL PERJUICIO MORAL: PUNTO DE CONVERGENCIA DE LAS DOS JURISPRUDENCIAS

El fallo Villaveces del 21 de julio de 1922 para el derecho colombiano<sup>104</sup>, y el fallo Letisserand<sup>105</sup> del 24 de noviembre de 1961 para el derecho francés, son los fallos de principio que, según la doctrina<sup>106</sup>, reconocen por primera vez de manera explícita la indemnización del perjuicio moral.

En efecto, el fallo colombiano citado, al resolver un caso de perjuicio causado a un viudo por la extracción ilícita de la fosa de los restos de su mujer, considera que “al demandante Villaveces, por el solo hecho de la extracción indebida de los restos de su esposa que él tenía depositados en una bóveda de su propiedad, se le infirió por culpa de los empleados del Municipio un daño moral que debe ser reparado, a la luz de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, artículos que el Tribunal infringió por haber restringido su alcance e interpretado, por tanto, erróneamente”. A su turno, el fallo Letisserand, al considerar que “el dolor moral que resulta para esta última (la madre) de la desaparición prematura de su hijo es por sí mismo indemnizable”, revolucionó la concepción del Consejo de Estado francés que negaba dicha reparación al apoyarse sobre la célebre frase “las lágrimas no se monedean”.

El reconocimiento hecho por las dos sentencias permite observar que el perjuicio moral se toma en cuenta por sí mismo, es decir, en tanto rubro independiente del perjuicio: el perjuicio moral es un rubro del perjuicio que tiene entidad propia en ambas jurisprudencias. Sin embargo, esta afirmación no nos permite avanzar lo suficiente en el estudio del perjuicio, puesto que debemos estudiar las situaciones que dan derecho a su reparación.

---

104. Corte Suprema de Justicia col., Sala Civil, 21 de julio de 1922, M. P.: Dr. T. Nannetti, *G. J.*, T. XXIX, N° 1515, p. 219. Abogado recurrente: Julián Restrepo Hernández.

105. Consejo de Estado fr., Ass., 24 de noviembre de 1961, Letisserand, Rec., p. 661.

106. Ver, en el derecho francés, Isaac. “Après l’arrêt Letisserand: dix années de réparation de la douleur morale par le Conseil d’Etat”, *cit.*, p. 392; para el derecho colombiano, Tamayo Jaramillo. *De la responsabilidad civil*, *cit.*, T. 2, p. 125. Ver igualmente, del cual se sugiere la lectura para este tema específico por tener un serio estudio de derecho colombiano y comparado: Felipe Navia Arroyo. *Estudio sobre el daño moral*, ANIF, Primer concurso de tesis, 1978, Derecho, Bogotá, Ed. Elocuencia, 1979.

Por ello se verán ahora las situaciones que, en ambos países, originan la indemnización del perjuicio moral.

El campo clásico del perjuicio moral es aquel de la reparación por el fallecimiento de una persona. Veremos quiénes, según la jurisprudencia, sufren perjuicio moral.

En primer término, se reconoce dicho perjuicio por el fallecimiento de padres e hijos. Así, el mismo fallo *Letisserand* reconoce la existencia del perjuicio moral por el sólo hecho “de la desaparición prematura del hijo”, y el fallo *Allamargot* enuncia que “el dolor moral que resulta para los esposos *Allamargot* por la desaparición prematura de su hija justifica otorgar indemnización”<sup>107</sup>. En derecho colombiano el juez considera también que hay perjuicio “de carácter moral [...] por el dolor que el deceso de su hijo le produjo a su progenitora”<sup>108</sup>. No se requiere necesariamente que la relación filial sea consanguínea, pues en varias ocasiones se ha indemnizado el daño moral sufrido por los padres de crianza, esto es, quienes reemplazaron a los de sangre<sup>109</sup>.

La situación inversa, es decir, la del perjuicio moral sufrido por el hijo por la muerte de su padre, es también evidentemente reconocida por las dos jurisprudencias. La fórmula del Consejo de Estado francés enuncia que los “menores pueden reclamar reparación del dolor moral que sufren por el hecho del fallecimiento de su padre”<sup>110</sup>; así mismo para el derecho colombiano “el hijo tiene derecho a percibir indemnización por perjuicios morales, a causa de la muerte de su padre”<sup>111</sup>, aun en la hipótesis de que se

107. Consejo de Estado fr., 12 de enero de 1962, *EDF vs. Allamargot*, Rec., p. 29.

108. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 5 de febrero de 1988, C. P.: Betancur Jaramillo, actor: Mariela Torres de Zambrano, exp. 3009; ver así mismo, dentro de los múltiples ejemplos: 21 de febrero de 1997, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Modesto Ortega David y otros, exp. 10083; 22 de agosto de 1996, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: José Gustavo Reina Chavisnán y otros, exp. 10220.

109. Ver por ejemplo: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 12 de septiembre de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Patricia Victoria Salazar Guevara, exp. 10872; 6 de agosto de 1992, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: José Rubén Aguirre, exp. 6901.

110. Consejo de Estado fr., Ass., febrero 14 de 1975, *Consorts Vimart*, Rec., p. 113.

111. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 14 de diciembre de 1987, C. P.: Dr. De Irisarri Restrepo, actor: Gloria Lucía Velásquez, exp. 4804.

trate de un hijo de crianza<sup>112</sup>. Poco importa que la hija, en el momento del fallecimiento de su madre, no hubiera sido aún adoptada, pues “está probado que vivía en el hogar de la víctima para fines de su adopción”<sup>113</sup>. Tampoco es relevante que se tratara de la nuera de un segundo matrimonio<sup>114</sup>, pues existía una verdadera relación madre-hija; ni la edad del hijo al momento del fallecimiento del padre, pues el fallo francés SADE ya citado reconoce el perjuicio para una hija de 9 años. Y en el derecho colombiano se reconoce el mencionado perjuicio aun para los casos de hijos póstumos<sup>115</sup>, lo que es discutible en cuanto a la calificación misma del daño, porque al ser futura su concreción, impide afirmar que se sufrió dolor. Es más propio hablar de daño que altera en el futuro las condiciones de existencia, porque en estricto sentido un *nasciturus* no puede en su condición sufrir daño moral, a punto tal que, de no llegar a ser jurídicamente persona, no existiría patrimonio a favor del cual se pueda decretar la indemnización.

---

112. Ver por ejemplo: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 25 de octubre de 1995, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Francia Oliva Monsalve Castaño y otros, exp. 11115.

113. Consejo de Estado fr., 21 de diciembre de 1977, Soc. Auxiliaire de Distribution d'Eau, Rec., table, p. 967, *AJDA*, 1978, p. 345.

114. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 28 de abril de 1989, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Jairo Rodríguez Durán, exp. 3852.

115. Como fallo de principio se puede citar el siguiente: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 16 de noviembre de 1989, C. P.: Dr. De Greiff Restrepo, actor: Campo Elías Martínez Grijalba, exp. 5606. Como fallos de apoyo: 31 de enero de 1997, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Rosalba Vargas y otros, exp. 9849: “Si bien la menor Ana Carolina no había nacido cuando su padre falleció, el crecer sin el amor y los cuidados paternos, el carecer desde su propio nacimiento de padre y, por tanto, de una familia plena que le proporcione los adecuados estímulos para su crecimiento, constituye un daño sólo indemnizable —en lo que pueda lo material remediar lo espiritual—, en la cuantía máxima que jurisprudencialmente se ha determinado”; 11 de julio de 1996, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Dora Clavijo y otros, exp. 9555; 19 de marzo de 1988, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Alicia Gómez De la Rosa y otros, exp. 10817: “En cuanto al menor XX, se precisa que no obstante su condición de hijo póstumo, como lo ha dicho la jurisprudencia de esta Sala, tiene derecho a la indemnización de perjuicios por este concepto. Así se estableció en sentencia del 16 de noviembre de 1989, exp. 5606, con ponencia de (sic) Dr. Gustavo de (sic) Greiff Restrepo al precisarse se (sic) que el hijo póstumo tiene derecho a aspirar a una vida armoniosa, al lado de sus padres, por el tiempo que la naturaleza misma indique y que si ese derecho se contraría por un acto injurídico de cualquiera, debe repararse”.

También es normal que el fallecimiento de la esposa o del esposo cause perjuicio moral al cónyuge sobreviviente. Así, el fallo francés del 11 de enero de 1967 afirma que un marido “puede pretender reparación del rubro del dolor moral que sufrió con el fallecimiento de su esposa”<sup>116</sup>, al igual que en derecho colombiano, en el fallo del 7 de marzo de 1985, se reconoce indemnización a la demandante “en su condición de esposa de la víctima”<sup>117</sup>, a pesar de que en el momento del fallecimiento estuvieren tramitando su divorcio<sup>118</sup>, y a pesar de que también se reconozca a la compañera<sup>119</sup>. Esta consideración se ha hecho extensiva al concubinato, y se ha reconocido, naturalmente, que concubina o concubinario pueden sufrir dolor moral por la muerte de su compañero<sup>120</sup>.

También los abuelos pueden sufrir perjuicio moral por la muerte de sus nietos<sup>121</sup>, al igual que los suegros por el fallecimiento de sus yernos<sup>122</sup>, y los hermanos por la muerte de uno de ellos<sup>123</sup>.

116. Consejo de Estado fr., 11 de enero de 1967, GDF, RDP, 1967, p. 792.

117. Ver, dentro de los múltiples ejemplos: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 7 de marzo de 1985, C. P.: Dr. Suescún, actor: Ma. Celina vda. de Restrepo, exp. 3111; 28 de noviembre de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Amelia Mantilla Villegas y otro, exp. 9955.

118. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 24 de agosto de 1995, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Tobías Moreno Velasco y otro, exp. 10457: “En verdad si bien no existen testimonios que indiquen que la pareja conservaba las mejores relaciones afectivas y pese a que vivían separadamente en casa de cada uno de los padres, y que tramitaban el proceso de divorcio, sí se infiere de la realidad fáctica que se frecuentaban y compartían aunque no diariamente, diferentes facetas de la vida en compañía de su menor hija”.

119. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 19 de mayo de 1995, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Pedro Antonio Ortiz Bohórquez, exp. 9685: “Frente a los perjuicios morales solicitados simultáneamente por la cónyuge y la compañera permanente de la víctima, estima la Sala que, no existe razón que justifique su rechazo”.

120. Ver, dentro de los numerosos ejemplos del derecho colombiano: 26 de septiembre de 1996, C. P.: Dr.: Carrillo Ballesteros, actor: Graciliana Barrera Contrera y otros, exp. 11577: “Finalmente, y en cuanto al daño experimentado por los demandantes, la Sala advierte que tanto a la esposa como a las compañeras les será reconocido, bajo presunción que no fue desvirtuada por las demandadas, el daño moral según los lineamientos jurisprudenciales establecidos por la Sala”; 17 de octubre de 1996, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Ma. Teresa Chavarriaga de Peláez, exp. 10052.

121. Ver en el derecho francés: Consejo de Estado fr., 4 de noviembre de 1966, Département

En general, entonces, la muerte es la primera forma en que se expresa el daño moral, lo cual no es de extrañar en la medida en que ella produce pena y aflicción para las personas cercanas al fallecido. No sobra sin embargo anotar que los ejemplos citados coinciden con el círculo familiar del fallecido, lo cual no impide aceptar que por fuera del mismo se puede presentar el daño moral, verbigracia, por la muerte de un amigo. Será cuestión de prueba que establezca la congoja y la aflicción producidas.

Pero la muerte no es la única fuente de reconocimiento del perjuicio moral: también se puede presentar por los sufrimientos que ha tenido una persona a raíz de un accidente. Es el caso, por ejemplo, del fallo francés

de la Vendée et Consorts Alonzo Hoffmann, Leb., p. 527; *AJDA*, 1967, p. 56: "Considerando que al evaluar en FF1.000 el monto del perjuicio originado por el dolor moral sufrido por la señora viuda Aulnette, abuela de la víctima, el tribunal administrativo ha hecho una apreciación justa". Ver para el derecho colombiano: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 7 de junio de 1993, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Inmaculada Concepción Flórez, exp. 7730: 150 gramos oro para los abuelos del nieto fallecido; 10 de agosto de 1992, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Ceneida Rojas Triana y otros, exp. 7073; 16 de abril de 1998, C. P.: Dr. Rodríguez Villamizar, actor: Ma. Teresa Tamayo de Ruiz, exp. 11332: "Que con esta última tenía una buena y especial relación y que tanto la madre como la abuela cuidaban del menor, generándose con esta última una relación afectiva similar a la de la progenitora, de donde deduce la Sala que a la abuela se le puede tasar el perjuicio moral en monto similar al de la madre de la víctima".

122. Consejo de Estado fr., 9 de diciembre de 1970, Min. Equipement et Logement vs. Epoux Lossier, Rec., p. 745; ver igualmente: 4 de noviembre de 1966, Département de la Vendée et Consorts Alonzo-Hofmann, Rec., p. 527. En este último caso se rechaza la indemnización al tenerse en cuenta "que no se había probado que el interesado hubiera sufrido un daño de naturaleza suficiente para dar derecho a reparación", pudiéndose comprender que el rechazo no es de principio. El problema consistirá en probar en este evento que la persona sí sufrió el perjuicio.
123. Múltiples fallos confirman en derecho colombiano el principio: Sección Tercera, 11 de octubre de 1982, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Ma. Gladys Plazas de Rojas, exp. 2633; 21 de marzo de 1985, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Aura Ma. Domínguez, exp. 3263; 30 de octubre de 1986, C. P.: Dr. De Irisarri Restrepo, actor: Julieta Díaz, exp. 4575; Sala Plena, 8 de septiembre de 1989, C. P.: Dr. Lecompte Luna, actor: Digna Rosa González, exp. S-062; 23 de marzo de 1990, C. P.: Dr. De Greiff Restrepo, actor: Ma. Elvira Cesar Monroy, exp. 5630; Sala Plena, 18 de mayo de 1990, C. P.: Dra. Forero de Castro, actor: Francisco Luis Hincapié, exp. S-121; 21 de noviembre de 1996, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: José Vicente Villalba y otros, exp. 9169.

Morell en donde se afirma que “los sufrimientos excepcionales que resultan de la extrema gravedad de las quemaduras sufridas en la cara y manos constituye uno de los elementos del perjuicio sufrido”<sup>124</sup>, o del fallo Empresa Roussel, en donde el Consejo de Estado francés tiene el cuidado de diferenciar los sufrimientos físicos del perjuicio estético, al afirmar “que está probado que el Tribunal administrativo no hizo una excesiva evaluación de la reparación debida al señor Delvigne-Giraudeau, al fijar respectivamente en 1.000 y FF2.000, el monto del perjuicio resultante para el interesado de los sufrimientos físicos soportados por las quemaduras de una parte, y de las cicatrices notorias de la otra”<sup>125</sup>.

Los sufrimientos físicos son indemnizados a título de perjuicio moral en el derecho francés, y son reconocidos no sólo en cuanto rubro separado del perjuicio, sino también en cuanto perjuicio que se diferencia claramente de las “alteraciones en las condiciones de existencia”<sup>126</sup> o de la incapacidad de trabajo<sup>127</sup>. Sin embargo, en el fallo Empresa Lefevre<sup>128</sup>, que reconoce

124. Consejo de Estado fr., 24 de abril de 1942, Morell, Rec., p. 136, *RDP*, 1943, p. 80, conclusiones Leonard, nota R. Bonnard, S. 1942, III, 11.

125. Consejo de Estado fr., 8 de julio de 1970, *Entreprise Roussel et Gaz de France*, Rec., p. 476. Ver en el mismo sentido, Consejo de Estado, 9 de noviembre de 1959, *Sarotte*, Rec., p. 591, que para el caso de la amputación de un brazo expresa: “pero considerando que el interesado soportó por el hecho del accidente sufrimientos suficientes para dar derecho a reparación”. Ver también: 5 de mayo de 1965, *Etablissement National des Invalides de la Marine*, *RDP*, 1965, p. 1212, que retoma los mismos términos del fallo *Sarotte*.

126. En este sentido es importante la claridad del fallo del Consejo de Estado del 10 de diciembre de 1975, *Territoire de Polynésie française vs. Ayer*, *RDP*, 1976, p. 924, donde se puede leer que “la indemnización que puede ser otorgada a la víctima de un accidente a título del perjuicio estético y de los sufrimientos físicos no es doble respecto de aquella que tiende a reparar las alteraciones resultantes de las enfermedades con las cuales quedó después del accidente [...]; el Territorio de la Polinesia francesa no puede entonces sostener que al evaluar, de una parte en CFP200.000 el monto de la reparación referente al perjuicio estético y de los sufrimientos vividos por el señor Ayer y, de otra parte, en CFP800.000 aquel de la suma destinada a compensar las diferentes alteraciones resultantes de la enfermedad con la cual quedó, el Consejo de lo Contencioso haya decretado iguales elementos del perjuicio”.

127. Consejo de Estado fr., 27 de julio de 1951, *Serruys*, Rec., p. 446: en este fallo se distingue claramente entre sufrimientos e incapacidad de trabajo.

128. Consejo de Estado fr., 9 de junio de 1971, *Entreprise Lefevre*, *Leb.*, p. 424.

la existencia del perjuicio “nacido del dolor físico”, se considera que “no está probado que el señor [...] haya sufrido un perjuicio moral”, cuestionando así la separación real entre sufrimientos físicos y dolor moral. Pero, sea de ello lo que fuere, se puede afirmar por el momento que los sufrimientos que produce un accidente dan lugar a indemnización, sin que impidan que se indemnicen por separado las “alteraciones en las condiciones de existencia” que el mismo accidente ha producido, y las repercusiones económicas que la víctima pudo haber sufrido. Queda por saber si los “sufrimientos” son independientes del perjuicio moral, pues el ya citado fallo Lefevre no permite sacar tal conclusión.

En derecho colombiano también se reconoce indemnización por los sufrimientos de la víctima de un accidente. El fallo del 6 de agosto de 1982 así lo reconoce por el sólo hecho del “malestar psíquico” sufrido a raíz del accidente<sup>129</sup>, y en general por las lesiones que se generan a partir del hecho dañino<sup>130</sup>; y el fallo del 30 de septiembre de 1988 lo concede por “el estado de angustia que sufrió después de la fractura de su tobillo”<sup>131</sup>.

Como es regla general, el daño moral se extiende a los parientes próximos de la víctima. Así, por ejemplo, cuando una persona queda lesionada con paraplejía permanente, sus padres también son acreedores al máximo de indemnización por daño moral<sup>132</sup>.

No se requiere, sin embargo, que el sufrimiento provenga de la lesión, porque aun en caso de no existir lesión física procede el daño moral. Es lo

129. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 6 de agosto de 1982, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Francisco Sánchez Castillo, exp. 3139.

130. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 19 de septiembre de 1996, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Maximino Huertas, exp. 10730: “Debido a la incapacidad total sufrida por el actor y a la severa merma de sus facultades de locomoción, la sala estima que el perjuicio moral recibido por el actor puede compensarse por lo que valgan 800 gramos oro”; 22 de agosto de 1996, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Aleyda Erazo Perafán y otros, exp. 11211: “Debido a que las lesiones sufridas por la actora no son graves, no dejaron secuelas y se restablecieron en 12 días, la Sala estima que el resarcimiento de este perjuicio será de los que equivalgan a 50 gramos”.

131. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 30 de septiembre de 1988, C. P.: Dr. Ramírez Arcila, actor: Paulina González Contreras, exp. 4276.

132. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 25 de abril de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Elvio Hernán Santiago y otros, exp. 10646.



que ocurre cuando se indemniza el daño moral por el susto de unos familiares que vieron atropellar por un automóvil a su pariente, a pesar de que no quedaran secuelas<sup>133</sup>. También el hecho de que la víctima “estuvo sometida al miedo, a la desolación, a la zozobra, a la tristeza” dan lugar a daño moral, como en el evento de una persona que fue liberada en la toma del Palacio de Justicia<sup>134</sup>.

Así mismo el perjuicio estético da lugar a reparación como perjuicio moral, lo cual se corrobora también con una reciente sentencia del Consejo de Estado colombiano en donde se afirma que “la indemnización del perjuicio estético siempre se ha entendido dentro del rubro de daño moral pero nunca dentro del mal llamado perjuicio fisiológico”<sup>135</sup>. El precitado fallo Empresa Lefevre reconoce el perjuicio estético y lo distingue sin embargo del dolor físico<sup>136</sup>. Este perjuicio estético puede generarse por cicatrices en la cara de una persona<sup>137</sup>, que naturalmente deben tener una cierta notoriedad, pues “una ligera cicatriz en la ceja derecha”<sup>138</sup> no es un perjuicio estético indemnizable. Se exige al menos que la cicatriz “sea apa-

133. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 18 de febrero de 1982, C. P.: Dr. Valencia Arango, actor: Guillermo Hernando Ocampo, exp. 3229.

134. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 4 de abril de 1997, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Samuel Buitrago Hurtado, exp. 12007: “Pues bien, la Sala encuentra ajustada a la realidad procesal probatoria la indemnización que por concepto de perjuicios morales reconoció el tribunal al doctor Buitrago por el equivalente en pesos a 200 gramos oro, por cuanto se observa en el informativo que con los hechos de Palacio de Justicia, el actor sufrió aflicción moral en la medida en que estuvo sometido al miedo, a la desolación, zozobra y tristeza mientras se produjo su liberación”.

135. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 25 de septiembre de 1997, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Ma. Edelmira Cano y otro, exp. 10421.

136. Afirma en este sentido el fallo: “Considerando que no está probado que el Tribunal administrativo haya hecho una inexacta apreciación del perjuicio originado por el dolor físico y del perjuicio estético sufrido por el señor Robert (Marcel), al evaluarlos respectivamente en 6.000 y en FF600”.

137. Consejo de Estado fr., Sección, 23 de marzo de 1962, Caisse Régionale de Sécurité Sociale de Normandie et Souillé, Rec., p. 211. Ver igualmente, 12 de abril de 1930, Sieur et Dame Perret, Rec., p. 479, en donde el pie de página que comenta el fallo en el Recueil afirma que “la indemnización otorgada —que es relativamente alta— indemniza en gran parte a la señora Perret de las cicatrices que se originaron de su herida en la cara”.

138. Consejo de Estado fr., 25 de junio de 1965, Peyre, RDP, 1965, p. 1212.

rente”<sup>139</sup>. Al igual que las cicatrices, la amputación de un miembro es considerada perjuicio estético<sup>140</sup>, y es reparable a pesar de no incidir en el ejercicio futuro de la profesión de la víctima<sup>141</sup>. También en el derecho colombiano el sólo hecho de las cicatrices puede dar derecho a indemnización por el perjuicio moral así sufrido, y ello con independencia de las consecuencias económicas del accidente<sup>142</sup>, si la cicatriz, por supuesto, es “visible”<sup>143</sup> o ha producido “una deformación de la cara”<sup>144</sup>. En otro ejemplo claro, el del fallo del 3 de septiembre de 1987, el juez colombiano ordena reparar el perjuicio sufrido por una mujer de 31 años debido a las cicatrices que le quedaron y a la prótesis que debe utilizar hasta el fin de sus días<sup>145</sup>. Y si las cicatrices dan derecho a reparación, es evidente que también en derecho colombiano proceda la indemnización cuando se trata de la amputación de una pierna<sup>146</sup>.

Se observa, pues, que tanto en el derecho francés como en el derecho colombiano se indemniza el perjuicio moral que nace de los sufrimientos físicos de una persona por un accidente, así como de las consecuencias estéticas del mismo.

Si bien el perjuicio moral se expresa en forma preferencial en los campos que se han estudiado, puede también concebirse en situaciones que atentan contra la reputación de una persona. Cuando la dignidad humana es afectada, el juez no duda en ver el perjuicio moral. Es el caso del fallo

139. Consejo de Estado fr., 8 de julio de 1970, *Entreprise Roussel et Gaz de France*, Rec., p. 476.

140. Consejo de Estado fr., 9 de noviembre de 1959, *Sarotte*, Rec., p. 591, citado.

141. Consejo de Estado fr., 17 de marzo de 1950, *Antoine*, Rec., p. 877.

142. Corte Suprema de Justicia Colombiana, S.N.G., 3 de marzo de 1942, M. P.: Dr. Cardoso Gaitán, G. J., T. LII, N° 1977, p. 905.

143. Corte Suprema de Justicia Colombiana, S.N.G., 18 de septiembre de 1945, M. P.: Dr. V. Cock, G. J., Tomo LIX, N°s 2019-2021, p. 1118.

144. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 30 de noviembre de 1989, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Edgard Méndez Peláez, exp. 5424.

145. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 3 de septiembre de 1987, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Teofilde Alvarez Martínez, exp. 2762.

146. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 31 de julio de 1989, C. P.: Dr. De Irisarri Restrepo, proyectó: Juan Carlos Henao, actor: Jorge Arturo Herrera Velásquez, exp. 2852. Ver en el mismo sentido: 30 de septiembre de 1988, C. P.: Dr. Ramírez Arcila, actor: Paulina González Contreras, citado.

Departamento de la Sarthe, en el cual el Consejo de Estado francés ordena indemnizar a una señorita que fue constreñida ilegalmente a someterse a un examen médico reservado a las personas de quienes se sospechaba que padecen enfermedades venéreas<sup>147</sup>. En derecho colombiano el juez tiene también la misma preocupación de proteger la dignidad humana. Igual solución que la francesa se observa en el caso del perjuicio moral que se causa a una persona y a su familia que, en momentos de abordar un avión para salir de vacaciones, es detenida erradamente por la policía que creía estar frente a un delincuente, y la trata en consecuencia<sup>148</sup>. En igual sentido se indemnizan los daños morales sufridos por una detención o una acusación injustificadas<sup>149</sup>.

---

147. Consejo de Estado fr., 5 de julio de 1957, Département de la Sarthe vs. Dlle. Arthus, Lcb., p. 454; *AJDA*, 1957, II, p. 320: “Considerando que está probado que las indicaciones dadas por los servicios departamentales de higiene social de Marne-et-Loire para apoyar su solicitud dirigida a los servicios departamentales de higiene social de la Sarthe no permitían a estos últimos, que por demás debieron ser advertidos en tiempo útil, tener en contra de la señorita Arthus las presunciones graves, precisas y concordantes exigidas por el artículo 1° de la ley del 8 de julio de 1948; que por tanto, constriñendo a la señorita Arthus, con una decisión que además no era motivada, contrariamente a las disposiciones del mencionado artículo, a someterse al examen médico previsto por dichas disposiciones, los servicios departamentales de higiene social de Sarthe incurrieron en culpa de naturaleza a comprometer la responsabilidad del Departamento; considerando que, al fijar en la suma de FF20.000 la indemnización debida a la señorita Arthus, el Tribunal administrativo de Caen no ha hecho una evaluación exagerada de los perjuicios de toda naturaleza que resultaron...”.

148. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, C. P.: Dr. De Irisarri Restrepo, proyectó: Juan Carlos Henao, actor: Luis Alberto Cifuentes Lindarte, exp. 3510.

149. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 12 de diciembre de 1996, C. P.: Betancur Jaramillo, actor: José Angel Zábala, exp. 10299: “Resulta claro, conforme con lo anterior, que la entidad demandada debe indemnizar al demandante los perjuicios morales causados con la detención injusta de que fue objeto”; 5 de mayo de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Pedro López Michelsen, exp. 10363: “Ahora bien, precisamente por las consideraciones personales y familiares del doctor Pedro López Michelsen, conocidas ampliamente a nivel nacional e internacional, la información cuestionada lo afectó moralmente; su condición de funcionario pulcro y estricto en el cumplimiento de sus deberes y obligaciones oficiales, sin duda recibió el impacto de un listado donde figuraron precisamente quienes faltaron a sus obligaciones y responsabilidades con el Tesoro Público y con mayor resonancia en el servicio

La afrenta contra la dignidad puede también ser causada, por ejemplo, por un acto administrativo de destitución. El fallo Vidal<sup>150</sup> en el derecho francés, y el fallo del 12 de septiembre de 1947<sup>151</sup> en el derecho colombiano, muestran igual manera de proceder. Pero el acto administrativo no tiene necesariamente que ser de destitución, pues bien puede causar perjuicio moral por fuera de esa hipótesis. Así, por ejemplo, en el fallo francés Brusteau el juez reconoce que “las menciones difamatorias expresadas en el acto administrativo”<sup>152</sup> dan lugar a indemnización.

Se observa entonces que las jurisprudencias de ambos países reconocen el daño moral y que este no está circunscrito a los casos del sufrimiento

---

diplomático. Esta irregular situación publicitada como aparece en los periódicos referidos, sin que se hubiere dado una aclaración por parte de la Contraloría General, permite presumir que el buen nombre y la reputación personal, profesional y familiar del doctor López Michelsen sufrió un menoscabo que incidió necesariamente en el fuero íntimo del actor, lastimándolo moralmente, hasta el punto que la Sala estima necesario reconocerle perjuicios de índole moral equivalentes a pesos de 900 gramos oro”; 9 de diciembre de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Luis Alfonso Suárez Vides y otros, exp. 12046: daño moral por detención injustificada proferida por vía de hecho de juez durante los días de navidad; 9 de marzo de 1998, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Lyda Ceballos de Suárez y otros, exp. 11864: “Esa actividad irregular de la administración causó perjuicios de orden moral a los demandantes, lo cual se deduce de las noticias de la prensa escrita, como se observa en los ejemplares de periódicos allegados al proceso que destacaban el hecho de que un parlamentario como lo era Suárez Burgos estuviera siendo investigado por posible vinculación con el narcotráfico, mala publicidad que sin lugar a duda causa un daño antijurídico que debe ser resarcido, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, dado que es imputable al Estado, como quiera que si no se realizan los allanamientos, sin fundamento alguno, no se hubiera propiciado la mala prensa de la cual resultaron víctimas los demandantes”.

150. Consejo de Estado fr., 7 de noviembre de 1969, Vidal, *loc. cit.*, p. 481, *AJDA*, 1970, p. 308: “Considerando en fin que, en las circunstancias del proceso, se hará una justa apreciación del perjuicio moral sufrido por el señor Vidal, condenando al Estado a pagarle una indemnización de FF2.000 en reparación del dicho perjuicio”.
151. Corte Suprema de Justicia col., S.N.G., 12 de septiembre de 1947, M. P.: Dr. R. Miranda, *G. J.*, T. LXII, N<sup>os</sup> 2046-2047, p. 883.
152. Consejo de Estado fr., 8 de diciembre de 1948, Epoux Brusteau, *Rec.*, p. 465. Ver en el mismo sentido, Sección, 27 de enero de 1933, Ázibert, *Rec.*, p. 135; 3 de junio de 1981, Weic, *RDP*, 1982, p. 195: perjuicio moral por menciones erradas en medidas disciplinarias.

generado por las lesiones físicas o la muerte. Su campo es tan amplio que basta que el juez tenga la convicción de que la víctima padeció una aflicción o una tristeza, producida por el hecho dañino, para que la indemnización proceda. El daño es entonces el dolor, la congoja, el sufrimiento y la aflicción, compensables con una suma de dinero o mediante otra forma decidida por el juez.

Para finalizar con el tema del daño moral, es preciso analizar dos problemas que son objeto de debate doctrinario y posiciones disímiles en la jurisprudencia: el de su transmisibilidad y el de su procedencia para personas jurídicas.

Respecto del primer tema, mucho es lo que ha disertado la doctrina. Ciertos autores consideran que el daño moral es transmisible, es decir, que en el evento de la muerte de su titular sus herederos tienen derecho a recibir la indemnización por tal concepto. En este sentido el doctrinante Scognamiglio, luego de mostrar las dificultades que plantea el tema, hace unas consideraciones que merecen ser transcritas: “la regla general de nuestro derecho es la de que todos los derechos son transmisibles siempre, salvo las excepciones que indique explícita o implícitamente la ley (con oportunidad de la configuración de los propios derechos). Ahora bien, en el presente caso no se presenta un texto legal que estatuya la excepción, como tampoco motivo alguno que imponga un criterio de esta índole por la naturaleza misma del derecho examinado. Si bien la reparación se atribuye en virtud del dolor experimentado, ha de considerársele, conforme a argumento ya expuesto, como un derecho que se concreta en la pretensión a una prestación pecuniaria y de este modo cae en el patrimonio del sujeto. Al efecto resulta inocuo el intento ingenioso y reciente de concebir el derecho a los daños morales como un verdadero poder personal, como un derecho potestativo estrictamente inherente a la persona de su titular: precisamente como el poder de obrar en juicio con el fin de que el magistrado traduzca el dolor padecido en una vocación pecuniaria. A estas alturas de la discusión conviene evidenciar el equívoco en que se debate la teoría adversaria: su confusión entre el substrato personal del derecho y la forma de pretensión reparadora que adquiere. Confusión que da base para sostener que el derecho a los daños morales se realiza exclusivamente a través de la acción que a su turno lo modelará como atributo personalísimo, en fuerza de un poder personal intransmisible. Lo cual impone con miras a evitar ulteriores

equivocos, precisar que efectivamente la razón de ser del derecho a los daños morales (y su límite) radica en un bien y un derecho de la personalidad, que sólo así resultan tales quebrantos injustos y resarcibles, los daños morales se configuran como un derecho al resarcimiento pecuniario que en sí y por sí no difiere de las demás pretensiones reparadoras; de donde se concluye que no habiendo tenido en cuenta el legislador el substrato personal del derecho, la cuestión no puede resolverse de manera distinta a como lo indican los principios generales y ha de sustentarse la transmisibilidad del derecho”<sup>153</sup>. Queda así expuesta brillantemente la posición doctrinaria que defiende la transmisibilidad del daño moral, dentro de la cual se encuentra también la de los hermanos Mazeaud. Si bien estos autores hacen la distinción entre la hipótesis en la cual la persona que sufre el daño moral inició en vida la acción civil, y aquella en la cual no se inició acción porque el perjuicio se causó a la víctima por su fallecimiento, concluyen de todas formas que “en todos los casos, los herederos pueden exigir, con ese carácter, la reparación de la totalidad del perjuicio material o moral experimentado por su causante víctima de un atentado contra su persona física, y ejercitar la acción de reparación de todo daño moral que haya afectado a su causante”<sup>154</sup>. A nivel colombiano expresa similar posición el profesor Tamayo Jaramillo, quien precisa que en el evento en el cual se reclama como heredero el daño moral “los límites puestos por la jurisprudencia a la indemnización por dicho daño tendrían plena aplicación”, lo cual es obvio, “por cuanto el daño moral hereditario es justamente el dolor físico o psicológico sufrido por la víctima, y si esta hubiera sobrevivido habría podido obtener una indemnización máxima equivalente”<sup>155</sup>. En posición contraria se encuentra, por ejemplo, el doctrinante argentino Brebbia, quien estima que “de acuerdo con la clasificación que se efectúa en doctrina de las acciones con relación al derecho que protegen, la acción de reparación de un agravio moral debe ser incluida en el grupo

---

153. Renato Scognamiglio. *El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual*, trad. y notas de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1962, p. 78.

154. Mazeaud y Tunc. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, cit., T. II, Vol. 2, p. 536.

155. Tamayo Jaramillo. *De la responsabilidad civil*, cit., T. 2, p. 420.

de las acciones personalísimas. Ello implica que no pueda ser entablada por otra persona que el damnificado; que se extingue con dicha persona; y que es incesible”<sup>156</sup>.

Las diversas corrientes doctrinarias que se han ilustrado también se han reflejado en la jurisprudencia colombiana, que ha sido vacilante. Se encuentran sentencias en las cuales se defiende la transmisibilidad del derecho, porque “no resulta procedente negar dicha condena señalando que el perjuicio moral es personalísimo, pues lo que se transmite a sus herederos no es el perjuicio, que evidentemente tiene tal naturaleza, sino el derecho a la reparación que es esencialmente patrimonial”<sup>157</sup>, con lo cual se retoma en esencia el pensamiento del profesor Scognamiglio. Hay en este aspecto una aclaradora sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, del 4 de abril de 1968, en donde expresamente se afirmó que, “resta agregar, en orden a una precisión doctrinaria, que cuando el sujeto fallece en el acto mismo de la agresión, no alcanza a configurarse en su favor crédito por los daños a su persona, a los atributos de la misma, a sus manifestaciones sociales o en sus sentimientos, como quiera que la inmediación del resultado nocivo máximo no da pie a derecho, que se transmitiera *iure hereditario* a sus herederos, quienes, como tales, únicamente podrán reclamar por el desmedro del patrimonio que recogen, cifrado en los gastos de traslado del cadáver y su inhumación, y en las ganancias que dejaron de incrementarlo por la defunción del *de cuius*”. Tras sentar el anterior principio general, a continuación la sentencia afirma que “el crédito a la reparación o compensación del daño a la actividad social no patrimonial y el de daño moral propiamente dicho, aceptando su transmisibilidad por no estar excluida ni tratarse de derechos ligados indisolublemente a la persona de su titular originario, no se trasladan a los herederos sino en cuanto el causante alcanzó a adquirirlos, es decir, cuando sobreviviendo alcanzó a padecer esas afectaciones”<sup>158</sup>. A pesar de la claridad anterior,

156. Roberto H. Brebbia. *El daño moral*, 2ª ed., Rosario (Argentina), Ed. Orbis, 1967, p. 248.

157. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 21 de abril de 1997, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Deyanira Rivera y otros, exp. 10089. En la sentencia se cita aquella del 16 de noviembre de 1993, con el mismo ponente, en el expediente 7778, cuyo actor fue John Deibi Acosta Tamayo.

158. Corte Suprema de Justicia Colombiana, Sala de Casación Civil, 4 de abril de 1968, M. P.: Dr. F. Hinestrosa, G. J., T. CXXIV, N°s 2297 a 2299, p. 64.

existe, sin embargo, otro grupo de sentencias en donde se afirma que se “ha sostenido en reiteradas oportunidades la intransmisibilidad del perjuicio moral”<sup>159</sup>. Esta posición, que cita como sentencia de principio aquella del 18 de junio de 1991, marca la diferencia entre la hipótesis de la acción iniciada por el directamente perjudicado y la que no lo fue, para concluir frente a la última situación que “no podrán demandar indemnización por los perjuicios morales que se estima sufrió el *de cujus* porque estos son intransmisibles y personalísimos, reconocibles sólo para compensar pecuniariamente el dolor que sufrió dicha persona y no otra; en otras palabras, solo a él se compensa el precio de su dolor”<sup>160</sup>. Esta última posición retoma la distinción hecha por los hermanos Mazeaud, pero le hace producir unos efectos que ellos no quisieron darle porque, como ya se estudió, para aquellos, en todos los eventos, se presenta la transmisión del derecho a la indemnización.

Frente a las doctrinas reseñadas, se estima que el derecho a la indemnización por el daño moral sí es transmisible a los herederos, con independencia de que el difunto haya o no iniciado acción antes de fallecer. Los argumentos esgrimidos por el doctrinante Scognamiglio y las sentencias referidas hacen innecesaria una aclaración adicional: no se debe confundir el carácter personalísimo del daño con el derecho pecuniario a la reparación que de él deriva, y que se convierte en una acreencia de la víctima y por tanto de sus herederos. Si bien la víctima se lleva con su muerte su propio dolor, no se impide que la indemnización sea cobrada por los herederos que la sobreviven, porque son la continuación del difunto.

Respecto del segundo punto planteado, esto es, el relacionado con el daño moral que puedan sufrir las personas jurídicas, también existen teorías diversas. El rector Hinestrosa considera que “la persona jurídica no es susceptible de recibir daño moral puro, sino exclusivamente material”<sup>161</sup>;

---

159. Consejo de Estado, Sección Tercera, 14 de septiembre de 1995, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Jesús Benítez C., exp. 10567.

160. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 24 de agosto de 1995, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Mercedes Ruiz Casas, exp. 10249. Ver en sentido similar: 25 de marzo de 1993, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Natividad Rodríguez de Gutiérrez, exp. 7362.

161. Hinestrosa. *Derecho de Obligaciones, cit.*, p. 532.



lo mismo piensa el profesor Tamayo Jaramillo, cuando afirma que si “los perjuicios morales subjetivos consisten en un dolor físico o síquico, no hay lugar entonces a indemnización por este concepto a favor de personas jurídicas”<sup>162</sup>. Esta posición se justifica, como bien lo enuncia Scognamiglio, en la medida en que se tome la noción de daño moral en su sentido estricto, cosa que no ocurre con todos los autores, como por ejemplo De Cupis, para quien el concepto de daño privado no patrimonial permite afirmar que “sujeto pasivo de (este último daño) puede ser también la persona jurídica. Esto se produce cuando se compromete el beneficio que ella –independientemente por supuesto de un sentimiento de bienestar– puede experimentar en alguno de aquellos bienes no patrimoniales de los que ostenta la titularidad. Así, una sociedad mercantil, una institución de beneficencia, etcétera, pueden alcanzar un daño no patrimonial, valga decir a título de ejemplo, con una campaña difamatoria, por la violación del secreto de correspondencia, etc.”<sup>163</sup>. La posición del eminente profesor De Cupis puede, sin embargo, ser cuestionada. En efecto, a pesar de que él entiende el daño no patrimonial o inmaterial como un concepto más amplio que aquel de daño moral, y en este sentido se coloca en la línea de los autores que el profesor Scognamiglio critica, la inquietud que nos ocupa persiste: aceptando que una persona jurídica no puede sufrir daño moral, ¿puede demandar reparación de un daño inmaterial? En la jurisprudencia colombiana el tema no ha sido desarrollado profusamente. Si bien en una sentencia citada por el profesor Tamayo Jaramillo se afirma que, “obviamente, el daño moral subjetivo no puede predicarse de las personas jurídicas”<sup>164</sup>, se encuentran otras providencias que no excluyen de principio tal posibilidad. En efecto, el rechazo a las pretensiones se presenta porque “no hay prueba que demuestre que efectivamente la sociedad demandante sufrió un perjuicio moral con la pérdida de la mercancía”<sup>165</sup>, y se precisa que “en este campo no se da la presunción que se observa en otros asuntos de

---

162. Tamayo Jaramillo. *De la responsabilidad civil*, cit., T. II, p. 137.

163. De Cupis. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, cit., p. 124.

164. Consejo de Estado col., 7 de junio de 1973, *ACE*, T. LXXXIV, p. 313.

165. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 18 de abril de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Sociedad Centro Importadora Ltda., exp. 8783.

responsabilidad”<sup>166</sup>. Dichas sentencias permiten concluir que de probarse el daño moral procedería su indemnización a favor de la persona jurídica, sin quedar, sin embargo, en claro lo que se debería probar y menos aún si hay prueba posible, que es el punto importante para tomar posición frente al tema en debate. El problema es que, también dentro de la perspectiva de De Cupis, para quien “la persona jurídica [...] sufre, comúnmente, el daño que incide en su reputación en la cual se refleja su mismo honor”, se presenta una confusión entre daño inmaterial y *good will* o *know how*.

Es claro que una persona jurídica puede sufrir daño tanto en su *good will* como en su *know how*, pero dichos daños son de contenido patrimonial y por ello los ejemplos del citado profesor italiano no sirven para ilustrar los daños inmateriales. El Decreto 2650 de 1993, citado por la sentencia del 10 de julio de 1997 del Consejo de Estado colombiano, considera “el *know how* como cuenta del activo y lo describe como un bien intangible ‘apreciable en dinero, del conocimiento práctico sobre la manera de hacer o lograr algo con facilidad y eficiencia, aprovechando al máximo los esfuerzos, habilidades y experiencias acumuladas en arte o técnica’”<sup>167</sup>. A su turno, el *good will*, que según la sentencia citada no tiene una definición normativa en Colombia, se considera en ella como “el buen nombre o fama comercial en un conglomerado determinado, bien intangible que conlleva beneficios tales como el reconocimiento de los consumidores al producto o servicio y a la empresa que lo suministra, la confianza y credibilidad de la empresa, la calificación positiva del consumidor a las características del producto y el derecho a la clientela, esta última con protección jurídica positiva en las normas que consagran la prohibición de las conductas de competencia desleal (L. 256/96)”. Es por ello que tal derecho, a pesar de no tener medidas precisas, “generalmente corresponde a un estimado del

166. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 4 de octubre de 1993, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Soc. Fumigaciones Aéreas de Colombia Farca S.A., exp. 8121.

167. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 10 de julio de 1997, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Sociedad Díaz y Cía. S. en C., exp. 10229, publicada en el N° 309 de *Jurisprudencia y Doctrina*, de septiembre de 1997. También se cita, a pesar de pertenecer al campo contractual, la siguiente sentencia: 26 de septiembre de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Fervequipos Ltda., exp. 10878, en la cual se niega la pérdida de *good will* supuestamente producido por la no adjudicación de un contrato, porque no se probó ni cuantificó.

potencial de mercado y su rentabilidad”, con lo cual su afectación cae en la órbita tradicional del daño material.

Así las cosas, se estima que una persona jurídica no puede recibir ni daño moral ni daño inmaterial en general, por varias razones. En primer lugar, porque las únicas personas que sufren anonadamiento, congoja, tristeza, etc., son las personas naturales, con exclusión de las jurídicas. Con ello se comparte la posición de quienes consideran que el daño moral, en su sentido estricto, sólo es predicable de las personas naturales. En segundo lugar, se estima que las personas jurídicas no pueden sufrir daños inmateriales sino exclusivamente materiales, como lo enuncia el rector Hinestrosa, porque el límite a sus daños está constituido por su patrimonio económico medible en dinero. Sirve para apoyar lo que aquí se enuncia la sentencia T-472 de 1996 de la Corte Constitucional colombiana, en la cual se afirmó que, “a juicio de la Sala, en razón de sus características y naturaleza y, especialmente, por constituir una derivación directa del principio de dignidad humana, las personas jurídicas no pueden ser titulares de los derechos fundamentales a la honra y al buen nombre [...] Sin embargo, es menester señalar que las personas jurídicas sí pueden buscar la protección de su ‘buen nombre’ o ‘imagen’ comercial, también conocidos como *good will*, de naturaleza completamente distinta a los derechos a la honra (C.P., artículo 21) y al buen nombre (C.P., artículo 15). En efecto, mientras éstos buscan garantizar la dignidad de la persona humana, aquéllos pretenden salvaguardar la libertad de empresa o evitar distorsiones del mercado, como la competencia desleal (C.P., artículo 333) y, por ende, tienen un contenido eminentemente económico, del que carecen los derechos a la honra y al buen nombre de que son titulares los individuos”<sup>168</sup>. Por supuesto si las personas naturales que conforman la sociedad prueban la existencia de un daño moral por los hechos que los afectan como miembros de la misma, tienen derecho a dicha indemnización. Es lo que ocurrió en el ya citado caso referido por el profesor Tamayo Jaramillo, en el cual “se condenó a reparar los perjuicios morales subjetivos de los miembros de un colegio de abogados que fue difamado por el demandado”.

---

168. Corte Constitucional col., sent. T-472/96, M. P.: Dr. Cifuentes Muñoz.

No es la posición que aquí se defiende la que ha sido aceptada por el derecho francés en donde, al decir del profesor Richer, dentro del concepto de daño moral se comprende, al igual que en derecho colombiano, la afrenta a la reputación. Pero en lo que aquí nos interesa, dicha afrenta, que “supone publicidad”, puede ser sufrida por “las personas naturales o las jurídicas”<sup>169</sup>. Es por ello que se presenta el evento en el cual una persona jurídica que tiene por objeto no sólo defender sus intereses sino luchar por la protección del medio ambiente puede obtener como indemnización la suma simbólica de 1 franco<sup>170</sup>. Las críticas a esta postura han quedado reseñadas en los párrafos precedentes, razón por la cual no es de anotar argumento adicional alguno.

Tras estudiar los dos problemas anunciados, que permiten centrar con mayor precisión el concepto de daño moral, se debe entonces pasar al estudio de las diferencias de los rubros del daño inmaterial existentes en el ordenamiento colombiano y francés.

#### B. LOS PUNTOS DE DIFERENCIA ENTRE LAS DOS JURISPRUDENCIAS

Como se anticipó, en el derecho francés existe el rubro del daño conocido como *troubles dans les conditions d'existence* —alteraciones en las condiciones de existencia—, que es autónomo frente al daño moral. Esta figura no se presenta en el derecho colombiano en el cual expresamente se ha rechazado la procedencia de tal rubro del perjuicio, pero se ha aceptado, sin embargo, la procedencia de la indemnización del perjuicio fisiológico o a la vida de relación.

La realidad descrita nos lleva a estudiar en primer término el rubro existente en derecho francés, para pasar a aquel del derecho colombiano y poder así extraer algunas conclusiones.

169. Richer. “Préjudice réparable”, *cit.*, N<sup>os</sup> 396 y 397.

170. Tribunal Administrativo de Caen, 17 de octubre de 1972, *Syndicat de la Défense contre la Pollution Atmosphérique autour de la Zone Portuaire de Caen vs. Ministre de l'Industrie* (JCP, 1973, p. 17351, note P.A.-R.M.). Ver también el siguiente caso citado por el profesor Richer: 26 de marzo de 1980, *Min. Affaires Étrangères vs. Chambre de Commerce Française au Liban et Louvau, Rec.*, p. 171: indemnización por una nota en la cual se indicaba que la Cámara de Comercio se dedicaba a la estafa.

## I. LAS ALTERACIONES EN LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA DEL DERECHO FRANCÉS

Esta noción, que puede ser definida según el profesor Chapus como “una modificación anormal del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos”<sup>171</sup>, es bastante utilizada por los fallos franceses.

Ello nos lleva a estudiar en primer lugar los campos más importantes donde el juez francés utiliza la noción.

En primer lugar se debe anotar que la “alteración en las condiciones de existencia” se presenta a raíz del deceso de una persona cercana, pues la muerte puede alterar la vida familiar. El fallo consortes Vimart muestra cómo el juez se preocupa de indemnizar las alteraciones que se han producido a la vida familiar. El fallo Letisserand también permite comprobar que el juez ordena reparar “las alteraciones de toda naturaleza que la desaparición del jefe de familia creó en la vida familiar, especialmente en la educación de los tres hijos menores”<sup>172</sup>, o, dicho por el fallo consortes Alonzo Hofmann, la reparación por las alteraciones que causa “la desaparición del esposo y padre”<sup>173</sup>. Se puede anotar que el fallo comuna de Plonisy retoma los mismos términos del fallo Letisserand, al afirmar que “las alteraciones de toda naturaleza que la desaparición del jefe de familia creó en la vida familiar, especialmente para la educación de las tres hijas menores”<sup>174</sup>, impone la indemnización de dicho perjuicio. Pero las alteraciones producidas por la muerte del “jefe de familia” no son las únicas que dan lugar a indemnización, pues el deceso del mismo, ahora en su versión femenina, puede también causar alteraciones para el marido sobreviviente que, padre de cinco hijos entre los 2 y los 9 años en el momento del accidente, ve su vida alterada, razón por la cual quizás contrae nuevamente matrimonio 20 meses después de su viudez<sup>175</sup>.

171. Chapus. *Responsabilité publique*, cit., p. 414.

172. Consejo de Estado fr., Ass., 24 de noviembre de 1961, citado.

173. Consejo de Estado fr., 4 de noviembre de 1966, citado.

174. Consejo de Estado fr., 24 de junio de 1964, Commune de Plonisy, *RDP*, 1964, p. 1044.

175. Consejo de Estado fr., 29 de noviembre de 1972, Commune de Saint-Barthélémy-de-Vals, *RDP*, 1973, p. 1779.

También por fuera de la hipótesis de la muerte de una persona el juez reconoce la existencia de las alteraciones, cuando una enfermedad de un ser próximo cambia la vida de la otra persona. Es el caso por ejemplo del fallo Pol, en el cual el juez condenó a indemnizar por las alteraciones de las condiciones de existencia que se presentan para un padre cuya hija quedó parálitica<sup>176</sup>. Por supuesto si la enfermedad produce alteraciones en las condiciones de existencia a la persona directamente afectada el juez no duda en reconocer tal rubro del perjuicio<sup>177</sup>, y ha llegado a sumas considerables, por ejemplo, en el evento de la contaminación del sida<sup>178</sup>.

Así mismo puede ocurrir que las alteraciones sean reconocidas frente al cambio brusco que se presenta en la vida profesional. Es el ejemplo del fallo Cámara de Comercio de Saint-Malo, en el cual el juez ordenó reparar este rubro del perjuicio, pues “el accidente litigioso causó una alteración cierta en las condiciones de existencia del señor Touet quien interrumpió toda actividad durante dos años aproximadamente después de la consolidación de las heridas, y quien en razón de enfermedades consecutivas al accidente se encontró en la necesidad de cambiar de profesión”<sup>179</sup>, o del fallo Sarotte en el que el juez ordena reparar “las alteraciones de toda naturaleza que se presentan en las condiciones de existencia [...] por el cambio de carrera que impuso la invalidez”<sup>180</sup>, pues “el interesado debió renunciar, por la amputación a la que fue sometido, a la carrera de marino para la cual se preparaba”<sup>181</sup>.

---

176. Consejo de Estado fr., Sección, 2 de octubre de 1970, Époux Pol, Rec., p. 543, *Rev. Trim. Droit Sanitaire et Social*, 1972, p. 93, concl. Morisot.

177. Consejo de Estado fr., 11 de diciembre de 1991, Administration Générale de l'Assistance Publique à Paris, req. 108688, Decisiones del Consejo de Estado: “considerando que el señor Monnier sufrió, por el hecho de la lesión en el diafragma, alteraciones importantes en sus condiciones de existencia”.

178. Consejo de Estado fr., Assemblée, 9 de abril de 1993, M. G., Decisiones Consejo de Estado: “Considerando que se hará una exacta apreciación de las alteraciones de toda naturaleza sufridas por el señor M. G. [...] dándole una indemnización de un monto de FF2.000.000”.

179. Consejo de Estado fr., 3 de abril de 1968, Chambre de Commerce de Saint-Malo, *RDP*, 1968, p. 1127.

180. Consejo de Estado fr., 9 de noviembre de 1959, Sarotte, citado, Rec., p. 591.

181. Consejo de Estado fr., 5 de mayo de 1965, Etablissement National des Invalides de la Marine, *RDP*, 1965, p. 1212. Ver en el mismo sentido: Consejo de Estado, 13 de

Hasta aquí se puede entonces afirmar que las alteraciones en las condiciones de existencia suponen una situación que modificó anormalmente, como lo afirma Chapus, la clase o calidad de la vida del demandante.

Sin embargo esta definición no aclara en forma suficiente la naturaleza misma del perjuicio que se reconoce dentro de este rubro, al punto de permitir diferenciar conceptualmente las alteraciones en las condiciones de existencia de los otros rubros del perjuicio. Hasta el momento podemos comprobar las situaciones que permiten otorgar indemnización por el rubro del perjuicio en estudio, pero no podemos determinar aquello que se indemniza cada vez que el juez reconoce la existencia de la alteración en las condiciones de existencia.

Hay que estudiar entonces la naturaleza de las alteraciones en las condiciones de existencia, para responder a las siguientes preguntas: ¿cuál es la naturaleza de este rubro del perjuicio?, ¿tienen las alteraciones en las condiciones de existencia una entidad autónoma de los otros rubros del perjuicio?, ¿se trata de indemnizar perjuicios de orden inmaterial cuando se otorga una indemnización por alteración en las condiciones de existencia?, ¿se indemniza uno de orden material?, ¿qué se indemniza por esta vía?

Se debe pues analizar ahora si dicha reparación implica una doble indemnización respecto de otros rubros del perjuicio. Si así fuere la situación, habría derecho a pensar que la noción no puede defenderse por sí misma. Si, por el contrario, se llega a la conclusión de que la “alteración en las condiciones de existencia” se repara con independencia de los otros rubros del perjuicio, la noción deberá conservarse dentro de la tipología del perjuicio.

---

octubre de 1971, Ville de Marseille, *RDP*, 1972, p. 1554: “Está probado que el señor Marangon, de 21 años al momento del accidente, debió renunciar al ejercicio de su profesión como consecuencia de las secuelas del accidente; la invalidez del 60% que sufrió lo hace incapaz de encontrar una actividad profesional comparable a aquella que ejercía, y lo reduce a ocupar empleos menos remunerados; las cuatro intervenciones quirúrgicas a las que ha sido sometido le han ocasionado importantes sufrimientos síquicos; ha sido víctima de alteraciones graves en sus condiciones de existencia; por tanto, la ciudad de Marseille no puede sostener que, teniéndose en cuenta el monto del perjuicio que resulta de los gastos médicos y farmacéuticos y de las pérdidas de salarios durante el período de incapacidad temporal total, monto que no es cuestionado, al fijarse en total la suma FF220.390, la sentencia atacada haya realizado una inexacta apreciación del perjuicio sufrido”.

El problema ya ha sido planteado por la doctrina francesa, que ve en la noción de “alteración de las condiciones de existencia” una noción “más funcional que conceptual”<sup>182</sup>, que sirve en ocasiones como “instrumento para acomodar”<sup>183</sup> la indemnización en una especie de “juego de báscula”. El Comisario de Gobierno Rougevin-Baville, en su concepto para el fallo Vimart, denunciaba frente al Consejo de Estado la comodidad de este en la utilización de la noción. Afirmaba, en efecto, que “de los tres elementos tradicionales para la indemnización de los causahabientes en caso de muerte —pérdida de ingresos, dolor moral, y alteraciones en las condiciones de existencia—, los dos primeros entran fácilmente en una de las dos masas ya definidas: la pérdida de ingresos es evidentemente un perjuicio de orden patrimonial y el dolor moral un perjuicio de orden personal y no patrimonial”, pero, al contrario, “la noción de alteraciones en las condiciones de existencia —‘alteraciones de toda naturaleza’, dicen en general ustedes en el Consejo de Estado, siendo elocuente la precisión—, es fundamentalmente híbrida”<sup>184</sup>.

Teniendo en cuenta las observaciones precedentes, el estudio de las “alteraciones en las condiciones de existencia” debe enfocarse en relación con las otras clases de perjuicio, en primer término frente al perjuicio moral, y en segundo, con respecto a los perjuicios de orden patrimonial.

En lo atinente a la relación con el perjuicio moral, se puede afirmar que en el derecho francés las “alteraciones en las condiciones de existencia” no generan doble indemnización con el perjuicio moral, y por ello es posible, como lo afirma Morange, “rehusarse a ver en la reparación de las alteraciones en las condiciones de existencia un pretendido perjuicio moral”<sup>185</sup>.

En efecto, el fallo Dame Mourlet, aunque proferido en la época en la que el Consejo de Estado francés no ordenaba reparar el perjuicio moral, enuncia que no hay lugar a reparar ni las alteraciones en las condiciones de

182. Consejo de Estado fr., 4 de enero de 1964, Département du Nord, *AJDA*, 1964, II, p. 508, nota J. Moreau.

183. Richer. “Préjudice réparable”, *cit.*, N° 376.

184. Conclusiones del “Comisario de Gobierno” o Procurador Delegado Rougevin-Baville, citadas, en el fallo Consejo de Estado fr., Asamblea Plenaria, 14 de febrero de 1975, Consorts Vimart, *Rec.*, p. 113.

185. Morange. “La réparation des accidents de personnes”, *cit.*, p. 98.



existencia, pues no se probaron, ni el perjuicio moral, que “no podría ser reparado por el otorgamiento de una suma de dinero”<sup>186</sup>. La diferenciación de los argumentos que sirven para rechazar cada uno de los rubros del perjuicio no deja duda alguna: el juez habría podido decretar la indemnización de las alteraciones en las condiciones de existencia, sin indemnizar el perjuicio moral, y viceversa. Con mayor claridad aún, el fallo Vimart ya citado afirma “que se hace una justa apreciación del perjuicio que resulta de este dolor y de estas alteraciones, al evaluarlo, para cada uno de ellos, en la suma de...”<sup>187</sup>. El hecho de que el juez otorgue una suma de dinero que reagrupa en una masa única todo el perjuicio no patrimonial no desvirtúa lo que se ha afirmado, pues los fallos que así proceden separan las diversas fuentes del perjuicio que están siendo reconocidas por la suma total, de modo de distinguir claramente entre alteraciones de las condiciones de existencia y perjuicio moral<sup>188</sup>.

La jurisprudencia francesa actual ratifica la tendencia reseñada. Así, por ejemplo, en el evento en que a raíz de una operación defectuosa que generó una falta de memoria, dificultades de orientación en el espacio, perturbación de la personalidad, límite de movimiento del miembro inferior izquierdo y pérdida de la fuerza de un brazo, el Procurador Delegado, seguido en ello por el Consejo de Estado, propuso “avaluar el perjuicio, comprendidos todos los rubros, en 900.000 francos, de los cuales 600.000 francos a título de alteración en las condiciones de existencia, 100.000 francos

186. Consejo de Estado fr., 20 de marzo de 1953, Dame Mourlet, Rec., p. 148.

187. Consejo de Estado fr., Asamblea Plenaria, 14 de febrero de 1975, Consorts Vimart, citado, Rec., p. 113.

188. Es, por ejemplo, el caso del fallo Esposos Pech: “que, de otra parte, será hecha una equitativa apreciación de los otros rubros del perjuicio sufridos por los esposos Pech al otorgarles, en reparación de la alteración aportada en sus condiciones de existencia, una suma de...”. En el mismo sentido, el fallo Entreprise Roussel et Gaz de France, citado, Rec., p. 476: “que conviene igualmente confirmar la evaluación de la cifra de [...] para la reparación del dolor moral y de las alteraciones de toda naturaleza en las condiciones de existencia, soportadas por los esposos Delvigne-Girardeau a raíz de la muerte de dos de sus hijos”. Igualmente: 15 de febrero de 1963, Minotto, Rec., p. 95: “Considerando que se hará una justa apreciación del perjuicio sufrido por los parientes de la víctima por [...] la alteración aportada en sus condiciones de existencia y por el dolor moral causado por la muerte de su hijo, al condenar a Electricidad de Francia a una indemnización de...”.

a título del sufrimiento físico durante las curaciones, 100.000 francos a título del perjuicio estético ligado a la cojera y 100.000 francos por el perjuicio moral sufrido por la señora V que es perfectamente consciente de la disminución de sus capacidades”<sup>189</sup>. Si esta metodología tiene la virtud de descomponer los rubros del perjuicio partiendo de una suma global, existen otros eventos en los cuales se indemniza separadamente sin englobar las varias partidas. Es el caso del fallo del Tribunal Administrativo de París del 20 de diciembre de 1990, en donde se reconocen FF500.000 por alteraciones en las condiciones de existencia y FF50.000 por perjuicio moral a una enfermera a quien, mientras hacía una prueba de sangre de un enfermo, le arrojaron el tubo en sus manos en forma que resultó contagiada de sida, que luego transmitió a su marido por relaciones sexuales<sup>190</sup>.

Igual ocurre cuando el juez francés, en varias ocasiones, ordena indemnizar por separado las alteraciones en las condiciones de existencia y otra clase de perjuicio extrapatrimonial que, sin ser denominado moral, se repara de manera independiente. Es por ejemplo el evento en que se indemnizan con FF400.000 las alteraciones en las condiciones de existencia de una joven de 28 años, que a raíz de un accidente de tránsito “sufrió una incapacidad total de 8 años y quedó con una incapacidad permanente parcial del 55%, acompañada de alteraciones fisiológicas importantes que le impusieron renunciar a todo placer”, y, además, se indemnizan con FF270.000 los “sufrimientos físicos excepcionales” y el “perjuicio estético [...] producido por una cojera y cicatrices en los cuatro miembros”<sup>191</sup>.

Perjuicio moral y alteraciones en las condiciones de existencia son, entonces, en derecho francés, rubros del perjuicio que no son ni sinónimos ni expresan el mismo daño. El objeto de su indemnización es independiente: mediante la figura de las alteraciones en las condiciones de existencia el juez francés indemniza una “modificación anormal dada al curso normal de existencia del demandante”, en tanto que mediante el daño moral se indemniza el sufrimiento producido por el hecho dañino.

Si la relación entre las alteraciones en las condiciones de existencia y

---

189. *AJDA*, 1992, N° 5, concepto de M. le Commissaire du Gouvernement Legal, en el fallo del Consejo de Estado del 10 de abril de 1992, M. et Mme. V.

190. T. A. de París, 20 de diciembre de 1990, *Epoux B.*, Rec., p. 515.

191. Consejo de Estado fr., Sección, 16 de enero de 1995, M. Siret, req. 076003.

los otros rubros del daño inmaterial es la estudiada, se debe ahora precisar cuál es la existente entre la noción analizada y los perjuicios de orden material.

A pesar de que el profesor Chapus enuncia que “las alteraciones en las condiciones de existencia son de orden moral, puesto que no tienen ninguna incidencia económica, o al menos, puesto que son apreciadas y reparadas por ellas mismas, independientemente de las consecuencias de orden económico”<sup>192</sup>, se puede anotar que los fallos no permiten una conclusión tan radical. Aunque las alteraciones en las condiciones de existencia se separan del perjuicio moral, ellas no son independientes, según la jurisprudencia francesa, de las consecuencias de orden económico que genera el hecho dañino.

En el concepto precitado en el fallo Vimart, el Procurador Delegado Rougevin-Baville afirmaba a este propósito que “la noción de alteraciones en las condiciones de existencia es utilizada con frecuencia para cubrir un cierto número de gastos ligados a los cambios de vida del demandante, y aun como una especie de complemento de la indemnización de la pérdida de ingresos”<sup>193</sup>.

Y dicha apreciación es cierta. En efecto, el fallo viuda Laurent, teniendo en cuenta que la madre fallecida prestaba servicios a la demandante, que a su vez asumía los gastos de mantenimiento de su madre, niega la procedencia de las alteraciones en las condiciones de existencia<sup>194</sup>. De igual manera el fallo Lefondeur decreta la indemnización “no sólo de los gastos fúnebres, sino del perjuicio resultante de las alteraciones en sus condiciones de existencia por la muerte de la víctima que con su trabajo aportaba una ayuda apreciable al mantenimiento del hogar de los padres”<sup>195</sup>. Al contrario,

192. Chapus. *Responsabilité publique*, cit., p. 414.

193. Concepto de Rougevin-Baville, citado, en Consejo de Estado fr., Asamblea Plenaria, 14 de febrero de 1975, Consorts Vimart, Rec., p. 113.

194. Consejo de Estado fr., 28 de julio de 1951, Dame veuve Laurent, I. eb., tables, p. 832: “Muerte de una madre de bastante edad, que era ayudada por sus hijos quienes la mantenían. En el caso, la demandante no justifica haber sufrido por el hecho del fallecimiento de su madre, y teniéndose en cuenta los servicios que le prestaba así como los gastos en que incurría para su mantenimiento, alteraciones en las condiciones de existencia”.

195. Consejo de Estado fr., 17 de febrero de 1960, Epoux Lefondeur, I. eb., p. 116.

el fallo GDF, recordando que el padre “no puede dar en el futuro socorro material o moral a su hija Solange”, indemniza “las alteraciones que el accidente del señor Codvelle acarreó en las condiciones de existencia de la señorita Solange Codvelle”<sup>196</sup>.

Se puede entonces anotar que en el fallo GDF el juez ordena indemnizar las alteraciones en las condiciones de existencia sufridas por el hecho de que el padre no podrá subvenir en adelante los deseos materiales de su hija y que, en el fallo viuda Laurent, niega la existencia de dicho daño porque no hubo alteración económica para la demandante a raíz de la muerte de su madre. De igual manera el fallo esposos Lefondeur permite pensar que las alteraciones surgen porque el hijo colaboraba económicamente al mantenimiento del hogar de sus padres. Es cierto, sin embargo, que el fallo esposos Vimart al enunciar que los menores “han sufrido además, a raíz de la disolución de la familia y por fuera de todo daño pecuniario, alteraciones en las condiciones de existencia para las cuales pueden solicitar reparación”<sup>197</sup>, deja entender que las alteraciones pueden presentarse por fuera de toda consecuencia económica. Y ello también es evidente. Las alteraciones en las condiciones de existencia pueden reconocerse por fuera del perjuicio material. Pero lo anterior no significa que el juez francés deje de apreciar, en ocasiones, elementos económicos del perjuicio cuando se trata de la indemnización de las alteraciones de existencia, tal y como lo demuestran los precitados fallos EDF, viuda Laurent, y esposos Lefondeur.

Es pues aceptable anotar que las alteraciones en las condiciones de existencia, tal como se manejan por la jurisprudencia francesa, no se distinguen necesariamente del perjuicio material. Ello significa que la naturaleza no pecuniaria de las alteraciones puede ser cuestionada, pues la reparación de este rubro del perjuicio supone que las consecuencias económicas del hecho dañino también son tenidas en cuenta por el juez cuando indemniza las alteraciones en las condiciones de existencia (ejemplo de los fallos viuda Laurent y GDF). Y por esta vía puede llegarse a no indemnizar la totalidad del perjuicio, pues el juez, por ejemplo en el caso EDF, confunde el perjuicio material —pérdida de ingresos— con las

---

196. Consejo de Estado fr., 20 de febrero de 1976, GDF, RDP, 1976, p. 1383.

197. Consejo de Estado fr., Asamblea Plenaria, 14 de febrero de 1975, Consorts Vimart, Rec., p. 113.

alteraciones en las condiciones de existencia que el accidente puede generar en el demandante. La misma anotación puede hacerse respecto del fallo Pestel<sup>198</sup>, en el que el Consejo de Estado, al analizar la ilegalidad de una medida de destitución “que trajo consigo afrenta a la reputación e impidió al interesado encontrar un empleo que le permitiera completar los ingresos necesarios para su pensión de jubilación”, otorga una suma para indemnizar “las alteraciones en las condiciones de existencia que surgieron por la afrenta de su reputación”. En este caso, al haberse indemnizado las alteraciones en las condiciones de existencia originadas por la afrenta a la reputación, se dejó sin reparación el verdadero perjuicio material sufrido por la víctima al no encontrar empleo, perjuicio que habría consistido, como lo afirma el fallo, en el hecho de no haber podido completar los ingresos que le aseguraren la pensión de jubilación. ¿Es que dicho rubro del perjuicio fue reparado? Todo indica que la respuesta es negativa. Situación similar se presenta en el fallo esposos Lefondeur, en el cual el juez ordenó indemnizar con FF5.000 las alteraciones producidas por la pérdida de ayuda material a los parientes. ¿Es que el juez ha indemnizado verdaderamente la pérdida de ingresos sufrida por los parientes a raíz de la muerte del hijo que los socorría económicamente? La respuesta, teniendo en cuenta el bajo monto de la indemnización, sólo puede ser negativa.

La confusión que muestra el derecho francés en este aspecto también se ha presentado —infortunadamente— en el derecho colombiano.

En un comienzo la jurisprudencia colombiana<sup>199</sup> diferenciaba entre el

198. Consejo de Estado fr., 16 de junio de 1954, Pestel, *l.c.*, p. 354.

199. Se debe anotar, de entrada, que la diferencia que anteriormente realizaba la jurisprudencia entre el perjuicio moral y el perjuicio moral objetivado, ya ha sido sobrepasada. La jurisprudencia actual del Consejo de Estado marca claramente la diferencia entre perjuicio material y perjuicio moral. Por demás, lo que anteriormente se llamaba “perjuicio moral objetivado” ya no existe en el lenguaje jurisprudencial. El fallo del 3 de mayo de 1990, por ejemplo, afirma: “no entiende la Sala cómo los ‘perjuicios materiales reflejados en la desvalorización de los inmuebles’, puedan contener ‘los factores que determinan los perjuicios morales’, pues es bien sabido que el perjuicio se indemniza en su aspecto material y en su aspecto moral. Pero lo que no puede afirmarse, como lo hace el *a quo*, es que el perjuicio material contenga al moral, o que éste quede subsumido, por así decirlo en aquél, pues a más de ser dos rubros del perjuicio moral objetivado, si es que a ello entendió referirse el fallo aplaudido, ha sido considerado siempre como perjuicio simplemente material por la jurisprudencia de la

perjuicio moral o *pretium affectionis*, y el perjuicio moral llamado “objetivo”. En efecto, “en cuanto al daño o perjuicio moral, se ha hecho la distinción entre subjetivo y objetivado. Aquél, llamado también *pretium doloris*, es de carácter síquico, afectivo y su demostración puede aceptarse por medio de una presunción simple [...] Cuando como consecuencia del trauma anímico producido por el hecho dañoso se afecta el patrimonio económico, el perjuicio se denomina moral objetivado”<sup>200</sup>. Para ilustrar el principio, “es daño moral objetivado la enfermedad proveniente de un ataque al sentimiento de afección y la depresión síquica, con el mismo origen, que produce inhibición para el trabajo, y que consecencialmente se refleja en el patrimonio material”<sup>201</sup>, e, igualmente, “el menoscabo que un profesional o comerciante sufren en su honor o reputación, y que puede disminuir sus entradas de dinero, o en la depresión que un dolor moral ocasiona y que disminuye la productividad del que lo padece”<sup>202</sup>.

Si los dos rubros del perjuicio se separaban, los fallos debían, en consecuencia, ordenar que se repararan de manera diferente. El juez buscaba así, en primer término, determinar el perjuicio “moral objetivado” para, enseguida, ver si existía o no perjuicio moral puro y simple<sup>203</sup>. Así, el fallo

Sección” (Sección Tercera, C. P.: Dr. De Irisarri Restrepo, colaboró: Juan Carlos Henao, exp. 5497, actor: Bernardo Méndez y otro).

200. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 28 de junio de 1967, C. P.: Dr. Portocarrero M., *ACE*, T. LXXII, p. 527. En el mismo sentido el fallo de la Corte Suprema de Justicia, S.N.G., 13 de diciembre de 1943, M. P.: Dr. Cardozo Gaitán: “Es doctrina de la Corte en sus dos Salas Civiles, la de que en el daño moral son perjuicios avaluables e indemnizables los que se concretan de un modo objetivo, y que los puramente subjetivos escapan a la regla general de avalúo e indemnización, porque la naturaleza de estos últimos no permite aplicarles esas normas”.

201. Corte Suprema de Justicia col., S.N.G., 3 de marzo de 1942, M. P.: Dr. Cardozo Gaitán, *G. J.*, T. LII, N° 1977, p. 905.

202. Corte Suprema de Justicia col., S.N.G., 4 de diciembre de 1952, M. P.: Dr. Gómez Prada, *G. J.*, T. LXXIII, N° 2119-2123, p. 899.

203. El fallo del Consejo de Estado colombiano del 28 de abril de 1967 afirma con claridad: “... dado lo imponderable e inasible de los múltiples y complejos factores que contribuirán a configurar el daño futuro proveniente de las lesiones físicas constitutivas de simples desfiguraciones corporales notorias, hay necesidad de confinar esa clase de perjuicios, cuando es imposible objetivarlos en la realidad económica, dentro del concepto de daño moral indemnizando solamente la depresión psicológica y disminución de la personalidad que el individuo sufre y lo acompañará en la vida”.

del 12 de marzo de 1937 de la Corte Suprema de Justicia<sup>204</sup> afirma claramente que “cuando se ha avaluado el daño de carácter patrimonial, no cabe, de acuerdo con los preceptos de nuestra legislación, hacer una apreciación separada de los daños morales, porque la indemnización compensatoria del perjuicio material envuelve en sí misma una satisfacción por los perjuicios morales. En los casos en que no ha podido hacerse una apreciación del daño patrimonial y son evidentes los perjuicios de carácter moral, es procedente la estimación de éstos en dinero”.

Con esta lógica, la reparación de los perjuicios suponía rechazar la indemnización del moral cuando la víctima hubiera sufrido perjuicios de orden material. En el fallo que se acaba de citar, cinco personas murieron en un accidente. El deceso de tres de ellas produjo perjuicio material a los parientes, quienes no fueron por tanto indemnizados por el perjuicio moral; al contrario, el deceso de las otras dos personas, que no originó perjuicio material a los parientes, sí generó perjuicio moral. Y el fallo del 28 de junio de 1967, esta vez del Consejo de Estado, utiliza la misma lógica. A raíz de las heridas causadas a un ciudadano por las fuerzas militares en momentos de una manifestación pública, el Consejo de Estado declara la responsabilidad por falla del servicio del Estado, y en lo que nos interesa afirma que “el daño comprende tanto el perjuicio material como el moral. Pero hay casos en que, como lo ha dicho la Corte, no es posible aislar con existencia jurídica propia el daño moral, porque el perjuicio material y el moral se mezclan y confunden de tal modo que el último no puede considerarse sino como una fase o aspecto del primero. Tal como acontece cuando los daños corporales entrañan a la vez que un perjuicio material de incapacidad, un sentimiento, elemento psicológico, que deprime el espíritu y entristece la vida, pero que sin embargo no admite la calificación de perjuicio moral, jurídicamente hablando, porque no tiene existencia propia y diferente del daño patrimonial. Para estos casos, admiten los autores que en la reparación del daño patrimonial debe entenderse comprendida la del daño moral, autorizando la doctrina, para estas ocurrencias, una agravación del monto de la indemnización material como sanción que la ley civil consagra al deber

---

204. Corte Suprema de Justicia col., S.N.G., 12 de marzo de 1937, M. P.: Dr. Gómez Naranjo, *G. J.*, T. XLV, N° 1923, p. 355.

moral de no dañar a nadie en ninguna forma”<sup>205</sup>. Esta posición entrañaba contradicciones infortunadas, pues a partir de ella se confundía perjuicio material y perjuicio moral.

El razonamiento del juez colombiano es parecido al actual del Consejo de Estado francés, puesto que este confunde en ocasiones, como se vio, alteraciones en las condiciones de existencia y perjuicio material. Aunque la distinción que realizaba la jurisprudencia colombiana era entre el perjuicio moral “puro” y el “objetivado”, se cuestionaba de igual manera la entidad separada de cada uno de los rubros del perjuicio, pues no se marcaba con claridad la diferencia existente entre consecuencias de orden material y de orden inmaterial del perjuicio, y todo para negar la reparación del daño moral propiamente dicho.

El perjuicio moral “objetivado” suponía la misma naturaleza híbrida de las alteraciones en las condiciones de existencia del derecho francés, con falta de claridad respecto de las situaciones que definían uno y otro perjuicio. En efecto, por la vía del perjuicio moral “objetivado”, la jurisprudencia colombiana procedía a la reparación, al igual que lo hace la francesa de hoy en día con “las alteraciones en las condiciones de existencia”, de las repercusiones económicas del hecho dañino, que sólo deberían entrar, sin más, en el rubro correspondiente a los perjuicios materiales.

Se puede entonces concluir que, si bien las alteraciones en las condiciones de existencia tienen una naturaleza básicamente no pecuniaria, en ocasiones los fallos les otorgan una naturaleza híbrida al confundirlas con las consecuencias pecuniarias del hecho dañino, con lo cual se introduce una confusión respecto de la naturaleza misma de esta clase de perjuicio. De esta manera en el derecho francés se viola la regla de la indemnización plena del daño, puesto que de nada sirve otorgar entidad autónoma a un rubro del perjuicio si en la indemnización dineraria se confunde con otro rubro que queda sin indemnizar. En definitiva, como bien lo han dicho los profesores Moreau y Richer, ya citados, la noción de *troubles dans les conditions d'existence* juega un papel funcional *d'égalisation* en la indemnización del daño, lo cual no es propiamente un proceder técnico y necesario.

---

205. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 28 de junio de 1967, C. P.: Dr. Portocarrero M., *ACE*, T. I.XXII, N° 413-414, p. 279.



De todas formas, dicha noción es de suma importancia en el derecho francés y nos permite estudiar a continuación el nuevo rubro del perjuicio no material del derecho colombiano, como opción para sacar conclusiones en derecho comparado.

## 2. EL PERJUICIO FISIOLÓGICO EN EL DERECHO COLOMBIANO

La jurisprudencia colombiana, tanto de la Corte Suprema de Justicia como del Consejo de Estado, sostuvo durante mucho tiempo que el daño extrapatrimonial estaba constituido únicamente por el daño moral. Esta clasificación, que obedeció a una reiterada jurisprudencia, sólo vio una pequeña pero afortunada excepción en el luminoso fallo del 21 de julio de 1922 de la Corte Suprema de Justicia, en donde teóricamente se aceptaba la existencia de varios perjuicios extrapatrimoniales. Se consideró sobre el punto que “todo derecho lesionado requiere una reparación a fin de que se conserve la armonía en la convivencia social, pues aparte de las sanciones penales que se refieren a la seguridad pública, es preciso que la persona ofendida sea en lo posible indemnizada por quien menoscabó sus derechos”<sup>206</sup>. Como se observa, el fallo más que hacer una tipología del daño lo que hizo fue dejar una enunciación de tal manera genérica, que podría haber dado lugar a que se aceptaran varias clases de daños extrapatrimoniales.

Sin embargo, durante casi todo el siglo XX la regla de la indemnización plena del perjuicio se vio menoscabada debido a la interpretación restrictiva que sobre el punto se presentó, consistente en afirmar que el único daño inmaterial concebible era el moral.

Hubo de esperarse hasta los años noventa para que tal tipología del daño inmaterial empezara a desvertebrarse en la jurisprudencia del Consejo de Estado, a pesar de que el artículo 4° del Decreto 1260 de 1970 expresó claramente que el daño moral no era el único daño inmaterial, cuando afirmó que “la persona a quien se discuta el derecho al uso de su propio nombre [...] puede demandar [...] la indemnización de los daños a los bienes de la personalidad y del daño moral que haya sufrido”, y a pesar de que la ya

206. Corte Suprema de Justicia col., Sala de Casación Civil, 21 de julio de 1922, *G. J.*, N° 1515, p. 220.

referida sentencia del 4 de abril de 1968, de la Corte Suprema de Justicia, claramente expresó que procedía “reparación o compensación del daño a la actividad social no patrimonial y (al) daño moral propiamente dicho”<sup>207</sup>. Un primer antecedente de la evolución en la jurisdicción contencioso administrativa se dio en el fallo del 14 de febrero de 1992, en donde se otorgó una reparación de 1.800 gramos oro por daño moral, con lo cual se superaba por primera vez, inusitadamente, el límite tradicional de 1.000 que hasta entonces se había otorgado por el juez administrativo para reparar este daño. Si bien sólo se habló de indemnización de daño moral, los considerandos del fallo permiten suponer que el juez estaba indemnizando un nuevo rubro del daño extrapatrimonial, y que por ello superaba la indemnización máxima para resarcir el daño moral. En efecto, se indemnizaban “los perjuicios morales en su más amplio sentido, comprensivo, en las excepcionales circunstancias que muestra este proceso, no solo del aspecto que tradicionalmente se ha indemnizado por el concepto aludido, sino por las incidencias traumáticas que en el campo afectivo le quedaron a la señora Barazutti por lo que en la demanda se denomina ‘daños fisiológicos’, los que en definitiva no pudieron quedar totalmente reparados y siguen pesando en el tiempo”<sup>208</sup>.

Con el anterior precedente que anunciaba la procedencia de la indemnización de un daño inmaterial diferente del moral, era claro que se debía reconocer expresamente la indemnización del perjuicio fisiológico. El paso definitivo lo dio la sentencia del 6 de mayo de 1993, en donde más de un año después el Consejo de Estado colombiano volvió a emplear el término de “perjuicio fisiológico” como sinónimo de “daño a la vida de relación”. En esta ocasión afirmó que “procede a dar el paso jurisprudencial en virtud del cual hay lugar, en casos como el presente, al reconocimiento y pago del PERJUICIO FISIOLÓGICO O A LA VIDA DE RELACIÓN. Este debe distinguirse, en forma clara, del DAÑO MATERIAL, en su modalidad de DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE, y también de los perjuicios morales subjetivos. Mientras que el primero impone una reparación de la lesión pecuniaria causada al

---

207. Corte Suprema de Justicia col., Sala de Casación Civil, 4 de abril de 1968, M. P.: Dr. F. Hinestrosa, G. J., T. CXXIV, N<sup>os</sup> 2297 a 2299, p. 58.

208. Consejo de Estado col., Sección Tercera, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Mariana Barazutti Chiapolino, exp. 6477.

patrimonio, y el segundo busca darle a la víctima la posibilidad de remediar en parte ‘... no solo las angustias y depresiones producidas por el hecho lesivo, sino también el dolor físico que en un momento determinado pueda sufrir la víctima de un accidente’ (Javier Tamayo Jaramillo. *De la Responsabilidad Civil*, tomo II, pag. 139), el PERJUICIO FISIOLÓGICO O A LA VIDA DE RELACIÓN, exige que se repare la pérdida de la posibilidad de realizar ‘... otras actividades vitales, que aunque no producen rendimiento patrimonial, hacen agradable la existencia’ (Dr. Javier Tamayo Jaramillo, obra citada, pag. 144)<sup>209</sup>. Teniendo en cuenta estas definiciones estima la sentencia que “es lamentable que niños, jóvenes, hombres maduros y ancianos tengan que culminar su existencia privados de la alegría de vivir porque perdieron sus ojos, sus piernas, sus brazos, o la capacidad de procreación por la intolerancia de los demás hombres. A quienes sufren esas pérdidas irremediables es necesario brindarles la posibilidad de procurarse una satisfacción equivalente a la que han perdido. Por algo se enseña que el verdadero carácter del resarcimiento de los daños y perjuicios es un PAPEL SATISFACTORIO (Mazeaud y Tunc). Así, el que ha perdido su capacidad de locomoción, debe tener la posibilidad de desplazarse en una cómoda silla de ruedas y ayudado por otra persona; a quien perdió su capacidad de practicar un deporte, debe procurársele un sustituto que le haga agradable la vida (equipo de música, libros, proyector de películas, etc.) [...] Al logro de este renacimiento, de esta especie de resurrección del hombre, abatido por los males del cuerpo, y también por los que atacan el espíritu, se orienta la indemnización del DAÑO FISIOLÓGICO O A LA VIDA DE RELACIÓN”. Con base en lo anterior se otorga a la víctima, que perdió sus dos piernas, la suma de ocho millones de pesos, “con cuya rentabilidad, la víctima podrá atender razonablemente el pago de una persona que lo acompañe en su silla de ruedas cuando tenga necesidad de movilizarse de un sitio a otro. Con ella puede, igualmente, adquirirla, sin sofisticaciones”.

Me he permitido transcribir *in extenso* el pasaje jurisprudencial, porque se trata del fallo de principio que en el derecho colombiano instauró el rubro del “daño fisiológico o a la vida en relación”, como otro más del daño no material por fuera del daño moral. Se rompió así, en 1993, con la

---

209. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: John Jairo Meneses Mejía y otros, exp. 7428.

tradicional tipología del perjuicio inmaterial. Sin embargo, la justificación teórica para dar el paso jurisprudencial se ve contradicha por la solución indemnizatoria que se otorgó. En efecto, no tiene sentido alguno que se otorgue una suma de dinero para que la víctima paralítica pague una persona que lo acompañe en una silla de ruedas o para que adquiera esta, ya que dicho dinero realmente estaría cubriendo uno y mejor dos daños emergentes –valor de la silla de ruedas y de la persona acompañante–, quedando sin indemnizar el nuevo rubro del perjuicio reconocido. La confusión que genera dicha postura, que hace perder entidad autónoma al nuevo rubro del perjuicio, ha sido por mala fortuna reproducida en algunas sentencias posteriores<sup>210</sup>. Es de recordar que esta confusión es similar a la ya analizada en el derecho francés con la noción de “alteración en las condiciones de existencia”, y por ello las críticas que en su momento se hicieron son predicables de lo que ahora se analiza.

Por desgracia la equivocación cometida ha tenido una muy reciente reproducción que merece ser comentada, en la medida en que se profundizó el concepto que aquí se estudia. Así, en sentencia del 13 de junio de 1997 se expresó que los perjuicios fisiológicos “no corresponden a una entidad jurídica propia, pues se conforman a la vez de perjuicios morales y materiales. Son más bien una figura pretoriana para poder administrar justicia en estos casos en que dichos perjuicios no se recogen o encasillan totalmente dentro del rubro de los morales, ni de los materiales [...] Ahora bien, para la tasación misma de los perjuicios fisiológicos se debe tener en

---

210. Ver, a nivel de ejemplo: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 29 de septiembre de 1993, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Jacobo Mera Pacheco, exp. 7059; 17 de enero de 1995, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Luis Enrique Herrera y otros, exp. 9732; 2 de octubre de 1996, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Julio César Gutiérrez, exp. 9948; 2 de octubre de 1996, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Albeiro de Jesús Giraldo Ballesteros, exp. 9948: “En lo que respecta a la condena que por perjuicios fisiológicos hizo el tribunal el sentenciador la incrementará a la suma de diez millones de pesos con cuya rentabilidad podrá asumir los costos de una enfermera cuando las circunstancias lo exijan”; 4 de abril de 1997, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Adalberto Moscote Torres y otros, exp. 11026: “De otro lado, también habrá lugar a reconocer en favor de la víctima, la suma de tres millones de pesos, para que el rendimiento de ese monto cubra los gastos que represente la atención de profesionales que requiera para hacerle más agradable la existencia”.

cuenta su naturaleza jurídica ya que, en cuanto a materiales que son, pueden ser resarcidos con el precio equivalente al salario de una enfermera, la dotación de una silla de ruedas, o el costo de la instrucción de un nuevo pasatiempo que sustituya aquél que resulta afectado; y, en cuanto participan de la naturaleza de los perjuicios morales, esto es el dolor intenso e incalculable que representa la pérdida del goce de vivir, deben indemnizarse con el equivalente en pesos de los gramos de oro fino que el juez estime en consonancia con las circunstancias particulares de cada caso<sup>211</sup>.

Por fortuna una interesante aclaración de voto suscrita por el doctor Ricardo Hoyos Duque a la citada sentencia, critica la posición mayoritaria, con argumentos que naturalmente se comparten en su integridad por lo ya dicho en este escrito. Dice el Consejero de Estado disidente: “En mi opinión, el perjuicio de placer es un perjuicio extrapatrimonial que tiene una entidad propia, lo cual no permite confundirlo con el daño moral (*pretium doloris* o *Schmerzgeld*) o precio del dolor, especie también del daño extrapatrimonial, ni con el daño material (daño emergente y lucro cesante, art. 1613 del C.C.). Si se trata de un perjuicio extrapatrimonial mal puede pues asimilarsele, así sea de modo parcial al perjuicio material [...] De ahí que no sea exacto considerar como perjuicio de placer el deterioro o destrucción de instrumentos como gafas, prótesis, sillas de ruedas, bastones, muletas, etc., mediante las cuales algunas personas suplen sus deficiencias orgánicas, ya que no hay duda que aquí se trataría de un perjuicio material bajo la modalidad de lucro cesante, en cuanto la víctima tendrá que efectuar una erogación para sustituir el elemento perdido. Así mismo, tampoco constituye perjuicio de placer el caso en que la víctima, ‘a pesar de no presentar ninguna anomalía orgánica, a causa de la depresión en que se ve sumergida no puede realizar las actividades normales de la vida’, perjuicio que debe entenderse indemnizado bajo el rubro de lucro cesante (ganancia o provecho frustrado) a fin de evitar la resurrección del fantasma del daño moral objetivado, concepto en el que la jurisprudencia buscó englobar en el pasado las llamadas repercusiones objetivas del daño moral”.

---

211. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 13 de junio de 1997, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, exp. 12499, en *Jurisprudencia y Doctrina*, T. XXVI, N° 309, septiembre de 1997, p. 1274.

Con independencia de que no se está de acuerdo en que se consideren erradamente como lucro cesante las erogaciones para sustituir el “elemento perdido”, como por ejemplo las gafas, prótesis, etc., que son en realidad daño emergente futuro, se aplaude la posición de la aclaración de voto citada, y se aspira a que la misma se convierta en la posición oficial de la jurisprudencia para evitar equívocos y, sobre todo, para evitar que lo que se otorga por una vía se niegue por la otra. Se reitera: ningún beneficio hace el juez a la teoría de la responsabilidad cuando acepta un rubro del daño sin aceptar su consecuencia natural y propia: la indemnización. La situación fue corregida por la sentencia del 25 de septiembre de 1997, en donde se acoge la posición de la aclaración de voto transcrita<sup>212</sup>, que fue ratificada el 9 de octubre del mismo año<sup>213</sup>, y que se sustenta en una lógica sencilla: “en este orden de ideas y teniendo presente que no se trata de indemnizar la tristeza o el dolor experimentado por la víctima –daño moral subjetivo– y tampoco de resarcir las consecuencias patrimoniales que para ella siguen por causa de la lesión –lucro cesante–, sino más bien de compensar, en procura de otorgar al damnificado una indemnización integral, por la totalidad de los intereses humanos jurídicamente tutelados que resultaron comprometidos por la conducta dañina, dentro de los cuales, ocupa lugar principal, la mengua en las posibilidades de realizar actividades,

---

212. Consejo de Estado col., 25 de septiembre de 1997, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Ma. Edelmira Cano y otro, exp. 10421: “el perjuicio de placer es un perjuicio extrapatrimonial que tiene una entidad propia, lo cual no permite confundirlo con el daño moral (*pretium doloris* o *Schmerzgeld*) o precio del dolor, especie también del daño extrapatrimonial, ni con el daño material (daño emergente y lucro cesante, art. 1613 C.C.)”.

213. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 9 de octubre de 1997, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Mariela Barbosa, exp. 10605, en donde luego de reproducir la referida sentencia del 25 de septiembre de 1997, se expresó: “En este sentido, quien ha sufrido una disminución en su integridad personal podrá reclamar una indemnización adicional sólo y en tanto ella ha afectado su capacidad de realizar actividades placenteras o ha alterado sus condiciones de existencia. La pérdida de la matriz, que implica la imposibilidad de procrear, podrá incidir acrecentando el abatimiento, el dolor moral de quien padece la merma y a su vez significa una alteración a la vida de relación que debe ser indemnizada de acuerdo con el postulado de la reparación integral que debe presidir todo el tema de la responsabilidad”.

que la víctima bien podría haber realizado o realizar, de no mediar la conducta dañina que se manifestó en su integridad corporal”<sup>214</sup>.

La equivocación cometida en la sentencia de principio y en las sentencias posteriores no ha impedido, sin embargo, que el nuevo rubro del perjuicio se haya consolidado en la jurisprudencia colombiana, que desde la época de su admisión hasta el año 1998 lo ha reconocido en al menos 35 oportunidades. Se requiere entonces observar las sentencias que se han pronunciado sobre el mismo, para descubrir lo que el juez entiende al indemnizar por tal rubro.

En el conjunto de sentencias sobre este aspecto se puede observar que, como lo anunció el juez en la sentencia de principio, se indemniza “el daño fisiológico o a la vida de relación”. El objeto de la tutela jurídica de este rubro del perjuicio lo constituye no ya el dolor causado por el hecho dañino, sino la “pérdida de la facultad de realizar actividades placenteras de la vida” que, como se enuncia, tiene por demás la característica de trascender en el tiempo al daño moral<sup>215</sup>. Procede este rubro del perjuicio cuando la situación derivada del hecho dañino “muestra el cierre de muchas posibilidades futuras truncadas prematuramente, que no alcanzan a resarcirse en la forma tradicional, o sea con el pago de unos perjuicios materiales y morales. No; el perjuicio sufrido va mucho más allá, como lo destacó la sentencia del 6 de mayo de 1993, que reivindica el derecho a la vida con todas sus expectativas, esperanzas y proyectos”<sup>216</sup>, para que se indemnice entonces a una persona que queda “privada de la alegría de vivir en igualdad de oportunidades con sus semejantes”<sup>217</sup>.

Es así como no es extraño que el campo de aplicación del daño fisiológico lo constituya el de daños físicos sobre la persona, tales como el de las personas que quedan inválidas<sup>218</sup>, que pierden algunos de sus órganos<sup>219</sup>,

214. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 2 de octubre de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Francisco Javier Naranjo Peláez y otros, exp. 11652.

215. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 24 de febrero de 1995, C. P.: Betancur Jaramillo, actor: Alvaro Delgado De Bedout, exp. 9029.

216. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 16 de noviembre de 1993, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Freddy Antonio Uribe Rueda y otros, exp. 8059.

217. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 27 de octubre de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Erys Enrique Oñate, exp. 9631.

218. Ver por ejemplo: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 2 de septiembre de 1994,

o que, en general, sufren alguna lesión física<sup>220</sup>. En todos estos eventos la lesión física supone la pérdida de oportunidad en el goce de la vida y la privación de vivir en igualdad de condiciones que los congéneres.

Lo único que variará será el monto de la indemnización, porque al igual de lo que ocurre con el daño moral, mientras menor entidad tenga la lesión, menor será la indemnización. Por tal razón en el ya citado caso de la ligadura de trompas sin consentimiento con la consiguiente menopausia precoz, se indemniza con 2.000 gramos el daño fisiológico y con 1000 el moral, mientras

C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Rubén Darío López y otros, exp. 9704: estado de paraplejia; 30 de septiembre de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Alfonso Hoyos Carvajal, exp. 8824: perturbación funcional permanente de los órganos de locomoción, defecación, secreción urinaria, reproducción y sensibilidad; 27 de julio de 1995, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Bernardo Duque Arango, exp. 9844: pérdida de toda actividad física incluida la sexual; 27 de julio de 1995, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Bernardo Duque Arango, exp. 9844: pérdida de capacidad física incluida la sexual; 25 de septiembre de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Juan Cortés Castillo y otros, exp. 11496: amputación de pierna derecha e inutilidad de la otra debido a lesión en el pie izquierdo.

219. Ver a nivel de ejemplo: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 16 de noviembre de 1993, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: John Deibi Acosta Tamayo y otros, exp. 7778: lesiones permanentes en el bazo y en el sistema de excreción urinaria; 24 de febrero de 1994, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Beatriz Elena Ravé y otros, exp. 9701: pérdida definitiva del órgano de la procreación y la consiguiente menopausia precoz; 19 de junio de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Selden Juvenal Suárez Garrido, exp. 10826: pérdida de riñón de menor y trastornos urinarios por el resto de su vida; 31 de julio de 1997, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Dilema del Carmen Royero Moreno y otros, exp. 12052: pérdida de la capacidad reproductora de un varón.

220. Ver a nivel de ejemplo: Consejo de Estado col., Sección Tercera, julio de 1993, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Aracelly Valencia Salazar, exp. 7795: ligadura de trompas no consentida que impide tener hijos en el futuro; 4 de agosto de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Ovidio de J. Hernández y otros, exp. 9032: pérdida de 4 dedos de una mano y uno de la otra así como cicatrices permanentes en la cara y en el tórax; 4 de diciembre de 1995, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Rosalbina Villalobos de Romero, exp. 10359: daño orgánico en la función sexual y reproductora con perturbación funcional de la sexualidad en el área placentera y reproductora; 6 de noviembre de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Orlando Pérez y otros, exp. 11771: 600 gramos oro a persona que por lesión quedó con la pierna derecha en posición recta.



que en el evento en el cual una persona perdió el 95% de la capacidad de movimiento de su brazo izquierdo se otorgaron 500 gramos oro por el daño fisiológico y 1.000 gramos por el moral<sup>221</sup>, y, en el caso en el cual una persona quedó con cojera del pie izquierdo debido a la amputación de dos dedos, sólo se otorgaron 200 gramos oro para indemnizar el daño fisiológico y 600 por el daño moral sufrido<sup>222</sup>. Nótese que en la sentencia en la cual se indemniza con 2.000 gramos oro se sobrepasa el límite tradicional que por este rubro del perjuicio se ha reconocido, lo cual tiene una nueva excepción que hace pensar que el límite que inicialmente se había acogido de 1.000 gramos ya se encuentra superado. En efecto, en la sentencia del 5 de marzo de 1998, en lo pertinente al perjuicio fisiológico, se expresa: “se encuentra suficientemente probada la magnitud de los daños ocasionados en la persona de..., y no hay duda de que la invalidez equivalente a un 86% de su capacidad, generó un perjuicio fisiológico que debe ser reparado, en la medida en que no podrá volver a realizar actividades que hacían agradable su existencia. Todo esto queda evidenciado en el acervo probatorio recaudado. Además, teniendo en cuenta la juventud de la víctima al momento de la ocurrencia de los hechos, se concederán 4.000 gramos como indemnización de este grave perjuicio”<sup>223</sup>, lo cual no impidió que se otorgaron 1.000 gramos oro por el daño moral para el directamente lesionado. Esta nueva postura jurisprudencial, que supera el límite tradicional que se había acordado para la indemnización de daños inmateriales, parece consolidarse<sup>224</sup>, lo cual indica el abandono del límite para la reparación de estos daños a partir de las normas del Código Penal.

---

221. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 18 de abril de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Jaime Villarreal Amazan y otros, exp. 8633.

222. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 11 de agosto de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Lucía Moreno Villegas y otros, exp. 9106.

223. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 5 de marzo de 1998, C. P.: Dr. Olarte Olarte, actor: Sergio Mauricio Herrera Girón y otros, exp. 11041.

224. Consejo de Estado col., Sección Tercera, C. P.: Dr. Rodríguez Villamizar, actor: José Milciades Soto Berardinelli y otros, exp. 11247: “El joven lesionado, perdió a los 16 años la funcionalidad del aparato de locomoción y del órgano de la sexualidad. Es evidente la pérdida de facultades físicas que le harían agradable su existencia, la misma que tendría cualquier ser humano en pleno uso de sus facultades. Por tanto, la Sala le reconocerá el máximo que ha reconocido en estos casos, es decir, 4.000 gramos de oro (sent. Marzo 5 de 1998, exp. 11041, Dr. Luis Fernando Olarte)”.

Por fuera de las consecuencias traumáticas que una lesión física genera en la víctima, no existen otros campos de aplicación del daño fisiológico, lo cual es de por sí significativo, porque este rubro del perjuicio apunta, como se ha reiterado, a indemnizar no el dolor o sufrimiento que produce el hecho dañino, sino la pérdida de la facultad de hacer cosas y de vivir en igualdad de condiciones que sus semejantes.

Aun en este campo el juez es riguroso en observar si la lesión física produce realmente consecuencias que alteren las expectativas normales de existencia, porque en caso de no encontrarlas, desecha la aplicación del daño fisiológico. Es decir, no toda lesión física acarrea el daño fisiológico indemnizable, pues este debe tener una entidad suficiente que ha de probarse en el proceso. Es así como, en el evento en el cual una persona pierde el pie derecho al nivel del metatarso, no existe daño fisiológico en la medida en que “no se demostró cuáles eran las actividades que la víctima no pudo continuar desempeñando luego del accidente (los deportes que practicaba, etc.), lo que resultaba indispensable para evidenciar este tipo de perjuicios”<sup>225</sup>. Si la lesión física no genera secuelas se desecha entonces el daño fisiológico<sup>226</sup> porque “no se allegó la prueba de la pérdida del goce de la vida”<sup>227</sup>, al igual de lo que ocurre en el evento en el cual la secuela es mínima y genera sólo una “leve limitación de la deambulacion”, porque “no es posible que ésta haya afectado la capacidad mínima para conseguir un goce o que haya afectado las actividades vitales que impidan el baile, el deporte (atletismo, futbol, etc.), excepto si se tratara de un profesional de tales actividades”<sup>228</sup>, o porque “no se presentaron (la imposibilidad de dedicarse a ciertas actividades placenteras) teniendo en cuenta la pronta

---

225. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 27 de julio de 1995, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: John Fauner Serna, exp. 9307. Ver en similar sentido: 5 de julio de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: José Alexander Alvarado Vargas, exp. 11504; 12 de septiembre de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Oliverio Anturi y otros, exp. 10814.

226. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 19 de septiembre de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Campo Elías Castañeda y otros, exp. 10460.

227. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 18 de diciembre de 1997: C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Carlos Alberto Quilindo y otros, exp. 11831.

228. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 12 de diciembre de 1996, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Julio César Gutiérrez Orozco, exp. 10805.

recuperación del lesionado”<sup>229</sup>. Aunque se considera que el enunciado de la jurisprudencia tiene sustento en la medida en que se asimila el daño fisiológico a la pérdida de expectativa de vida normal, hay casos en los cuales, a mi juicio, la jurisprudencia descalifica de manera ligera determinadas situaciones concretas. No se comparte así la decisión en la que se dijo que no existió la entidad necesaria para indemnizar el daño fisiológico, siendo que la víctima sufrió “incapacidad definitiva de 30 días, y como secuela una perturbación funcional del órgano de la visión y deformidad física de carácter permanente, así como una disminución de su capacidad laboral en un 45% de carácter parcial”<sup>230</sup>.

A pesar de la rigidez que en determinados casos se puede observar en el derecho colombiano para que proceda la indemnización del “daño fisiológico o a la vida de relación”, lo cierto es que el concepto parece aceptado definitivamente dentro del lenguaje jurisprudencial. Este nuevo rubro es diferente del daño moral y del daño material, salvo los ejemplos reseñados en los cuales la jurisprudencia ha confundido, por desgracia, los mismos.

Resta por anotar que el “daño fisiológico o a la vida de relación”, así con sinonimia, es algo que de suyo entraña una angostura y un desvío. Lo primero, porque en estricto sentido tal denominación excluye quebrantos de la vida de relación que no provienen de lesiones personales que alteren la anatomía o la fisiología. Debe recordarse que, según el Diccionario de la Real Academia Española, fisiología es la “ciencia que tiene por objeto el estudio de las funciones de los seres orgánicos”. Lo segundo, porque el daño consiste en la alteración de la vida y no en la desfiguración o en el daño al órgano del ser humano. Es decir, lo que caracteriza el daño es la afrenta a la vida de relación que, es cierto, puede provenir del daño orgánico producido en el cuerpo humano. Vale la pena citar en este sentido la interesante aclaración de voto del Consejero Hoyos Duque en el proceso 12052, en la cual se afirmó que “la indebida utilización del concepto fisiológico parece derivarse de una mala traducción e interpretación de la jurisprudencia francesa, la cual en una sentencia de la Corte de Casación

---

229. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 25 de septiembre de 1997, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Fabio Antonio Jiménez Ríos y otros, exp. 13302.

230. Consejo de Estado col., Sección Tercera, junio de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Jair Yépez Henao, exp. 8957.

del 5 de marzo de 1985 distinguió entre el daño derivado de la 'privación de los placeres de la vida normal, distinto del perjuicio objetivo resultante de la incapacidad constatada' y los 'problemas psicológicos que afectan las condiciones de trabajo o de existencia de la vida'. El perjuicio fisiológico, de acuerdo con esta distinción, constituye un perjuicio corporal de carácter objetivo que se distingue esencialmente del perjuicio moral reparado bajo la denominación de perjuicio de placer. Sea de ello lo que fuere, lo cierto es que el adjetivo fisiológico que hace referencia a disfunciones orgánicas, no resulta adecuado para calificar el desarrollo de actividades esenciales y placenteras de la vida diaria (recreativas, culturales, deportivas, etc.) [...] Con la tesis de la Sala cualquier pérdida anatómica de un órgano, por ejemplo un riñón, comporta la existencia de perjuicio fisiológico entendida esa expresión en su alcance literal. Si por el contrario, se considera que el llamado perjuicio fisiológico en su acepción técnico jurídica es disminución o pérdida del placer de la vida, debe concluirse que no toda lesión o daño corporal implica su existencia y consiguiente indemnización"<sup>231</sup>.

Teniendo en cuenta los desarrollos anteriores, se ha de estudiar ahora a nivel de conclusión, bajo la perspectiva comparativa del presente estudio, si ambos derechos tienen igual cubrimiento en la indemnización de los daños inmateriales.

CONCLUSIÓN: ¿SE INDEMNIZAN UNOS  
MISMOS DAÑOS INMATERIALES  
EN LOS DOS DERECHOS?

Luego de estudiar el esquema básico de los rubros no materiales del daño en ambos países, falta por observar si las víctimas tienen la misma protección patrimonial en ambos sistemas.

Para recordar el esquema que se explica en las páginas anteriores, se puede hacer la siguiente presentación: en derecho francés existen dos perjuicios no materiales, el daño moral y las alteraciones en las condiciones de existencia. Si bien es cierto que el perjuicio estético parecería en un

---

231. Aclaración de voto del Consejero de Estado Hoyos Duque en el proceso 12052, del 31 de julio de 1997, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Dilema del Carmen Royero Moreno y otros.

momento dado difícil de encuadrar en uno u otro rubro, lo cierto es que normalmente no genera que se indemnice doblemente. En Colombia, por el contrario, se reconocen el daño moral y el “perjuicio fisiológico o a la vida de relación”, pero se niega expresamente la relevancia de “las alteraciones en las condiciones de existencia”. El “perjuicio estético”, que no es indemnizado como tal en derecho colombiano, al igual que ocurre en el derecho francés, se ubica ora en el daño moral, ora en el fisiológico.

El punto de diferencia está entonces en el hecho de que en Colombia no se reconocen “las alteraciones en las condiciones de existencia”. Con independencia de que dicha noción en el derecho francés tenga una naturaleza mixta, como ya se ha visto, lo claro es que cuando se presenta en su estado puro permite indemnización en casos de muerte o de lesión de un ser querido, como rubro aparte del daño moral. Más importante aún en la perspectiva de la comparación: el derecho francés reconoce indemnización por dicho concepto en caso de lesión, no sólo al directamente lesionado, sino también a quienes sufrieron una alteración por la lesión del prójimo. Sin embargo, en el derecho colombiano no se otorga indemnización cuando se producen alteraciones familiares con el fallecimiento de una persona, aunque sí cuando existen alteraciones por la lesión de una persona. Pero en esta última hipótesis sólo se indemniza al directamente lesionado.

Esto nos muestra que existen dos campos en los cuales se indemniza en el derecho francés y no en el derecho colombiano: aquel de las alteraciones en las condiciones de existencia de los seres queridos de una persona fallecida y aquellas generadas para los seres queridos a raíz de la lesión de la víctima directa. Se recuerdan en este momento los fallos consortes Vimart, Letisserand y consortes Alonzo, en los cuales se indemnizaron “las alteraciones en las condiciones de existencia” a los parientes de la persona fallecida, por fuera del daño moral. No existe en este aspecto antecedente en el derecho colombiano. Se recuerda también el fallo Pol en el cual se indemnizó, por fuera del daño moral, a los familiares de un menor que quedó lesionado a raíz de una vacunación. Tampoco en esta hipótesis existe antecedente en el derecho colombiano en donde, desafortunadamente, se comprende dicho rubro del perjuicio en el daño moral. Es el caso del 6 de noviembre de 1997 en el cual el Consejo de Estado reconoce 600 gramos oro a la compañera permanente de un lesionado, habida consideración de

que “analizada la naturaleza de aquella (la lesión) [...] se infiere que la circunstancia de ver postrado a quien ha sido el compañero por más de 10 años de vida familiar, le ha generado esa tristeza y congoja máxime, si como dan cuenta los testigos, los hechos han traído de consecuencia incluso que aquella ha tenido que asumir las labores que otrora realizara Orlando Pérez, hechos éstos que permiten inferir el presupuesto del reconocimiento del perjuicio moral”<sup>232</sup>. Si se tiene en cuenta lo que se ha dicho, se concluye que la alteración en la condición de existencia no es reconocida, a pesar de existir con independencia del daño moral.

Para recordar los orígenes de la discusión que permite llegar a la anterior conclusión, esto es, que en derecho colombiano no se cubre de la misma manera que en el derecho francés la indemnización del daño inmaterial, vale la pena traer a colación el proceso del Palacio de Justicia.

En este evento el Procurador Delegado solicitó expresamente al Consejo de Estado el reconocimiento de las alteraciones en las condiciones de existencia en caso de muerte de una persona. Para ello se anotaba: “En el derecho colombiano, por el contrario, dicho rubro del perjuicio no es por el momento indemnizado por la jurisprudencia, a pesar de que constituye un rubro separado de los otros que componen el perjuicio. En efecto, las alteraciones de las condiciones de existencia que pueden producirse con el fallecimiento de una persona, o en general, con el advenimiento del hecho dañino, no pueden coincidir con lo hasta ahora reconocido, es decir, el perjuicio moral y el perjuicio fisiológico, que dejan por tanto de obtener indemnización. De lo anterior se deduce que la muerte de un ser querido puede producir perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales. Que dentro de los extrapatrimoniales uno es el perjuicio moral, representado en la congoja y aflicción que produce la pérdida, y otro es la alteración en las condiciones de existencia que hace referencia al cambio de vida espiritual y familiar que se le impone forzosamente al afectado, pues el acceso al ser querido queda definitivamente truncado y borrado de sus perspectivas de vida. Este rubro se distingue del perjuicio fisiológico, que no parece darse en los casos de muerte de la víctima directa, como el presente, pues no

---

232. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 6 de noviembre de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Orlando Pérez y otros, exp. 11771.

muestra la connotación fisiológica o estética que hasta el momento le ha dado tanto nuestra jurisprudencia como nuestra doctrina al perjuicio fisiológico o *préjudice d'agrément*. Lo anterior, pues el daño que se pretende justificar en este escrito no se refiere a la pérdida 'de la facultad de hacer cosas', ni a la pérdida de 'la capacidad física desprovista de incidencia económica', como denominan al perjuicio fisiológico los profesores Tamayo Jaramillo y Ghestin-Viney, sino a la pérdida de ese derecho extrapatrimonial consistente en la vida familiar y espiritual íntegra y completa. Se insiste, ya para finalizar esta diferenciación, que cada perjuicio goza de una entidad propia, pues cada uno repara la vulneración de un derecho extrapatrimonial diferente: el perjuicio moral se refiere al derecho a una vida sin aflicciones ni congojas, el daño fisiológico se relaciona con el derecho a una capacidad física íntegra, y las alteraciones en las condiciones de existencia apuntan al derecho a una vida espiritual familiar íntegra, completa y sin carencias"<sup>233</sup>.

La respuesta del Consejo de Estado colombiano, como ya se señaló, fue negativa a este propósito. En un primer momento se limitó a afirmar que estos daños "se encontrarían cobijados por los reconocimientos por perjuicios morales y materiales concedidos", y que, por demás, "su existencia no aparece suficientemente acreditada en el proceso"<sup>234</sup>. Esta postura inicial fue profundizada en ocasiones posteriores. Así, en sentencia del 14 de marzo de 1996, luego de un interesante estudio en derecho comparado, se concluye también que en el supuesto de que se hubieran probado "las alteraciones en las condiciones de existencia", "su reparación estaría envuelta dentro del monto que cubre los perjuicios morales, pudiéndose según las circunstancias elevarse dicha cantidad por encima de las cuantías que tradicionalmente han sido aceptadas"<sup>235</sup>.

---

233. "Concepto del Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, Juan Carlos Henao, en el proceso 9276", *cit.*, p. 27.

234. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 19 de agosto de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Susana Becerra de Medellín, exp. 9276.

235. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 14 de marzo de 1996, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, exp. 11038. Ver en el mismo sentido: 13 de marzo de 1995, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Neil Jesús Soto Castro y otros, exp. 9277; 3 de noviembre de 1994, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Bertha Rincón vda. de Barrera, exp. 8851.

De esta posición vale la pena resaltar que a pesar de afirmar que no procede la reparación de las alteraciones en las condiciones de existencia, sí pueden ser tenidas en cuenta para efectos de elevar el monto tradicional del daño moral. Con tal posición el Consejo de Estado muestra que sí existe una razón para afirmar que hay un rubro del perjuicio extrapatrimonial que no se indemniza en Colombia: alteraciones en las condiciones de existencia en caso de lesiones o de muerte de personas sufridas por quien no fue lesionado o muerto. En efecto, si en esta situación se requiere elevar el monto del daño moral es porque hay otro daño que no es por el momento indemnizado: las alteraciones en las condiciones de existencia del derecho francés. Bien valdría la pena que el Consejo de Estado colombiano, en lugar de afirmar que su presencia llevaría a elevar el monto de los daños morales, procediera a acoger autónomamente el nuevo rubro del daño. Con ello se ganaría en claridad al llamar las cosas por su nombre. Debería, por tanto, el juez proceder en forma análoga a como procedió con ocasión de la aceptación del daño fisiológico, cuando, como ya se ha visto, hubo un fallo precedente en el cual se elevó el monto del daño moral, y luego se indemnizó como perjuicio autónomo. Se llegaría así a una tipología del daño inmaterial, que a más de ser procedente por los argumentos que se han dado, reconocería que la muerte, al igual que la lesión, puede producir ambos daños no materiales. La alteración en la condición de existencia en caso de muerte es similar al daño fisiológico o a la vida de relación, porque en ambos casos la víctima queda “privada de la alegría de vivir en igualdad de oportunidad que sus semejantes”, pues la muerte de un ser próximo puede cerrar “muchas posibilidades futuras truncadas prematuramente”, como se predica del daño fisiológico. Con una postura de la jurisprudencia como la que acá se defiende, se evitaría una contradicción lógica: a pesar de que en los casos de lesión se indemnizan dos rubros del daño inmaterial –daño moral y daño fisiológico o a la vida de relación–, en los casos de muerte sólo se indemniza uno –daño moral–, partiendo del equívoco de que en caso de muerte no puede haber daño a la vida de relación, lo cual no es cierto, porque por ejemplo, la persona próxima a la fallecida puede sufrir un trastorno psicológico que la encerró de por vida, o no volvió a realizar determinada actividad que realizaba en compañía de quien falleció.



Aún más, en los eventos de lesiones, como ya se ha visto, sólo se reconoce el perjuicio fisiológico al directamente lesionado pero no a otras personas, y no se reconoce otro rubro del daño inmaterial a los directamente afectados por dicha lesión, quienes tan sólo son indemnizados mediante el daño moral. Esta situación, como se ha visto, debería cambiar en la jurisprudencia colombiana.

Valga anotar que el daño no tiene porqué producirse automáticamente en todo caso de muerte, puesto que bien puede ocurrir que la muerte de un ser querido no produzca alteraciones en las condiciones de existencia, por ejemplo porque se trataba de una persona de avanzada edad que estaba en una fase terminal. Si se causa su muerte por el hecho de otro, es claro que el daño moral se produce, lo cual no significa que tiene que darse la alteración familiar en los hábitos, costumbres o proyectos de vida. Pero hay otras hipótesis en las que sí se presenta.

CAPÍTULO TERCERO  
*La liquidación del daño en el  
derecho colombiano*

Si bien no se pretende en este capítulo hacer un análisis comparativo entre el derecho francés y el colombiano, se ha considerado oportuno no dejar de lado el tratamiento que el Consejo de Estado colombiano le da a la liquidación del daño. Es este un aspecto de suma trascendencia en un proceso de responsabilidad civil porque, como se ha anotado, cuantifica el objeto de la traslación patrimonial en favor del patrimonio de la persona lesionada. En dicha traslación patrimonial está la satisfacción indemnizatoria a favor de la víctima, que será o no plena, dependiendo de la forma como la víctima solicite la reparación de su perjuicio y como el juez lo cuantifique.

Lo que se ha estudiado en las páginas precedentes no tendría sentido si el profesional del derecho que analiza un caso de responsabilidad no supiera cómo liquidar el daño. Valga afirmar que en los eventos de conciliación en derecho administrativo, que es cada vez más la primera opción para resolver un litigio de responsabilidad contra el Estado<sup>1</sup>, lo más importante que ha de tenerse en claro es la cuantificación del daño. En efecto, cuando el Estado está dispuesto a conciliar es usualmente porque observa que su responsabilidad sería declarada en el proceso, es decir, porque está en presencia de un álea jurídica razonable, y por ello la conciliación supone que no es necesario volver sobre todos los argumentos jurídicos en relación con el fundamento y la imputación. A pesar de que indiscutiblemente la certeza jurídica que se tenga en la solución del caso influye en la fórmula conciliadora que se presente, el daño retoma su máxima importancia en la medida en que los demás elementos para que se declare la responsabilidad han sido establecidos o se presume razonablemente que lo podrán estar. Dentro del daño, también su liquidación es aspecto primordial, porque las “partes” de la conciliación, calculadora en mano, buscan un acuerdo sobre el monto de la mencionada traslación patrimonial. Es aquí donde se observa la preparación de los abogados, pues bien puede ocurrir que frente a un mismo caso uno afirme que el perjuicio se cuantifica en X mientras que el otro

- 
1. En el informe “La conciliación, fórmula alternativa para la solución de conflictos (junio 1996-abril 1997)”, elaborado en julio de 1997 por la Procuraduría Primera Delegada ante el Consejo de Estado, se muestra cómo la conciliación sigue en ascenso. De 134 casos de audiencias prejudiciales mensuales que mostraba el anterior informe hecho en 1994, se pasaba a 230, de los cuales 210 terminaron en acuerdo. ¡Las cifras son contundentes!

afirme que lo es en Y. Será cuestión de manejar correctamente los elementos teóricos del daño, para poderlos reflejar en su liquidación que, también valga decirlo, es quizás lo que en la mayoría de los casos más interesa a la víctima, para quien se decreta la indemnización.

Es así como, sin pretensión distinta a la de ilustrar la forma como el Consejo de Estado colombiano liquida los daños, se presentarán algunos ejemplos jurisprudenciales. Con la presentación de los ejemplos se harán anotaciones teóricas y críticas sobre la forma como se liquida en Colombia el daño. Se sugiere entonces la lectura de todos los ejemplos, puesto que a partir del primero se harán las respectivas anotaciones.

En primer término se ilustrarán casos de muerte, para pasar luego a los de lesiones. Por último, se darán ejemplos de la liquidación de daños sobre bienes distintos a la persona, todo de conformidad con el plan desarrollado en la parte anterior de este libro.

Antes de iniciar dicha ilustración, se anota que la jurisprudencia tiene establecido que las costas del proceso las sufraga el demandante, así haya vencido en juicio, con lo cual se separa la solución de la jurisdicción contencioso administrativa respecto de la civil. Como lo dice el fallo del 2 de octubre de 1997, "se deben desechar todos los gastos en que incurrió la demandante que signifiquen costas del proceso, pues de conformidad con lo dispuesto por el artículo 171 del C.C.A. éstas solo pueden ser impuestas al litigante particular vencido"<sup>2</sup>. Si bien es cierto del mencionado artículo se puede extraer dicha consecuencia, lo cierto es que existen antecedentes en sentido contrario<sup>3</sup>, que se comparten, habida consideración de que no

2. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 2 de octubre de 1997, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Productora de Maquinaria y Cía. Ltda., exp. 10568.

3. Ver el siguiente auto de la Sección Primera del Consejo de Estado, en el exp. 1783 de 1992, en el proceso cuyo actor fue Sociedad Elementos Metálicos Ltda. que, aunque es de Sala Unitaria del Consejero Ariza Muñoz, contiene argumentos contundentes: "Por lo demás, hoy, en virtud de la consagración expresa en el nuevo ordenamiento constitucional del principio ya creado y reconocido por la doctrina y la jurisprudencia nacional y extranjera de 'la igualdad de las personas ante la ley' (artículo 13 de la Constitución de 1991), normas como la contenida en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo que consagra la condena en costas sólo para el litigante particular vencido en juicio, difícilmente pueden mantener su vigencia u operancia, si se tiene en cuenta que no existe esa igualdad, ni mucho menos puede considerarse como equitativa".

se justifican hoy en día tal tipo de prerrogativas regalianas tan ajenas a una concepción democrática e igualitaria del Estado.

Hecha la aclaración anterior, se pasa entonces a la ilustración de los ejemplos.

## I. EJEMPLOS DE LIQUIDACIÓN DEL LUCRO CESANTE EN CASO DE MUERTE DE PERSONA

Previamente a la explicación de los ejemplos, quiero plasmar algunas consideraciones generales sobre la cuantificación de esta clase de daños.

En primer lugar, se debe anotar que lo que se indemniza, naturalmente, no es el valor de la vida, sino el dinero que la persona fallecida dejó de proveer a aquellos con quienes colaboraba económicamente. Se trata entonces de indemnizar a quienes dependían de la persona fallecida, para que se genere la ficción según la cual, desde el punto de vista económico, no se produjo el fallecimiento. Es la vuelta de las cosas al *status quo ante*. Es el caso de una viuda y unos hijos que recibirán como indemnización lo que el padre muerto les habría otorgado económicamente de no haber fallecido. Desde ya se observa la dificultad que se presenta para llegar a esa meta, de por sí subjetiva, pero ello no obsta para que el estudio del caso se haga teniendo en cuenta los más de los elementos posibles que permitan el objetivo planteado.

Es así requisito general indispensable, en estos casos, probar las fechas de nacimiento y de muerte de la persona que auxiliaba económicamente a sus deudos, así como la fecha de nacimiento de las personas que recibían la ayuda económica. Para ello es menester anexar los registros civiles de nacimiento, con las particulares exigencias que para dicha prueba tiene establecidas la jurisprudencia, de conformidad con lo estudiado en el tema de "petición para sí". Con base en esas fechas, y las referencias de vida probable, se podrá establecer el tiempo que dejó de vivir al lado de sus deudos el difunto, es decir, la vida probable que le fue arrebatada por el hecho dañino. Para establecer la vida probable se debe anexar la Resolución de la Superintendencia Bancaria que adopta periódicamente la llamada Tabla Colombiana de Mortalidad de los Asegurados, aunque la tendencia de la jurisprudencia es tener dicho dato como hecho notorio. Teniendo en cuenta la vida probable de los colombianos y la vida que logró recorrer el

difunto, se logrará determinar el tiempo que este dejó de aportarle a sus allegados, lo cual, aplicando la fórmula indemnizatoria que se estudiará, permite deducir el monto de la indemnización por el lucro cesante que se comenta.

En segundo lugar, se debe afirmar que en los casos de muerte de personas existen varios puntos discutibles en el manejo que la jurisprudencia da a la liquidación. En la medida en que se avancen los ejemplos se explicarán algunos de ellos. Sin embargo, se anota que el Consejo de Estado ha consolidado la estructura general de las fórmulas indemnizatorias a través de varios lustros, lo cual hace que sea difícil cambiar en este aspecto la jurisprudencia. Los comentarios críticos que haré en los momentos oportunos no tienen propósito diferente del de plantear discusión lógica, y no económica, porque no tengo en el momento los elementos suficientes para generar discusión en este último campo. Ojalá algún día los tenga. Es decir, aspiro a aportar algunos elementos de discusión en cuanto tienen que ver con el manejo de las fórmulas, pero no estoy en posibilidad de cuestionar las bases económicas de la fórmula misma. Ello es tarea de economistas y de actuarios.

En tercero y último lugar, se debe anotar que si bien en Colombia la tradición es la de indemnizar en estos eventos dentro de la forma de capital, nada impide que se haga mediante la forma de renta. Es un problema de elección de la víctima, a quien el ordenamiento jurídico no le prohíbe ni una ni otra opción. Como bien lo dice el profesor belga Dalcq, "aconsejar a la víctima en este campo es primordial. Se debe no sólo reunir todos los elementos que sirven de base al cálculo del perjuicio, sino, y sobre todo, ilustrar a la víctima sobre sus opciones, específicamente en lo que concierne al otorgamiento de una renta o de un capital. Para orientar la elección de la víctima, se deben tener en cuenta elementos objetivos y subjetivos. La renta, lo hemos dicho, tiene la ventaja de ser una reparación más justa del perjuicio futuro porque suprime toda álea respecto de la supervivencia de la víctima y sobre la tasa de interés a tomar en consideración para el cálculo de la capitalización. La indización protege a la víctima contra la inflación futura y el pago periódico le evita encontrarse desprotegida frente a errores de gestión. Al contrario, la renta es un poco menos favorable que la atribución de un capital, en el plano fiscal, para la parte de la indemnización que concierne un perjuicio económico [...] Son elementos objetivos que

conciernen a la renta. Los relativos al pago en capital son de alguna manera contraargumentos. En primer lugar, hay una ventaja por disponer inmediatamente de un capital, que es apreciable, en ciertos casos, porque si el capital es calculado sobre la base de la vida probable [...] su otorgamiento cuando compensa la pérdida de ingresos profesionales, tiene una tasa favorable. Permite inversiones juiciosas en inmuebles o en otras formas, lo cual, unido con una gestión prudente e inteligente de la víctima, le permitirá vivir de la renta salvaguardando lo esencial del capital en favor de sus parientes"<sup>4</sup>. También, para efectos de la elección de la víctima, se debe tener en cuenta que, en Colombia, en la mayoría de eventos los destinatarios de la indemnización son personas de escasos recursos económicos que, ante el pago de un capital significativo, no pueden tener la prudencia de guardarlo para el transcurso de su vida, ya sea por necesidades personales o familiares. Son pues, como se observa, opciones que la víctima debe tener en cuenta, porque existe la posibilidad de escoger entre la indemnización por la vía de la renta o la del capital. Se reitera, sin embargo, que la postura del Consejo de Estado colombiano es la de otorgar un capital. Esta posición se explica, realmente, por el hábito que se ha generado en tal sentido, pero no por una prohibición legal que permita el manejo desde la óptica de la renta que, como se ha dicho, es una opción que tiene la víctima para formular en el *petitum* de su demanda.

A. PRIMER EJEMPLO  
SENTENCIA DEL 31 DE ENERO DE 1997,  
CONSEJERO PONENTE: DR. HOYOS DUQUE,  
EXPEDIENTE 9849

El daño que se indemniza es el lucro cesante que deja de percibir la familia del fallecido a raíz de su muerte. Bien pueden existir otros daños, como por ejemplo daños emergentes y daños inmateriales, pero su liquidación se hace por aparte. Los daños emergentes con base en las fórmulas sobre liquidación de los mismos, y los no materiales con base en los gramos oro que otorga la jurisdicción.

---

4. R. O. Dalcq. "L'indemnisation sous forme de rentes indexées. Bilans et perspectives", en Fagnart y Pires (dirs.), *Problèmes actuels de la réparation du dommage corporel*, cit., p. 251.

Se trata en este ejemplo, se reitera, de cuantificar el daño consistente en la pérdida de ingresos que sufrieron los deudos a quienes el fallecido colaboraba económicamente, causada por su desaparición.

Lo primero que se tiene que establecer es el ingreso del fallecido. Se recuerda en este punto que no se tienen en cuenta las rentas de capital, como se ha visto, porque ellas sobreviven al difunto. Se trata de determinar el dinero que deja de ingresar a los deudos a raíz de la muerte. En la determinación de dicha suma, que no necesariamente tiene, hoy por hoy, que ser probada con la declaración de renta<sup>5</sup>, reside la importancia del estudio de la certeza del perjuicio a partir de situaciones existentes o inexistentes. Es decir, en la cifra que se tomará como punto de partida para la liquidación del lucro cesante —lo que el fallecido percibía y dejaron de

- 
5. La declaración de renta no es la única forma de acreditar los ingresos. Ver en dicho sentido la sentencia del 11 de octubre de 1991, con ponencia del Consejero de Estado Suárez Hernández en el expediente 6372 de Mercedes Cabrales de Obando contra la Nación—Mindefensa—Policía Nacional, en la cual, luego de citar la sentencia de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia del 1º de diciembre de 1983, en donde se juzgó la constitucionalidad del artículo 10º de la Ley 58 de 1982, se expresó: “No significa lo anterior que la declaración de renta se constituya en el único mecanismo para la estimación del monto indemnizatorio, es apenas uno de los elementos de juicio para establecer la cuantía definitiva, de especial importancia desde luego”; ver en similar sentido la sentencia del 13 de marzo de 1992, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Ma. Alexia Arango G., exp. 6637: “No significa lo anterior que la declaración de renta de la víctima deba considerarse como única prueba de sus ingresos. Aquella es apenas un medio de orientación, de referencia, que en combinación con otras demostraciones, permiten al fallador apreciar el monto de los ingresos, así como la relación con la personas que se presentan al proceso en calidad de dependientes del afectado”; 25 de septiembre de 1997, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Amparo Fontal de García, exp. 10063: “Si bien la Sala en varias oportunidades se ha mostrado renuente para indemnizar a los damnificados con base en la sola declaración de renta como medio de prueba para acreditar el monto promedio que percibía mensualmente la víctima o el lesionado, en el caso *sub examine* la realidad probatoria permite darle otro tratamiento no sólo porque el occiso reconoció y declaró ante la Dirección de Impuestos Nacionales —DIAN— que había obtenido utilidades por la suma de \$6'800.000, pagando el impuesto correspondiente por dicha renta líquida gravable, sino porque adicionalmente los testimonios aducidos al proceso son contestes en señalar que la actividad a la que se dedicaba la víctima le permitía obtener beneficios económicos (que oscilaban entre la suma de \$500.000 a \$800.000 pesos mensuales) similares a los que efectivamente aparecen reconocidas en la declaración de impuestos”.



recibir quienes tienen derecho a la indemnización— estará la discusión de tales situaciones. En estos casos mientras mayores sean los ingresos que se pruebe tenía el fallecido, mayor será la indemnización, y, a la inversa, cuanto menores sean aquellos, menor será esta. Se recuerda que en este aspecto un incremento de la cifra de base, por pequeño que sea, subirá notablemente la indemnización, puesto que esta se prolonga por el tiempo de vida probable de las personas.

Por lo general se genera discusión sobre cuál es la cifra que debe servir como punto de partida. En algunos eventos porque las personas son trabajadores independientes y la prueba de sus ingresos reales es difícil de establecer. En otros eventos, porque el juez no tiene los elementos de juicio suficientes que le permitan sobrepasar el salario mínimo legal, que es la menor base que aplica, aun de oficio, para este resarcimiento. Por consiguiente, no debe la víctima o su abogado descuidar este aspecto de la prueba de la entidad del daño, porque si no logra convencer al juez de que el difunto ganaba una suma superior al salario mínimo, la indemnización se hará con base en este. Igual observación se hace a los abogados de las entidades demandadas que, por lo general, no ponen en tela de juicio, siendo ello posible, la suma de base cuando es superior al salario mínimo. El juez es exigente en esta prueba, hasta llegar a extremos cuestionables, como cuando, por ejemplo, ante testimonios que afirman que el occiso devengaba entre \$200.000 y \$400.000, considera que ante la duda es mejor aplicar el salario mínimo, sin aplicar el promedio de las dos cifras aportadas por testigos en el proceso<sup>6</sup>. El punto es cuestionable, porque en ocasiones, sin

---

6. Ver a nivel de ejemplo: Consejo de Estado, Sección Tercera, 2 de abril de 1992, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Leonela Teresa Torres de Daza, exp. 6756: “La base económica calculada por el *a quo* en la suma mensual de \$120.000, carece de suficiente respaldo probatorio. En efecto, los testigos que de alguna forma mencionan los ingresos mensuales del occiso, hablan de cifras diferentes, \$100.000 se lee al folio 79; \$75.000 a \$80.000 se dice en el folio 84; \$85.000 a \$90.000 en el folio 83 y \$120.000 se sostiene en el folio 87. Tales manifestaciones aisladas, sin respaldo documental probatorio que las complemente, sin auxilio, por ejemplo, de comprobantes de pago, anexos contables, recibos, declaración de renta, declaración de ingresos, etc., resultan para la Sala insuficientes como demostrativos del ingreso económico de Daza Torres, cuya actividad laboral sí resulta ostensible dentro del proceso. Por esta razón, a falta de demostración de sus ingresos, estos se calcularán con base en el salario mínimo”.

justa y por demás novedosa, no ha sido sin embargo el proceder constante de la jurisprudencia, a pesar de que se observa que es la nueva tendencia<sup>8</sup>.

A dicho salario mínimo se le debe ajustar un 25% que es a lo que en ocasiones la jurisprudencia ha considerado equivalen las prestaciones sociales. Sobre la aplicación de este incremento del 25% existen tratamientos diversos de la jurisprudencia, y por ello debe el abogado, para no depender de las oscilaciones jurisprudenciales, solicitarlo en la demanda. En ocasiones el Consejo de Estado lo ha aplicado de oficio, para los eventos en que se trate de trabajadores dependientes<sup>9</sup> y aun de independientes<sup>10</sup>, pero ello no es regla general, como ocurre en el presente caso en el cual no se aplicó. Es decir, el incremento del 25% como factor prestacional no es utilizado

8. Ver en igual sentido la sentencia del 5 de marzo de 1998, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Ma. Eddy Prada Orduz y otros, exp. 10303: "Como el salario mínimo vigente para 1991 actualizado a la fecha (\$184.738,6), resulta inferior al que rige actualmente (\$203.826) —decreto n° 3106 de 1997—, se tiene en cuenta este último, de acuerdo con las pautas jurisprudenciales adoptadas por la Sala a partir de la sentencia del 31 de enero de 1997, exp. 9849, actor: Rosalba Vargas y otros, con ponencia de quien redacta esta providencia".
9. Consejo de Estado, Sección Tercera, 13 febrero 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Ma. Luz Acosta y otros, exp. 11586: "No se accede a las pretensiones de la demandada en el sentido de modificarla para no incrementar la renta con el 25% de prestaciones, dado que en proceso existe prueba documental y testimonial en el sentido de que el señor Salazar era un trabajador dependiente y, por ende, conforme a la ley laboral, tenía derecho al pago de prestaciones".
10. Consejo de Estado, Sección Tercera, 15 de septiembre de 1995, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Amanda Suárez Rojas, exp. 8488: "Está probado que la víctima trabajaba como taxista y su esposa e hijo dependían de él económicamente; sin embargo, no se probó la renta que derivaba de su actividad laboral. Según las pautas jurisprudenciales de la Sala, se presume que el occiso no devengaba menos del salario mínimo legal vigente para la fecha de los hechos, incrementado en un 25% correspondiente a prestaciones sociales"; caso de conductor de vehículos: 2 de octubre de 1997, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Teófila Matabanchoy Narváez y otros, exp. 10246: "Así mismo la Sala encuentra ajustado a la ley y a la justicia el incremento en un 25% sobre el salario a título de prestaciones sociales, a pesar de no haber sido solicitado por el apoderado de los demandantes en el presente caso ya que este rubro es retributivo del trabajo desempeñado por la víctima y constituía una suma que ingresaba efectivamente a su patrimonio"; 4 de julio de 1997, C. P.: Dr. Hoyos Duque, actor: Abraham Avila Rondón, exp. 10098.

de manera uniforme por el Consejo de Estado, que en ocasiones aumenta en dicho porcentaje, aun de oficio, el valor del ingreso de la persona fallecida, pero en otras no lo hace. Es deseable que la jurisprudencia tome una posición homogénea respecto a tan importante punto. La diferencia en la liquidación definitiva será notoria, por la sencilla razón de que existe un porcentaje alto —25%— que es oscilante. También, en lo que tiene que ver con la cifra de partida en esta clase de daños, se podrían tener en cuenta otros factores salariales, como por ejemplo, auxilios para educación, vivienda, primas, etc., que en ocasiones provienen de convenciones colectivas, y que bien pueden ser catalogadas como factores salariales. Dichas cifras pueden permitir que el salario de base sea incrementado en una cifra aun superior al 25% de las prestaciones laborales de ley.

Una vez obtenida la suma de base para la liquidación, se debe hacer la deducción de los gastos para la propia subsistencia. Ello es apenas elemental en la medida en que no se puede escapar a la necesidad de los gastos personales para poder vivir. A pesar de que algún sector de la doctrina ha patrocinado la tesis “que sostiene que no se deben hacer descuentos ya que es de presumir que la productividad de la víctima se destinaba totalmente al cumplimiento de las obligaciones del hogar”<sup>11</sup>, lo cierto es que el Consejo de Estado, con razón, siempre deduce un porcentaje. No se aplica la presunción legal de que la víctima destinaba todos sus ingresos a sus sobrevivientes, por la sencilla razón de que nadie es cuerpo glorioso y ciertamente algún porcentaje de sus ingresos destinaba para sí. La deducción que por presunción hace el Consejo de Estado sobre gastos para la propia subsistencia es variable, lo cual sí es criticable por lo menos en la forma en que se presenta<sup>12</sup>. Oscila entre el 25 y el 50%, y no ha habido, como ya se

---

11. Gilberto Martínez Ravé. *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, 3ª ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1986, p. 287.

12. Para sólo citar un ejemplo, dentro de los múltiples que muestran la falta de uniformidad anotada: Consejo de Estado, Sección Tercera, 13 febrero de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Ma. Luz Acosta y otros, exp. 11586: “Tampoco prospera la solicitud de descontar el 50%, como la parte de la renta que el occiso dedicaba a su propio sostenimiento, dado que esta fórmula sólo ha sido adoptada en tratándose del salario mínimo, por ser tan exigua la cantidad a la cual corresponde, pero aquella devengada por el Señor Salazar era superior”. Sin embargo, en el caso que estamos estudiando, en donde también había salario mínimo, se descuenta el 25% y no el 50%. Nótese

ha dicho, posiciones estables al respecto. Deseando que se tomen posiciones uniformes sobre el punto, se debe sin embargo advertir que las partes deben debatir el porcentaje que se deducirá. Es apenas obvio que si el porcentaje de deducción es menor, mayor será la indemnización para las víctimas, y a la inversa, si el porcentaje es mayor, menor será la indemnización. 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 contraparte puede demostrar que sí gastaba en exceso para sí, porque por ejemplo, el dinero que recibía lo dedicaba 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.

Para regresar a nuestro caso concreto, se recuerda que la suma de base fue de \$172.005 –salario mínimo legal vigente para enero de 1997–, y de ella se descontó el 25% por gastos de propia subsistencia, lo cual arrojó una cifra final de \$129.003,75.

---

que los dos fallos son proferidos con 17 días de diferencia. También en ocasiones, tratándose de salario mínimo, se ha descontado en gastos de propia subsistencia el 33%: 26 de septiembre de 1996, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Genoveva del Carmen Avila Sanabria, exp. 8785: “El salario mínimo para la fecha de la muerte de la víctima (1990) era de \$41,025, de acuerdo con el decreto 3000 de 1989; dicha suma se dividirá por tres, una tercera parte como gastos de subsistencia estimados de la víctima y las dos terceras restantes para la madre y su hija por partes iguales, correspondiéndole a cada una de ellas la suma de \$13.675”. Recientemente, en evento de salario mínimo, y de esposa y dos hijas, se deduce el 25%: 15 de febrero de 1998, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Astrid Santiago Solano, exp. 10237: “se descuenta el 25% que se presume es la cantidad que el finado destinaba a su propia subsistencia”. Sin embargo, con dos meses de anterioridad, se afirma que “se modificará la liquidación correspondiente a la indemnización por perjuicios materiales, para realizarla solo sobre el 50% del salario mínimo, *dado que ha sido tesis de esta sala que entratándose del salario mínimo, se presume que el productor de la renta dedica el 50% del mismo a su propio sostenimiento*” (! *Cursiva fuera de texto*) (sent. del 4 de diciembre de 1997, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Mary Luz Tamara Luna, exp. 13797).

La cifra anterior —\$129.003,75— fue la que se determinó en el caso analizado como aquella que producía el difunto para sus allegados. Ese el perjuicio mensual para los demandantes. Esa es la suma que la muerte impidió que continuara llegando al patrimonio de las víctimas.

Una vez obtenida la cifra definitiva anterior, se estudia qué personas tienen derecho a la indemnización, sus edades así como la edad del fallecido. Ello para efectos de poder pasar a la segunda etapa, esto es, la de proyectar en el futuro la mencionada suma.

En el caso en estudio se trató de la muerte de una persona que había nacido el 12 de octubre de 1965, fue asesinada el 20 de septiembre de 1989, y tenía en dicho momento una vida probable de 49.17 años, es decir, de 590.04 meses. Con el certificado de vida probable de los colombianos se deduce el tiempo en que habría podido o debido vivir el occiso, lo cual permite llegar a la cifra de 590.04 meses, que es el tiempo en que el difunto no aportó económicamente, en este caso a su esposa e hijos, sin que se olvide tener en cuenta los límites al lucro cesante que ya se han visto y que se recordarán en este ejemplo.

El difunto tenía esposa y dos hijas menores. La jurisprudencia en estos eventos aplica la lógica de la sociedad conyugal, es decir, considera que el 50% de la suma debe ser para la esposa o compañera y destina el 50% restante para dividir entre los hijos, por partes iguales. La anterior postura jurisprudencial no impide afirmar que, de presentarse el caso, bien puede alterarse la regla dependiendo del perjuicio real sufrido por cada uno de los destinatarios de la indemnización. Es decir, nada impide que ante un caso concreto el juez tenga en cuenta las circunstancias individuales de cada uno de los miembros de la familia. En este evento se estimó, aplicando la regla general, que de los \$129.003,75, el occiso dedicaba la mitad —\$64.501,87— a la esposa, y la otra mitad a las dos hijas, o sea, \$32.250,93 para cada una de ellas. Es la cifra que mensualmente dejó de aportar el occiso a sus allegados.

Como la indemnización no es por un mes, sino que es por la vida probable de las personas o por el tiempo que se presume el difunto iba a ayudar a sus hijos, se deben entonces hacer proyecciones hacia el futuro.

Para ello se requiere individualizar a cada uno de los destinatarios de la indemnización, que es lo que pasa a verse.

1. *Esposa*. Para ella la indemnización va desde el momento de la muerte de su marido hasta la vida probable de quien se supone moriría primero de no haber ocurrido el hecho dañino. En este caso la esposa era menor que su marido, pues había nacido el 11 de mayo de 1966, y su vida probable, aunque se presume más larga que la de su marido, no marca el período indemnizatorio porque el marido habría muerto antes. La lógica es simple: quien es mayor se presume que morirá primero y por tanto dejará de aportar económicamente a quien sobrevive.

Así las cosas, la jurisprudencia tiene establecidos dos períodos indemnizatorios: el debido o consolidado que va desde la fecha del hecho dañino hasta la fecha de la sentencia, y el futuro o no consolidado que va desde la fecha de la sentencia hasta la fecha de la vida probable. Sumando los dos períodos se obtiene la indemnización total, como pasa a verse.

a. *Indemnización debida*. Como se ha dicho, es la indemnización que cubre el período que va desde la fecha de la muerte hasta la fecha de la sentencia o de la conciliación. En nuestro caso equivale a 88.33 meses.

Para obtener el monto de este período indemnizatorio se aplica, sin excepción en la jurisprudencia, la siguiente regla:

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

donde:

S = suma buscada de la indemnización debida o consolidada;

Ra = renta actualizada, es decir, el monto mensual actualizado que el difunto dejó de aportar a la esposa;

i = interés legal;

n = número de meses transcurridos entre la fecha del hecho dañino y la fecha de la sentencia.

Aplicando la fórmula a nuestro caso concreto, tenemos:

$$S = 64.501,87 \frac{(1 + 0.004867)^{88.33} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$7'096.995$$

Lo anterior significa que lo que el difunto dejó de aportarle a su esposa durante 88.33 meses equivale a la suma de \$7'096.995.

Con la intención de hacer claridad académica, se debe anotar que en la fórmula transcrita primero se hacen las operaciones del extremo derecho de la misma, y luego se multiplica el resultado por el Ra. También vale la pena anotar que para hacer la operación se requiere de una calculadora que tenga la función de exponenciales, porque  $n$  es un número que eleva a la potencia. Por último, que si bien el interés legal es del 6% anual, en la fórmula se trabaja por meses, lo cual da 0.004867 y no 0.5.

Una vez obtenida la cifra de la indemnización debida, falta aquella de la indemnización futura o no consolidada.

b. *Indemnización futura.* Como se ha visto, es la indemnización que comprende el período que va desde la fecha de la sentencia hasta la de la vida probable de quien habría de morir primero.

Para obtener dicha cifra la jurisprudencia aplica, sin excepción, la siguiente fórmula:

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

donde:

S = indemnización futura o consolidada;

Ra = renta actualizada;

$n$  = número de meses comprendidos entre el mes de la sentencia y el de la vida probable (se anota que no es el número de meses de vida probable de la persona, sino este previa deducción del período que ya fue indemnizado. Si así no fuera, se indemnizaría dos veces un mismo período);

$i$  = interés legal.

La aplicación de la fórmula al caso concreto se hace de la siguiente manera:

$$S = \$64.501,87 \frac{(1 + 0.004867)^{501.71} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{501.71}}$$

$$S = \$12'093.020$$

La anterior cifra —\$12'093.020— es la que el difunto no aportará a su esposa durante el período de la indemnización futura.

En consecuencia, se concluye que la viuda del difunto, que no percibirá, debiendo percibirla, ayuda económica de su marido durante 590.04 meses a raíz del hecho dañino, será indemnizada con la suma de la indemnización debida y de la futura, lo cual arroja una cifra total de \$19'190.015 (diez y nueve millones ciento noventa mil quince pesos).

Es el valor de la traslación económica, que deberá hacer en este caso la Nación-Mindefensa-Ejército Nacional a la viuda, a raíz de la muerte de la persona por la cual fue declarada responsable.

La suma, hasta el momento efectivo del pago, “devengará intereses comerciales durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria y moratorios después de este término”, según lo enuncia el artículo 177 del Código Contencioso Administrativo.

2. *Primera hija.* La primera hija nació el 22 de abril de 1988 y le corresponde la indemnización del dinero que su padre le habría aportado en caso de no haber ocurrido el hecho dañino. Como se ha visto en páginas anteriores, no existe una posición homogénea de la jurisprudencia respecto de cuál es la edad en que se considera que los hijos no han de recibir más ayuda de sus padres. Los extremos van, normalmente, desde los 18 hasta los 25 años, pero pueden, si el hijo es incapacitado, ascender hasta la vida probable de su padre. Como en este punto la jurisprudencia actúa por presunciones, se recuerda que estas pueden ser descargadas. Ello significa que la parte actora podrá establecer en el proceso que, teniendo en cuenta el nivel económico de la familia o la costumbre del hogar, la presunción no debe aplicarse, sino que por el contrario se debe tomar una fecha posterior porque el padre normalmente habría ayudado a su hijo hasta una edad mayor. El proceder inverso puede ser desplegado por la contraparte.

En este caso concreto se presumió que el padre habría ayudado a su hija hasta los 18 años de edad.

Teniendo en claro lo anterior, se procede a aplicar las fórmulas ya reseñadas, con las particularidades que se anotarán. Al igual que ocurrió con la esposa, la indemnización se divide en debida o consolidada y futura o anticipada. Veamos cada una de ellas.



a. *Indemnización debida:*

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

Lo cual en nuestro caso concreto significa:

$$S = 32.250,93 \frac{(1 + 0.004867)^{88.33} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$3'548.496,95$$

Conviene recordar que la cifra de \$32.250,93 es la cuarta parte de la suma de base, esto es, lo que el difunto aportaba a su familia -\$129.003,75-, porque la mitad es para la esposa y la otra mitad se divide entre las dos hijas.

b. *Indemnización futura:*

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

Teniendo en cuenta nuestro ejemplo concreto, tenemos:

$$S = \$32.250,93 \frac{(1 + 0.004867)^{80.66} - 1}{0.004867(1 + 0.004867)^{80.66}}$$

$$S = \$2'754.552,03$$

Lo anterior significa que la suma que la hija deja de recibir de su padre durante este período de la indemnización futura es de \$2'754.552,03.

Al igual de lo que ocurrió con la esposa, se deben sumar los dos períodos indemnizatorios, lo cual arroja un total de seis millones trescientos tres mil cuarenta y ocho pesos (\$6'303.048). Fue esta la suma que el fallecimiento del padre impidió que se diera a su hija de un año y seis meses en el momento de la muerte de aquel, y hasta los 18 años de vida de esta.

3. *Segunda hija.* La segunda hija fue póstuma, porque nació el 10 de mayo de 1990, es decir, con posterioridad a la muerte de su padre. También, como su hermana, fue indemnizada hasta la mayoría de edad.

Al igual que en la situación ya vista de la otra hija, se debe en primer momento sacar la cifra de la indemnización debida o consolidada y luego la de la futura o anticipada, así:

a. *Indemnización debida:*

$$S = \$32.250,93 \frac{(1 + 0.004867)^{80.66} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$3'176.557,02$$

Se debe anotar que, a diferencia de lo que normalmente ocurre, el exponente no es igual al de su hermana y de su madre, precisamente porque se trata de una hija póstuma, lo cual significa que sólo dejó de recibir ayuda de su padre desde el momento en el que nació, y no desde la muerte de su padre.

b. *Indemnización futura:*

$$S = \$32.250,93 \frac{(1 + 0.004867)^{127.34}}{0.004867 (1 + 0.004867)^{127.34}}$$

$$S = \$3'055.581,62$$

Sobre la indemnización a las hijas, que no tiene problema distinto de aquel de la escogencia de la edad límite hasta la cual debe proceder, no se plantea problema diferente. Sin embargo en este caso, en el cual se liquida a favor de una hija póstuma, existe un error lógico. En efecto, el exponente que utilizan las fórmulas de la indemnización futura -127.34- y de la debida -80.66- suman 208.00 meses, lo cual equivale a 17.33 años, cuando la indemnización debió ser otorgada por un total de 18 años. El error consiste en que los meses que transcurrieron entre la muerte del padre y el nacimiento de la niña no se incluyeron ni en la indemnización debida ni en la futura. Es

claro que dichos meses debieron haber sido incluidos en la indemnización futura porque el padre habría ayudado económicamente a su hija hasta la mayoría de edad. Sin embargo, la forma como se liquidó este daño supuso que la ayuda económica sólo la habría dado el padre hasta que la hija cumpliera 17.33 años y no hasta los 18, que es la pauta jurisprudencial manejada. Es este punto un yerro de la sentencia que se hubiera podido corregir como un simple error aritmético.

Hay un aspecto que se plantea siempre en esta clase de indemnización y que merece comentario específico: cuando se llega a la edad límite de la indemnización para las hijas, en este caso concreto los 18 años, lo que a partir de ese momento deja de serles indemnizado no acrece la indemnización de la viuda o compañera<sup>13</sup>. Pero la conclusión es discutible. En efecto, de no haber ocurrido el hecho dañino, y una vez llegadas las hijas a la mayoría de edad o a la edad de establecerse, lo normal es que la pareja hubiera mejorado su nivel de vida porque el dinero que se otorgaba a las hijas acrece inmediatamente al dinero de la pareja. Es decir, si se considera que los padres colaboran normalmente con sus hijos hasta la mayoría de edad o hasta la edad en que se establecen, se debería también considerar que a partir de dicho momento los padres incrementarían sus ingresos netos como pareja, porque naturalmente aquella suma de dinero no debe desaparecer. Sin embargo, ¡el Consejo de Estado produce la ficción de que a partir de dicho momento el dinero va a la tumba del difunto! No es esta una posición lógica ni justa, y por el contrario, es violatoria de la regla

---

13. Consejo de Estado, Sección Tercera, 8 de octubre de 1992, C. P.: Dr. Suárez Hernández, exp. 7655, actor: Aura Ligia Posada y otros: "En lo que respecta al acrecimiento solicitado por la parte actora, estima la Sala que fue atinada la decisión del Tribunal al no acceder a lo pedido. En efecto, el pronunciamiento de la Sala transcrito en lo pertinente por el *a quo*, mantiene plena vigencia por cuanto aceptar el acrecimiento implicaría modificar la sentencia, en la cual no se consagró esa posibilidad de acrecer las cuotas de la madre y demás hermanos. La norma del artículo 309 del C. de P.C., es muy clara al disponer que la sentencia no es revocable, ni reformable por el juez que la pronunció. De otra parte, la figura del acrecimiento aplicable en el derecho, figura del sucesoral, no tiene cabida en las liquidaciones indemnizatorias, no sólo por razones de índole procesal como la anotada, sino por la naturaleza misma del reconocimiento indemnizatorio cuyo origen se halla en el perjuicio sufrido por cada demandante, el cual es de carácter personal e intransferible, a diferencia de los derechos herenciales que son transmisibles por el fallecimiento del titular".

de la indemnización plena del daño. A pesar de que, como se ha anotado, en la posición jurisprudencial actual no se permite el acrecimiento, se encuentran antecedentes en sentido opuesto<sup>14</sup>. La posición de las sentencias que expresaban un criterio contrario debería ser retomada por el Consejo de Estado, para que se sienta la presunción de que por lo menos la mitad de lo que se deja de darle a los hijos porque llegaron a la mayoría de edad o a la edad de establecimiento es lo que corresponde a la viuda o compañera hasta la vida probable, porque la otra mitad sí la habría gastado para sí el difunto en vida. Con ello se daría al cónyuge o compañero sobreviviente dicha suma, desde el momento en el que no se le da al hijo hasta aquel de la vida probable del cónyuge o compañero mayor. La diferencia, dependiendo de la edad de los hijos y de los padres, es importante e influye notoriamente en el monto de la indemnización.

Con base en los datos anteriores se observa que para la hija póstuma la indemnización total por el lucro cesante derivado de la muerte de su padre es de seis millones doscientos treinta y dos mil ciento treinta y ocho pesos (\$6'232.138).

Para concluir con el presente ejemplo, se observa que el Estado colombiano fue condenado, en lo que respecta al lucro cesante por la muerte del esposo y padre, a la suma de treinta y dos millones setecientos venticinco mil doscientos un pesos (\$32'725.201). A dicha suma se debe agregar lo que se dispuso en términos de daños morales, que para ilustrar, se anota: a la esposa, las dos hijas y los dos padres del difunto, se concedieron 1.000 gramos oro para cada uno. A cada uno de los ocho hermanos se concedieron

---

14. Consejo de Estado, Sección Tercera, 4 de septiembre de 1989, C. P.: Dr. De Greiff Restrepo, actor: Margarita Ma. Ramírez y otros, exp. 5351: "Sin embargo, al liquidar los perjuicios la base salarial fue dividida por dos: 50% para la cónyuge y 50% para el hijo menor. Tal distribución es correcta pero ha debido tener en cuenta que, en principio, a partir del momento en que el hijo cumpla la mayoría de edad, la liquidación debe hacerse tomando la totalidad de la base salarial a favor de la cónyuge sobreviviente por cuanto, si así no se hace, la indemnización deja de ser plena a partir de esa fecha. En este caso, debió procederse así, porque no se demostró ninguna circunstancia que prolongue en el tiempo la obligación alimentaria al menor". Ver en similar sentido, en donde a pesar de no expresar con la misma claridad el perjuicio, no se rebate en dicho punto el dictamen pericial rendido: 7 de julio de 1990, C. P.: Dr. De Greiff Restrepo, actor: Arcelia Tovar de Trujillo, exp. 5980.

500 gramos oro. Puesto que aproximadamente 1.000 gramos oro equivalen a once millones, se tiene que por daño moral la indemnización es de unos noventa y nueve millones de pesos que, sumados al otro rubro del perjuicio da una cifra aproximada de ciento veintiún millones de pesos. No se otorgó indemnización de otros daños, tales como gastos funebres, daños materiales a cosas, etc. porque no se pidieron, no existieron, o no se probaron.

Ahora bien, vale la pena comentar que cuando el juez de segunda instancia no cuantifica el daño, sino que simplemente confirma la liquidación del lucro cesante del juez de primera instancia, procede a la actualización del perjuicio, de conformidad con la siguiente fórmula<sup>15</sup>:

$$RA = VP \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

donde:

RA = renta actualizada;

VP = monto del daño en la sentencia de primera instancia;

Indice Final = mes anterior a la sentencia de segunda instancia;

Indice Inicial = mes siguiente a aquel que se actualizó en primera instancia.

## B. SEGUNDO EJEMPLO

SENTENCIA DEL 19 DE JUNIO DE 1997,  
 CONSEJERO PONENTE: DR. SUÁREZ HERNÁNDEZ,  
 EXPEDIENTE 11875

Se trató de la muerte de una persona nacida el 23 de marzo de 1929 y fallecida el 30 de abril de 1991, es decir, que murió a la edad de 62 años, 1 mes y 7 días de edad (todo parece indicar que existió un error puesto que la persona realmente murió a los 52 años, 1 mes y 7 días). Esto indica que tenía una expectativa de vida probable probada en el expediente de 193.89 meses.

Al igual que en el ejemplo anterior, se trataba de encontrar entre varias hipótesis posibles cuál era la suma básica a partir de la cual se iba a liquidar

15. Ver a nivel de ejemplo de este proceder: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 29 de marzo de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Ma. Cecilia Peláez y otros, exp. 10178.

el perjuicio. En el caso concreto el Consejo de Estado tenía varias posibilidades. De un lado, lo que la persona realmente ganaba en el momento en que falleció. De otro, lo que podría ganar, teniendo en cuenta su capacidad, preparación y hoja de vida. Habida consideración de que se trataba de una persona que había ocupado altos cargos dentro de la administración pública, el Consejo de Estado optó por tener como suma de base el salario que mensualmente devengaba un alto funcionario del Estado al momento de la sentencia, como un Consejero de Estado, esto es, la suma de \$8'581.186. Desecha así aplicar los \$400.000 que devengaba al momento de su fallecimiento, no sólo por las razones anotadas, sino porque tan sólo hacia cuatro meses había regresado al país, y se encontraba en los trámites de su reinstalación a nivel profesional. Es clara la importancia de la posición del Consejo de Estado, que partió de una situación inexistente al momento de la muerte, sin dudar en calificarla como cierta por los argumentos expresados. Esta posición jurisprudencial varió sustancialmente el monto de la indemnización, lo cual se aplaude, por los argumentos expresados en la parte sustancial de este escrito.

De la suma anterior se deduce en la sentencia el 50% que se presume dedicaba el fallecido a su propio sostenimiento. Nótese cómo la deducción es la máxima que realiza la jurisprudencia, lo cual entra en contradicción con el de por sí cuestionable argumento esgrimido en sentencias anteriormente citadas, en donde se afirma que dicha suma se descuenta para salarios mínimos, por lo "exiguo" de la suma (exp. 11586). Se dice "cuestionable" pues es claro que una familia que vive con un salario mínimo es una familia de por sí bien pobre—toda la familia—, y pensar que sólo uno de los miembros de la familia consume el 50% de los ingresos —porque es pobre— supone dejar en la pobreza absoluta y en la miseria al resto del núcleo familiar. El argumento supone la ruptura del principio de igualdad, porque conlleva a que dentro de la pobreza de la familia hay unos miembros de la misma más pobres que otros, quedando desafortunadamente más pobres los sobrevivientes que el difunto! Se descuenta así 50% tanto para los pobres, por ser pobres, como para los ricos, por ser ricos, lo cual hace perder lógica a los extremos del argumento. En el caso concreto se podría argumentar que el salario era sólo para la esposa y para el difunto, porque los hijos eran mayores de edad. Sin embargo, suponer que una persona "rica" gasta en sí misma la suma de \$4'290.593 es suponer que todos los gastos de dicha familia se

reducirían por mitad por el sólo hecho de la muerte de uno de los miembros de la pareja, lo cual es falso. En efecto, por ejemplo, no se puede suponer que con la desaparición de uno de los miembros de la pareja el arriendo baja a la mitad, el mercado baja a la mitad, los servicios públicos bajan a la mitad, el servicio doméstico baja a la mitad, etc. Se estima en consecuencia, reiterando lo afirmado en el ejemplo anterior, que debería el Consejo de Estado encontrar argumentos más sólidos para justificar las deducciones a los gastos de propia subsistencia, que a más de no ser uniformes, aún no han adquirido la madurez conceptual deseable.

De todas formas, en nuestro caso concreto se estimó que la base a partir de la cual se indemnizaría a la esposa sería de \$4'290.593 mensuales, que es la mitad de lo que devengaba para el momento de la sentencia un Consejero de Estado. A esta cifra, de todas formas, se hubiera podido incrementar el 25% por prestaciones sociales, pues es claro que el Decreto 47 del 10 de enero de 1997 fijó la asignación mensual de tales funcionarios, pero no contempla las cesantías, vacaciones, etc. a que tienen derecho. No se hizo, lo cual entra en contradicción con la posición jurisprudencial ya reseñada, en la que, con razón, se estima que dicho porcentaje forma parte del salario de una persona.

Con dicha base, al igual que en el ejemplo anterior, se obtiene la indemnización debida y la indemnización futura, así:

1. *Indemnización debida.* Es la que corre desde la fecha de la muerte hasta la fecha de la sentencia, es decir, por 73.63 meses.

Aplicando la fórmula:

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

$$S = \$4'290.593 \frac{(1 + 0.004867)^{73.63} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$378'839.317$$

La cifra de \$378'839.317 es la que dejó de percibir la viuda por la muerte de su marido durante 73.63 meses que es la indemnización debida, faltando aún la futura.

2. *Indemnización futura.* Puesto que, como se ha anotado, la vida probable del fallecido era de 193.89 meses y ya se indemnizaron 73.63 meses en la indemnización pasada, restan por indemnizar 120.26 meses, de conformidad con la siguiente fórmula:

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

$$S = \$4'290.593 \frac{(1 + 0.004867)^{120.26} - 1}{(1 + 0.004867)^{120.26}}$$

$$S = \$389'893.893$$

Es así como la indemnización total por lucro cesante para la esposa del fallecido asciende a la suma de setecientos sesenta y ocho millones setecientos treinta y tres mil doscientos diez pesos (\$768'733.210). Es el dinero que dejó de producir su marido y que se supone habría de dejar de recibir la viuda, durante los 193.89 meses que le impidieron vivir para alcanzar la vida probable de los colombianos.

Para terminar el ejemplo se anota que, a pesar de las críticas formuladas en párrafos anteriores, se reivindica la forma como el Consejo de Estado tomó la cifra de base, que permitió que se otorgara una de las indemnizaciones más altas que haya dado la jurisdicción en estos casos, si se tiene en cuenta que la persona falleció a la edad de 62 años (según equivocados datos del proceso porque, como ya se anotó, la persona realmente falleció a los 52 años). Por demás, en este caso no se reclamó daño emergente causado por la muerte, que como se ha visto en el segundo capítulo de este escrito consiste en los gastos funerarios, en los gastos de desplazamiento de familiares y, en general, en todo "desembolso" que se realizó por causa de la muerte.



C. TERCER EJEMPLO  
SENTENCIA DEL 31 DE ENERO DE 1997,  
CONSEJERO PONENTE: DR. MONTES HERNÁNDEZ,  
EXPEDIENTE 11361

Se trató de la muerte de un varón el 25 de febrero de 1988. Dicho varón era casado y del matrimonio había dos hijos, nacidos uno el 8 de febrero de 1980 y otro el 10 de abril de 1982.

Los deudos demandaron el lucro cesante por la desaparición prematura de quien sostenía económicamente el hogar, y al igual de lo que ocurre en estos eventos, el primer problema que había que resolver era el de determinar la suma de base a partir de la cual se liquidaría el daño. El juez de primera instancia había aplicado el salario mínimo, y la parte actora cuestionó en segunda instancia tal determinación. El Consejo de Estado le dio razón al demandante, por considerar que “la providencia materia de alzada, en parte alguna explica por qué razón los testimonios recogidos en estas diligencias no aportan certeza de que la víctima estuviera obteniendo una renta superior al salario mínimo legal. Por el contrario, las declaraciones rendidas por XX y YY, aunadas a los datos que se registran en su declaración de renta y patrimonio por el año gravable de 1986, presentada en abril de 1987, entre sí armónicas y convergentes, demuestran sin espacio para la duda que la víctima disfrutaba de una posición social compatible e incluso superior a la que se describe en el libelo introductor del proceso”. Se reconoce que el fallecido, que era propietario de una finca que explotaba en los renglones de agricultura y ganadería, tenía para la época del daño unos ingresos de \$100.000 mensuales, que el Consejo tomó como renta de base.

A partir de dicha suma “se descuenta un 50% que se presume destinaba a su propia subsistencia”. Sobre este punto me remito a las críticas y sugerencias realizadas en ejemplos anteriores.

Quedando en \$50.000 la suma que los familiares del fallecido dejaron de percibir a raíz de la muerte, “se actualizará (tal suma) con la fórmula acogida por el Tribunal, que emplea los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, según la cual, el índice inicial será el que regía a la fecha de los hechos, 83.98, e índice final, el que impera para la fecha de esta providencia, 574.56, de lo cual se tiene:

$$VP = \$50.000 \frac{574.56}{83.98}$$

$$VP = \$342.081''.$$

La cifra anterior, al igual de lo que ocurre con los otros ejemplos, muestra que a la fecha de la sentencia —enero de 1997— la mitad de lo que el difunto ganaba y que es lo que dejó de aportarle a sus familiares, equivale a la suma de \$342.081.

Como es habitual en la jurisprudencia, dicha cifra se dividió así: la mitad para la cónyuge sobreviviente —\$171.040,72—, y la otra mitad por partes iguales entre los hijos de la pareja, que por ser en este caso dos, arroja la cifra de \$85.520,36 para cada uno. Es decir, dichas cifras son las que cada mes dejaron de ser aportadas por el fallecido a su esposa e hijas, respectivamente.

Se procede entonces a aplicar las fórmulas de la indemnización debida y de la futura para cada una de las personas que tienen derecho al pago, así:

1. *Primer hijo.* Nació el 8 de febrero de 1980 y el Consejo de Estado decide otorgar la indemnización hasta que cumpla la mayoría de edad, lo cual, como ya se ha visto, es discutible. Puesto que el padre murió el 25 de febrero de 1988, quedaban en total 119.36 meses por indemnizar, porque al hijo le faltaban 9,94 años para cumplir la mayoría de edad desde que murió su padre.

Con base en estos datos se aplicaron entonces las fórmulas de las dos indemnizaciones, así:

a. *Indemnización debida.* Es, se recuerda, la indemnización que va desde el hecho dañino hasta la sentencia.

$$S = \$85.520 \frac{(1 + 0.004867)^{105.76} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$11'792.312$$

b. *Indemnización futura.* Es, se reitera, la que va desde la fecha de la sentencia hasta que, en este caso concreto, se cumpla la mayoría de edad por el hijo.

$$S = \$85.520,36 \frac{(1 + 0.004867)^{13.6} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{13.6}}$$

$$S = \$1'122.779$$

Nótese que el exponente de la fórmula es aquí bastante bajo —13.6—, lo cual se explica porque el hijo tiene derecho a 9,94 años de indemnización de los cuales ya se habían otorgado en la indemnización debida 8,81 años, faltando sólo 1,13 años por indemnizar.

La suma de los dos períodos arroja la cifra, para este hijo, de \$12'915.091, que es lo que dejó de percibir por los 9,94 años que su padre no pudo ayudarle económicamente.

2. *Segundo hijo.* Este hijo nació el 10 de abril de 1982 y para cumplir la mayoría de edad, a partir del momento de la muerte de su padre, le faltaban 145,42 meses, es decir, 12,11 años.

Al igual que el otro hijo, se aplican las fórmulas para los dos períodos, como sigue.

a. *Indemnización debida:*

$$S = \$85.520,36 \frac{(1 + 0.004867)^{105.76} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$11'792.312$$

Aquí el exponente —105.76—, que es igual al del otro hermano y al de la madre, muestra, como en todos los casos, el número de meses transcurridos entre la muerte del padre y la sentencia es el mismo.

b. *Indemnización futura.* Es, se reitera, la que va desde la fecha de la sentencia hasta que, en este caso concreto, se cumpla la mayoría de edad por el hijo.

$$S = \$85.520,36 \frac{(1 + 0.004867)^{13.6} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{13.6}}$$

$$S = \$1'122.779$$

Nótese que el exponente de la fórmula es aquí bastante bajo —13.6—, lo cual se explica porque el hijo tiene derecho a 9,94 años de indemnización de los cuales ya se habían otorgado en la indemnización debida 8,81 años, faltando sólo 1,13 años por indemnizar.

La suma de los dos períodos arroja la cifra, para este hijo, de \$12'915.091, que es lo que dejó de percibir por los 9,94 años que su padre no pudo ayudarle económicamente.

2. *Segundo hijo.* Este hijo nació el 10 de abril de 1982 y para cumplir la mayoría de edad, a partir del momento de la muerte de su padre, le faltaban 145,42 meses, es decir, 12,11 años.

Al igual que el otro hijo, se aplican las fórmulas para los dos períodos, como sigue.

a. *Indemnización debida:*

$$S = \$85.520,36 \frac{(1 + 0.004867)^{105.76} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$11'792.312$$

Aquí el exponente —105.76—, que es igual al del otro hermano y al de la madre, muestra, como en todos los casos, el número de meses transcurridos entre la muerte del padre y la sentencia es el mismo.

b. *Indemnización futura:*

$$S = \$85.520,36 \frac{(1 + 0.004867)^{39.66} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{39.66}}$$

$$S = \$3'077.691$$

Las cifras anteriores muestran que el hijo menor del difunto dejó de recibir a raíz de la muerte de su padre la suma de \$14'870.003.

3. *Esposa.* Al marido fallecido, que era mayor que la esposa, le truncaron, a raíz del hecho dañino, 37,1 años de vida, esto es, 445,2 meses. Ese es el período que tiene que comprender la indemnización para la esposa, que también se divide entre la debida y la futura, como sigue.

a. *Indemnización debida:*

$$S = \$171.040,72 \frac{(1 + 0.004967)^{105.76} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$23'584.623$$

Nótese que esta cifra es el doble de la de los hijos, a pesar de que el período por indemnizar es el mismo. Lo anterior se explica porque, como ya se observó, según la jurisprudencia la renta general del marido es destinada en el 50% para la esposa y en el 25% para cada uno de los dos hijos, porque en el caso concreto son dos.

b. *Indemnización futura:*

$$S = \$171.040,72 \frac{(1 + 0.004867)^{339.44} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{339.44}}$$

$$S = \$28'380.555$$

La suma de las dos cifras anteriores es \$51'965.178, que es lo que no percibirá como ayuda la esposa por la prematura muerte de su cónyuge.

Reitero en este aspecto lo ya anotado en ejemplos anteriores, esto es, que a partir del momento en el cual los hijos cumplen su mayoría de edad no acrece a la esposa el dinero que deja de dársele a los hijos. Dicho acrecimiento se podría dar así fuera en un porcentaje, porque no se puede concebir que el total lo habría gastado el difunto en sí mismo.

Se observa entonces que en total la indemnización por lucro cesante fue de setenta y nueve millones setecientos cincuenta mil doscientos setenta y dos pesos (\$79'750.272). A ello se debe sumar 3.000 gramos oro, mil por cabeza, que también se indemnizaron, con lo cual el gran total de la indemnización supera los cien millones de pesos.

Se pasa ahora al estudio de ejemplos de lesiones personales.

## II. EJEMPLOS DE LIQUIDACIÓN DE PERJUICIO EN EVENTOS DE LESIONES CORPORALES

En estos eventos el hecho dañino, a diferencia de la hipótesis anterior, no genera la muerte de la persona. La víctima sobrevive al hecho dañino. Su daño consistirá en los gastos que se tuvieron que realizar a raíz del hecho dañino, en la merma de la capacidad laboral producida y, naturalmente, en los daños inmateriales que se hayan generado. Es entonces apenas natural que no se deban deducir los gastos de propia subsistencia que lógicamente se descuentan en caso de muerte de personas<sup>16</sup>.

En cuanto a los aspectos teóricos del manejo de esta clase de situaciones, me remito a lo ya dicho sobre daño emergente y lucro cesante en caso de

---

16. Ver en este sentido: Consejo de Estado col., Sección Tercera, 5 de marzo de 1998, C. P.: Dr. Olarte Olarte, actor: Sergio Mauricio Herrera Girón y otros, exp. 11041: "El *a quo* ordenó restar a los ingresos de la víctima el 50% de su salario, bajo la consideración de que eso era lo que destinaba para sus gastos personales, y que el otro 50% se dedica por regla general a la ayuda familiar y hasta los 25 años. Esa aseveración no la comparte la sala porque no se trata de perjuicios derivados de la muerte de..., sino de resarcir el daño causado por su invalidez. Por tanto, no se ve razón para suprimir el 50% de su salario para efectos indemnizatorios. Por lo mismo, la liquidación del lucro cesante se hará incluyendo la totalidad del salario mínimo devengado para la época en que empezó a padecer del estado parapléjico".

afrenta a la persona. Se recuerda solamente que la dificultad en cuanto al lucro cesante consistirá en la forma de determinación de la capacidad laboral perdida, y por tanto en el porcentaje determinado. También se reitera que el lucro cesante debe liquidarse con base en la incapacidad laboral sufrida, como ya se ha visto, y que en caso de detenciones o de situaciones dañinas similares, se debe marcar un límite a la procedencia del período indemnizatorio, como ocurre con el lucro cesante cuando se trata de afrenta a bienes, so pena de que la misma sea invalidada. Es lo que ocurrió en un evento en el cual una persona, a raíz de la violación de derechos humanos constatados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debió dejar su trabajo. En dicho evento la liquidación del lucro cesante se había hecho desde que la víctima había tenido que dejar su trabajo y diez años más, a pesar de que había buscado asilo tres años después de retirarse de su empleo. El Consejo de Estado limita el período indemnizatorio<sup>17</sup>, y con independencia de la forma concreta como se hizo, lo importante es recordar que siempre debe haber un límite al lucro cesante. Respecto del daño emergente, se habrá de

- 
17. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 5 de marzo de 1998, C. P.: Dr. Olarte Olarte, actor: William Eduardo Delgado Páez, exp. 13842: "No se ve porqué, en primer término, la violación de los derechos del señor Delgado Páez, fué tomada como permanente desde cuando renunció al cargo (julio 14 de 1986) y se asiló en Francia, hasta diciembre de 1996, fecha que, sin razón, se tomó como límite para calcular el monto de la indemnización. De ser así, esta última fecha podrá ser corrida hasta el presente, una y otra vez, mientras dure el asilo, o mientras quiera el actor permanecer en Francia, o el Canadá, país donde ahora mismo se encuentra, según lo informa su apoderado. El hecho es que la situación más delicada, contraria a los derechos de cualquier persona, que sufrió el actor duró desde 1983 hasta julio de 1986, fecha en que buscó asilo. Las violaciones a los derechos del actor fueron constatadas por el Comité de Derechos Humanos, el cual divulgó, entre la Comunidad de Naciones, sus conclusiones el 23 de agosto de 1990. Entre tales quedó la de imponer al Estado la obligación de pagar una indemnización adecuada en favor del actor. Significa lo anterior que el período comprendido entre el 1º de agosto de 1986 y agosto 23 de 1990, es el que debe indemnizarse porque hasta esta última fecha, Colombia aún no recibía sanción u observación alguna por los hechos denunciados por el señor Delgado Páez. Desde esa fecha, el caso quedó concluido, a la espera de que Colombia atendiera las observaciones del Comité. El acuerdo conciliatorio prolonga el período a indemnizar hasta la fecha en que se hizo la liquidación (diciembre de 1996), sin justificación alguna".

tener en consideración que, a diferencia de lo que ocurre con los casos de muerte, lo normal es que en caso de lesiones sea mayor precisamente porque el hecho de sobrevivir supone mayores gastos médicos, de readaptación, de reubicación material de la vida, etc. Si bien es usual que operen los seguros y aun las prestaciones laborales, la discusión sobre el pago de dichos daños estará centrada en lo dicho en la introducción, cuando se habló de la indemnización plena del daño y de la regla *compensatio lucri cum damno*.

También se debe anotar que este proceder es el que se aplica en los eventos de detención injustificada, en los cuales se utilizan las mismas fórmulas que se van a estudiar. Como en este evento no existe incapacidad médica laboral porque el origen de la imposibilidad laboral es la detención, se aplica el 100% de pérdida de dicha capacidad durante el período que duró la detención<sup>18</sup>. Pasemos entonces a los ejemplos.

#### A. PRIMER EJEMPLO

SENTENCIA DEL 22 DE MAYO DE 1997,  
CONSEJERO PONENTE: DR. MONTES HERNÁNDEZ,  
EXPEDIENTE 11338

Se trató de un ciudadano a quien un “disparo le penetró a la altura del omoplato derecho y se alojó en el canal medular sacro, generándole un trauma raquimedular, con compromiso neurológico, consistente en la pérdida del órgano de la locomoción o paraplejia definitiva, que habrá de obligarlo por el resto de sus días a movilizarse en una silla de ruedas. Según el dictamen rendido por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social-Medicina Laboral de 13 de diciembre de 1993, la víctima carece por completo de sensibilidad de la cintura para abajo y de control de los esfínteres vesical y anal, es decir, padece de invalidez total y por ende, una disminución de su capacidad laboral funcional del ciento por ciento (100%)”.

---

18. Ver sobre esta situación los siguientes ejemplos: Consejo de Estado col., Sección Tercera, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: José Reynaldo Narváez Toro, exp. 10340; 12 de diciembre de 1996, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: José Angel Zábala Méndez, exp. 10229; 23 de febrero de 1993, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Ma. Elisabeth Suárez, exp. 9746; 15 de septiembre de 1994, C. P.: Dr. Uribe Acosta, actor: Alberto Uribe Oñate, exp. 9391.



Frente a dicho daño la víctima solicitó indemnización tanto de los daños emergentes como del lucro cesante. Se debe estudiar cada situación por separado.

1. *Daño emergente.* “A título de daño emergente, a la víctima se le reconocen los gastos hechos para el tratamiento de lesiones corporales, en los rubros de transporte, fisioterapia, hospitalización, silla de ruedas, elementos y medicinas, que según la experticia (sic) y los comprobantes que obran a los fls. 105 a 151 del C. 1, tienen un valor histórico de \$1'253.695 que, indexado hasta julio de 1995, arroja la suma de \$2'507.390”.

Lo anterior significa que la víctima gastó entre la fecha del accidente y la de la sentencia la suma de \$1'253.695 por los rubros del daño emergente ya reseñados. La sentencia de primera instancia actualizó dicha suma hasta el mes de julio de 1995, para convertirla en \$2'507.390, habiendo quedado entonces únicamente por actualizar esta última cifra hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia.

“Para su actualización, se sigue la fórmula que aplica los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, según el cual, el índice inicial será el de julio de 1995, de 456.79 e índice final, el de la fecha de esta providencia, de 588.31 y quedará así:

$$VP = \$2'507.390 \frac{588.31}{456.79}$$

$$VP = \$3'229.323”.$$

Nótese que en este evento no se pidieron otros rubros del daño emergente, así fuera futuro, como pueden ser las adaptaciones que la vivienda requiera para que la víctima pueda hacer frente a su nueva situación de paraplejía, los gastos de fisioterapia y medicamentos futuros, etc. De todas formas es de por sí importante que la víctima haya pedido daño emergente pues en la mayoría de los casos, inexplicablemente, el *petitum* se limita al lucro cesante.

2. *Lucro cesante.* Como bien lo afirma la sentencia, el lucro cesante está “representado por las sumas que la víctima, en condiciones normales, hubiera

podido obtener en el desempeño de una actividad lícita y económicamente productiva”.

En el caso concreto la renta de base es el salario mínimo legal vigente —\$65.168— a la fecha en que ocurrieron los hechos —8 de febrero de 1992—. Se toma dicha base por falta de prueba de una cifra superior. Los índices de precio al consumidor serán, como es lo normal, el de la fecha en que ocurrió el daño —inicial— y el de la fecha del fallo —final—.

Sin embargo, como se consideró que existió culpa de la víctima en un 30%, se ha de disminuir proporcionalmente la indemnización; de esa manera, se deduce de la renta de base dicho porcentaje, con lo cual queda en la suma de \$45.617,60. El ejemplo concreto permite hacer una observación general: cuando el Consejo de Estado considera que existió culpa de la víctima, la cifra a partir de la cual se va a liquidar el perjuicio debe ser reducida en el porcentaje que se haya fijado para tal culpa, como ocurre en el caso en estudio. Por lo general, como aquí ocurre, dicha deducción se hace cuando se tiene la cifra de base que servirá a la liquidación, pero también existen eventos en los cuales se hace al final de la liquidación. “¡Lo mismo da atrás, que en las espaldas!”.

Así las cosas, con los elementos dados, se aplica la fórmula de la siguiente manera:

$$VP = \$45.617,60 \frac{588.31}{226.46}$$

$$VP = \$118.508$$

Esta cifra es la del salario mínimo, reducido en un 30% por la culpa de la víctima, que servirá de base para la aplicación de la indemnización debida y de la indemnización futura. Obsérvese que no se incrementó en un 25% por prestaciones sociales que, como lo vimos en ejemplos de muerte, en ocasiones ocurre —lo cual es lógico, normal y justo—. ¡En este evento la posición del Consejo de Estado significa simplemente que el lesionado en un 100% devengará, en realidad, una cifra menor al salario mínimo! Si el Consejo de Estado hubiera incrementado el 25% de prestaciones sociales, la reducción real al salario mínimo, teniendo en cuenta el porcentaje de la culpa de la víctima —30%—, habría sido sólo del 5% respecto del 100% inicial.

Para poder aplicar las fórmulas de los dos períodos indemnizatorios que faltan es preciso conocer que “de acuerdo a las tablas colombianas de mortalidad, la esperanza de vida que le quedaba a la víctima, a partir de los hechos, habida cuenta que para entonces tenía cumplidos 27 años de edad, es de 46.38 años o 556.56 meses”.

a. *Indemnización debida.* Es sabido que es la correspondiente al tiempo que corre entre la fecha de los hechos y de la sentencia, y se concreta de la siguiente manera:

$$V = \$118.508 \frac{(1 + 0.004867)^{60.63} - 1}{0.004867}$$

$$V = \$8'334.301$$

b. *Indemnización futura:*

$$V = \$118.508 \frac{(1 + 0.004867)^{495.93} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{495.93}}$$

$$V = \$22'157.616$$

Así, el total del lucro cesante asciende a la suma de treinta millones cuatrocientos noventa y un mil novecientos diez y siete pesos (\$30'491.917), a los cuales se agrega el daño emergente de \$3'229.323, lo cual arroja un gran total de treinta y tres millones setecientos ventin mil doscientos cuarenta pesos (\$33'721.240) como daño material. A dicha suma se suman los daños morales que en el caso concreto fueron de 700 gramos oro teniendo en cuenta el 30% de culpa de la víctima. Es el total de la indemnización para la víctima, pues no se reclamaron perjuicios fisiológicos o a la vida de relación, que normalmente le habrían sido reconocidos.

B. SEGUNDO EJEMPLO  
SENTENCIA DEL 22 DE MAYO DE 1996,  
CONSEJERO PONENTE: DR. CARRILLO BALLESTEROS,  
EXPEDIENTE 11301

Se trató de las lesiones producidas a una paciente a quien al practicársele una cesárea en un hospital le dejaron una “compresa” en el organismo, lo que implicó una nueva cirugía para su extracción.

La demandante solicitó tanto daño emergente como lucro cesante, en lo que toca con el perjuicio material. Por ello se verá cada una de las situaciones.

1. *Daño emergente.* Consistió en los gastos, probados en el proceso, originados en la necesidad de restablecer la salud de la víctima demandante, que ascendieron en su momento a la suma de \$237.633. Los gastos fueron sufragados el 16 de febrero de 1990, a pesar de que la cesárea había sido realizada el 22 de septiembre de 1989, lo cual se explica porque los gastos para restablecer la salud son posteriores a la intervención que la lesionó.

Así las cosas, dichos gastos tienen que ser actualizados desde el momento en que se hicieron hasta el momento de la sentencia. A pesar de que la sentencia es del mes de mayo de 1996, se toma como índice final de precios al consumidor el de marzo del mismo año, con lo cual el Consejo de Estado, a mi entender, incurre en un error, pues, ha debido tomar el índice del mes inmediatamente anterior a la sentencia. Dependiendo de la suma por actualizar, el error puede significar una cantidad de dinero importante, porque supone que no se actualiza el dinero mínimo durante un mes.

De todas formas, en el caso concreto el Consejo de Estado afirmó que “efectuada (sic) la suma que comprende los gastos médicos en que incurrió la demandante para restablecer su salud estos ascienden a doscientos treinta y siete mil seiscientos treinta y tres pesos (\$237.633) (febrero 16/90) que actualizados a 31 de marzo de 1996, de acuerdo al índice de precios al consumidor suministrado por el DANE de 517.99, dicha cantidad sube a novecientos trece mil seis pesos con treinta y seis centavos (\$913.006,36)”.

Es dicha cifra el valor del daño emergente sufrido.

2. *Lucro cesante*. Según se probó en el expediente, la paciente permaneció seis meses “alejada de sus negocios y otras actividades personales, a raíz del menoscabo de su salud”. Se toma el salario mínimo legal vigente para la época de los hechos, que era, en septiembre de 1989, de \$41.025. Lo anterior porque se desecha la petición por una cifra superior estimada por la demandante, “porque dichas apreciaciones obedecen a meras conjeturas elaboradas sobre supuestos e hipótesis sin solidez alguna”. Nótese que a pesar de todo se habría podido tomar el salario mínimo de 1990, habida consideración de que el daño duró seis meses y se presentó también en este último año. En estricto sentido lógico se ha debido hacer la proporción de los salarios mínimos dependiendo del número de meses transcurridos en uno y otro año.

Con base en los anteriores supuestos fácticos, afirma el Consejo de Estado: “Por lo que se refiere a la indemnización por lucro cesante en favor de la accionante este se liquidará con base en el salario mínimo mensual que regía para la época de los hechos (\$41.025, sept. 22/89) y por un período de seis meses, lapso que la demandante, según la prueba testimonial, permaneció alejada de sus negocios y otras actividades personales, a raíz del menoscabo de la salud originado en la inadecuada prestación del servicio médico. En tales condiciones actualizada la suma a 31 de marzo de 1996 —vuelve el Consejo de Estado en este rubro del daño a incurrir en el error de no actualizar hasta el mes inmediatamente anterior a la sentencia—, ésta asciende a ciento setenta y seis mil cuatrocientos siete pesos con cincuenta centavos (\$176.407,50), la cual multiplicada dicha cifra por seis (6) que corresponde a los meses que la mencionada señora estuvo alejada de sus actividades laborales, dicho monto asciende a un millón cincuenta y ocho mil cuatrocientos cuarenta y cinco pesos (\$1'058.445)”.

Si bien en el texto de la sentencia no se transcriben las fórmulas reseñadas en los casos anteriores, ello no impide observar que la metodología es la misma. Valga también anotar que, al igual que en el caso anterior, se trata aquí de una incapacidad total aunque no definitiva. Si la incapacidad hubiera sido parcial, se debería haber descontado proporcionalmente.

## C. TERCER EJEMPLO

SENTENCIA DEL 26 DE SEPTIEMBRE DE 1996,  
CONSEJERO PONENTE: DR. SUÁREZ HERNÁNDEZ,  
EXPEDIENTE 10658

Se trató de la incapacidad laboral permanente del 100% producida a un menor de edad, a raíz de la errada anestesia que le fue aplicada en una intervención quirúrgica. El dictamen médico legal fue el siguiente: "... actualmente no puede vestirse solo [...] se aprecia espasticidad de miembros superiores y posiciones anormales de las manos en reposo; marcha atásica con imposibilidad para la marcha en puntas o talones; [...] responde incoherentemente a preguntas sencillas, no realiza operaciones simples, no reconoce letras o números, desorientado en el tiempo, lugar y persona [...] El paciente sufrió una escefalopatía hipóxica secundaria a paro cardio-respiratorio en el transcurso de la anestesia en la intervención quirúrgica de focoaspiración que es la indicada para una catarata traumática, que según historia clínica presentó posterior a trauma contuso en ojo izquierdo. Presenta un 100% de incapacidad permanente...".

El Consejo de Estado, luego de recordar que para los menores de edad también procede esta clase de indemnización a pesar de que en el momento de los hechos no sean económicamente productivos, otorga el lucro cesante desde que cumpla la mayoría de edad hasta su vida probable, así:

"El monto indemnizatorio se calculará desde el 6 de diciembre del año 2.002, fecha de su mayoría de edad, hasta el cumplimiento del término de su vida probable, o sea un período indemnizatorio de 636 meses. Se toma como base económica el valor del salario mínimo legal que regía a la ocurrencia de los hechos (\$41.025) y se actualiza con los índices de precios al consumidor vigentes en octubre de 1990 (159.07) y agosto de 1996 (556.50), aplicando la fórmula:

$$VP = VH \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

$$VP = \$41.025 \frac{556.501}{159.07}$$

$$VP = \$143.524,31$$

La indemnización futura que le corresponde al lesionado se liquida con la siguiente fórmula:

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

$$S = \$143.524,31 \frac{(1 + 0.004867)^{636} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{636}}$$

$$S = \$28'144.641,31''.$$

En el caso concreto se hubiera podido incrementar el salario mínimo con el 25% de prestaciones sociales, con lo cual hubiere subido en igual proporción la indemnización total. Ya se ha visto que son muchos los eventos en los cuales el Consejo de Estado, aun de oficio, ha hecho el incremento que aquí se echa de menos.

Por falta de claridad en el *petitum* y por carencia de pruebas, se dejó de lado todo el daño emergente futuro, que indudablemente habría de presentarse al lesionado. Fue un error técnico del abogado del demandante, en detrimento del lesionado, quien sólo tendrá para hacer frente a su tragedia una suma que de por sí es irrisoria, en la medida en que requerirá siempre, por ejemplo, de una persona acompañante, de drogas, de adaptación en su vivienda, de sillas de ruedas, de tratamientos siquiátricos, etc., lo cual muestra que la indemnización realmente es simbólica. Piénsese simplemente que el acompañante que habrá de tener devengará a lo menos el salario mínimo legal —con las prestaciones que aquí no se reconocen para la víctima directa— y que por tanto el lucro cesante que se paga al menor realmente cubrirá de manera incompleta el daño y que no alcanzará siquiera para cubrir el daño emergente que por error de la parte actora no fue ni solicitado ni probado. Son los casos en los cuales estimo que el juez, apoyado en la técnica de los estándares mínimos del daño, bien podría aplicar mejor la justicia material. Es uno de esos casos en que el juez debería proceder con base en una interpretación extensiva de la demanda, puesto que en ella se pide la indemnización de “los perjuicios morales y materiales”. Con ello se sustraería de la rígida interpretación que se ha dado a la justicia rogada, sin violar principio alguno y, por el contrario, haría honor a la equidad, en la

medida en que es cierto que el daño emergente, por ejemplo de la persona acompañante, se puede calificar de jurídicamente cierto. Me remito en ello a la técnica de los estándares del daño a que me referí en la parte introductoria del presente libro.

### III. EJEMPLOS DE LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS EN CASO DE BIENES

Puesto que en esta hipótesis son varias las clases de casos que se pueden dar, se traerán a colación los más relevantes, que permitan al mismo tiempo al lector tener una visión de conjunto.

La diferencia con los casos anteriores consiste en que en estos no hay lesión a la persona. Se trata de la lesión a bienes materiales, cuyo valor debe ser actualizado al momento de la sentencia.

#### A. PRIMER EJEMPLO OCUPACIÓN DEFINITIVA DE INMUEBLES POR TRABAJOS PÚBLICOS: SENTENCIA DEL 12 DE DICIEMBRE DE 1996, CONSEJERO PONENTE: DR. MONTES HERNÁNDEZ, PROCESO 12111

Antes de iniciar el desarrollo del ejemplo, se recuerda que en los eventos en que se indemniza por ocupación definitiva de inmuebles originada por trabajos públicos, que no es más que una expropiación indirecta, “el pago de la condena se deberá hacer una vez se acredite la protocolización y registro, en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, de esta sentencia, lo mismo que del experticio. La sentencia y anexos así protocolizados y registrados constituyen título traslativo de dominio a favor de la administración”<sup>19</sup>.

Para determinar el monto de la condena en estas hipótesis, el Consejo de Estado reconoce dos rubros diferentes. Veamos cada una de las situaciones.

---

19. Consejo de Estado, Sección Tercera, 16 de junio de 1997, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Jaime de Jesús Chaverra Mejía, exp. 10447.



1. *El valor del terreno ocupado.* Es la suma de mayor importancia en estos casos, y la constituye el valor del terreno ocupado. Dicho valor se fija normalmente por peritos y de allí la trascendencia de dicha prueba, así como de las objeciones que se hagan al dictamen. Se recuerda que en derecho colombiano el juez puede de oficio desechar la prueba, cuando estima que sus fundamentos no son serios o plausibles. Sin embargo, lo normal es que si la prueba no ha sido cuestionada por la contraparte, el juez dé valor a la conclusión a la que llegan los peritos.

La discusión en la fijación del monto del daño surge principalmente por tres aspectos: de una parte, por la fijación misma de la dimensión del terreno ocupado. En el evento concreto se trató de la ocupación de un terreno, según los peritos, de 12.209,73 metros cuadrados. La demanda consideraba que por el contrario se trataba de un terreno de 15.000 metros cuadrados. Reside allí, como se observa, la primera discusión frente a la cual las partes deben tomar un papel activo, porque será el punto de partida para la fijación de la indemnización. Esto significa que, por ejemplo, si se prueba que los bienes son del Estado, o no son del propietario, o son de menor dimensión de los que se narran en la demanda, la peritación y el juez deben ajustar la medida de la superficie del terreno. En segundo lugar, la discusión surge por el valor de este. La tendencia de la jurisprudencia, como ocurrió en este caso concreto, es la de determinar el valor comercial del terreno, para lo cual “se ponderan, entre otros, los siguientes factores: transacciones efectuadas con propiedades del entorno, topografía, suelos, forma y dimensiones, disponibilidad de servicios públicos (de agua, luz, teléfono y transporte colectivo y particular), así como la cercanía del bien al cruce o intersección con la autopista que conduce a Puerto Colombia”. En tercer lugar, relacionado con el anterior, la discusión se genera por la fecha con relación a la cual se va a hacer el avalúo del bien. En el caso concreto, a pesar de que la ocupación se inició el 18 de octubre de 1978, los peritos fijaron el valor del mismo para el 2 de diciembre de 1991, día del dictamen. Nótese que bien puede ocurrir que entre la fecha de la ocupación y la del avalúo se haya producido una variación sustancial del precio, habiendo por consecuencia materia de discusión jurídica. Me remito para el punto a los considerandos sobre carácter cierto del perjuicio.

Con base en estos considerandos, se estimó que el valor del metro cuadrado era, al momento de la ocupación del terreno, de \$6.000. Dicha cifra se multiplicó por el número de metros cuadrados —12.203,79—, lo cual arrojó una suma de \$73'222.740. Es así como “la condena al valor del lucro cesante, estará representada por el valor que los expertos le fijaron al inmueble para el 2 de diciembre de 1991”.

A la suma que sirve como punto de partida del valor del terreno ocupado, se aplica la fórmula tradicional de la indexación, de la siguiente manera:

$$\text{“V.P.} = \text{V.H.} \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

en donde:

V.P. = es el valor actualizado que se busca

V.H. = representa el valor del bien al momento del avalúo

Indices: Los del precio al consumidor certificados por el DANF, en el cual el índice inicial será el de la fecha de los hechos, el del 2 de diciembre de 1991, de 211.72 e índice final, el de la fecha de esta providencia, de 556.50, de lo cual se tiene:

$$\text{V.P.} = \$73.222.740 \frac{569.99}{211.72}$$

$$\text{V.P.} = \$197.129.367”.$$

Nótese que el Índice Final del Precio al Consumidor no coincide según el texto mismo de la sentencia, porque se anuncia que es de 556.50 y luego, cuando se aplica la fórmula, se aplica el de 569.99. Este error lógico muy seguramente se debe al hecho de que, entre el momento en el cual el Consejero de Estado lleva el proyecto de sentencia para discusión en la Sección, y la aprobación de la misma, puede transcurrir un mes, lo cual genera que cambie el Índice. Por olvido no se tuvo en cuenta tal situación, lo cual no impide desarrollar la explicación del ejemplo.

El Consejo de Estado tomó como índice inicial el de diciembre de 1991, porque supuestamente era el correspondiente a la fecha de los hechos. Sin embargo, en otro aparte de la sentencia, cuando estudia el problema de la caducidad invocada por la demandada, afirma que “los actos de que se

trata tuvieron ocurrencia a partir del 18 de octubre de 1978". El índice inicial que toma la Sección Tercera no es, como lo anuncia, "el que corresponde a la fecha de los hechos", sino el que corresponde a la fecha en que los peritos rindieron su dictamen. Si bien se estima correcto el proceder de la sentencia, en el sentido de que parte del supuesto de que para diciembre de 1991 —mes en el cual los expertos avaluaron— ya se ha actualizado el valor del daño de 1978, lo cierto es que también habría otra hipótesis para el manejo de los índices. El índice final es correcto en su concepción, a pesar de que se anuncia que es 556.50 y se aplica 569.99. Sin embargo, el inicial podría haber sido otro, lo cual abre la posibilidad de comparación para observar si es más equitativo para la víctima que el aplicado en la sentencia. Se podría en efecto dictaminar el valor comercial del terreno para el día de la ocupación —18 de octubre de 1978—, y actualizar dicha suma hasta la fecha de la sentencia.

La cifra a la que llegó el Consejo de Estado, de \$197'129.367, es la del valor del terreno actualizado para el mes de la sentencia.

Falta por explicar el otro rubro del perjuicio.

2. *Interés técnico sobre el valor histórico del inmueble.* Estima el Consejo de Estado que a más del lucro cesante consistente en lo que le dejó de ingresar al propietario del terreno a raíz de haber sido despojado, se debe también aplicar el interés técnico sobre el valor histórico del inmueble.

Lo anterior hace que se aplique la siguiente fórmula:

"Conforme a los lineamientos establecidos por el *a quo*, el lucro cesante se obtendrá de reconocer sobre el valor histórico del inmueble, \$73'222.740, el interés técnico o legal, del 6% anual, entre el 2 de diciembre de 1991 y hasta la presente, de lo cual resulta:

$$S = \frac{\$73'222.740 \times 1.734 \times 6}{36.000}$$

$$S = \$21'161.372".$$

La fórmula supone entonces la aplicación de los factores Capital Histórico, Tasa (6%) y Tiempo transcurrido entre el daño y la sentencia.

Se debe anotar que si bien normalmente el Consejo de Estado utiliza la fórmula que se acaba de describir<sup>20</sup> en lo que tiene que ver con el lucro cesante del valor histórico, también se encuentran sentencias que no la aplican sino que utilizan una que supone una indemnización mayor. Se afirma, por ejemplo, que “se impone en ese orden de ideas como solución y a título de lucro cesante, dado el carácter de comerciantes de los actores, que el valor comercial del vehículo a marzo de 1990 (valor histórico) devengue intereses comerciales hasta la fecha de ejecutoria de esta sentencia. En otras palabras, el valor del vehículo que deberá reconocerse y el lucro comercial de ese capital hacia el futuro, reemplazarán aproximativamente la explotación del mismo durante su vida útil”<sup>21</sup>. También se ha afirmado: “la Sala estima que dada la calidad de comerciante que ostenta la sociedad demandante, para la liquidación del lucro cesante son aplicables tanto el art. 884 del Código de Comercio como el ordinal 8° del art. 4° de la ley 80 de 1993 y el art. 1° del decreto 679 de 1994. Significa lo anterior, que sobre el capital actualizado por años se liquidarán intereses comerciales a la tasa fijada por la Superintendencia Bancaria”<sup>22</sup>. Como se puede deducir, la

---

20. Ver por ejemplo: 10 de octubre de 1996, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Soc. Cía. Franco Colombiana de Comercio –Francol Ltda.– y otro, exp. 10186; 5 de julio de 1995, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Soc. Nabandina de Aduanas Ltda., exp. 10023; 6 de febrero de 1995, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Miguel Angel Sánchez, exp. 7273.

21. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 2 de junio de 1995, C. P.: Dr. Betancur Jaramillo, actor: Rodrigo Rivera Coronel, exp. 9668. Ver igualmente: 23 de abril de 1998, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Ma. del Socorro Coronel, exp. 13443; “Así las cosas, y demostrada la actividad comercial a la cual estaba dedicado el automotor, la Sala reconocerá a título de lucro cesante, el interés comercial sobre el valor histórico del automotor, desde cuando ocurrieron los hechos, hasta la fecha de esta sentencia, dado que sí (sic) la demandante en su calidad de comerciante hubiera tenido el dinero que cuesta el bus solo rentando interés, habría tenido como mínimo derecho a obtener el interés corriente bancario del 3% mensual”.

22. Consejo de Estado col., Sección Tercera, 2 de marzo de 1995, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Claudio Calderón y otros, exp. 7566. Ver aun en sentido similar en donde se aplican intereses comerciales por el valor de un inmueble: 4 de diciembre de 1995, C. P.: Dr. Montes Hernández, actor: Nher I.tda., exp. 9042; 12 de septiembre

aplicación de una u otra solución varía sustancialmente el monto de la indemnización porque los intereses que se aplican en uno y otro evento son diferentes. El punto se torna más preocupante si, como ocurre en la práctica, los peritos pueden aun tener fórmulas distintas. Por eso se considera que también en este punto debe existir una mayor unificación de criterios, a pesar de que se reivindica que por lo menos existe una fórmula general que, como ya se dijo, es la que se aplica en el ejemplo que estamos comentando. En efecto, es claro que el interés técnico sobre el valor histórico del daño es el que normalmente se aplica por la jurisprudencia, y que “no se reconocen intereses comerciales como lo pretende la apelante, habida consideración al hecho de que la actualización lleva ínsito el reconocimiento de intereses”<sup>23</sup>. Sin embargo, como se ha visto, en otras ocasiones se reconocen intereses comerciales sobre la suma actualizada del daño.

Respecto del lucro cesante en este caso concreto, remito al aparte en el cual se hizo el estudio del lucro cesante cuando la lesión es a un bien.

Sumados entonces los dos rubros del daño, se tiene que el propietario del terreno ocupado fue indemnizado con la suma de doscientos diez y ocho millones doscientos noventa mil setecientos treinta y nueve pesos (\$218'290.739).

---

de 1996, C. P.: Dr. Carrillo Ballesteros, actor: Gustavo Velásquez Quintero, exp. 11092: “Así las cosas, de acuerdo con los criterios que se dejan expuestos, corresponde en lo pertinente reconocer por el monto de \$101'286.500 y por el período de 78 días (tiempo que permaneció dicha suma a órdenes del Juzgado Primero Civil del Circuito de Cali) los intereses corrientes bancarios certificados por la Superintendencia Bancaria (diciembre 1°/82 a febrero 18/93) la cual según las respectivas resoluciones en su orden indican una tasa del 32.15 y 34.39, esta última cobija los últimos 48 días. En consonancia con lo dicho bajo la aplicación de la siguiente fórmula se obtiene:  $i = \text{capital} \times \text{tasa} \times \text{tiempo sobre } 100 \times 360$ ”.

23. Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de septiembre de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Betty Restrepo de Satizábal y otros, exp. 11249. Ver en igual sentido: 2 de febrero de 1996, C. P.: Dr. Suárez Hernández, actor: Soc. Macías Botero y Cía. Ltda., exp. 11219: “También se negará la pretensión de la parte actora de que se le reconozca un interés comercial sobre el canon de arrendamiento dejado de percibir. Tal decisión se toma como consecuencia de que la suma reconocida ya ha sido actualizada y la actualización lleva consigo un interés. Reconocer ahora intereses comerciales, implicaría reconocer un doble interés sobre la misma suma. Así las cosas, se mantiene la decisión del *a quo* de sólo el interés legal del 6% anual, mes por mes”.

No se reconoció otro daño emergente, como por ejemplo, los gastos que se generaron frente a la ocupación —viajes, tiempo, abogados, etc.—, porque no fueron pedidos.

#### B. SEGUNDO EJEMPLO

RETENCIÓN DE AVIONETA: SENTENCIA DEL 24 DE OCTUBRE DE 1994, CONSEJERO PONENTE: DR. BETANCUR JARAMILLO, EXPEDIENTE 8235, Y AUTO LIQUIDATORIO DEL 28 DE OCTUBRE DE 1996, DEL MISMO CONSEJERO DE ESTADO, EXPEDIENTE 12036

El daño que se repara por medio de la sentencia de fondo, que fijó en abstracto los lineamientos para la indemnización, fue precisado en la primera sentencia de la siguiente forma: “lo hasta aquí expuesto permite concluir que la indemnización no podrá comprender sino la utilidad neta que dejaron de producir los aviones HK-3037 y 2581 durante 79 días, el primero, y 84, el segundo”. A pesar de que el demandante consideraba que el período de la retención fue superior, el Consejo de Estado optó por este período. Con independencia de quién tenía la razón, se debe recordar, que al igual que ocurre con la medición de los terrenos en los casos de ocupación de inmuebles, en estos eventos es de suma importancia discutir la extensión del daño en el tiempo, porque ella marcará la extensión del lucro cesante, lo cual repercute directamente sobre el monto del daño.

Con base en dicho término la sentencia fijó las pautas para que el daño se liquidara en incidente posterior. Dichas pautas fueron las siguientes:

“1) Deberá determinarse las utilidades netas que dejaron de producir los aviones HK-3037 y 2581, en su orden, durante 79 y 84 días, o sea el lapso comprendido entre el 25 de agosto y los días 11 y 15 de noviembre de 1988.

“2) Para el efecto podrá tomarse como referencia el rendimiento según los libros de contabilidad de los meses anteriores a la retención de las naves; como también la declaración de renta de la sociedad por el año correspondiente.

“3) El valor así determinado a las fechas de la devolución, se actualizará a la de este fallo; y como lucro cesante se liquidarán intereses sobre los valores históricos a la tasa del 6% anual”.

Como se observa, dichos lineamientos, que son los que enmarcan el incidente de liquidación de perjuicios, sirven de base para el trámite de este (art. 172 C. C. A.). En este caso concreto no se pidió daño emergente, que por ejemplo habría podido consistir en los gastos de reparación de las aeronaves devueltas en mal estado, ni lucro cesante diferente de la utilidad neta producida por cada uno de los bienes.

En segunda instancia se practicó una prueba pericial acogida por el Consejo de Estado, que, por lo demás, anota que “los peritos le prestaron así a la administración de justicia un invaluable servicio que merece la plena aceptación de todos”.

Antes de comentar la cifra determinada por los peritos, vale la pena resaltar que para llegar a sus conclusiones “dieron respuesta al cuestionario formulado por la parte actora, siguiendo en un todo las certificaciones emitidas por Aerocivil (registros de movimientos de operaciones aéreas, día a día); las horas de vuelo durante el período de suspensión; los promedios de horas de vuelo; las operaciones de vuelo efectuadas por las mismas aeronaves durante los meses de diciembre de 1983 y enero de 1984; las tarifas promedio por hora de vuelo en 1988; los tipos de cambio promedio en el año de 1988; las proyecciones de las horas de vuelo durante el término de suspensión; los recursos o entradas provenientes de la venta de bienes o servicios aéreos; el valor de los ingresos durante la suspensión; el estado de pérdidas y ganancias durante ese mismo período; etc. etc.”.

Con dichas bases, tomaron las utilidades netas dejadas de producir por las aeronaves, actualizadas desde noviembre de 1988 hasta noviembre de 1995, cuando se emitió el dictamen. Para ello estimaron que el monto de dichos perjuicios a 30 de noviembre de 1995 era de \$56'378.242. A dicha cifra, al igual que ocurrió con el ejemplo anterior sobre ocupación, se le aumentaron los intereses sobre los valores históricos a la tasa del 6% anual, desde la fecha del daño hasta la del dictamen, lo cual arroja la cifra de \$4'946.557.

En consecuencia, el daño por la retención de las avionetas durante los 79 días la una, y 84 la otra, asciende a la suma de sesenta y un millones trescientos veinticuatro mil setecientos noventa y nueve pesos (\$61'324.799). Eso fue lo que costó el daño a la fecha del dictamen.

Sin embargo, como entre el dictamen y la fecha de la sentencia pasaron varios meses, dicha cifra debió ser nuevamente actualizada con los índices de precios al consumidor, como ya se ha visto en varios ejemplos. Actualizada la suma hasta el mes de la sentencia, la cifra ascendió a setenta y un millones ochocientos sesenta y cinco mil ciento setenta y cinco pesos (\$71'865.175), que fue a lo que finalmente fue condenado el Estado.

### C. TERCER EJEMPLO

#### DESTRUCCIÓN DE EDIFICACIÓN Y SU DOTACIÓN POR EXPLOSIÓN: SENTENCIA DEL 10 DE MARZO DE 1997, CONSEJERO PONENTE: DR. SUÁREZ HERNÁNDEZ, EXPEDIENTE 11366

Se trató de la destrucción de un inmueble donde funcionaba una notaría, causada por el conocido atentado dinamitero contra el director del DAS. En este evento se solicitaban tanto los daños recaídos en el inmueble como aquellos que se habían presentado en sus bienes muebles.

Como es costumbre para esta clase de hechos, se practicó una prueba pericial. El Consejo de Estado no la acogió en su totalidad. Al respecto enunció: "Los peritos, con base en facturas que les fueron presentadas por la demandante y que en copia auténtica se incorporaron al proceso, establecieron en \$12'330.005 el valor de las reparaciones al inmueble, y en \$13'218.147, el costo de los bienes muebles adquiridos para poner en marcha la notaría".

Eran las bases de los dos rubros del daño, frente a las cuales sin embargo se hizo una deducción con los siguientes argumentos: "Ambas sumas serán disminuidas porque en ellas se incluyeron algunos conceptos que no correspondían. Así es, al efectuar la cuenta del costo de las reparaciones al inmueble, se incluyó la suma de \$1'020.000, por concepto de intereses durante 18 meses, de un préstamo de \$2'000.000. Deducida esta suma del valor pagado por las reparaciones, queda por reconocer la cantidad de \$11'310.000. Así mismo en los muebles comprados para volver a poner en funcionamiento la notaría, se incluyó la suma de \$1'771.870, por concepto de compras de computadores. Esta suma será deducida del valor total que se le dió a los bienes muebles, habida consideración al hecho de que ninguno de los declarantes refirió que al momento de la explosión la notaría estuviera



dotada con computadores. La suma a reconocer por la reposición de los bienes muebles destruidos, corresponde a \$11'446.277, deducido aquel valor del avalúo pericial que en todo lo demás lo acoge la Sala por provenir de personas idóneas, ser fundado y concordante con las demás probanzas”.

En consecuencia, concluye el Consejo de Estado que la base del daño es de \$22'756.282, que es la suma de los dos rubros mencionados, hechas las deducciones anotadas por el juez. Llama la atención que en este evento no se hubiera solicitado el lucro cesante por lo que dejó de producir la notaría a raíz del atentado. Dicho daño tuvo que darse, porque por ejemplo, se dejó de prestar el servicio, o en general, por reducción de los ingresos de la notaría en los meses siguientes al atentado. Con independencia de que dicha suma fuera o no importante, se debe recordar que tan sólo con la reunión de todos los rubros del perjuicio se llega a la aplicación de la regla de la indemnización plena del daño. De todas formas, la cifra que toma el Consejo de Estado como punto de partida es la del daño en el momento en que se comprobó que se hicieron los gastos que se van a indemnizar. Nótese que la fecha en la que se probó que se hicieron los pagos fue la de septiembre de 1989, a pesar de que el atentado hubiere ocurrido el 30 de mayo del mismo año. Es decir, hay 3 meses de diferencia, lo cual refuerza la anotación de que faltaron algunos rubros del perjuicio por indemnizar, porque si las reparaciones se hicieron a partir del mes de septiembre, por lo menos algunos días debió haber quedado la notaría sin sede o sin sede apropiada. En la parte general de este trabajo se hicieron anotaciones sobre la extensión del lucro cesante en los casos de daños a inmuebles, y se observó que la jurisprudencia tenía unos términos que dependían de la gravedad del daño. Pues bien, dicho daño no fue aquí indemnizado porque lo único que se reconoció fue el daño emergente por la reparación del inmueble y la compra de muebles, pero no el lucro cesante por lo que se dejó de producir, porque no se pidió, como tampoco el daño emergente por la contratación, por ejemplo, de otro local para prestar el servicio.

La cifra ya mencionada se debe entonces actualizar, lo cual se hace con la ya referida fórmula, así:

$$VP = VH \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

$$VP = \$22'756.282 \frac{578.72}{120.22}$$

$$VP = \$109'545.130$$

La anterior fue entonces la suma que correspondió al notario por los daños sufridos a raíz del atentado.

D. CUARTO EJEMPLO  
PÉRDIDA DE CULTIVO POR INUNDACIÓN DE  
PREDIO: SENTENCIA DEL 19 DE ABRIL DE 1994,  
CONSEJERO PONENTE: DR. MONTES HERNÁNDEZ,  
EXPEDIENTE 6979

Se trató de la inundación de un predio debida a una obra pública. Dicha inundación erosionó el terreno y se llevó buena parte de la ribera del río, para luego arrasar “7 cuadras (4-6300 has.), los suelos productivos y los cultivos que allí existían”.

Distingue el Consejo de Estado, acogiendo el dictamen pericial que obra en el proceso, entre el daño por el valor de los cultivos y el daño por el valor de los terrenos no cultivados y desaparecidos por la acción de la erosión. Tasa las “cuadras” cultivadas dañadas en \$1'280.000 las cuatro, y el terreno erosionado en \$320.000.

El total, esto es, la suma de \$1'600.000, se actualiza desde la inundación hasta el mes de la sentencia, de conformidad con la conocida regla, así:

$$VP = VH \frac{\text{Indice Final}}{\text{Indice Inicial}}$$

$$VP = \$1'600.000 \frac{355.13}{65.71}$$

$$VP = \$8'647.207$$

Al igual que en otros eventos, a dicha suma se le adiciona el lucro cesante sobre el valor histórico, así:

$$S = \frac{\$1'600.000 \times 6\% \times 7.26}{100}$$

$$S = \$696.960$$

El total de la indemnización por este rubro, entonces, es de nueve millones trescientos cuarenta y cuatro mil ciento sesenta y siete pesos (\$9'344.167).

Se indemnizó así el daño a los cultivos producido por la inundación. Sin embargo, es pertinente preguntarse si no existieron otros rubros del daño que podrían haber sido indemnizados. Por ejemplo: el lucro cesante por la pérdida probable de los cultivos del terreno, que naturalmente no están cobijados por el lucro cesante del dinero de los cultivos arruinados, donde se aplicó el interés histórico. Me remito en ello al estudio hecho en el aparte del lucro cesante en lesión a bienes.

Se concluye así la ilustración de los ejemplos sobre liquidación del daño en el derecho colombiano.

La influencia del derecho administrativo francés sobre la jurisprudencia y la doctrina colombianas ha sido una constante histórica, a tal punto que, en ocasiones, se escuchan voces que la repudian. Si bien es cierto que dicha influencia ha existido, no por ello se puede caer en el facilismo de pregonar un falso nacionalismo, para rechazar lo que pueden aportar países de tradición jurídica respetable y próxima a la nuestra. La perspectiva del derecho comparado es de vital importancia para conocer el “estado del arte” de nuestro sistema jurídico y, además, para lograr comprender nuestra propia identidad.

En el tema del daño en la responsabilidad extracontractual del Estado, la influencia del derecho francés sobre el derecho colombiano no es importante, como sí lo es en la construcción teórica general del derecho administrativo y, específicamente, en la de la responsabilidad del poder público. Lo anterior se explica porque el derecho francés no ha producido tratados sobre daño en derecho administrativo, y ni siquiera se encuentra una bibliografía abundante, como sí ocurre en otras áreas de la responsabilidad estatal. Para el profesor Moreau, como ya se ha anotado, “la doctrina del derecho administrativo no se ha apasionado por los problemas de la indemnización. Las teorías que explican la responsabilidad del poder público suscitan aún en nuestros días grandes síntesis, a punto tal que un fallo que modifique, por pequeño que sea, las reglas anteriores en la responsabilidad administrativa, es objeto de comentarios múltiples y profundos, lo cual no ocurre con la reparación de daños que continúa, en gran parte, inexplorada”<sup>1</sup>. Esta realidad se comprueba en los tratados y en los manuales de derecho administrativo francés, que han trascendido la frontera y llegado a nuestro país, pero que no tienen desarrollos teóricos importantes y profundos sobre el tema del daño.

La realidad anterior nos permite entonces afirmar que la jurisprudencia colombiana, en su concepción general de la teoría del daño, no ha tenido una influencia marcada del derecho francés. A pesar de que en numerosos fallos se encuentran citas de los hermanos Mazeaud o de Josserand, y a

---

1. Moreau. “L’indemnisation et l’évaluation par le juge administratif des dommages causés aux immeubles et aux meubles et des dommages immatériels”, *cit.*, p. 443.

pesar de que el único libro existente en el país sobre el tema, el del profesor Tamayo Jaramillo, se remite en muchas ocasiones a la doctrina francesa, no se puede afirmar que existe una teoría específica del daño en Francia que haya marcado las soluciones jurisprudenciales colombianas. Por ejemplo: en el debatido campo de la procedencia de la indemnización del daño moral, fue primero el juez colombiano quien la aceptó, por lo cual no se puede afirmar que hayamos seguido en ello al derecho francés. Por el contrario, como se observa en las páginas que componen este trabajo, se debe anotar que la jurisprudencia colombiana tiene una madurez suficiente, una creatividad autónoma, que permite encontrar puntos de divergencia con las soluciones francesas.

Es lo que ocurre, a nivel de ejemplo, con el importante tema de la acumulación de prestaciones de la seguridad social y de la indemnización de la responsabilidad, en donde las soluciones de ambos países son antagónicas; con las "alteraciones en las condiciones de existencia", rubro reconocido en el derecho francés, que no ha sido acogido en el derecho colombiano; con la acción popular que no tiene en el derecho francés consagración positiva, lo cual ha implicado que la legitimación en la causa para obrar se debata más en términos de la amplitud que se otorga a las asociaciones que de la amplitud y futuro de la acción; etc.

Estas diferencias demuestran la autonomía del derecho colombiano, pero no permiten desechar el estudio de la convergencia que existe entre ambos derechos, lo cual es lógico, además, porque la teoría del daño, tan antigua como el derecho mismo, ha tenido sus pilares históricos romanistas y de derecho común casi que inamovibles, de los cuales se han nutrido todos los países, incluyendo el sistema anglosajón.

El estudio de las divergencias y de las concordancias en las soluciones de ambos países quedó plasmado en las páginas anteriores, y por ello aquí sólo pretendo hacer unas reflexiones finales.

En primer lugar, que la petición de la víctima para hacer frente a su daño está marcada por el contexto socio-económico en el cual se desenvuelve. Es por ello normal que en Francia, en caso de lesiones personales, se pidan y otorguen, por ejemplo, las reparaciones locativas necesarias para que la persona pueda adaptarse a la situación creada por el daño, o se genere para el acreedor la obligación de pagar un perro que sirva de auxilio a una persona que ha quedado ciega. En nuestro derecho tales rubros no tienen

antecedente, más por mentalidad propia de la víctima —que no es más que la de nuestra cultura—, que por postura jurisprudencial. Este hecho muestra cómo la víctima en nuestro país parte de una indemnización deficitaria porque estima exagerado hacer peticiones como las que se hacen en derecho francés. Existe una confusión entre la indemnización plena del daño y el enriquecimiento a partir del mismo, presentándose un temor de caer en lo último que conduce incluso a sacrificar lo primero. Existe una especie de “vergüenza cultural” para lograr la indemnización plena del daño, por el temor de peticiones que en nuestro medio puedan resultar “exageradas”. En los ejemplos de liquidación de daños que se citan en la última parte se puede constatar lo aquí afirmado: la víctima se queda corta en la petición indemnizatoria y el juez, que en ocasiones puede actuar de oficio, se deja influir por nuestro propio nivel económico, como por ejemplo, cuando no otorga indemnización a favor de una persona totalmente minusválida para que pueda contratar a alguien que necesariamente lo habrá de auxiliar. No se debe entonces olvidar que el objeto de la responsabilidad civil es dejar indemne a la persona dañada, y que la única regla que opera es la de la indemnización plena del daño, que no tiene por qué ser influida negativamente por consideraciones culturales. Es de por sí ya un gran aporte que permite este estudio comparado.

En segundo lugar, considero que la comparación de ambos derechos debe servir para que en Colombia se abra un mayor debate sobre puntos que aquí son resueltos de manera antagónica al derecho francés. No se quiere afirmar que se debe copiar la solución francesa, pero sí que se debe profundizar la solución colombiana para lograr una mayor consistencia. Es lo que ocurre, por ejemplo, con la “indemnización *à forfait*”, en donde, sin lugar a dudas, el Consejo de Estado colombiano no ha profundizado sobre el tema de la subrogación, o con el tema del mayor cubrimiento que la jurisprudencia francesa tiene, a pesar de sus falencias, en los rubros del daño inmaterial, en donde nuestra jurisprudencia se ha limitado a rechazarlos, sin consideraciones especiales. Todo debate que se haga con ordenamientos jurídicos externos será de utilidad suma para la mejoría de un ordenamiento interno.

- Aguiar, Asdrúbal. "La responsabilidad internacional del Estado por violación de Derechos Humanos (apreciaciones sobre el Pacto de San José)", en *Estudios Básicos de Derechos Humanos I*, San José de Costa Rica, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Prometeo, 1994.
- Auby, Jean-Marie y Roland Drago. *Traité des recours en matière administrative*, Paris, Litec, 1992.
- Barragán, Alfonso M. *Derechos reales*, Bogotá, Ed. Temis, 1971.
- Barrón de Benito, José Luis. "La nueva ley española de responsabilidad y seguro de automóvil: criterios de imputación y limitación legal de la indemnización por daños corporales (establecimiento de baremos)", en *Memorias del XX Encuentro Nacional—35 años— de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros—Acoldece—*, Bogotá, Ed. Guadalupe, 1996.
- Bejarano Guzmán, Ramiro. *Las acciones populares*, Bogotá, Ediciones Forum Pacis, 1993.
- Benoit, Francis-Paul. "Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé (Problèmes de causalité et d'imputabilité)", en *JCP*, 1957.
- Black's Law Dictionary, with pronunciations*, 6ª ed., Centennial Edition (1891-1991), St. Paul (Minn.), Publisher's Editorial Staff, 1990.
- Boré, Jacques. "L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable", en *La Semaine Juridique*, 1974, I.
- Boucraut, Louis-Marie. *La réparation des atteintes aux biens dans le contentieux des responsabilités civile et administrative*, Paris, Litec, 1993.
- Brebbia, Roberto H. *El daño moral*, 2ª ed., Rosario (Argentina), F.d. Orbir, 1967.
- Bueres, Alberto J., Luis Alvarez Juliá e Isidro H. Goldenberg. "Daño a la persona", en *Temas de Derecho Privado*, V, Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, 1993.
- Bustamante Alsina, Jorge. *Teoría general de la responsabilidad civil*, 4ª ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983.

- Calabresi, Guido. *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, trad. de Joaquín Bisbal, Barcelona, Ed. Ariel, 1984.
- Caranta, Roberto. *La responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione. Sistemi e tecniche*, Milano, Giuffrè Editore, 1993.
- Carbonnier, Jean. *Droit Civil*, 4, "Les obligations", 12ª ed., Paris, PUF, 1985.
- Civil Actions against State and Local Government, its divisions, agencies and officers*, 2ª ed., Colorado, Shepard's Editorial Staff, 1992.
- Chapus, René. *Droit Administratif Général*, Paris, Editions Montchrestien, 1985.
- Chapus, René. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, 2ª ed., Paris, LDGJ, 1957.
- Chemás Jaramillo, Jorge Eduardo. "Intereses moratorios y actualización monetaria", en *Régimen de Contratación Estatal*, Jorge Pino Ricci (comp.), 2ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1996.
- Dalcq, R. O. "L'indemnisation sous forme de rentes indexées. Bilans et perspectives", en *Problèmes actuels de la réparation du dommage corporel*, Jean-Luc Fagnart y Alain Pire (dirs.), Bruxelles, Ed. Emile Bruylant, 1993.
- De Cupis, Adriano. *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. Angel Martínez Sarrión, 2ª ed., Barcelona, Casa Editorial Bosch, 1970.
- Deguergue, Maryse. *Jurisprudence et doctrine dans l'élaboration du droit de la responsabilité administrative*, Paris, I.G.D.J., 1994.
- Devis Echandía, Hernando. *Compendio de Derecho Procesal. Teoría General del Proceso*, T. I, 13ª ed. (1994), Medellín, Biblioteca Jurídica Diké, 1993.
- Dutheillet de Lamothe, Olivier. "Sécurité Sociale (Recours des caisses)", en *Répertoire de la Responsabilité de la Puissance Publique*, Encyclopédie Dalloz, Paris, Dalloz, 1992.
- Emeri, Claude. *De la responsabilité de l'administration a l'égard de ses collaborateurs*, Paris, I.G.D.J., 1996.
- Escobar Gil, Rodrigo. *Responsabilidad contractual de la administración pública*, Bogotá, Ed. Temis, 1989.



- Fagnart, Jean-Luc y Alain Pires (dirs.). *Problemes actuels de la réparation du dommage corporel*, Actas del Coloquio Celebrado en la Universidad Libre de Bruselas el 10 de febrero de 1993, Bruselas, Ed. Emile Bruylant, 1993.
- Gest, G. "Violation d'un droit et atteinte à une situation juridiquement protégée dans le contentieux de la responsabilité publique", en *RDP*, 1981.
- Guasp, Jaime. *Derecho Procesal Civil*, 3ª ed., T. I, "Introducción y Parte General", Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1968.
- Guillien, Raymond y Jean Vincent. *Lexique de Termes Juridiques*, 5ª ed., Paris, Dalloz, 1981.
- Henaó Pérez, Juan Carlos. "Concepto del Procurador Primero Delegado ante el Consejo de Estado, Juan Carlos Henaó, en el proceso 9276, actor: Susana Becerra de Medclín y otros", en *Boletín Jurídico del Ministerio Público ante lo Contencioso Administrativo*, N° 1, diciembre de 1994, Procuraduría General de la Nación.
- Henaó Pérez, Juan Carlos. "Reflexiones sobre el futuro de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia", en *Congreso Internacional de Derecho Público, Filosofía y Sociología Jurídicas: perspectivas para el próximo milenio*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia y Consejo Superior de la Judicatura, 1997.
- Heurté, André. "La compensation en droit administratif", en *AJDA*, 1960.
- Hinestrosa, Fernando. *Derecho de Obligaciones*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1967.
- Hinestrosa, Fernando. *Responsabilidad extracontractual: antijuridicidad y culpa*, próximo a ser publicado.
- Issac, Guy. "Après l'arrêt Letisserand: Dix années de réparation de la douleur morale par le Conseil d'Etat", en *Melanges Paul Couzinet*.
- Jaramillo, Carlos Ignacio. "Aspectos medulares del seguro sobre la vida en el derecho colombiano: visión comparada", en *XVII Encuentro Nacional de la Asociación Colombiana de Derechos de Seguros - Acolde-se-*, Bogotá, Ed. Guadalupe, 1992.
- Josserand, Louis. *Derecho Civil*, T. III, Vol. I, Buenos Aires, EJEA y Bosch Editores, 1951.

Lambert-Faivre, Yvonne. "Le lien entre la subrogation et le caractère indemnitaire des prestations des tiers payeurs", Paris, Dalloz, 1987, T. I.

Lasserre. "Recours", en *Répertoire du Contentieux Administratif*, Encyclopédie Dalloz, Paris, Dalloz, 1985.

Le Roy, Max. *L'évaluation du préjudice corporel*, 13<sup>a</sup> ed., Paris, Litec.

López Blanco, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, T. I, "Parte General", 6<sup>a</sup> ed., Bogotá, Ed. ABC, 1993.

Madiot, Ives. "La subrogation en droit administratif", en *AJDA*, 1971.

Martínez Ravé, Gilberto. *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, 3<sup>a</sup> ed., Medellín, Biblioteca Jurídica Díké, 1986.

Mazcud, Henry y Leon, y André Tunc. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, Buenos Aires, FJEA, 1977.

Morange, Georges. "La notion de situation illégitime dans le contentieux de la responsabilité administrative", Paris, Dalloz, 1953.

Morange, Georges. "La réparation des accidents de personnes imputables à l'Administration", Paris, Dalloz, 1953.

Moreau, Jacques. *Droit Administratif*, Paris, PUF, 1989.

Moreau, Jacques. "Les choses dangereuses en droit administratif. français", en *Travaux Henri Capitant*, T. XIX, Paris, 1967.

Moreau, Jacques. "L'indemnisation et l'évaluation par le juge administratif des dommages causés aux immeubles et aux meubles et des dommages immatériels consécutifs dans le contentieux de la responsabilité extracontractuelle", en *Mélanges René Chapus, Droit Administratif*, Paris, Montchrestien, 1992.

Navia Arroyo, Felipe. *Estudio sobre el daño moral*, ANIF, Primer concurso de tesis, 1978, Derecho, Bogotá, Ed. Elocuencia, 1979.

Neumann, Vivian y María Mercedes Samudio. *La noción de perjuicio en la responsabilidad extracontractual del Estado*, tesis de grado, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1990.

- Orozco Ochoa, Germán. *Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (de 1887 a 1994)*, Medellín, Imprenta Departamental, 1945.
- Ortiz Alvarez, Luis. *El daño cierto en la responsabilidad patrimonial de la administración pública*, Caracas, Ed. Jurídica Venezolana, 1995.
- Ossa G., J. Efrén. *Vida y obra de un Maestro*, Bogotá, Asociación Colombiana de Derecho de Seguros –Acoldece–, Colombo Editores, 1998.
- Piza Rocafort, Rodolfo E. *Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos (El aporte del Derecho Administrativo, del Derecho Internacional y del Derecho de los Derechos Humanos)*, Universidad Autónoma de Centro América, 1988.
- Poirot-Mazeres, Isabelle. “La notion de préjudice en droit administratif français”, en *RDP*, 1997.
- Questiaux, Nicole. “Les actions récursoires exercées par les caisses de sécurité sociale contre le tiers responsable d’un dommage subie par un assuré social selon la jurisprudence du Conseil d’Etat”, en *AJDA*, 1962.
- Raymond, Guillion y Jean Vincent. *Léxique de Termes Juridiques*, 5ª ed., Paris, Dalloz, 1981.
- Répertoire de la Responsabilité de la Puissance Publique*, Encyclopédie Dalloz, Paris, Dalloz, 1992.
- Répertoire du Contentieux Administratif*, Encyclopédie Dalloz, Paris, Dalloz, 1985.
- Richer, Laurent. “Prejudice réparable”, en *Répertoire de la Responsabilité de la Puissance Publique*, Paris, Dalloz, 1992.
- Rocha, Antonio. *De la prueba en Derecho (Conferencias de clase para estudiantes de quinto año de Derecho)*, Bogotá, Ed. El Gráfico, 1940.
- Rougevin-Baville, Michel. *La responsabilité administrative*, Paris, Hachette, Collection Les Fundamentaux, 1992.
- Rousseau, Claude. “L’expertise médicale dans les différents pays de la C.E.E.”, en *Problèmes actuels de la réparation du dommage corporel*, Jean-Luc Fagnart y Alain Pire (dirs.), Bruxelles, Ed. Emile Bruylant, 1993.

Sallet, Frédérique. *La perte de chance dans la jurisprudence administrative relative à la responsabilité de la puissance publique*, Paris, LGDG, 1994.

Scognamiglio, Renato. *El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual*, trad. y notas de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1962.

Sousse, Marcel. *La notion de réparation de dommages en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 1994.

Tamayo Jaramillo, Javier. *De la responsabilidad civil*, T. 2, "De los perjuicios y su indemnización", Bogotá, Ed. Temis, 1986.

Tamayo Jaramillo, Javier. "La acumulación de indemnizaciones y la subrogación en el nuevo sistema de seguridad social", en *Memorias del XX Encuentro Nacional - 35 años - de la Asociación Colombiana de Derecho de Seguros - Acoldece*, Bogotá, Ed. Guadalupe, 1996.

Taugourdeau, M. "Le caractère certain et direct du préjudice en matière de responsabilité extra-contractuelle de la puissance publique", en *AJDA*, I, 1974.

Van Boven, Theo. *Estudio relativo al derecho de restitución, indemnización y rehabilitación a las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y las libertades fundamentales*, informe presentado el 2 de julio de 1993 a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, de la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, en su 45º periodo de sesiones.

Vincent, Francois. "Règles générales de la réparation", en *Jurisclasseur Administratif*, Vol. 7, fasc. 730.

A

Acción

- De clase o de grupo (ver Indemnización. Petición para otro)
- Municipal (ver Indemnización. Petición para otro)
- Popular (ver Indemnización. Petición para otro)
- Resarcitoria 79 ss.

Actualización

- De la renta 290 ss.
- De la sentencia de primera instancia 302 s.

Alteraciones en las condiciones de existencia 251 ss.

C

Compensaciones, cúmulo 52

*Compensatio lucri cum damno* 50 ss.

Cosa juzgada 70 ss.

Costas del proceso 284 s.

Culpa de la víctima, reducción indemnización 314 s.

D

Daño

Alteración del 68 ss.

Carácter cierto del 128 ss., 183 ss., 187 s.

Carácter personal del 88 ss.

Definición del 128,

Ilustración del 105 ss.

Y situación jurídicamente protegida 91 ss.

Y título legítimo 102 ss., 108 ss.

Cesación del 69 ss., 216 ss.

Condiciones de existencia 85 ss.

Consolidado (o pasado) 131 ss.

Definición 83 s.

Emergente 196 ss., 199 ss.

Por lesión a personas 199 ss.

Por lesión a bienes 204 ss.

Estándar mínimo del 41 s.

Estético 240 s.

- Eventual (ver Daño. Carácter cierto)
- Extrapatrimonial (ver Daño inmaterial)
- Fisiológico 264 ss.
- Imputación del 29 s.
- Inexistencia originaria del 69 ss., 216 ss.
- Inmaterial 191 ss., 230 ss., 275 ss.
- Liquidación del 281 ss.
- Material 191 ss., 195 ss., 257 ss.
- Mínimo presumido 41
- Moral 233 ss.
  - En personas jurídicas 247 ss.
  - “Objetivado” 260 ss.
  - Transmisibilidad 244 ss.
- No consolidado (o futuro) 136 ss., 159 ss.
- Patrimonial (ver Daño material)
- Primer elemento, responsabilidad 35 ss.
- Prueba del 39 ss.
- Punitivo 45 ss.
- Requisito no suficiente de la responsabilidad 38
- Tipología del 189 ss.
- Y perjuicio 76 ss., 126 ss.
- Declaración de renta 288 s.
- Deducible en el seguro de daños 63 ss.
- Dommages-intérêts* 196 s.

## G

- Gastos de propia subsistencia 293 s.
- Gastos procesales (ver Costas del proceso)
- Good will* 249 ss.

## I

- Incapacidad laboral 213 ss.
- Incidente de liquidación de perjuicios 42 s., 130 s., 326 s.
- Indemnización
  - A forfait* o preestablecida por la ley 52 ss.
  - Acrecimiento en caso de muerte 301 s.
  - Acumulación de 51 ss.
  - Independencia de la acción procesal 79 ss.
  - Petición para otro 117 ss.

- Petición para sí 108 ss.
- Plena o integral 45 ss.
- Por capital o renta 286 ss.
- Por lesión de persona 311 ss.
- Por muerte de persona 285 ss.

#### Intereses

- En actualización del capital histórico 324 s.

### K

*Know how* p. 249 ss.

### L

- Legitimación por activa 102 ss., 108 ss., 117 ss.
- Lucro cesante 196 ss., 210 ss.,
  - Extensión temporal 143 ss., 155 ss.
  - Pérdida de ingresos 140 ss.
  - Por lesión a bienes 155 ss., 223 ss., 321 ss.
  - Por lesión a personas 140 ss., 210 ss., 285

### P

- Pérdida de una oportunidad 159 ss.
  - De ayuda económica familiar 175 ss.
  - De concretar proyectos 168 ss.
  - De ejercer una profesión 171 s.
  - De obtener clientela 172 ss.
  - De obtener curación médica 165 ss.
  - De obtener un contrato 164 s.
  - De obtener ventajas de una ley 167 s.
  - Laboral 160 ss.
- Perjuicio (ver Daño)
- Prestaciones laborales 53 ss., 292 s.
- Prima del seguro 61 ss.
- Prueba
  - De oficio 39 ss.
  - Del daño 39 ss.
  - Y ultra petita* 39 ss.

**R**

**Renta de capital** 212 s., 288 s.

**Reparación**

Objeto de la 29 s.

**Responsabilidad**

Fundamento de la 29 s.

Requisitos de la 29 s.

**S**

**Salario mínimo** 40 s., 289 s.

**Seguridad social** 53 ss.

**Seguro de daños** 59 ss.

**Seguro de personas** 63 ss.

**Subrogación** 53 ss.