

*no fuera su propia integridad la que se vio lesionada*⁶⁸. Se trata pues, de un elemento del daño indemnizable íntimamente ligado con la legitimación para reclamar la reparación, pues solo al titular del interés jurídico lícito afectado⁶⁹, o sus herederos⁷⁰, otorga el ordenamiento jurídico dicha prerrogativa⁷¹.

Verificada la existencia de daño, es preciso analizar sus consecuencias en la esfera patrimonial y extrapatrimonial, como sigue.

2.2. SEGUNDO ESTADIO: ANÁLISIS Y CUANTIFICACIÓN DEL PERJUICIO PATRIMONIAL

El perjuicio patrimonial se refiere, en lo fundamental, a todas aquellas repercusiones negativas que, por su propia naturaleza, son estimables en dinero. Con independencia del interés sobre el cual recaiga la afectación, en el daño patrimonial la característica estructural es la posibilidad de cuantificar de manera relativamente precisa el valor de la pérdida⁷².

⁶⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, Ed. Temis, 2008, pág. 335.

⁶⁹ TAMAYO LOMBANA, Alberto, *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*, Ed. Doctrina y Ley Ltda., 2005, pág. 65 y ss.

⁷⁰ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo, "Iure Hereditatis" en la Responsabilidad Civil" en obra colectiva: *Derecho de las obligaciones*, Ed. Temis & Ediciones Uniandes, 2010, pág. 395 y ss.

⁷¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, Ed. Temis, 2008, pág. 427 y ss.; GONZÁLEZ BRICEÑO, Álvaro Andrés, *El daño o perjuicio* en obra colectiva: *Derecho de las obligaciones*, Ed. Temis & Ediciones Uniandes, 2010, pág. 111 y ss.

⁷² MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Undécima edición, Ed. Temis, 2003, págs. 263 y ss.

Sobre este particular, la jurisprudencia ha tenido ocasión de señalar que "con estos lineamientos, la naturaleza patrimonial o no patrimonial del interés afectado, no determina de suyo la naturaleza del daño, 'porque consecuencias de naturaleza económica, y por lo tanto un daño patrimonial puede derivar, tanto de la lesión de un bien patrimonial, cuanto de la lesión de un bien de naturaleza no patrimonial: piénsese en la pérdida de clientela sufrida a causa de la publicación de una noticia en un periódico, que luego se revela como no verdadera, que provoca descrédito a su actividad profesional. El bien quebrantado es no patrimonial: la reputación del profesional, pero su lesión también produce consecuencias de naturaleza patrimonial". (CORSARO, Luigi, "Concetto e tipi di danno" en: PERLINGIERI, P., *Manuale di diritto civile*, Nápoles, ESI, 1997, p. 655 ss). Ello es tanto más cierto que en la afortunada precisión de la Corte, 'el daño a la persona en sus distintas manifestaciones relevantes' podrá consistir en un 'desmedro a la integridad física o mental, o en injuria al honor, la libertad o la intimidad, susceptible de traducirse en consecuencias patrimoniales, de proyectarse en quebrantos en la vida de relación y de repercutir en el equilibrio sentimental del sujeto' (cas. civ. sentencia de abril 4 de 1968, G.J. t. CXXIV, pág. 58), esto es, sus secuelas son 'algunas de ellas con carácter patrimonial como, verbigracia, '... los gastos de curación o rehabilitación ...' o '... las ganancias ciertas que por tal motivo ha dejado o dejará de percibir ...', mientras que otras de linaje diverso pueden repercutir en el '... equilibrio sentimental ...', o verse igualmente reflejadas en '... quebrantos transitorios o definitivos, más o menos graves, en la vida de relación del sujeto ...'. (cas. civ. sentencia de 13 de mayo de 2008, SC- 035-2008, exp. 11001-3103-006-1997-09327-01). "El aspecto de mayor relevancia para identificar la especie del daño, por consiguiente, atañe a la proyección de los efectos adversos de la lesión más que a la naturaleza jurídica del interés directamente quebrantado, o sea, el

Así las cosas, se encausan por la vía del perjuicio patrimonial aquellas afectaciones que cumplan con una característica fundamental: la posibilidad de estimar o cuantificar la repercusión en dinero, mediante una metodología relativamente precisa⁷³.

Ahora bien, considerando la tradicional bipartición del daño patrimonial, el ordenamiento colombiano distingue también dos modalidades de perjuicio dentro de esta categoría; se trata del daño emergente y del lucro cesante⁷⁴. Cada uno de estos rubros está sujeto a una metodología particular de reconocimiento y cuantificación cuando se trata de menoscabos psicofísicos a la persona. Veamos:

2.2.1. LA INDEMNIZACIÓN DEL DAÑO EMERGENTE

2.2.1.1. Generalidades

El daño emergente es aquella modalidad de perjuicio patrimonial que alude a las erogaciones en que se incurrió o razonablemente se incurrirá con ocasión del hecho dañoso. En los términos de la jurisprudencia, con apoyo en doctrina foránea, se traduce en “*un empobrecimiento del patrimonio en sus valores actuales, que ordinariamente está representado en un menor valor de los activos patrimoniales –por destrucción, deterioro, menoscabo o inutilización de los elementos que lo conforman–, o en la realización de erogaciones o gastos con ocasión del hecho ilícito*”⁷⁵.

Así las cosas, podrán catalogarse como daño emergente todos aquellos activos que han salido o indefectiblemente saldrán del patrimonio de la víctima en virtud de la situación nociva padecida por el damnificado⁷⁶.

espectro en el cual repercute el hecho, ad exemplum, cuando atañen a la vida de relación, la integridad sicosomática, los bienes de la personalidad -verbi gratia, integridad física o mental, libertad, nombre, dignidad, intimidad, honor, imagen, reputación, fama, etc.-, o a la esfera sentimental y afectiva, ostenta naturaleza no patrimonial” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de septiembre de 2009. Exp. 2005-00406-01. Cfr. Sala de Casación Civil. Sentencia del 17 de noviembre de 2011. Exp. 1999-00533-019).

⁷³ HENAO PÉREZ, Juan Carlos, *El daño*, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 195 y ss.; SANTOS BALLESTEROS, Jorge, *Responsabilidad civil*, Tomo I, Ed. Temis, 2012, págs. 343 y ss.

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de junio de 1996. M.P. Pedro Lafont Pianetta; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de junio de 2008. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 14 de noviembre de 2008. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 20 de enero 2009. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 28 de febrero de 2013. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

⁷⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 28 de junio de 2000. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

Para determinar si un rubro es daño emergente, resulta entonces conveniente aplicar una metodología similar a la sugerida por F. MOMMSEN cuando propuso la denominada *teoría de la diferencia*, en el sentido de comparar el estado actual del patrimonio del lesionado con aquel en que dicho patrimonio se encontraría si el hecho dañoso no hubiese tenido lugar⁷⁷. Los menoscabos *que correspondan a erogaciones o, en general, a activos que salieron del patrimonio o que en un futuro saldrán con ocasión del hecho dañoso (bajo el criterio de razonabilidad), constituyen esta modalidad de perjuicio*⁷⁸.

Ahora bien, como es obvio, el daño emergente solamente será indemnizable en la medida en que cumpla con el carácter cierto, directo y personal arriba mencionado. En efecto, si se trata de erogaciones meramente hipotéticas o que resultan remotas frente al hecho dañoso, su indemnización no será procedente.

Así, por ejemplo, si los familiares han debido incurrir en gastos funerarios o de transporte con ocasión de la muerte de un allegado, dichos rubros serán, en principio, reparables. Por el contrario, si lo que se cobra es un gasto de aromaterapia y spa para liberar el estrés postraumático, su certeza y necesidad parece dudosa.

2.2.1.2. *La cuantificación del daño emergente*

Ahora bien, para cuantificar el monto de esta indemnización (daño emergente), particularmente en casos de afectaciones a las personas, la jurisprudencia no ha acuñado tablas, baremos o guías orientativas. Por el contrario, amparada en el principio de reparación integral, ha establecido que toda erogación cierta, directa y personal, deberá ser reparada y su *quantum* dependerá de la aplicación de una serie de fórmulas matemáticas que actualizan y ajustan su valor⁷⁹.

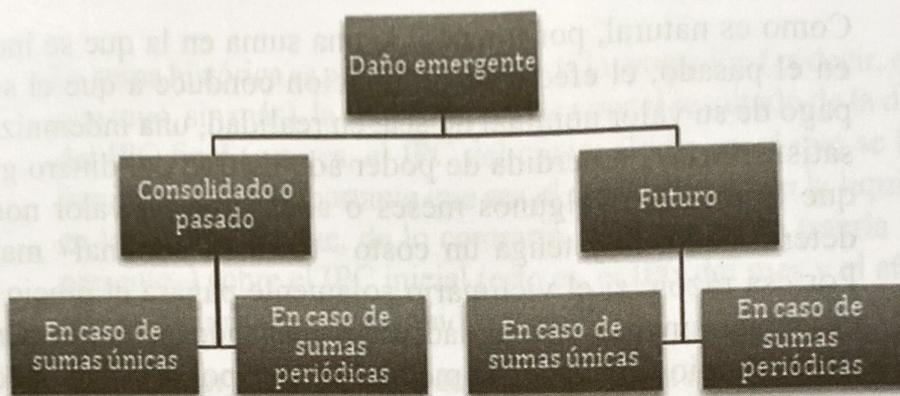
A su turno, ha señalado que la aplicación de estas fórmulas dependerá de dos variables, a saber: (i) la consolidación del daño en el tiempo (esto es, si es un daño pasado –consolidado– o un daño futuro); y, (ii) el tipo de suma de que se trate (según si es una suma única o una suma periódica). De este modo, la metodología a emplear variará según si estamos ante daño emergente

⁷⁷ MOMMSEN, Friedrich, *Zur Lehre dem Interesse [traducción]*, Ed. Braunschweig, 1855. LLAMAS POMBO, Eugenio, *Formas de reparación del daño* en obra colectiva: *Realidades y tendencias del derecho en el Siglo XXI*, Tomo 4, Ed. Temis, 2010, pág. 62 y ss.; BARROS BOURIE, Enrique, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Ed. Jurídica de Chile, 2009, pág. 258.

⁷⁸ INFANTE RUIZ, Francisco José, *La reforma del Derecho de daños en Alemania*, Revista Aranzadi de derecho patrimonial, No. 11, 2003, Att. 145; CHAPPUIS, Benoît, *Quelques dommages dits irréparables*, *Réflexions sur la théorie de la différence et la notion de patrimoine*, (http://www.lenzstaehelin.com/uploads/tx_netvlsldb/Quelques_dommages_dits_irreparables._Reflexions_sur_la_theorie_de_la_difference_et_la_notion_de_patrimoine._SJ_2010_II_165..pdf), consultado el 30 de enero de 2015.

⁷⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de septiembre de 2002. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

pasado (y al interior del mismo, según si la suma es única o periódica) o daño emergente futuro (donde también incide la naturaleza de la suma)⁸⁰, como lo ilustra el diagrama a continuación:



a) La cuantificación del daño emergente pasado

El daño emergente es pasado cuando sus efectos se han consolidado para la época en que debe proferirse la sentencia. Ciertamente, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, el momento a partir del cual se determina la naturaleza pasada o futura de una afectación, es el de la expedición del fallo correspondiente⁸¹, por lo que son pasados todos aquellos daños cuyos efectos se han decantado (consolidado) para la época en que deviene la decisión judicial.

Ahora, puede afirmarse, en general, que si el daño emergente es pasado, su cuantificación exige de tres pasos:

- i) Es preciso identificar la suma en que consistió el daño emergente pasado, esto es, el valor de la erogación. De este modo, por ejemplo, si la víctima de la afectación está cobrando los gastos de traslado o los gastos funerarios, es preciso determinar cuál fue el valor de

⁸⁰ ISAZA POSSE, María Cristina, *De la cuantificación del daño*, Segunda edición, Ed. Temis, 2011, pág. 21 y ss.

⁸¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de abril de 1979. M.P. Alberto Ospina Botero.

dichos gastos⁸², el cual, por lo demás, debe estar suficientemente respaldado en un medio probatorio que permita verificar su certidumbre y precisión⁸³.

- ii) Determinada la suma en que consistió la erogación, es necesario actualizar su monto a *valor presente*⁸⁴.

Como es natural, por tratarse de una suma en la que se incurrió en el pasado, el efecto de la inflación conduce a que el simple pago de su valor nominal no sea, en realidad, una indemnización satisfactoria. La pérdida de poder adquisitivo del dinero genera que lo que hace algunos meses o años tuvo un valor nominal determinado, hoy tenga un costo –también nominal– mayor.⁸⁵ Por esa razón, si el victimario solamente pagara el precio de la erogación sin más, en realidad, estaría pagando un monto menor al del perjuicio sufrido, en la medida en que, por la inflación, dicho precio no representa, al momento de la liquidación, el valor real del gasto respectivo⁸⁶.

De ahí que se haga necesario actualizar o corregir la suma con base en un índice que permita ajustarla de conformidad con el efecto inflacionario⁸⁷. En el caso colombiano, dicho índice es el Índice de Precios al Consumidor (IPC)⁸⁸.

⁸² HENAO PÉREZ, Juan Carlos, *El daño*, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1998, pág. 199 y ss.; MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Undécima edición, Ed. Temis, 2003, pág. 306.

⁸³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de julio de 2002. M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

⁸⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 13 de mayo de 2010. M.P. Edgardo Villamil Portilla.

⁸⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de noviembre de 1979. M.P. Ernesto Gamboa Álvarez.

⁸⁶ SANTOS BALLESTEROS, Jorge, *Responsabilidad civil*, Tomo I, Ed. Temis, 2012, págs. 355 y ss.

⁸⁷ VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio, *Responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Temis, 2009, pág. 373 y ss.

⁸⁸ Como lo señala VELÁSQUEZ POSADA, “Es importante no confundir dos conceptos básicos: el IPC, Índice de Precios al Consumidor, y la tasa de inflación del IPC. El IPC es ‘un indicador que mide la variación de precios de una canasta de bienes y servicios representativos del consumo de los hogares del país. Los resultados son analizados por grupos, gastos básicos y niveles de ingreso’...Para obtener la inflación de un periodo a otro, simplemente se toma el IPC final, se multiplica por 100 y se lo divide por IPC inicial”. VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio, *Responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Temis, 2009, págs. 374 y 375.

Para realizar esta gestión, la jurisprudencia ha acogido una fórmula matemática general que permite la actualización o corrección de la renta o suma que ha sido pagada en el pasado. Dicha fórmula es:

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

La suma histórica es el valor nominal de la erogación (es decir, el costo que tuvo, sin más), la cual se multiplica por el resultado de la división del IPC final (esto es, el IPC del mes y el año en el que se hace la liquidación –es importante que sea el del momento de la liquidación en la medida en que, de lo contrario, el rubro no se traería a valor presente–) sobre el IPC inicial (esto es, el IPC del mes y el año en el que se incurrió en el consabido gasto)⁸⁹.

Para obtener el IPC se debe acudir a las tablas que certifica y difunde el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)⁹⁰, en Colombia. La cuestión es que, en ocasiones, su acceso electrónico no suele ser sencillo, entre otras porque el DANE certifica distintos tipos de IPC con diferentes variables.

Sugerimos, para el efecto, consultar las Series por Año (Total) que presenta el Banco de la República con fundamento en lo certificado por el organismo competente (DANE)⁹¹: el recurso ofrecido por el Banco permite conocer el valor nacional del IPC desde 1954 (véase el anexo No. 2).

Esta consulta, sin embargo, debe hacerse teniendo en cuenta tres precisiones fundamentales:

- El DANE certifica diferentes aspectos del IPC. En particular, certifica tanto el valor absoluto del índice como su variación porcentual.

Pues bien, para la aplicación de las fórmulas correspondientes se debe tener en cuenta el valor absoluto (índice *stricto sensu*) y no la mencionada variación porcentual del mismo, ya que, de utilizarse estas últimas, el resultado del procedimiento matemático no va a ser el adecuado.

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 1 de septiembre de 2009. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

⁹⁰ De acuerdo con el artículo 191 del Código de Procedimiento Civil colombiano, reproducido por el artículo 180 del Código General del Proceso, “*todos los indicadores económicos nacionales se consideran hechos notorios*”, por lo que no es necesaria la prueba del IPC en los procesos judiciales.

⁹¹ Véase <http://www.banrep.gov.co/es/ipc>

- En segundo lugar, el índice que se debe utilizar es el nacional y no el de las ciudades o los departamentos en concreto. Para algunos autores, el principio de reparación integral impondría considerar la situación particular de la víctima ya que, en tratándose de un afectado que estará solamente en Cartagena, por ejemplo, conviene tener en cuenta el IPC de Cartagena –y no el nacional– de cara a la cuantificación⁹².

A nuestro juicio, sin embargo, esta es una valoración que conduce a dos inconvenientes: en primer lugar, un problema de certidumbre, en la medida en que determinar si una persona empleará o no su dinero solamente en determinada ciudad es una tarea de muy difícil consecución. Inciden gran cantidad de variables –algunas de ellas imprevisibles– que pueden conducir a que la persona utilice sus capitales en diferentes ciudades, lo que llevaría a que una cuantificación hecha con fundamento en un IPC regional terminara desprovista de todo fundamento. El segundo problema sería de orden práctico, como quiera que demostrar cuándo se debe utilizar el IPC de un departamento o de una ciudad y cuándo el nacional supone una engorrosa tarea probatoria para la víctima que, a la postre, solo llevará al incremento de las dificultades del proceso y el costo de litigar.

Por eso parece ser que la solución jurisprudencial, en la que se señala que se debe emplear el índice nacional, es la que mejor conviene.

- Finalmente, téngase en cuenta que no es necesario aportar el valor del índice como prueba en el curso de un proceso específico, ya que la Ley y la jurisprudencia han considerado que estos índices son hechos notorios que, en su condición de tal, no requieren de una prueba ante el Juez, quien los podrá emplear con base en su conocimiento particular⁹³.

iii) Una vez la suma ha sido actualizada conforme al IPC, se debe agotar un tercer paso: de acuerdo con el criterio jurisprudencial, se presume que si la víctima no se hubiera visto abocada a pagar la erogación en la que consistió el daño emergente, dicho dinero habría permanecido en su patrimonio y le habría generado un rendimiento mínimo.

Por esa razón, dicho rendimiento debe también serle reconocido, para lo cual, a la suma actualizada, se le debe adicionar un interés o rendimiento mínimo que en el caso colombiano está dado por el

⁹² VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio, *Responsabilidad civil extracontractual*, Op. Cit., p. 425.

⁹³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 13 de diciembre de 2002. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo; Ley 794 de 2003, art. 19.

denominado *interés puro civil* (esto es, el rendimiento estándar que se presume genera una suma de dinero), equivalente al 6% anual⁹⁴.

Para aplicar este interés, la jurisprudencia ha acogido dos fórmulas que permiten adicionarlo.

Una fórmula para los casos en que se trata de una suma única, y otra fórmula para los casos en que se está frente a una suma periódica.

Para estos efectos téngase en cuenta que una suma única es aquella que se agota en un solo momento de tiempo (e.g. un gasto por concepto de una cirugía reconstructiva, con valor de veinticinco millones de pesos), mientras que una suma periódica es aquella que se causa por instalamentos o cuotas del mismo valor (i.e. el valor mensual de la ayuda de tercera persona desde el momento del daño hasta el momento de la liquidación).

El intérprete deberá entonces analizar la estructura del rubro para saber si es único o periódico y, con base en ello, determinar la fórmula que resulta aplicable (en el anexo No. 6 al presente texto, el lector podrá encontrar ejemplos en torno a la aplicación de las fórmulas en situaciones prácticas concretas).

Para los casos de suma única, dicha fórmula será⁹⁵:

$S = Ra (1 + i)^n$	<p>Donde,</p> <ul style="list-style-type: none"> • S, corresponde a la indemnización a pagar. • Ra, es el valor de la renta actualizada. • i, es el valor del interés mensual que, en términos absolutos, corresponderá siempre a la suma de 0,004867¹. • n, corresponde al periodo indemnizable en meses, que es el transcurrido entre el momento de la erogación y aquel en el que se hace la liquidación (de modo que se sume el interés por cada uno de los meses en que la suma se mantuvo sin pago).
<p>* Para abreviar el cálculo del coeficiente o multiplicador $[(1 + i)^n]$ pueden emplearse las tablas contenidas en el anexo No.5.</p> <p>** En el anexo No. 6 se encontrarán ejemplos en torno a la aplicación de esta fórmula.</p>	

Tabla No. 1. Fórmula del daño emergente pasado (suma única)

⁹⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, Ed. Temis, 2008, pág. 900; DÍAZ-GRANADOS ORTIZ, Juan Manuel, *El seguro de responsabilidad*, Ed. Centro Editorial, 2006, pág. 113.

⁹⁵ ISAZA POSSE, María Cristina, *De la cuantificación del daño*, Segunda edición, Ed. Temis, 2011, págs. 24 y 25.

Por su parte, en los casos de sumas periódicas (teniendo en cuenta la ficción de las sumas periódicas que se explica justo después de la tabla), la fórmula es⁹⁶:

$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$	<p>Donde,</p> <ul style="list-style-type: none"> • S, corresponde a la indemnización a pagar. • Ra, es el valor de la renta actualizada. • i, es el valor del interés mensual que, en términos absolutos, corresponderá siempre a la suma de 0,004867. • n, corresponde al periodo que, en meses, ha transcurrido entre la erogación y la fecha de la tasación del daño.
<p>* Para abreviar el cálculo del coeficiente o multiplicador $\left[\frac{(1+i)^n - 1}{i} \right]$ pueden emplearse las tablas contenidas en el anexo No.5.</p> <p>** En el anexo No. 6 se encontrarán ejemplos en torno a la aplicación de esta fórmula.</p>	

Tabla No. 2. Fórmula del daño emergente consolidado (suma periódica)

Ahora bien, en relación con la suma periódica debe hacerse una precisión adicional que reviste algo de complejidad. Se trata de la denominada *ficción de la suma periódica* que, como podrá observar el lector, se aplica respecto del daño emergente pasado y *de otros rubros en los que así lo advertiremos expresamente*. Veamos:

La regla general, según se explicó, es que una suma será periódica cuando esta se cause por instalamentos o cuotas. La ficción alude, sin embargo, a casos en los que se exceptúa esta regla, esto es, a casos que reciben el tratamiento de una suma única, a pesar de consistir en pagos por instalamentos, lo que sucede, por regla general, respecto de aquellos rubros *temporalmente separados del momento de la liquidación*.

Ciertamente, la ficción está llamada a aplicarse cuando, en tratándose de un pago por cuotas, ha existido una solución de continuidad —separación temporal— entre el momento en que tales cuotas han dejado de causarse y la liquidación (ilustración A) o entre la liquidación y el momento en que las mismas empezarán a causarse (ilustración B):

⁹⁶ GIL BOTERO, Enrique, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, Cuarta edición, Ed. Ibáñez, 2010, pág. 183.

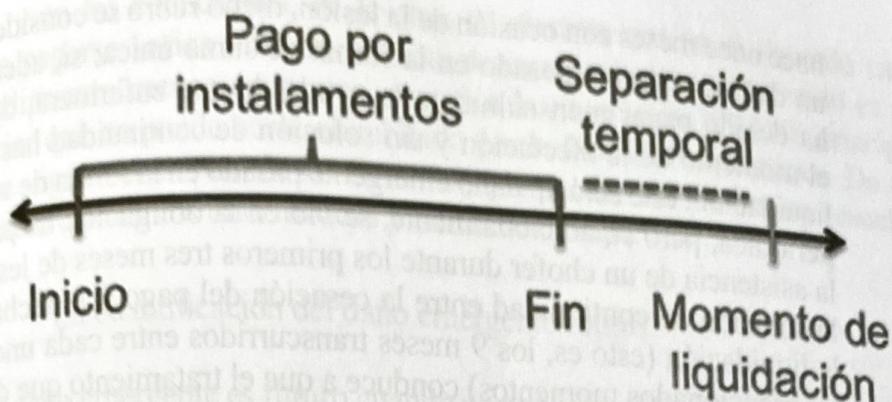


Ilustración A. Casos de ficción de la suma periódica para daños pasados

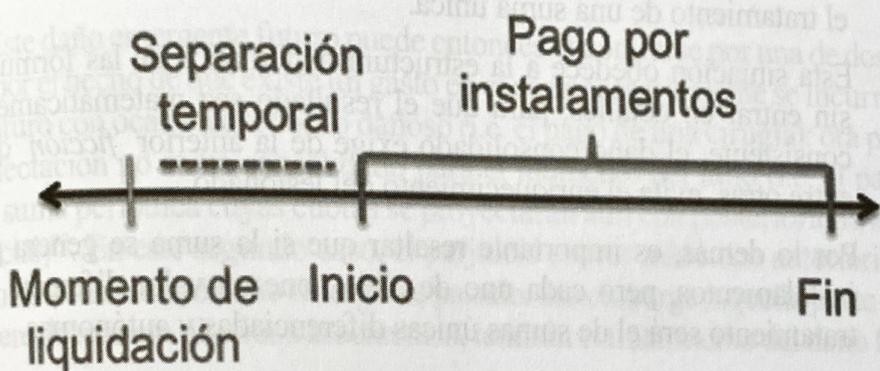


Ilustración B. Casos de ficción de la suma periódica para daños futuros

Por el contrario, si los instalamentos llegarán hasta el momento mismo de la liquidación o empezarán en dicho momento, la ficción no es procedente.

Esto se aplica en relación con el daño emergente pasado o consolidado, donde la consabida ficción es predicable. Ciertamente, para que una suma se considere efectivamente periódica —en casos de daño pasado, se reitera— es necesario, además de que se cause por instalamentos, que *no haya cesado en algún momento anterior a la liquidación*. Si ya existió una solución de continuidad entre la cesación de la erogación y la liquidación, al rubro se le dará el tratamiento de una suma única.

Un ejemplo lo ilustra mejor: supóngase que se está liquidando un daño emergente en la actualidad por un hecho dañoso sucedido hace doce meses. Si la víctima debió, a modo de ilustración, pagar una cirugía

hace once meses con ocasión de la lesión, dicho rubro se considerará un daño emergente pasado en la forma de suma única; si, además, ha debido pagar mensualmente la ayuda de una enfermera, desde el momento de la afectación y sin solución de continuidad hasta la liquidación, este será un daño emergente pasado en la forma de suma periódica; pero si, adicionalmente, se vio en la obligación de pagar la asistencia de un chofer durante los primeros tres meses de lesión, la solución de continuidad entre la cesación del pago y la fecha de la liquidación (esto es, los 9 meses transcurridos entre cada uno de los mencionados momentos) conduce a que el tratamiento que deba dársele sea el de la suma única a pesar de los instalamentos. Así, frente a esta erogación, el intérprete deberá multiplicar el valor de cada instalamento mensual por el tiempo que perduró y darle al producto el tratamiento de una suma única.

Esta situación obedece a la estructura matemática de las fórmulas; sin entrar en detalles, para que el resultado sea matemáticamente consistente, el daño consolidado exige de la anterior '*ficción*' que, entre otras, evita el enriquecimiento del lesionado.

Por lo demás, es importante resaltar que si la suma se genera por instalamentos, pero cada uno de ellos tiene un valor diferente, su tratamiento será el de sumas únicas diferenciadas y autónomas.

En compendio, cuando se trata de una afectación a la persona que ha aparejado un daño emergente pasado o consolidado, se deberá pagar dicho daño emergente, siempre que cumpla con los requisitos que, para el efecto, ha establecido la jurisprudencia. La cuantificación del perjuicio, por su parte, requerirá que se tome la suma en que consistió la erogación (paso i), se actualice su monto para traerlo a valor presente (paso ii) y se le sume el interés puro civil, de acuerdo con las fórmulas que distinguen entre las sumas únicas y las sumas periódicas (paso iii).

Es cierto, tanto para el daño emergente pasado, como para el futuro e, incluso, para el lucro cesante, que se podrían emplear tablas que contienen coeficientes en los que, *ex ante*, se establece cuál es el valor del interés puro mensual según el número de meses. De este modo, en la liquidación se ahorraría el procedimiento matemático de la fórmula, el cual quedaría reducido a una simple multiplicación: la de la suma neta del perjuicio por el valor del coeficiente respectivo (Anexo No. 5). No se aconseja, sin embargo, la realización de este procedimiento en la medida en que no resulta del todo exacto. En efecto, hecho el ejercicio con fundamento en las fórmulas, de una

parte, y en los coeficientes, de la otra, se observa que en el segundo caso suelen pagarse varios millones menos, de modo tal que, aun cuando es un procedimiento menos engorroso, sacrifica la reparación integral, principio superior que no puede verse obnubilado por la facilidad matemática. De ahí que se sugiera el empleo de las fórmulas, que pueden ser fácilmente resueltas mediante aplicativos informáticos y tablas de cálculo.

b) La cuantificación del daño emergente futuro

El daño emergente es futuro cuando no se ha consolidado para la fecha del fallo judicial. Así las cosas, se trata de un daño en el que se sabe, con razonable certeza, que existirá una erogación que se producirá en una época ulterior a la sentencia que ponga fin al litigio⁹⁷.

Este daño emergente futuro puede entonces encontrarse por una de dos vías: ora por el hecho de que existe un gasto en el que necesariamente se incurrirá en el futuro con ocasión del hecho dañoso (i.e. el pago de una cirugía); ora porque la afectación no se ha consolidado para el momento del fallo (i.e. el pago de una suma periódica cuyas cuotas se proyectarán aún con posterioridad al fallo judicial)⁹⁸. En este segundo caso, el perjuicio sobrevenido con anterioridad al fallo se tratará como daño emergente pasado. Sin embargo, aquella parte que se genere de manera ulterior a la sentencia, tendrán el tratamiento del daño futuro.

Ahora bien, para cuantificar el daño emergente futuro es preciso seguir una metodología similar a la que rige el daño emergente consolidado. Solamente deben tenerse en cuenta dos modificaciones:

- i) Considerando que la erogación se hará en el futuro, naturalmente no es necesario aplicar ningún procedimiento de corrección monetaria o de ajuste conforme al índice de precios al consumidor.
- ii) La jurisprudencia entiende, además, que la indemnización del daño emergente futuro supone un *pago anticipado* del gasto por parte del agente dañador a la víctima. Por ser un pago anticipado (en la medida en que la víctima recibirá el dinero con anterioridad a que

⁹⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales. Sentencia de 8 de septiembre de 1954. M.P. Luís Carlos Zambrano.

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 26 de junio de 2003. M.P. José Fernando Ramírez Gómez; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 15 de octubre de 2004. M.P. César Julio Valencia Copete; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de diciembre de 2012. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

deba incurrir en el gasto), los jueces civiles presumen que su beneficiario acometerá con ese dinero alguna clase de actividad que le genere rendimiento (inversión). Por esa razón, en lugar de sumar el interés puro civil, proceden a descontar dicho interés puro de la suma que recibe la víctima, a efectos de evitar cualquier posibilidad de enriquecimiento. Ello supone agotar un procedimiento en el que se descuenta el 6% anual.

Estas dos consideraciones conducen a que, en tratándose de daño emergente futuro, la metodología a agotar esté integrada solamente por dos pasos: uno primero consistente en determinar la suma por la cual se hizo la erogación –que será el valor, a pesos de hoy, que dicha erogación tiene– (*i*) y un segundo estadio en el que se aplicará la fórmula destinada a descontar el consabido 6% como interés (*ii*)⁹⁹.

Ahora bien, a semejanza del daño emergente consolidado, esta fórmula también varía según si se trata de sumas únicas o de sumas periódicas.

Así, en el caso de daño emergente futuro consistente en una suma única, la fórmula a aplicar es la siguiente¹⁰⁰:

$S = R \frac{1}{(1+i)^n}$	<p>Donde,</p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>S</i>, corresponde a la indemnización a pagar. • <i>R</i>, es el valor de la suma única a pesos de hoy, esto es, para el momento de la liquidación. • <i>i</i>, es el valor del interés mensual que, en términos absolutos, corresponderá siempre a la suma de 0,004867. • <i>n</i>, corresponde al periodo indemnizable en meses, que es el transcurrido entre el momento en que se hace la liquidación y aquel en que tendrá lugar la erogación futura (de modo que se descuenta el interés por cada uno de tales meses).
<p>* Para abreviar el cálculo del coeficiente o multiplicador $\left[\frac{1}{(1+i)^n}\right]$ pueden emplearse las tablas contenidas en el anexo No.5.</p> <p>** En el anexo No. 6 se encontrarán ejemplos en torno a la aplicación de esta fórmula.</p>	

Tabla No. 3. Fórmula del daño emergente futuro (suma única)

Por su parte, si se trata de daño emergente consistente en sumas periódicas—teniendo en cuenta la ficción de las sumas periódicas—, la fórmula a emplear es la siguiente:

⁹⁹ ISAZA POSSE, María Cristina, *De la cuantificación del daño*, Segunda edición, Ed. Temis, 2011, pág. 26 y ss.

¹⁰⁰ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, Ed. Temis, 2008, pág. 902.

$S = R \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$	<p>Donde,</p> <ul style="list-style-type: none"> • S, corresponde a la indemnización a pagar. • R, es el valor de la renta a pesos de hoy, esto es, para el momento de la liquidación.. • i, es el valor del interés mensual que, en términos absolutos, corresponderá siempre a la suma de 0,004867. • n, corresponde al periodo indemnizable en meses, esto es, el que transcurrirá entre el momento de la liquidación y la fecha en que cesará la erogación futura. <p>Cuando la erogación en que consista el daño emergente futuro sea vitalicia (esto es, corresponda a un gasto que no cesará con el tiempo), el periodo indemnizable estará dado por la expectativa de vida de la víctima determinada de conformidad con las tablas aprobadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, según como se explica en el segmento del lucro cesante futuro. Así, el intérprete deberá tomar la vida probable del afectado, el cual variará según si la víctima ha quedado inválida o no.</p>
<p>* Para abreviar el cálculo del coeficiente o multiplicador $\left[\frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n} \right]$ pueden emplearse las tablas contenidas en el anexo No.5.</p> <p>** En el anexo No. 6 se encontrarán ejemplos en torno a la aplicación de esta fórmula.</p>	

Tabla No. 4. Fórmula del daño emergente futuro (suma periódica)

Con todo, es aplicable la denominada ficción de las sumas periódicas ya explicada en un punto anterior. Así, para que una suma se considere efectivamente periódica en el daño emergente futuro es necesario, además de que se cause por instalamentos, que *empiece su causación en el momento de la liquidación y sin solución de continuidad.*

Si la erogación tendrá lugar meses o años después del momento de la liquidación, esto es, si existe o existirá una separación temporal entre el momento de la liquidación y el inicio del pago (ilustración B), se le dará el tratamiento de una suma única no obstante su causación por instalamentos:

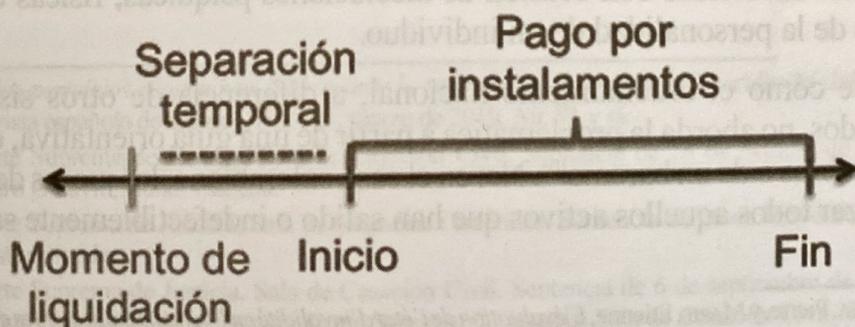


Ilustración B. Casos de ficción de la suma periódica para daños futuros

Un ejemplo lo ilustra mejor: si la víctima deberá pagar una cirugía dos años después de la liquidación, dicho rubro se considerará un daño emergente futuro en la forma de suma única; si, además, deberá pagar la asistencia de una enfermera desde el momento de la liquidación y durante los doce meses siguientes, este será un daño emergente futuro en la forma de suma periódica; pero si, adicionalmente, se verá en la obligación de pagar una fisioterapia cinco años después de la liquidación y durante un lapso de 12 meses, a este rubro deberá dársele el tratamiento de una suma única, a pesar de que su pago será por instalamentos. Así, frente a esta erogación, el intérprete deberá multiplicar el valor de cada instalamento mensual por el tiempo que perdurará y darle al producto el tratamiento de una suma única futura.

Esta situación obedece a la estructura matemática de las fórmulas; sin entrar en detalles, para que el resultado sea matemáticamente consistente, el daño futuro exige de la anterior *'ficción'* que, entre otras, evita el enriquecimiento del lesionado.

Por lo demás, es importante resaltar que si la suma se genera por instalamentos, pero cada uno de ellos tiene un valor diferente, su tratamiento será el de sumas únicas diferenciadas y autónomas.

Todo lo anterior conduce, en compendio, a que en tratándose de daño emergente futuro, la cuantificación del perjuicio esté dada por dos pasos fundamentales: uno primero, consistente en la determinación del valor nominal de la erogación y uno segundo, en el que se deben aplicar las fórmulas antes señaladas, según si se trata de una suma única o de una suma periódica.

2.2.1.3. *Las particularidades del daño emergente en los casos de afectaciones a las personas: la prueba y los casos difíciles*

Estos son entonces los criterios llamados a regir las indemnizaciones por erogaciones incurridas con ocasión de afectaciones psíquicas, físicas o a los derechos de la personalidad de un individuo.

Nótese cómo el ordenamiento nacional, a diferencia de otros sistemas comparados, no aborda la problemática a partir de una guía orientativa, de una tabla de rubros o de un baremo¹⁰¹. No: en el caso colombiano, los jueces deberán indemnizar todos aquellos activos que han salido o indefectiblemente saldrán

¹⁰¹ ABALLEA, Pierre, y MARIE, Etienne, *L'évaluation de l'état d'invalidité en France: réaffirmer les concepts, homogénéiser les pratiques et refondre le pilotage du risque*, (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/124000682/>), consultado el 6 de febrero de 2015; AYUSO GUTIÉRREZ, Mercedes; BERMÚDEZ MORARA, Lluís y SANTOLINO PRIETO, Miguel, *Una metodología alternativa para el cálculo*

2.2.2. LA INDEMNIZACIÓN DEL LUCRO CESANTE

2.2.2.1. Generalidades

La otra faceta del daño patrimonial está dada por el lucro cesante. En este caso, la lesión o menoscabo consiste en los activos, réditos o rendimientos que la víctima ha dejado de percibir o indefectiblemente dejará de percibir como consecuencia del hecho dañoso¹³⁶.

Así, a diferencia del daño emergente, el lucro cesante no consiste en un activo que sale del patrimonio, sino en uno que no ingresa. Una ganancia o incremento que se torna frustráneo, en virtud del menoscabo que ha padecido el sujeto que reclama la indemnización.

La caracterización de este perjuicio requiere entonces de una ganancia cierta. Si la ganancia no reúne el requisito de certeza, no se puede hablar de lucro cesante. Ahora bien, esa ganancia cierta es la que se deja de percibir por parte del afectado, por lo que se asocia el lucro cesante a los casos de *ganancias frustradas* derivadas del hecho dañoso¹³⁷.

Es esta materia es de sobra conocida la consigna general que aconseja el cuidado con el que debe proceder el juez en el análisis de la certeza en torno a la pérdida de la ganancia o del activo. En efecto, la indemnización por este concepto no se puede conferir si no existe seguridad en torno a la ganancia frustrada, lo cual excluye los denominados *sueños de ganancia* que, en muchas ocasiones, campean en las reclamaciones elevadas por las víctimas¹³⁸.

Por lo demás, la existencia del perjuicio, como es obvio, requiere de la concurrencia de los demás requisitos del daño indemnizable, como son su carácter personal y directo.

2.2.2.2. La cuantificación del lucro cesante

En lo que se refiere a la tasación del perjuicio, debe señalarse que el lucro cesante en la esfera de daños a la persona tampoco cuenta con un sistema de tablas o guías indemnizatorias. De ahí que nuevamente sea necesario acudir

¹³⁶ HINESTROSA FORERO, Fernando, *Curso de obligaciones*, Segunda edición mimeografiada, Ed. Universidad Externado de Colombia, 1961, pág. 336.

¹³⁷ SANTOS BALLESTEROS, Jorge, *Responsabilidad civil*, Tomo I, Ed. Temis, 2012, págs. 346 y ss.

¹³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 4 de abril de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

a los criterios de reparación que, de conformidad con las pretensiones de cada caso, ha establecido la jurisprudencia. En general, tales criterios indican que la cuantificación del lucro cesante deberá partir de la determinación de la ganancia frustrada. Una vez se determine cuál fue el monto de dicha ganancia frustrada, se deberán aplicar ciertas fórmulas matemáticas que permitirán consolidar el valor final de la indemnización por este concepto¹³⁹.

El inconveniente es que en la determinación de la ganancia que la víctima dejó de percibir inciden un sinnúmero de variables cuya interacción suele ser confusa y compleja. Los jueces han considerado toda suerte de factores que, en muchas ocasiones, colisionan unos con otros y dificultan la determinación del *quantum* de la reparación.

Un intento de sistematización, podría, sin embargo, facilitar un poco el análisis. Para ello conviene entonces analizar los tres aspectos involucrados en la tasación de este rubro, como son la legitimación para reclamarlo (i), la determinación de la renta específica que ha sido frustrada (ii) y la aplicación de los procedimientos matemáticos según si se trata de lucro cesante pasado o de lucro cesante futuro, como sigue.

2.2.2.2.1. Los legitimados para reclamar el lucro cesante

A diferencia del daño emergente, en el lucro cesante uno de los aspectos que suele generar controversia, al menos en los ordenamientos comparados, es el que tiene que ver con los legitimados para reclamar la indemnización¹⁴⁰.

Ciertamente, con el propósito de poner una cortapisa en los montos de la reparación, los diferentes sistemas jurídicos limitan, en mayor o menor medida, el círculo de sujetos habilitados para reclamar indemnizaciones por este concepto¹⁴¹.

Así, por ejemplo, Alemania tiene un sistema restrictivo de legitimados. Solamente contempla a los alimentarios¹⁴².

¹³⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de marzo de 2012. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de junio de 2008. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

¹⁴⁰ MEDINA CRESPO, Marino, *Los daños: Tipología y valoración*, Revista Española de la Función Consultiva, No. 16, julio-diciembre de 2011, Att. 17 y ss.

¹⁴¹ NAVEIRA ZARRA, Maita María, *Clases de daños resarcibles*, (<http://vlex.com/vid/clases-294148>), consultado el 7 de febrero de 2015.

¹⁴² MARKESINIS, Basil y UNBERATH, Hannes, *The German Law of Torts. A comparative Treatise*, Cuarta edición, Ed. Hart Publishing, 2002, pág. 925 y ss.

Inglaterra, por su parte, cuenta con reglas intermedias. El *Fatal Accidents Act* contiene una lista de legitimados entre los que se encuentran alimentarios y otros sujetos que dependían económicamente del fallecido. La tendencia, a lo largo de los años, ha sido la de ensanchar la lista¹⁴³.

Francia tiene un concepto amplio de legitimados: cualquier individuo que dependiera económicamente de la víctima directa y, de contera, padezca la pérdida económica, tiene derecho a reclamar la indemnización¹⁴⁴.

En fin, en España los legitimados se establecen en función de un núcleo específico, que es la víctima fallecida. A partir de allí se empieza a descender por niveles, según los parientes existentes. Lo paradójico es que la indemnización varía en función de la existencia de otros familiares, por lo que, a mayor número de familiares, menor será la indemnización incluso para los círculos cercanos (lo anterior a la luz de las tablas I y II del Baremo indemnizatorio, actualmente vigente)¹⁴⁵.

En Colombia el panorama es bastante diferente. No existe, en nuestro caso, una lista de legitimados que puedan reclamar este tipo de rubros. Por esa razón, se adopta un criterio similar al francés, en el sentido de señalar que serán beneficiarios de la indemnización todos aquellos sujetos que logren acreditar que, en efecto, han padecido la frustración de una ganancia, activo o ingreso económico.¹⁴⁶

De ordinario, ello se predica respecto de la víctima directa de la lesión, como de todos aquellos que dependían económicamente de dicha víctima. Puede afirmarse, en consecuencia, que podrán reclamar la indemnización por lucro cesante el afectado (víctima directa) y sus dependientes económicos.

Lo anterior, sin embargo, teniendo en cuenta dos precisiones fundamentales:

1. La esfera de legitimados puede variar según si la víctima directa ha fallecido o no¹⁴⁷. Si lo primero, la jurisprudencia colombiana ha

¹⁴³ MARTÍN-CASALS, Miquel, *Conceptos perjudiciales (heads of damage) en la indemnización por muerte y lesiones personales en Europa*, InDret, Revista para el análisis del Derecho, No. 2, abril de 2013, Att. 19 y ss.

¹⁴⁴ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne ; PORCHY-SIMON, Stéphanie, *Droit du dommage corporel*, Séptima edición, Ed. Dalloz, 2011, pág. 208 y ss.

¹⁴⁵ MEDINA CRESPO, Marino, *Los daños: Tipología y valoración*, Revista Española de la Función Consultiva, No. 16, julio-diciembre de 2011, Att. 17 y ss.

¹⁴⁶ SOLARTE RODRÍGUEZ, Arturo, "Las acciones "Iure Hereditatis" en la Responsabilidad Civil" en obra colectiva: *Derecho de las obligaciones*, Ed. Temis & Ediciones Uniandes, 2010, pág. 395 y ss.

¹⁴⁷ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, Ed. Temis, 2008, pág. 438 y ss.

señalado, con unanimidad, que el lucro cesante correspondiente al ingreso que percibiría esa víctima con posterioridad al fallecimiento y que destinaría para su propia subsistencia (esto es, lo que no desembolsaría a los dependientes económicos) no se puede reclamar¹⁴⁸. Y no puede solicitarse porque, al decir de los jueces civiles, la muerte es un hecho jurídico cierto que, de un modo u otro, toda persona deberá enfrentar¹⁴⁹. Así las cosas, la muerte no puede ser vista como una interrupción imprevisible de las ganancias que habilite para el cobro de un lucro cesante directo del fallecido; al fin y al cabo, en un momento dado, todos vamos a morir, por lo que ese es, en definitiva, el momento en el cual cesará el ingreso a que tenemos derecho.

Lo anterior conduce entonces a que, en hipótesis de fallecimiento del lesionado, no se pueda reclamar el lucro cesante futuro del occiso que, como es obvio, reclamarían sus herederos a título de acción hereditaria. Lo anterior, considerando, sin embargo, las siguientes acotaciones:

- En primer lugar, esta regla es válida para el lucro cesante futuro, esto es, para los ingresos que percibiría la víctima con posterioridad a su fallecimiento y que destinaría a su propia subsistencia. Por el contrario, el lucro cesante pasado, es decir, el que se irrogó con anterioridad a la muerte del perjudicado (e.g. mientras estuvo incapacitado en la clínica) sí se puede reclamar por la vía de la acción hereditaria en la medida en que supone un crédito ya consolidado en el patrimonio del causante.

Así las cosas, los ingresos que la víctima percibiría con posterioridad a la fecha de fallecimiento y que emplearía para sí mismo, no son reclamables. Sin embargo, aquellos que dejó de percibir antes del fallecimiento en razón de su incapacidad representan un derecho de crédito que ya ha surgido en su patrimonio y que, en consecuencia, es susceptible de cobro por la vía de la acción hereditaria.

- Por supuesto que tampoco están incluidos en la regla anterior los perjuicios propios que, como lucro cesante, padecen los dependientes económicos. Quienes subsisten tras la muerte

¹⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 13 de septiembre de 2013. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

¹⁴⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 4 de abril de 1968. M.P. Fernando Hinestrosa Forero.

de la víctima directa sí podrán reclamar los ingresos que han dejado de percibir en razón del fallecimiento de dicha víctima directa, siempre que logren acreditar el consabido criterio de dependencia¹⁵⁰.

Corolario de ello, en síntesis, es que lo que no se puede reclamar son los ingresos que la víctima destinaba para su propia subsistencia y que se causarían con posterioridad a la fecha de su muerte.

Ahora bien, si la víctima directa sobrevive, de ordinario será ella la única legitimada para cobrar su lucro cesante¹⁵¹. En efecto, si la indemnización cumple con los parámetros que le son propios, la víctima quedará en una situación de indemnidad: la ganancia frustrada será adecuadamente compensada y, en ese sentido, sus dependientes seguirán recibiendo el dinero que les correspondía, de modo tal que no podrían reclamar perjuicio alguno. Puesto en otros términos, si la víctima directa recibe la ganancia frustrada, a título de indemnización, continuará con su ingreso habitual, lo que le permitirá preservar la manutención de sus dependientes, lo que los priva de legitimación para reclamar el lucro cesante.

2. En segundo lugar, la intervención de los dependientes exige que, como es natural, acrediten su dependencia económica. Sin embargo, en ciertos casos la dependencia económica es presunta. Es lo que sucede, por ejemplo, con los hijos menores de 25 años. En cierta medida, el criterio se ha aplicado también en los casos de hijos discapacitados o de los padres respecto de los hijos, mientras el hijo no cumpla los 25 años de edad¹⁵².

La existencia de la presunción releva de la consecuente carga de la prueba en torno a la dependencia económica del reclamante, sin perjuicio de lo cual puede derruirse mediante prueba en contrario (presunción de hecho).

Estas son, en síntesis, las directrices generales en torno a los sujetos legitimados para reclamar la indemnización.

¹⁵⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de noviembre de 1999. M.P. Nicolás Bechara Simancas.

¹⁵¹ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, Ed. Temis, 2008, pág. 438.

¹⁵² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de Julio de 2012. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

2.2.2.2.2. *La determinación de ingreso base para la liquidación*

Dilucidado el aspecto de los legitimados para reclamar, el intérprete debe realizar un segundo paso: se trata de determinar el monto de la ganancia frustrada.

En el daño emergente, este paso era relativamente sencillo: debía analizarse el valor de la erogación y ese era, en esencia, el sustrato sobre el cual debía aplicarse el procedimiento matemático.

Sin embargo, en el lucro cesante la cuestión tiene una complejidad un poco mayor. Teniendo en cuenta que no se trata propiamente de una erogación, sino de un activo que no ingresará al patrimonio del afectado, intervienen una serie de variables adicionales que habrán de tenerse en cuenta. Veamos.

De acuerdo con las directrices jurisprudenciales, para la determinación del activo frustrado (que, de ordinario, será un ingreso) debe considerarse cada caso particular, en aras de tener en cuenta los diferentes factores que inciden en los ingresos de un sujeto.

Así las cosas, los jueces no han adoptado una metodología única en este sentido, sino que han dicho que deben considerarse las diferentes particularidades de cada pretensión indemnizatoria, en aras de acercarse, en la mayor medida posible, al monto real del ingreso que se dejó de percibir.

Sin perjuicio de lo anterior, sí existen algunos parámetros generales a los que la jurisprudencia suele acudir para estos efectos, sin desconocer, se itera, *que es el examen de cada caso particular el que finalmente impondrá la regla específica para la indemnización*. Dentro de tales reglas se destacan las siguientes:

- Si la víctima era un asalariado, se tomará su salario mensual como base para la liquidación; de ser dicho ingreso base variable debe promediarse el valor de los últimos doce meses o, en general, de un periodo relevante que permita reflejar una situación ordinaria y real¹⁵³. Además, si se trataba de un asalariado, habrá de adicionarse el 25% sobre el ingreso ordinario, a título de compensación del factor prestacional.
- Si el salario era integral, la adición del factor prestacional no resulta procedente. Ello obedece a que el salario integral incorpora ya el valor de las prestaciones correspondientes.
- Si el ingreso no provenía de un salario, se debe considerar la fuente de ingreso particular que tenga el reclamante. Si el mismo era fijo

¹⁵³ VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio, *Responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Temis, 2009, pág. 365.

o estable, esa será la base. Por el contrario, esto es, si el ingreso era variable o atípico para la época del hecho dañoso, debe considerarse el promedio ponderado de los ingresos dentro de un periodo relevante que, de ordinario, será un año¹⁵⁴. En estos casos, por no tratarse de un asalariado, no debe incluirse el factor prestacional.

- Si para el momento de la lesión la víctima enfrentaba circunstancias atípicas en relación con el ingreso –por ejemplo, por el hecho de encontrarse desempleado– se deberá dar aplicación al criterio de equidad que, de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales, supone tomar un periodo que refleje condiciones normales u ordinarias a efectos de obtener el salario base de liquidación (periodo no extraordinario). Si encontrar dicho periodo no fuere posible, se presumirá que el ingreso es de un salario mínimo legal mensual vigente¹⁵⁵.
- Si la víctima fallece, la determinación del ingreso frustrado exige que se descuente el valor que dicha víctima destinaba a su propia manutención (conocido como la cuota *sibi*). Lo anterior en la medida en que, en virtud del fallecimiento, dicho dinero ya no será empleado por la propia víctima y, por su particular destinación, tampoco le corresponde a los dependientes económicos. En el ordenamiento colombiano, la cuota *sibi* se presume en un porcentaje del 25% del total del ingreso¹⁵⁶.
- Si se trata de una situación de incapacidad total o parcial, deberá aplicarse el porcentaje de incapacidad sobre el ingreso total para determinar el ingreso base de liquidación.

Así, si la incapacidad es total, el lucro cesante se devengará por la totalidad del ingreso mensual.

Por el contrario, si la incapacidad no es total, se sobreentiende que la víctima continuará con una parte determinada de su posibilidad laboral, por lo cual no debe reconocérsele la totalidad del ingreso, sino la parte proporcional correspondiente al porcentaje de incapacidad. Dicho porcentaje, por lo demás, se determina conforme al sistema de riesgos laborales.

¹⁵⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 20 de enero de 2009. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

¹⁵⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de junio de 2005. M.P. Jaime Arrubla Paucar.

¹⁵⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de marzo de 2007. M.P. Edgardo Villamil Portilla; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 20 de julio de 2013. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

Ahora bien, la postura actual de la jurisprudencia indica que se deberá reconocer el porcentaje de incapacidad independientemente de si la víctima, de facto, preserva intacto su nivel salarial.

Así las cosas, según el criterio de las altas cortes –sobre todo del Consejo de Estado–, si una persona natural pierde el cincuenta por ciento de su capacidad laboral es preciso reconocer un ingreso frustrado del 50% incluso en aquellas hipótesis en las que, en la praxis, dicha víctima pueda ejercitar una actividad diferente que le reporte el mismo nivel de ingreso.

Como fundamento se sostiene que “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 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 periodo en que se dejó de producir. Por el contrario, si 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 libertad para obrar dentro del marco del destino (...) así se explica que quien hoy es abogado, mañana puede dedicarse a las labores del agro o del comercio, libertad de elección 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”¹⁵⁷.

Esta es, en suma, la posición contemporánea.

No obstante, no parece tener mucho sentido que si la víctima ha preservado, de facto, su capacidad productiva, se le ordene al agente dañador el pago de una indemnización por concepto de lucro cesante. Bien es sabido que este rubro se refiere al ingreso que, con la suficiente certeza, se ha visto frustrado. En ese orden de ideas,

¹⁵⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 12 de septiembre de 1991.

si ninguna frustración existió —esto es, si el nivel de ingresos sigue siendo el mismo con posterioridad al hecho dañoso, empleando, por ejemplo, la teoría de la diferencia como criterio orientador— no existe, en realidad, menoscabo patrimonial alguno que merezca una indemnización.

Y que no se diga que en este caso el pago se hace en virtud de la imposibilidad o la restricción a la facultad de elección profesional u ocupacional de la víctima: si ese es, en realidad, el rubro que se está indemnizando, es claro que su concepto no se corresponde con el de lucro cesante, sino con el de alguna modalidad de perjuicio extrapatrimonial, como se verá ulteriormente.

De ahí que este sea otro de los aspectos en los que se aprovechará la propuesta regulatoria para incorporar un ajuste.

- En fin, para el caso de los dependientes económicos, el valor del ingreso frustrado debe corresponder al que, en realidad, destinaba la víctima directa a favor de tales dependientes. Así las cosas, deberá acreditarse cuál era la cuota de manutención que la víctima directa entregaba a los reclamantes. Si ello no fuese posible, se repartirá un 50% para el cónyuge, y el 50% restante para los hijos que hubiere (que es, en definitiva, la regla que suele tener aplicación en la mayoría de los casos judiciales)¹⁵⁸.

Con base en estas reglas se puede determinar el ingreso base de liquidación. No obstante ello, si se tratara de una hipótesis atípica en que las mismas no son suficientes para dilucidar, a ciencia cierta, cuál es dicho ingreso, la jurisprudencia ha dado aplicación al artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y, en ese sentido, ha cuantificado el ingreso con fundamento en la equidad y los criterios técnicos actuariales¹⁵⁹.

Pues bien, agotado el paso del ingreso, el operador deberá aplicar algunos procedimientos matemáticos (fórmulas) que permitirán cuantificar el lucro cesante definitivo, como sigue.

¹⁵⁸ Esta regla ha generado varios cuestionamientos desde el punto de vista doctrinal. Es así como, por ejemplo, el doctor Juan David Palacio Barrientos (miembro activo del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado) ha planteado interesantes cuestionamientos en relación con hipótesis como el acrecimiento.

¹⁵⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de octubre de 2004. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

2.2.2.3. Fórmulas matemáticas para la determinación definitiva del lucro cesante¹⁶⁰

A semejanza del daño emergente, una vez se ha establecido el valor específico del ingreso base de liquidación, deben aplicarse una serie de procedimientos matemáticos que permitirán dilucidar el monto definitivo del lucro cesante, según su tipología temporal, así:

a) En los casos de lucro cesante pasado

Si se trata de lucro cesante pasado (esto es, el consolidado para la época en que se profiera el fallo que ponga fin a la controversia), se deberá, en primera medida, actualizar su valor de conformidad con el índice de precios al consumidor (véase, supra, n. 2.2.1), para lo cual deberá emplearse la siguiente fórmula jurisprudencialmente acogida:

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

La suma histórica es el valor nominal de la renta frustrada, según se determinó en el estadio anterior, la cual se multiplica por el resultado de la división del IPC final (esto es, el IPC del mes y el año en el que se hace la liquidación) sobre el IPC inicial (esto es, el IPC del mes y el año en el que se frustró la renta). Para obtener el IPC se debe acudir a las tablas que certifica y difunde el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), en Colombia –anexo No. 2– (sobre este particular, véase la referencia incorporada en el segmento propio del daño emergente).

Una vez se cuente con la cifra actualizada, por ser un daño pasado, se aplica nuevamente aquella presunción de la jurisprudencia en virtud de la cual debe sumarse el interés puro legal en los términos en que se explicó en un punto anterior (véase supra n. 2.2.1). En efecto, por tratarse de un rédito que se dejó de percibir en el pasado, el ordenamiento colombiano entiende que ese ingreso frustrado habría generado, además, un rendimiento mínimo, razón por la cual

¹⁶⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 6 de septiembre 2004. M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de abril de 2009. M.P. Cesar Julio Valencia Copete.

adiciona un porcentaje equivalente al 6% anual, que corresponde al denominado interés puro civil.

Para adicionarlo, debe emplearse una de dos fórmulas, según si la renta frustrada se erigió como una suma única o como una suma periódica, en los términos ya explicados en un punto anterior.

Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que en este rubro es también aplicable —una vez más— la denominada *ficción de la suma periódica*. Así, para que un lucro cesante pasado se considere efectivamente periódico —en los términos ya explicados frente al daño emergente— es necesario, además de que se cause por instalamentos, que *no exista solución de continuidad entre la cesación del ingreso frustrado y la liquidación*.

Si entre la cesación de la renta frustrada causada por cuotas y el momento de la liquidación existe una solución de continuidad, esto es, una separación temporal (ilustración A), a ese ingreso frustrado se le dará el tratamiento de una suma única.

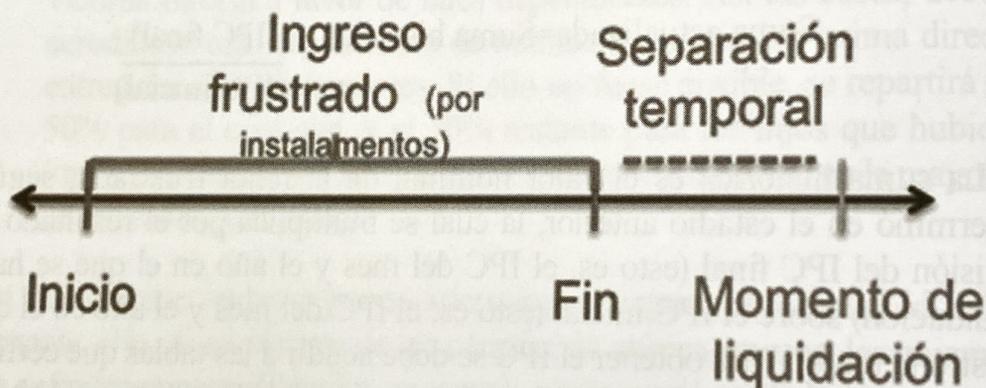


Ilustración A. Casos de ficción de la suma periódica para daños pasados

Un ejemplo lo ilustra mejor: supóngase que se está liquidando un lucro cesante en la actualidad por un hecho dañoso sucedido hace doce meses. Si la víctima dejó de percibir, a modo de ilustración, una ganancia única de COP. 100.000 que se causaba un mes después de la lesión, dicho rubro se considerará un lucro cesante pasado en la forma de suma única; si, además, ha dejado de percibir el 50% de sus ingresos desde el momento de la afectación y sin solución de continuidad hasta la liquidación, este será un lucro cesante pasado en la forma de suma periódica; pero si, adicionalmente, perdió una bonificación mensual por resultados que debía causarse durante los tres meses siguientes a la lesión, el que la pérdida haya cesado con anterioridad a la liquidación (esto

es, 9 meses antes de la liquidación) conduce a que el tratamiento que deba dársele sea el de la suma única a pesar de los instalamentos. Así, frente a esta renta, el intérprete deberá multiplicar el valor de cada instalamento mensual por el tiempo que perduró y darle al producto el tratamiento de una suma única.

Esta situación obedece a la estructura matemática de las fórmulas; sin entrar en detalles, para que el resultado sea matemáticamente consistente, el daño consolidado exige de la anterior 'ficción' que, entre otras, evita el enriquecimiento del lesionado.

Hecha esta precisión, para los casos de sumas únicas se aplica la siguiente fórmula:

$S = Ra (1 + i)^n$	<p>Donde,</p> <ul style="list-style-type: none"> • S, corresponde a la indemnización a pagar. • Ra, es el valor de la renta actualizada. • i, es el valor del interés mensual que, en términos absolutos, corresponderá siempre a la suma de 0,004867. • n, corresponde al periodo indemnizable en meses, que es el transcurrido entre el momento de la renta frustrada y aquel en el que se hace la liquidación (de modo que se sume el interés por cada uno de los meses en que la suma se mantuvo sin pago).
<p>* Para abreviar el cálculo del coeficiente o multiplicador $[(1 + i)^n]$ pueden emplearse las tablas contenidas en el anexo No.5.</p> <p>** En el anexo No. 6 se encontrarán ejemplos en torno a la aplicación de esta fórmula.</p>	

Tabla No. 6. Fórmula del lucro cesante pasado (suma única)

Por su parte, en los casos de sumas periódicas (con la precisión hecha en relación con la ficción de la suma periódica), la fórmula es:

$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$	<p>Donde,</p> <ul style="list-style-type: none"> • S, corresponde a la indemnización a pagar. • Ra, es el valor de la renta actualizada. • i, es el valor del interés mensual que, en términos absolutos, corresponderá siempre a la suma de 0,004867. • n, corresponde al periodo que, en meses, ha transcurrido entre el ingreso frustrado y la fecha de la tasación del daño.
<p>* Para abreviar el cálculo del coeficiente o multiplicador $\left[\frac{(1+i)^n - 1}{i} \right]$ pueden emplearse las tablas contenidas en el anexo No.5.</p> <p>** En el anexo No. 6 se encontrarán ejemplos en torno a la aplicación de esta fórmula.</p>	

Tabla No. 7. Fórmula del lucro cesante consolidado (suma periódica)

Por lo demás, es importante resaltar que, en cualquier caso, si la suma se genera por instalamentos, pero cada uno de ellos tiene un valor diferente, su tratamiento será el de sumas únicas diferenciadas y autónomas.

La aplicación de estas fórmulas resultará en el valor del lucro cesante pasado o consolidado.

b) En los casos de lucro cesante futuro¹⁶¹

El lucro cesante futuro es aquel que no se ha producido al momento de la expedición de la sentencia, pero que con razonable certeza se producirá en una etapa ulterior. Su característica fundamental es que, para su indemnización, el intérprete debe verificar que, en realidad, haya certeza sobre su existencia (esto es, sobre la frustración de la ganancia); de este modo, los sueños de ganancia o las meras conjeturas, son ajenas al ámbito de la indemnización, al menos en lo que al ordenamiento colombiano concierne.

Debe entenderse, en todo caso, que la certeza que se evalúa en este tipo de perjuicio es una certeza relativa. Por tratarse de un ejercicio prospectivo que, en su condición de tal, es hipotético, no se le puede exigir al reclamante la plena y absoluta certidumbre sobre la existencia del ingreso, la ganancia o el activo que ulteriormente se ha tornado frustráneo¹⁶². El criterio jurisprudencial modula este requisito en el sentido de exigir una certeza relativa y razonable; no se trata entonces de la plena seguridad sobre el acaecimiento del daño, sino de la razonable convicción de que el mismo existirá en el curso ordinario de las circunstancias y considerando las condiciones de vida del reclamante¹⁶³. Es, en esencia, el concepto que se trasluce bajo el denominado *daño virtual*: aquel que se sabe que existirá a la luz del curso usual y cotidiano de los acontecimientos¹⁶⁴.

Pues bien, ese es el examen que se debe acometer en tratándose de lucro cesante futuro.

Por lo demás, su cuantificación puntual no exige de la aplicación de procedimientos de corrección monetaria porque no se trata de un perjuicio pasado cuyo valor deba traerse a sumas presentes.

¹⁶¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 6 de marzo de 2006. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar.

¹⁶² SUESCÚN MELO, Jorge, *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*, Tomo I, Segunda edición, Ed. Legis, 2004, pág. 198 y ss.

¹⁶³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 4 de abril de 2001. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

¹⁶⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 1 de noviembre de 2013. M.P. Arturo Solarte Rodríguez.

Así las cosas, solamente debe descontarse el valor del interés puro civil, del mismo modo en que se hizo con el daño emergente. Ciertamente, por ser una suma que la víctima va a recibir por anticipado, la jurisprudencia ha entendido que le dará alguna clase de rendimiento, de donde infiere entonces que debe descontarse dicho rendimiento, el cual presume en el 6% anual. Lo anterior con miras a evitar un enriquecimiento (véase supra n. 2.2.1).

Para realizar este procedimiento, se deben también aplicar unas fórmulas matemáticas que varían según si se trata de sumas únicas o de sumas periódicas, teniendo en cuenta la consabida y pluricitada ficción de la suma periódica: para que una suma se considere efectivamente periódica es necesario, además de que se cause por instalamentos, que *empiece su causación en el momento de la liquidación, sin solución de continuidad*.

Si el ingreso frustrado empezará a tener lugar meses o años después del momento de la liquidación (ilustración B), se le dará el tratamiento de una suma única.



Ilustración B. Casos de ficción de la suma periódica para daños futuros

Un ejemplo lo ilustra mejor: si la víctima perderá, a modo de ilustración, el ingreso mensual de un mes por una incapacidad que tendrá lugar dos años después de la liquidación, dicho rubro se considerará un lucro cesante futuro en la forma de suma única; si, además, padecerá una merma de su capacidad laboral durante los doce meses inmediatamente siguientes a la liquidación, este será un lucro cesante futuro en la forma de suma periódica; pero si, adicionalmente, dejará de devengar su la totalidad de su ingreso mensual durante un lapso de doce meses, tres años después de la liquidación, a este rubro deberá dársele el tratamiento de una suma única, a pesar de que su pago será por instalamentos. Así, frente a este lucro cesante, el intérprete deberá

multiplicar el valor de cada instalamento mensual por el tiempo que perdurará y darle al producto el tratamiento de una suma única futura.

Esta situación obedece a la estructura matemática de las fórmulas; sin entrar en detalles, para que el resultado sea matemáticamente consistente, el daño futuro exige de la anterior 'ficción' que, entre otras, evita el enriquecimiento del lesionado.

Hecha esta precisión, téngase en cuenta que en el caso de sumas únicas, el lucro cesante futuro se determinará con base en la siguiente fórmula¹⁶⁵

$S = R \frac{1}{(1+i)^n}$	<p>Donde,</p> <ul style="list-style-type: none"> • S, corresponde a la indemnización a pagar. • R, es el valor de la suma única. • i, es el valor del interés mensual que, en términos absolutos, corresponderá siempre a la suma de 0,004867. • n, corresponde al periodo indemnizable en meses, que es el transcurrido entre el momento en que se hace la liquidación y aquel en que tendrá lugar la renta frustrada futura (de modo que se descuenta el interés por cada uno de tales meses).
<p>* Para abreviar el cálculo del coeficiente o multiplicador $\frac{1}{(1+i)^n}$ pueden emplearse las tablas contenidas en el anexo No.5.</p> <p>** En el anexo No. 6 se encontrarán ejemplos en torno a la aplicación de esta fórmula.</p>	

Tabla No. 8. Fórmula del lucro cesante futuro (suma única)

Por su parte, si se trata de lucro cesante futuro consistente en sumas periódicas, la fórmula a emplear es la siguiente:

$S = R \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$	<p>Donde,</p> <ul style="list-style-type: none"> • S, corresponde a la indemnización a pagar. • R, es el valor de la renta. • i, es el valor del interés mensual que, en términos absolutos, corresponderá siempre a la suma de 0,004867. • n, corresponde al indemnizable en meses, esto es, el que transcurrirá entre el momento de la liquidación y la fecha en que cesará la frustración del ingreso, determinada de conformidad con la tabla No. 10 -periodo indemnizable en casos de lucro cesante-.
<p>* Para abreviar el cálculo del coeficiente o multiplicador $\frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$ pueden emplearse las tablas contenidas en el anexo No.5.</p> <p>** En el anexo No. 6 se encontrarán ejemplos en torno a la aplicación de esta fórmula.</p>	

Tabla No. 9. Fórmula del lucro cesante futuro (suma periódica)

¹⁶⁵ ISAZA POSSE, María Cristina, *De la cuantificación del daño*, Segunda edición, Ed. Temis, 2011, pág. 39-40.