

CAPÍTULO III

PERJUICIO PATRIMONIAL

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

“El daño patrimonial es aquel que sufre el perjudicado en la esfera de su patrimonio, entendido como conjunto de bienes y derechos de naturaleza económica”¹.

En los casos en que el daño se produce sobre bienes materiales es más fácil su cuantificación tomando en consideración que ellos tienen un valor comercial que permite establecer el costo de su reemplazo. Cuando se trata de la integridad física de las personas la cuantificación del impacto en el patrimonio resulta bastante más compleja.

El daño patrimonial se demuestra mediante la prueba de sus elementos constitutivos: el daño emergente y el lucro cesante.

I. DAÑO EMERGENTE

A) *Noción*

“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 incumplimiento [...]”²;

“Hay daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima.

”[...]”

¹ MARCELO LÓPEZ MESA y FÉLIX TRIGO REPRESAS, ob. cit., pág. 65.

² C. C., art. 1614.

”Por lo tanto, es inexacto identificar el daño emergente con los perjuicios pasados y el lucro cesante con los futuros, pues uno y otro pueden gozar de ambas características”³.

La Corte Suprema de Justicia colombiana ha dicho: “El daño emergente involucra la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que hayan sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad [...]”⁴. Por su parte el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre el alcance de este concepto, de la siguiente forma:

“El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad —para el afectado— de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto pasado como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración”⁵.

Se define como aquello que salió o saldrá del patrimonio de la víctima, “lo que se perdió o indefectiblemente se perderá”.

“VICENTE DOMINGO da una precisa definición de estos daños al decir que el daño emergente es el que se refiere al costo de la reparación necesaria del daño causado y a los gastos en que se incurre con ocasión del daño. Son los gastos ocasionados, o que se vayan a ocasionar con como consecuencia del evento dañoso y que el perjudicado —o un tercero— tiene o tuvo que asumir. Son gastos efectivamente producidos porque se trata de gastos realizados efectivamente y conectados causalmente con el hecho dañoso. Estos daños existen en la medida en que se puedan acreditar a través de los correspondientes comprobantes de gasto.

”El daño emergente es una pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, es decir un empobrecimiento del patrimonio del afectado”⁶.

El daño emergente puede ser pasado (o consolidado), es decir el que se configura antes de la fecha de liquidación, o futuro que, como su nombre lo indica, se materializará con posterioridad.

³ JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de responsabilidad civil*, t. II, 2ª ed., Bogotá, Legis, 2007, págs. 474 y 475.

⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. 7 mayo 1968.

⁵ C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 4 diciembre 2006, C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁶ MARCELO LÓPEZ MESA y FÉLIX TRIGO REPRESAS, *ob. cit.*, pág. 67.

La *razonabilidad* y *proporción* son criterios que deben atenderse para determinar el límite de lo que el responsable está llamado a reintegrar a la víctima o a quien haya realizado los gastos. (Ejemplo: el valor de los servicios prestados por una enfermera auxiliar no puede ser fijado con el mismo criterio con el que se determinan los honorarios de un experto cirujano). En los casos en que los gastos efectuados no sean necesarios, proporcionados y razonables, el responsable sólo estará obligado a responder hasta el límite proporcional y razonable, no más. Si se ha probado la realización de los gastos, se presume en principio, su razonabilidad y proporción, debiendo el responsable que debe reintegrarlos, si desea exonerarse parcialmente de su pago, demostrar que ellos son excesivos e irrazonables o, directamente, que no se justifican. (Ejemplo: persona que ordena alimentación especial en el restaurante más costoso de la ciudad durante el tiempo de su recuperación y pretende que el responsable reembolse esos gastos). Una vez acreditados, se traslada la carga de la prueba, es decir, será al presunto responsable a quien corresponderá probar que los gastos reclamados no cumplen con los requisitos de razonabilidad y proporción.

B) *Daño emergente consolidado o pasado*

La afectación patrimonial consolidada o pasada pudo consistir en una erogación única o en varias erogaciones periódicas. La indemnización por concepto de daño emergente consolidado o pasado, más que una indemnización es un reintegro de gastos efectuados.

Para probarlo, en todos los casos se requieren las facturas o comprobantes de egreso correspondientes, es decir se requiere la prueba de su efectiva realización. Su reconocimiento no puede basarse en simples conjeturas.

En Colombia, al igual que en España, Argentina y otros países, la jurisprudencia ha decidido que la reparación del daño comprende todo el menoscabo económico sufrido por el reclamante. Este consiste en la diferencia que existe entre la actual situación del patrimonio que recibió el agravio y la que tendría de no haberse realizado el hecho dañoso, bien por disminución efectiva del activo, bien por la ganancia perdida o frustrada, pero siempre incluyendo todas las consecuencias del hecho lesivo.

Respecto a la corrección monetaria, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que ésta no hace parte del concepto intrínseco de daño y aclara que “[...] la actualización monetaria, cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos, pretende mantener en el tiempo el poder adquisitivo

de la moneda oficial, que se envilece periódicamente en las economías caracterizadas por la inflación, todo bajo la idea de que el pago, sea cual fuere el origen de la prestación, debe ser íntegro, conforme a decantada jurisprudencia en materia de obligaciones indemnizatorias, que a la postre fue recogida por el artículo 16 de la ley 446 de 1998⁷.

En cuanto criterio para hacer la actualización monetaria de las sumas debidas, la Corte Suprema de Justicia reiteró en sentencia de septiembre de 2009, que dada la ausencia de regulación normativa, incumbe a las partes y en su caso al juzgador, establecer los criterios encaminados a efectuar el reajuste monetario de las obligaciones. Dijo:

“El mecanismo que se seleccionará, dentro de las prerrogativas propias del juzgador, ante la inexistencia de mandato legal que lo fije de modo especial y en ausencia de acuerdo entre los contendores, es el Índice de Precios al Consumidor (IPC) producido, elaborado, certificado y difundido por el Departamento Nacional de Estadística (DANE), entidad pública a cuyo cargo se encuentra dicha función, y publicado por el Banco de la República, al que se acude oficiosamente y se toma de la página web de esta entidad dada la notoriedad que a los signos económicos le otorga el artículo 191 del Código de Procedimiento Civil a partir de la reforma efectuada por el artículo 19 de la ley 794 de 2003”⁸.

a) *En caso de sumas únicas*

Se toma el valor en la fecha en que se produjo la erogación y lo actualiza a la fecha de valoración aplicando el Índice de Precios al Consumidor (IPC) (mensual). A la suma así actualizada se aplica un interés puro del 6 por ciento por el período correspondiente. (Tabla 1 – Anexos)

$$Ra = Rh \frac{\text{IPC final (fecha liquidación)}}{\text{IPC inicial (fecha erogación)}}$$

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

Donde:

Rh = Renta histórica

Ra = Renta actualizada

⁷ C. S. de J., Sala Civil, sent. 13 mayo 2010, ref. 73319-31-03-002-2001-00161-01, M. P. Edgardo Villamil Portilla.

⁸ C. S. de J., Sala Civil, sent. 1995-11208 de 1º septiembre 2009, exp. 13001-3103-005-1995-11208-01, M. P. Ruth Marina Díaz Rueda.

n = Período indemnizable en meses

i = 0,004867 (mensual)

IPC = Índice de precios al consumidor

Ejemplo de suma única: se pagaron \$ 5.000.000 por concepto de los gastos del sepelio que tuvo lugar en abril de 2007. Si la liquidación se hace un año más tarde, en abril de 2008, tendremos:

$$S = \$ 5.000.000 \times \frac{96,72 \text{ (IPC abril 2008)}}{91,48 \text{ (IPC abril 2007)}}$$

$$S = \$ 5.000.000 (1,0573) = \$ 5.286.650$$

$$S = \$ 5.286.650 (1+0,004867)^{12}$$

$$S = \$ 5.286.650 (1,004867)^{12}$$

$$S = \$ 5.286.650 (1,060) = \$ 5.603.849$$

b) *En caso de sumas periódicas*

El valor de cada mensualidad se actualiza aplicando el Índice de Precios al Consumidor (IPC) (mensual) hasta la fecha de cálculo y al monto actualizado se le aplica el interés puro del 6 por ciento en el respectivo período. (Tabla 2 – Anexos)

$$Ra = Rh \frac{\text{IPC final}}{\text{IPC inicial}}$$

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

Donde:

Rh = Renta histórica

Ra = Renta actualizada

n = Período indemnizable en meses

i = 0,004867 (mensual)

IPC = Índice de precios al consumidor

Ejemplo suma periódica: Se gastaron \$100.000 cada mes durante 12 meses hasta el momento de la liquidación.

$$Ra = \$ 100.000 \frac{96,72 \text{ (IPC abril 2008)}}{91,48 \text{ (IPC abril 2007)}}$$

$$Ra = \$ 100.000 (1,0573) = \$ 105.733$$

$$S = \$ 105.733 \frac{(1 + 0,004867)^{12} - 1}{0,004867}$$

$$S = (12,3265) = \$ 1.303.319$$

C) Daño emergente futuro

Es la suma o sumas que efectivamente saldrán del patrimonio del reclamante en una fecha futura posterior al momento de liquidación y pago. Se trata de gastos directamente relacionados con el daño causado. Debe existir una relación de causalidad directa debidamente acreditada, entre el gasto futuro y el daño.

En estos casos, la víctima o el reclamante recibe la indemnización en una suma única anticipada, que se supone producirá un rendimiento hasta el momento en que se produzca la erogación correspondiente.

a) Sumas únicas

Si la erogación futura consistiere en una suma única, se calcula el valor de la indemnización tomando el costo acreditado a la fecha de liquidación y descontando el 6 por ciento anual durante el tiempo que transcurrirá desde el momento en que se efectúa el pago de la indemnización hasta el momento en que se efectuará el gasto. (Tabla 4 - Anexos)

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

Donde:

R = Renta a pagar

n = Período indemnizable en meses

i = 0,004867 (mensual)

Ejemplo suma única: se realizará una intervención quirúrgica un año (12 meses) después del pago de la indemnización, cuyo valor será de \$ 7'.000.000

$$S = \$ 7.000.000 \frac{1}{(1 + 0,004867)^{12}}$$

$$S = \$ 7.000.000 \frac{1}{(1,004867)^{12}}$$

$$S = \$ 7.000.000 (0,9433) = \$ 6.603.100$$

b) Sumas periódicas

Si la erogación futura se refiere a sumas periódicas se toma el valor de la erogación mensual actualizada al día de la liquidación, descontando una tasa de interés puro del 6 por ciento, de acuerdo con el número de mesadas a indemnizar. (Tabla 5 - Anexos)

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

Donde:

Ra = Renta Actualizada

n = Período indemnizable en meses

i = 0,004867 (mensual)

Ejemplo suma periódica: la víctima requerirá una enfermera durante el período de recuperación de un año (12 meses), a razón de \$ 500.000 mensuales.

$$S = \$ 500.000 \frac{(1 + 0,004867)^{12} - 1}{0,004867 (1 + 0,004867)^{12}}$$

$$S = \$ 500.000 \frac{(1,004867)^{12} - 1}{0,004867 (1,004867)^{12}}$$

$$S = \$ 500.000 (11,6288) = \$ 5.814.400$$

2. LUCRO CESANTE

A) Noción

Se define como aquel valor que no ingresó o no ingresará al patrimonio de la víctima. "Lo que no se ganó o indefectiblemente no se ganará".

Conforme a lo dispuesto por el artículo 1614 del Código Civil: “Entiéndese por [...] *lucro cesante*, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.

En relación con el alcance de este concepto, ha dicho el Consejo de Estado: “Este último [el lucro cesante] corresponde, entonces, a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima”⁹.

Por su parte la doctrina explica en el mismo sentido:

“Se ha juzgado que el lucro cesante es la ganancia o utilidad de que se ve definitivamente privado el damnificado a raíz del ilícito o el incumplimiento de la obligación. Ello implica una falta de ganancia o de un acrecentamiento patrimonial que el damnificado habría podido razonablemente obtener de no haberse producido el ilícito y corre a cargo de quien lo reclama la prueba de su existencia. El lucro cesante traduce la frustración de un enriquecimiento patrimonial: a raíz del hecho lesivo se impide a la víctima que obtenga determinados beneficios económicos. El lucro cesante es la ganancia de que fue privado el damnificado.

”[...]”

”El lucro cesante es el reflejo futuro de un acto ilícito sobre el patrimonio de la víctima; justamente por ser un daño futuro, exige mayor cuidado en su caracterización y cuantificación.

”Está constituido por las ganancias concretas que el damnificado se vio privado de percibir. Quedan por fuera de su ámbito las utilidades eventuales que aquél podría haber ganado con posterioridad al siniestro en caso de no haberse producido.

”El lucro cesante no se presume, razón por la cual quien reclama la indemnización debe probar fehacientemente su existencia.

”Este rubro indemnizatorio no puede concebirse como un ítem hipotético o eventual, pues por su naturaleza es un daño cierto que solo puede ser reconocido cuando su existencia y cuantía se acredita mediante prueba directa, extremo que se logra demostrando la imposibilidad de realizar una determinada actividad rentada o la disminución transitoria de la misma”¹⁰.

⁹ C. de E., Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sent. 4 diciembre 2006, C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁰ LÓPEZ MESA y TRIGO REPRESAS, ob. cit., págs. 77, 78 y 79.

“Se denomina «lucro cesante» a la utilidad o ganancia cierta y no puramente eventual o hipotética, de la cual es privada la víctima”¹¹.

Para ser resarcible, esa ganancia o utilidad no recibida, debe surgir como probabilidad objetiva de los hechos y circunstancias del caso. No puede fundarse en un *sueño de ganancia*. En todos los casos, debe probarlo la víctima o el reclamante, que como lo afirman los autores citados, consiste en probar la imposibilidad de realizar la actividad productiva de la que la víctima derivaba sus ingresos o la disminución definitiva o transitoria de la misma.

B) *Determinación del lucro cesante*

Para su cuantificación se debe tomar siempre en consideración un principio de razonabilidad, esto significa que el lucro cesante es aquello que razonablemente se dejó de recibir, con lo que se evita dar cabida a pretensiones desmedidas producto de la fantasía y de especulaciones remotas de ganancias imaginarias. (Ejemplo: La Lechera con su cántaro).

“El lucro cesante, o ganancias frustradas, ofrece muchas dificultades para su determinación y límites, por participar de todas las vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios, y para tratar de resolverlas, el derecho científico sostiene que no basta la simple posibilidad de realizar la ganancia, sino que ha de existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto. La jurisprudencia se orienta en un prudente criterio restrictivo de la estimación del lucro cesante, declarando con reiteración que ha de probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ventajas, sin que éstas sean dudosas o contingentes y solo fundadas en esperanzas.

”[...]”

”Además resulta útil recordar una certera opinión de DE ÁNGEL YAGÜEZ: la estimación del lucro cesante es una operación intelectual en la que se contienen juicios de valor y que de ordinario exige la reconstrucción hipotética de lo que podría haber ocurrido. En efecto, existe una notable diferencia entre aquellos supuestos en que la fuente de ganancia y la ganancia existían con anterioridad al daño y es éste último el que la impide (p. ej., se incendia una casa que estaba alquilada y ello determina la extinción del contrato de arrendamiento) sobre los que además puede establecerse el límite temporal de los lucros frustrados en el período

¹¹ MOSSET ITURRASPE, ob. cit., pág. 265.

estricto que media entre la producción del daño y el pago efectivo de la indemnización; y aquellos otros, lógicamente mucho más difíciles de establecer, que son supuestos de ganancias estrictamente futuras que dependen de múltiples factores (p. ej., el incendio impide la iniciación de una empresa hotelera). Según ÁNGEL, con quien coincidimos, para resolver este problema, el único criterio utilizable es el del juicio de probabilidad o verosimilitud atendiendo un curso normal de las cosas¹².

Una vez determinado que el lucro es probable, deben tomarse en consideración algunos aspectos adicionales:

- Si la ganancia esperada era lícita, es decir, no contraria a la ley y las buenas costumbres (ejemplo: ingresos provenientes del narcotráfico o de actividades prohibidas por la ley)
- Debe descontarse del valor del lucro, el valor de los gastos indispensables para obtenerlo.

a) Factores que intervienen en su determinación

Los factores relevantes que deben tomarse en consideración para el cálculo del lucro cesante en los casos de daño a las personas son los siguientes:

(1) Período indemnizable: (n)

Para establecer el período indemnizable deben tomarse en consideración varios aspectos:

(a) *Duración de la incapacidad.* La obligación de indemnizar a cargo del causante del daño está delimitada por el período de duración de las consecuencias del daño o perjuicio, que tratándose de los daños causados a la persona de la víctima equivale al tiempo durante el cual se encuentre incapacitado para generar los ingresos que dejará de recibir. Entonces:

(i) En los casos de incapacidad temporal. El período indemnizable será el de duración de dicha incapacidad. La duración de la incapacidad se acreditará mediante el dictamen médico correspondiente. (Ejemplo: persona que trabaja de pie y sufre una lesión en una pierna que requiere para su recuperación 6 meses de quietud total. El período indemnizable serán los 6 meses durante los cuales no puede realizar la actividad de la cual deriva su ingreso).

(ii) En casos de incapacidad permanente. Se toma la vida probable de la víctima de acuerdo con las tablas de supervivencia según se trate de personas válidas o inválidas. De acuerdo con lo dicho por la Corte

Suprema de Justicia, si se cuenta con un dictamen médico que acredite en un caso particular que el tiempo de vida probable es diferente al establecido en las tablas, éste prevalecerá sobre las tablas.

La Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre este aspecto, como sigue:

“Respecto del tiempo de vida probable de la víctima, que el Tribunal contabilizó teniendo en cuenta las tablas de mortalidad suministradas por el DANE (fl. 37, cdno. del tribunal), debe observarse que en las mismas expresamente se señala que esa esperanza de vida representa los años que vivirían en promedio, los recién nacidos «si las condiciones de mortalidad observadas en un período no cambian durante toda su vida», tablas que por lo demás, como ha definido la Corte, han de tomarse en cuenta si no existe otra prueba de la cual pueda deducirse esa probabilidad de vida¹³.”

Ejemplo: persona que sufre una lesión en la columna vertebral que lo deja en condición de cuadrapléjico de manera permanente. La incapacidad para realizar cualquier actividad productiva es definitiva, el período indemnizable, en cuanto se refiere a los ingresos dejados de percibir será toda la vida probable de la víctima. Se deben utilizar las tablas que correspondan a la condición de la víctima al momento en que se produjo el daño. En consecuencia, si al momento del accidente la condición de la víctima era “válida”, para establecer el valor del lucro cesante, el período indemnizable se determinará tomando la vida probable de las tablas para personas válidas, aunque su condición posterior al accidente sea de inválido.

(b) *Edad de la víctima y de los reclamantes.* Según la edad de la víctima o del reclamante, el período indemnizable varía, tomando en consideración que la expectativa de vida es diferente. La duración del período indemnizable en los casos de muerte o incapacidad definitiva es inversamente proporcional a la edad de la víctima. A menor edad, mayor será la expectativa de vida y mayor el período indemnizable, y viceversa. Se acredita la edad de la víctima y de los reclamantes con la cédula de ciudadanía y/o el registro civil de nacimiento correspondiente, o con ambos.

Para determinar la vida probable se utilizan dos tablas de mortalidad adoptadas por la Superintendencia Financiera de Colombia. La primera es la tabla de mortalidad de válidos que toma la experiencia del Instituto de Seguros Sociales 2005-2008 (res. 1555 de julio 30 de 2010 de la Su-

¹² LÓPEZ MESA y TRIGO REPRESAS, ob. cit., págs. 82 y 83.

¹³ C. S. de J., sent. 7 febrero 2007, exp. 23162-31-03-001-1999-00097-01. M. P. César Julio Valencia Copete.

perintendencia Financiera). La segunda es la tabla de mortalidad para personas inválidas, basada en la experiencia de Chile (circular externa 7 de 1996 de la Superintendencia Financiera).

(c) *Género de la víctima y de los reclamantes.* Se requiere contar con esta información, tomando en consideración que la expectativa de vida es diferente según se trate de hombres o de mujeres. Las tablas de mortalidad tienen columnas de valores distintas para mujeres y para hombres. La expectativa de vida de las mujeres es en las tablas adoptadas en Colombia, más larga.

(d) *Condición de la víctima y de reclamantes.* Se debe establecer con claridad si la víctima y/o los reclamantes son personas válidas o inválidas. Se deben aplicar las tablas de mortalidad que correspondan en uno u otro caso.

Esta información resulta indispensable teniendo en cuenta que la expectativa de vida difiere si la persona es inválida, o si no está afectada por incapacidad o invalidez (persona válida). La norma general es que la expectativa de vida de la persona inválida es menor. Si no se cuenta con la prueba de la incapacidad, se toman las tablas de personas válidas para efectuar la liquidación.

(e) *Período de dependencia económica.* Este factor es determinante para establecer la duración del período indemnizable, tomando en consideración que la indemnización a cargo del causante del daño no puede constituir fuente de enriquecimiento para el reclamante.

En cuanto hace referencia a la certeza suficiente sobre la dependencia económica, ésta debe encontrarse debidamente acreditada, tal como lo precisa la Corte Suprema de Justicia en sentencia del mes de noviembre de 2011 y del 9 de julio de 2012¹⁴. Tomando en consideración que, como lo afirman los profesores LÓPEZ MESA y TRIGO REPRESAS en su obra¹⁵ el sustento del derecho se encuentra en el deber de prestar alimentos, se toma el mismo orden en el que se encuentran consignados en el artículo 411 del Código Civil colombiano, al establecer las personas a quienes se deben alimentos. Se debe diferenciar:

(i) *Cónyuge o compañero(a).* El período de dependencia entre cónyuges se reconoce en forma vitalicia, tomando en consideración la obligación

¹⁴ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sents. de 17 noviembre 2011, ref. 11001-3103-018-1999-00533-01, M. P. William Namén Vargas, y de 9 julio 2012, exp. 11001-3103-006-2002-00101-01, M. P. Ariel Salazar Ramírez.

¹⁵ LÓPEZ MESA y TRIGO REPRESAS, ob. cit., págs. 94 y 95

recíproca que tienen los cónyuges de auxiliarse mutuamente durante toda su vida. Se toman como referencia las tablas de mortalidad o el dictamen médico correspondiente para determinar la expectativa de vida.

(ii) *Hijos.* En Colombia, la jurisprudencia inicialmente no adoptó un criterio uniforme al respecto y se calculaba el período indemnizable hasta los 18, 23 o 25 años si se trataba de personas válidas dependiendo de las condiciones particulares de cada caso. En las providencias recientes se toma como edad hasta la cual se extiende el período de dependencia de los hijos, los 25 años, edad en la que se supone termina la formación profesional de los jóvenes. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia sobre el particular: “Con todo la duración del período indemnizable se extendería desde el 5 de octubre de 1996, cuando ocurrió el fallecimiento de su padre, hasta el [...] fechas en las que cada una de ellas cumpliría 25 años de edad, ya que conforme a la doctrina sentada por esta corporación, a esa edad —25 años— “ordinariamente se culmina la educación superior y se está en capacidad de valerse por sí mismo” (cas. civil de 30 de junio de 2005, exp. 68001-3103-005-1998-00650-01), que reitera el criterio de sentencias de 18 de octubre de 2001 y 5 de octubre de 2004”¹⁶.

Este mismo criterio fue reiterado el 4 de octubre de 2007 por el Consejo de Estado, en los siguientes términos:

“De igual forma se modificará el criterio jurisprudencial que se tenía en relación con la presunción de manutención de los hijos hasta la mayoría de edad si no se acreditaba la escolaridad, desechando esta distinción, y dando por presumido que la condición de dependencia económica de aquellos respecto de sus padres se mantiene hasta la edad de 25 años con fundamento en los artículos 13 y 45 de la Constitución Política y en consideración, además, a las reglas de la experiencia, siempre y cuando se acredite tal dependencia por cualquier medio probatorio”¹⁷.

Y luego así: “[...] para los hijos que a la fecha de la sentencia de primera instancia aún no habían cumplido los 25 años de edad y se calcula hasta la vida probable del padre o hasta el momento en que cumplan los 25 años, lo que suceda primero”¹⁸.

¹⁶ C. S. de J., sent. 7 febrero 2007, exp. 23162-31-03-001-1999-00097-01, M. P. César Julio Valencia Copete.

¹⁷ C. de E., Sección Tercera, sent. de 4 octubre 2007, exps. acumulados 16.058 y 21.112, M. P. Enrique Gil Botero.

¹⁸ C. de E., Sección Tercera, ref. 17.833, sent. de 30 marzo 30 2011, M. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Si se trata de personas inválidas y dependientes absolutos debe calcularse en forma vitalicia, tomando las tablas o el dictamen médico correspondiente para establecer la duración del período de dependencia, el cual coincide con el de la vida probable.

(iii) Padre o madre. El Consejo de Estado¹⁹ sostuvo que la indemnización a favor del padre o la madre se reconoce hasta que el hijo fallecido hubiere cumplido los 25 años, salvo que los padres fuesen dependientes en cuyo caso lo calcula en forma vitalicia. Requiere prueba de la dependencia. Dijo esta Corporación: “De otra parte cabe recordar que la obligación alimentaria o la ayuda económica que una vez en edad productiva la víctima presuntamente hubiera reportado a sus padres y hermanos, solamente tendría lugar en el caso de que se acreditara la respectiva dependencia económica, de éstos respecto al occiso, por carecer sus parientes de los medios económicos necesarios para sufragar los gastos de subsistencia, dependencia que por lo demás no se acreditó, ni podía acreditarse al ser la víctima laboral y económicamente improductiva”.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia proferida en octubre de 2013, reconoce el derecho de los padres del fallecido a recibir la indemnización por lucro cesante calculado hasta la fecha de expectativa de vida de los padres:

“Como se vio, esta Corporación es del criterio de que dicho lucro cesante futuro se debe calcular hasta la fecha de expectativa de vida de los padres del finado.

”Además, la presunción de que el trabajador fallecido dejaría de proporcionar ayuda económica a sus padres a sus 25 años de edad, por cuanto dicha edad «se tiene como límite para iniciar una vida marital estable que desde luego absorbería la mayor parte de sus ingresos», no excluye la ayuda alimentaria que los hijos deben a sus padres por toda la vida de éstos, tal como lo establece el artículo 411 del Código Civil. Obligación que va para toda la vida del alimentario²⁰ según las voces del artículo 422 *ibidem*. De manera que el hecho de cumplir 25 años de edad el alimentante, que es cuando se supone por la ley logra plena independencia económica, no es pretexto válido para limitar la condena por el lucro cesante futuro, pues en caso tal que se iniciara una relación marital estable, ello no lo eximiría de su obligación de proveer alimentos

congruos a su madre, de subsistir las circunstancias previstas en la ley para ello, por lo que resulta ser cierto y no meramente eventual el daño sufrido por la actora, por el lucro cesante futuro irrogado a consecuencia del fallecimiento de su hijo, debido al accidente de trabajo sufrido”.

(iv) Hermanos. El período indemnizable se extiende hasta alcanzar la mayoría de edad si dependían económicamente de la víctima, y en forma vitalicia en el evento de que fueren dependientes absolutos o inválidos. En todos los casos debe acreditarse la dependencia

(v) Otros. Según criterio del juez, debiendo encontrarse acreditada la dependencia económica.

En todos los casos resulta indispensable calcular la vida probable de la víctima, así como el período de dependencia y la vida probable de cada reclamante, con el propósito de determinar cuál es el período indemnizable que resulta aplicable. Se debe realizar el cálculo de la indemnización tomando *siempre* el que sea menor.

(2) Ingresos de la víctima. Sobre este tema el Consejo de Estado se pronunció en 1998²¹, como sigue:

“De lo expresado atrás se concluye que, para que se dé una verdadera y justa reparación del daño causado, la indemnización debe ser plena y tasada de acuerdo con la capacidad productiva de la víctima, máxime cuando ésta ha variado históricamente. Por ello, el criterio para determinar la base de la liquidación no puede ser siempre el salario actual, sino que de acuerdo con las circunstancias específicas de cada caso deben tenerse en cuenta otros factores, los cuales pueden llevar al fallador a aplicar otros criterios como podrían ser el promedio histórico de ingresos, los ingresos de una posición eventual, o el de salario mínimo, etc.”.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 21 de octubre de 2013²², reitera que el ingreso de la víctima es factor determinante para calcular el lucro cesante.

Si la víctima fuere un asalariado vinculado mediante contrato de trabajo, se toma el ingreso básico (su salario) y se adiciona un porcentaje adicional a título de factor prestacional. Sobre el particular el Consejo de Estado²³ ha reiterado:

²¹ C. de E., sent. de 19 mayo 1998, exp. S-735, C. P. Julio E. Correa Restrepo.

²² C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 21 octubre 2013, ref. 110013103030322009-00392-01. M. P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

²³ C. de E., Sección Tercera, sent. 4 octubre 2007, exps. acumulados 16.058 y 21.112. C. P. Enrique Gil Botero.

¹⁹ C. de E., Sección Tercera, sent. 14 diciembre 1998, exp.11.459.

²⁰ C. S. de J., Sala de Casación Civil, sent. de 2 octubre 2013, rad. 37.297, M. P. Rigoberto Echeverri Bueno.

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

En el evento de que la víctima fallezca, a la suma resultante se le descuenta el porcentaje correspondiente a sus gastos personales. Estos porcentajes son definidos por el juez. La Corte Suprema de Justicia colombiana reitera el criterio aplicable²⁴ en este aspecto en la sentencia de febrero 7 de 2007, varias veces citada, cuando dice:

“Y es verdad que en ese fragmento de la decisión incurrió en desatino el sentenciador de segunda instancia, pues para cuantificar los perjuicios materiales, para cuantificar los perjuicios materiales, siguiendo una larga tradición jurisprudencial sobre la materia, es razonable suponer que del salario mensual de ... que devengaba ... como empleado del ..., debía destinar un 25% para la propia subsistencia, por tanto, solamente el 75% restante constituiría el beneficio patrimonial perdido para la compañera permanente y sus dos hijas, remanente que debe ser repartido en proporción de un 50% para la primera y el otro 50% para las dos últimas. Si bien en la demanda se afirma que el causante destinaba todo su salario para atender las necesidades de su hogar, esto no fue demostrado, amén de no lucir razonable la premisa de que nada dejaba para sí el finado”.

El Consejo de Estado en sentencia de 30 de marzo de 2011, reitera la aplicación de estos criterios así:

“Luego se actualizó el salario mínimo correspondiente a 1995 y se comparó con el salario de 2011, para tomar el mayor de los dos, para el caso el salario mayor es el de 2011, al cual se le suma el 25% correspondiente a prestaciones y luego se le resta el 25% correspondiente a los gastos de la víctima, quedando así un total de \$ 502.125, suma que se divide entre dos, la mitad para el esposo (\$ 251.062,5) y luego la mitad restante se divide entre el número de hijos que se va a indemnizar”²⁵.

Respecto de la prueba del ingreso derivado del trabajo de menores de edad, el Consejo de Estado se pronunció en febrero de 2011, como sigue:

“Milton José Hernández Polanco, nació en el municipio de Cauca (Antioquia) el 31 de enero de 1979, y para la época de los hechos

²⁴ *Idem, ibidem.*

²⁵ C. de E., Sección Tercera, ref. 17.833, sent. de 30 marzo 2011, C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

—26 de noviembre de 1994— contaba con quince años, por lo tanto era menor de edad.

“La Sala negará el recurso interpuesto en cuanto al reconocimiento de los perjuicios materiales a favor del menor, pues la prueba recaudada resultó insuficiente respecto de la labor ejercida, la continuidad de la misma, y adicionalmente, por ser menor de edad, no estaba habilitado para trabajar mediante autorización dada por la Inspección de Trabajo²⁶, así que no se logró probar que para la época en que sucedieron los hechos ejercía una actividad laboral permanente, y que con el producido ayudara económicamente a su familia”²⁷.

En cuanto hace referencia a la prueba del ingreso, la Corte Suprema de Justicia se pronunció el 20 de enero de 2009, señalando que la deficiencia probatoria respecto a la cuantía del ingreso no impide la tasación del lucro cesante. Dijo la Corte:

“No obstante, la deficiencia probatoria respecto a la cuantía del lucro cesante no impide su tasación, en virtud de que habiéndose causado el daño resultaría abiertamente contrario a la equidad negar su reconocimiento en el caso concreto, en el que quedó claro que el señor Patiño Montes es abogado y que en ejercicio de dicha profesión obtenía un ingreso que le permitía atender sus propias necesidades y la de su familia.

“La jurisprudencia con sustento en el principio de la equidad ha pregonado que pese a las consecuencias inherentes a la carga probatoria impuesta al perjudicado, hay eventos en los que sería injusto no concretar la cuantía de la indemnización, pretextando que aunque está demostrada la existencia del agravio no ha sido posible cuantificarlo en su exacta dimensión, puesto que el juzgador cuenta con distintas y muy variadas facultades enderezadas a tal finalidad, sin prescindir, claro está, de los criterios de equidad que impiden soslayar los derechos de los afectados, en el momento de realizar su tasación.

²⁶ Código del Menor, art. 238: “Los menores de dieciocho años (18) años necesitan para trabajar autorización escrita del Inspector de Trabajo, o en su defecto de la primera autoridad local, a solicitud de los padres y a falta de éstos del defensor de Familia.

“Prohíbese el trabajo de los menores de catorce (14) años y es obligación de sus padres disponer que acudan a los centros de enseñanza. Excepcionalmente y en atención a circunstancias especiales calificadas por el defensor de Familia, los mayores de doce (12) años podrán ser autorizados para trabajar por las autoridades señaladas en este artículo, con las limitaciones previstas en este Código”.

²⁷ C. de E., Sección Tercera, sent. 21 febrero 2011, rad. 18.634, C. P. Gladys Agudelo Ordoñez.

”Sobre el particular, la Corte ha sostenido que «la equidad se erige en uno de los más caros principios teleológicos que debe caracterizar la gestión judicial, no sólo para interpretar la ley cual lo disponen los artículos 32 del Código Civil y 8º de la ley 153 de 1887, sino para definir tópicos ajenos a la labor hermenéutica propiamente dicha, inclusive de naturaleza probatoria, pues, v. gr., de conformidad con la ley 446 de 1998, dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas, ‘atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales’ (art. 16, se subraya)».

”De manera, pues, que el juez puede evitar la iniquidad de sus fallos, y bien puede acudir a diferentes mecanismos que le permitan valuar la dimensión del perjuicio, con miras a dejar indemne a la víctima.

”[...]

”En ese orden de ideas, tal como lo asentó la Corte en el fallo que recapituló las decisiones reseñadas, el juez, estando acreditado el daño, ante las deficiencias probatorias para cuantificar un lucro cesante efectivamente causado (pasado) o con un alto grado de posibilidad de producirse (futuro), debe echar mano de los métodos de evaluación que permitan determinarlo, ya sea por analogía o comparación, o por proyección o modelización. En el primero se impone la adopción de un referente que proyecte la afectación de la actividad a causa del daño, como acontece con el índice de negocios celebrados con anterioridad, en una situación análoga a la existente al momento de su ocurrencia; y con el otro método, se busca describir cómo hubiere funcionado la empresa de no haberse presentado el perjuicio, comparándolo con la situación realmente afrontada por ella, sistema aplicable cuando no es factible la confrontación con modelos anteriores, tal como sucede en los casos de fabricación frustrada de productos novedosos.

”Ante los escollos probatorios que presenta este caso para evaluar el daño causado al actor, en la modalidad de lucro cesante, la Sala recurrirá, en aras de hacer efectivos los principios de reparación integral y equidad, al segundo método mencionado, habida cuenta que tomará como referente la escala de sueldos fijada en 1988 para aquellos cargos de la rama ejecutiva cuyo desempeño requería una idoneidad profesional semejante a la de víctima, como sin duda lo son los relacionados en el denominado «nivel profesional» (decr. 90 de 1988), los que tenían una asignación salarial muy similar a la señalada como básica para los jueces y magistrados de Tribunal en la citada anualidad (decr. 103 de 1998).

”No se presumirá que el actor devengaba el salario mínimo legal, por cuanto las actividades que desarrollaba y el nivel de vida que tenía y proporcionaba a su familia son indicativos de que percibía unos ingresos superiores. De tales aspectos da cuenta la prueba testimonial, según la cual aquel es abogado y para la época del funesto suceso no sólo ejercía la profesión, sino también actividades comerciales (compraventa de vehículos e inmuebles), incluso tenía una finca ganadera; así mismo, que asumía los gastos de sostenimiento de su cónyuge e hijos, como también los de educación de éstos en colegios privados, además, tenía arrendada una oficina en el edificio Colpatria y vivían en el barrio Laureles de Medellín.

”En consecuencia, siendo el perjudicado un profesional del derecho, con una experiencia que le permitía acceder a los empleos que integran el nivel profesional para la época en que acaeció el hecho dañino, se calculará su ingreso mensual promediando los salarios fijados para éstos en el decreto 90 de 1988, operación que arroja una remuneración mensual de \$ 116.218.75, la cual traída a valor presente equivale a \$ 1.818.526.67 (agosto 2008)”²⁸.

Respecto de la posibilidad de descontar de la indemnización a cargo del responsable el valor de la pensión de invalidez o muerte que ingresará al patrimonio de la víctima o de los reclamantes como consecuencia del daño, el Consejo de Estado reitera en julio de 2011 su posición así:

“En ese sentido, la Sala en providencia del 19 de agosto de 2004²⁹, indicó lo siguiente:

“«Finalmente, tampoco comparte la Sala el argumento de la demandada en cuanto al enriquecimiento sin causa que generaría una condena en este proceso ya que la Policía Nacional ‘[...] estaría pagando dos veces la misma causa, se repite, pues aquél ya recibió los salarios por el tiempo de lucro cesante consolidado que determinó el despacho y aún sigue recibiendo sus salarios y puede solicitar si lo desea su pensión por invalidez [...]’, pues tal y como lo ha sostenido la Corporación, las fuentes y causas de la indemnización laboral y la derivada de un proceso de responsabilidad extracontractual del Estado, son bien diferentes y, por lo tanto, no hay lugar ni a exclusión ni a descuento, aunque ciertamente,

²⁸ C. S. de J., sent. 20 enero 2009, exp. 170013103005 1993 00215 01, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.

²⁹ Exp. 05001-23-31-000-1992-1484-01(15791); ver también sent.de 11 febrero 2009, exp. 52001-23-31-000-1996-07818-01(16586).

como se verá, en el presente caso no hay lugar a reconocimiento alguno por concepto de lucro cesante, puesto que el mismo no se produjo»³⁰ (cursiva fuera de texto)

(a) *Otros aspectos que se deben considerar*

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

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

- En los casos en que los ingresos son variables, para efectuar el cálculo se toma un promedio de los últimos doce meses o del tiempo en el cual recibió ingresos si éste fuere menor.

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

- Se deben incluir dentro de los ingresos de la víctima todos aquellos que reciba regularmente y que no tengan carácter laboral. Tratándose de asalariados, estos ingresos no se incluyen dentro de la base para calcular el factor prestacional tomando en consideración que ellos provienen de fuentes distintas al contrato de trabajo y no hay lugar al reconocimiento de prestaciones laborales por estos valores.

b) *Lucro cesante consolidado o pasado*

Corresponde a la cantidad de dinero dejada de percibir por la víctima o por el reclamante desde el momento en que se produjo el daño, hasta el momento en que se efectúa la liquidación.

Este tipo de daño normalmente se materializa en sumas únicas o periódicas dejadas de percibir desde el momento en que ocurre el daño hasta el momento en que se efectúa la liquidación y el pago de la indemnización. Estas sumas deben actualizarse aplicando el Índice de Precios al Consumidor (IPC) mensual hasta la fecha de cálculo y a este monto actualizado se le aplica el interés puro del 6 por ciento durante el respectivo período.

(1) En caso de sumas únicas. Se toma el valor de la fecha en que se hubiera recibido la cantidad correspondiente y se actualiza a la fecha de

³⁰ C. de E., Sección Tercera, sent. 7 julio 2011, rad. 05001-23-24-000-1994-00332-01(20835). C. P. Enrique Gil Botero.

valoración aplicando el Índice de Precios al Consumidor (mensual). A la suma así actualizada se aplica un interés puro del 6 por ciento por el período correspondiente. (Tabla 1 - Anexos)

$$Ra = Rh \frac{\text{IPC final (fecha liquidación)}}{\text{IPC inicial (fecha erogación)}}$$

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

Donde:

Rh = Renta histórica

Ra = Renta Actualizada

n = Período indemnizable en meses

i = 0,004867 (mensual)

IPC = Índice de precios al consumidor

Ejemplo de suma única: se hubieren recibido \$ 5.000.000 en abril de 2007 por concepto de un contrato realizado por la víctima, no cumplido como consecuencia del daño sufrido. (Tabla 1 - Anexos). Si la liquidación se hace un año más tarde, en abril de 2008³¹, tendremos:

$$Ra = \$ 5.000.000 \frac{96,72 \text{ (IPC abril 2008)}}{91,46 \text{ (IPC abril 2007)}}$$

$$Ra = \$ 5.000.000 (1,0573) = \$ 5.286.500$$

$$S = \$ 5.286.500 (1+0,004867)^{12}$$

$$S = \$ 5.286.500 (1,004867)^{12}$$

$$S = \$ 5.286.500 (1,060) = \$ 5.603.690$$

(2) *En caso de sumas periódicas.* El valor de la mensualidad se actualiza aplicando el IPC (mensual) hasta la fecha de cálculo y al monto actualizado se le aplica el interés puro del 6 por ciento en el respectivo período. (Tabla 2 - Anexos)

³¹ Las tablas del IPC tomadas para este cálculo corresponden a las reportadas por el DANE, experiencia 1993-2008.

$$Ra = Rh \frac{\text{IPC final (fecha liquidación)}}{\text{IPC inicial (fecha erogación)}}$$

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

Donde:

Rh = Renta histórica

Ra = Renta actualizada

n = Período indemnizable en meses

i = 0,004867 (mensual)

IPC = Índice de precios al consumidor

Ejemplo suma periódica: al reclamante le hubiere correspondido parte del ingreso de la víctima que en el ejemplo hubieren sido \$ 100.000 cada mes desde el momento en que se produjo el daño (abril 2007) hasta el momento de la liquidación (abril 2008), 12 meses.

$$Ra = Rh \frac{96,72 \text{ (IPC abril 2008)}}{91,48 \text{ (IPC abril 2007)}}$$

$$Ra = \$ 100.000 (1,0573) = 105.730$$

$$S = \$ 105.733 \frac{(1,004867)^{12} - 1}{0,004867}$$

$$S = \$ 105.733 (12,3265) = \$ 1.303.281$$

c) *Lucro cesante futuro*

Corresponde a la cantidad de dinero que se dejará de percibir desde el momento en que se efectúa la liquidación hasta la finalización del período indemnizable.

Para su cálculo se toma el valor de las sumas mensuales y las trae a valor presente a la fecha de valoración aplicando una tasa de interés puro del 6 por ciento de acuerdo con el número de mesadas por indemnizar.

(1) *Sumas únicas.* Si el ingreso futuro consistiere en una suma única, se calcula el valor de la indemnización tomando el valor del ingreso futuro

acreditado a la fecha de liquidación y descontando el 6 por ciento anual durante el tiempo que transcurrirá hasta el momento en que se efectúe el gasto. (Tabla Anexos)

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

Ejemplo suma única: se hubieren recibido \$ 7.000.000 un año después de la liquidación.

$$S = \$ 7.000.000 \times \frac{1}{(1+0,004867)^{12}}$$

$$S = \$ 7.000.000 \times \frac{1}{(1,004867)^{12}}$$

$$S = \$ 7.000.000 (0,9433) = \$ 6.603.100$$

(2) *Sumas periódicas.* Si el ingreso que se dejará de percibir se refiere a sumas periódicas se toma la erogación mensual y la trae a valor presente a la fecha de valoración, descontando una tasa de interés puro del 6 por ciento, de acuerdo con el número de mesadas a indemnizar. (Tabla 5 - Anexos)

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

Ejemplo suma periódica: el reclamante dejará de percibir \$ 500.000 mensuales, porción del ingreso de la víctima que le corresponde una vez efectuada la distribución respectiva, durante un período indemnizable de 20 meses (n = 20 meses).

$$S = \$ 500.000 \frac{(1,004867)^{20} - 1}{0,004867(1,004867)^{20}}$$

$$S = \$ 500.000 (19,0133) = \$ 9.506.650$$

3. VÍCTIMA SOBREVIVIENTE

Si la víctima no fallece en el evento dañoso, se calcula la indemnización sólo para la víctima y la indemnización por concepto patrimonial se determinará según el porcentaje de pérdida de capacidad laboral aplicada al ingreso de la víctima. Si la víctima es un asalariado, se aplica el factor prestacional pero no hay lugar a descontar el porcentaje correspondiente a los gastos personales, tomando en consideración que ésta sobrevivió.

En este caso se aplica la tabla de mortalidad para inválidos para la determinación del daño emergente futuro, esto es, en lo que se refiere a gastos médicos y cuidados de carácter permanente que requerirá la víctima. Tratándose de los ingresos que dejará de percibir, es decir para la determinación del lucro cesante, deben tomarse las tablas de mortalidad de personas válidas, si la condición de la víctima al momento del accidente era válida.

En los casos en que el daño produce una disminución definitiva en la capacidad laboral de la víctima, se debe aplicar este porcentaje sobre el ingreso para establecer el valor de la indemnización. Acerca de la prueba del porcentaje de disminución de la capacidad laboral, el Consejo de Estado dijo en sentencia de 11 de febrero de 2009:

“Las disposiciones en comento, si bien hacen referencia a la valoración de la disminución de la capacidad laboral para efectos pensionales, asunto que en principio no guarda relación con la materia de la referencia y que escapa a la competencia de la Sala, sí deja claro que cuando se requiere un dictamen acerca de la disminución de la capacidad laboral de un paciente el perito debe analizar no solo su historia clínica sino los exámenes clínicos o paraclínicos y las evaluaciones físicas y técnicas que determinen su real estado de salud, exigencias que fueron admitidas por el médico encargado de la División de Empleo del entonces Ministerio de Trabajo, quien en un principio se abstuvo de emitir el concepto requerido aduciendo que era necesario que el paciente fuere sometido al correspondiente examen físico por parte de un médico internista; ello indica que para el especialista que rindió el concepto que se cuestiona dicho requisito no era desconocido. Sin embargo, él mismo, echando de lado el diagnóstico inicialmente requerido y sin realizar valoración o examen físico alguno al paciente, determinó que la lesión que éste padecía en su pierna generaba una disminución de su capacidad laboral en un 24%.

”Ante la evidencia de la falta de un examen, reconocimiento o valoración física o clínica de Luis Eduardo Toro Murillo, la Sala debe concluir

que el dictamen laboral referido, tal y como lo indicó la recurrente, no resulta suficiente para establecer que el demandante efectivamente hubiere perdido un porcentaje de capacidad laboral por razón de los hechos de la demanda, de manera que no existe prueba de la ocurrencia de este perjuicio.

”La Sala en sentencia del 5 de junio de 2008³², al analizar un caso similar, estimó que las deficiencias del dictamen tornaban inviable el mismo para efectos de acreditar que el lesionado había sufrido un perjuicio derivado de la disminución de la capacidad laboral y negó el reconocimiento de indemnización alguna por ese concepto. En esa oportunidad la Sala señaló:

”«En este orden de ideas, reitera la Sala que habiéndose practicado un dictamen pericial sobre la disminución de la capacidad laboral del señor Villegas, sin que el mismo fuere objeto de impugnación, no era viable decretar sobre el mismo aspecto un segundo dictamen pericial, sin embargo, a pesar de que la Sala, como se explicó, no comparte las razones de insuficiencia aducidas en primera instancia para decretar un segundo dictamen sobre un punto que ya había sido objeto de experticia, relativas éstas a la aparente contradicción entre la prueba pericial y la testimonial, debe precisarse que la pericia practicada en este proceso por el Ministerio del Trabajo si resulta insuficiente, pero por los siguientes motivos.

”»Cuando la prueba pericial evidencia, como en el sub lite, tal grado de inconsistencia y falta de rigor científico, el juez, dentro de la facultad que le asiste para valorar toda la comunidad probatoria recaudada de conformidad con las reglas de la sana crítica, puede prescindir de una experticia técnica rodeada de semejantes singularidades. Así se desprende de lo preceptuado por los artículos 237, numeral 6 y 241 —inc. 1º— del Código de Procedimiento Civil [...]

”»Sólo al juez, en consecuencia, corresponde apreciar cuál es la fuerza de convicción que debe reconocerle al dictamen, sin que esté obligado a aceptarlo cuando no reúna los requisitos legalmente exigidos para su validez y eficacia. Una sujeción absoluta, inopinada y acrítica respecto de la pericia convertiría al juez en un autómatas y a los peritos en verdaderos decisores de la causa [...]

”»En este caso, la calificación que rindió la Subdirección de Control de Invalidez que se requirió como prueba pericial no otorga certeza sobre el concepto que emite, pues el mismo se limitó a indicar el grado de incapacidad laboral sin explicar los fundamentos que permitieron establecer

³² Sent. de 5 junio 2008, exp. 15.911. Actor: Carlos Augusto Villegas Vera.

ese porcentaje y sin que se allegaran los antecedentes que produjeron esa conclusión. En efecto, el dictamen señala que Carlos Augusto Villegas Vera presenta secuelas de fractura abierta de rótula izquierda, lo cual le ocasiona una pérdida de su capacidad laboral de un 40%. Como se observa, la experticia se limita a emitir su concepto sin explicar las razones que lo condujeron a ese resultado, razón por la cual el dictamen no resulta en modo alguno suficiente y, por ello, carece de eficacia probatoria. Echa de menos la Sala los antecedentes de la calificación y de la valoración de las lesiones sufridas por el paciente, de los procedimientos médicos y tratamientos a los cuales fue sometido, así como de los antecedentes relativos al estado de salud del paciente al momento de emitir el dictamen.

”»Ese dictamen, al parecer, se rindió únicamente con fundamento en la documentación aportada al proceso, referida principalmente a la historia clínica del paciente, pues si bien en este caso se solicitó que se valoraran las condiciones de salud del paciente, no existe constancia de que dicha valoración se hubiera realizado, pues el oficio remisorio del dictamen sólo indica ‘Con la documentación respectiva la cual consta de expediente, me permito enviar a su despacho el dictamen 715-MJ’ (fl. 69 c. 2) [...]

”»En este caso, no existe constancia, entonces, del examen, reconocimiento o valoración que se le hubiere practicado al señor Carlos Augusto Villegas Vera con el fin de rendir la experticia sobre su estado de salud y sobre su capacidad laboral; además, como se estableció, el dictamen pericial practicado por el Ministerio de Trabajo no explicó los fundamentos que llevaron al perito a hacer la calificación señalada, de manera que la conclusión del mismo no ofrece claridad ni certeza para la Sala, pues no se hizo razonamiento alguno sobre los motivos que permitieron hacer tal afirmación, cuestión que —se reitera—, revela a dicho dictamen como insuficiente en relación con los aspectos sobre los cuales debió versar.

”»Al respecto, se advierte que si bien el dictamen acerca de la disminución o no de la capacidad laboral de una persona no exige formalidad alguna, lo cierto es que el mismo debe emitirse con fundamento no solo en historia clínica o en los exámenes y procedimientos practicados o en los síntomas que refiera el paciente; también es necesario que se haga una observación y análisis sobre el desarrollo y estado posterior de la lesión, de manera que resulta necesario hacer un reconocimiento directo del paciente, evaluación que en este caso o bien no se realizó o bien no sirvió de fundamento para proferir el dictamen pericial, pues, como se anotó, el mismo no registra los antecedentes que permitieron al Ministerio de Trabajo hacer tal afirmación.

”»La falta de fundamentación y de precisión del dictamen, así como la aparente ausencia de una valoración física del paciente, obligan a la Sala a considerar insuficiente el dictamen pericial practicado por la Subdirección de Control de Invalidez del entonces Ministerio de Trabajo y Seguridad Social».

”Así las cosas y ante la falta de los medios de prueba conducentes para establecer la causación del daño antijurídico concretado en los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y derivadas de la disminución de la capacidad laboral del lesionado, la Sala modificará la sentencia de primera instancia con el fin de negar las súplicas de la demanda en relación con este aspecto”³³.

En junio de 2010 el Consejo de Estado aplicó el porcentaje de incapacidad al ingreso para calcular la indemnización, así:

“Toda vez que la Sala encuentra que la lesionada presenta una invalidez del 69.89% se procederá a liquidar los perjuicios causados a ella correspondientes a una incapacidad total, de conformidad con el artículo 38 de la ley 100 de 1993”³⁴.

4. EN LOS CASOS DE DAÑO A LAS COSAS:

En los casos en que el perjuicio patrimonial tiene como causa el daño a las cosas, el damnificado tiene igualmente derecho a la reparación o indemnización del perjuicio sufrido. En Colombia, el Consejo de Estado³⁵ se ha pronunciado de manera reiterada, como sigue:

“Con todo y aunque el actor no demostró que el vehículo estuviese en estado productivo, la Sala encuentra que la retención del vehículo representa un capital inmovilizado que de conformidad con lo dispuesto en las normas civiles tiene como mínimo una renta anual del 6%, porcentaje que habrá de aplicarse durante el período que tuvo lugar la retención del vehículo. A ese respecto, de tiempo atrás la jurisprudencia tiene determinado que sobre un capital inmovilizado, puede otorgarse como indemnización por lucro cesante el 6% que hubiera producido el capital inmovilizado a causa del daño:

³³ C. de E., Sección Tercera, sent. 11 febrero 2009, exp. 63001-23-31-000-1998-00103-01 (17050), C. P. Mauricio Fajardo Gómez

³⁴ C. de E., Sección Tercera, sent. 9 junio 2010, exp. 18.719. C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁵ C. de E., Sección Tercera, sent. 15 diciembre 2006, exp. 16.347, C. P. Ruth Stella Correa Palacio

”[...] la privación de uso por el tiempo de indisponibilidad, ha de resarcirse, independientemente de que el vehículo destruido fuera un bien productivo, v. gr., por tratarse de un vehículo de transporte público de pasajeros, ora se trate de un vehículo de servicio particular, pues la Sala considera que este perjuicio tiene propia autonomía, al margen de su ubicación en uno cualquiera de los dos rubros —daño emergente o lucro cesante—, pues a más de la certeza que se infiere de la presunción obvia a que alude el texto precitado, *es verdad que la falta de disponibilidad de uso y goce vulnera un interés de la víctima: se le priva de la utilización del vehículo sea con fines lucrativos o puramente personales ajenos a toda noción de provecho económico, utilidad o ganancia.*

”Lo anterior evidencia que antes que calificar el perjuicio como daño emergente o lucro cesante, lo que debe procurarse —y en esta ocasión lo hace la Sala—, es determinar pautas jurisprudenciales que permitan liquidar y cuantificar el monto de dicho perjuicio.

”En esa dirección, la Sala considera que la adopción del sistema de resarcimiento por interés de valor permite un adecuado reconocimiento para la víctima del *daño consistente en la privación del uso y goce, reconociéndole a ésta, como equivalente a la privación de dicho uso y goce, el interés comercial que la suma de capital equivalente al valor del automóvil hubiera producido durante todo el tiempo que razonablemente presente la indisponibilidad.*

”Todo lo anterior sin perjuicio de que el demandante víctima del daño acredite un perjuicio de mayor valor por tal concepto, v. gr., porque ha sido privado del uso y goce de un vehículo automotor de determinadas características, porque se desplazaba habitual y cómodamente a otras ciudades; en últimas, acreditado un perjuicio mayor que el mero interés comercial que produciría la suma de dinero —bien de capital—, referido a dicho uso y goce.

”Nada se opone a tal reconocimiento, pero en dicho evento, de la misma manera y para no rebasar los adecuados límites del alcance indemnizatorio, se descontará el valor de depreciación comercial que ciertamente habría sobrevenido al vehículo por el uso y goce durante el período de que se trate y las cantidades dinerarias que habrían de desembolsarse para la producción de tal renta (se destaca).

”De modo que en el *sub lite* debe tenerse en cuenta el valor del vehículo consignado en la factura 147 de venta del mismo que indica un precio total del mismo de \$ 10.926.792 (fotocopia autenticada tomada de la copia auténtica del proceso de tutela, fl. 6) y el lapso de 13,47 meses

en el cual permaneció retenido el vehículo a órdenes de la fiscalía, desde el 20 de octubre de 1994 hasta el 4 de diciembre de 1995.

”En consecuencia para deducir el lucro cesante se liquidarán los intereses legales del 6% sobre el valor de \$10.926.792 por un período de 13,47 meses y el resultado será indexado teniendo en cuenta como índices inicial y final, los vigentes a la fecha de la retención y la devolución del automóvil, así:

”Cálculo de la indemnización:

”Capital x tasa de interés anual del 6% (mensual 0,5%) x número de meses

”Capital: 10'926.792 que corresponde al valor del vehículo

”Interés: 0.5%

”El número de meses por liquidar es 13,47

” $I = \$ 10.926.792 \times 0.5\% \times 13,47 = \$ 735.919,44$

”[...] suma actualizada a la fecha de la sentencia equivale a \$ 2.060.476,07, según el siguiente cálculo:

” $Ra = R \frac{I. \text{ final (octubre 2006)}}{I. \text{ inicial (diciembre 1995)}}$

” $Ra = \$ 735.919.44 \times \frac{167,6}{59,86}$

” $Ra = \$ 2.060.476.07$

”Total perjuicios materiales: \$ 2.060.476,07, que corresponden a los intereses causados durante los 13,47 meses de retención del bien”.

5. PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD O PÉRDIDA DEL “CHANCE”

La “pérdida de la oportunidad” o “pérdida del chance” es un concepto diferente al del lucro cesante.

”El daño por pérdida de chance u oportunidad de ganancia consiste en que el perjudicado pierde la posibilidad o expectativa de conseguir o tener un bien, material o inmaterial. Se trata de la llamada “*perte d'un chance*” definida por la doctrina francesa como la “desaparición de la probabilidad de un suceso favorable” o pérdida de la oportunidad de obtener una ganancia la cual tiene que contemplarse de una forma restrictiva