

PROYECTO DE LEY NÚMERO 122 DE 2015 SENADO

por medio de la cual se regula la indemnización de los daños a la persona en los procesos de responsabilidad.

El Congreso de Colombia

DECRETA:

Artículo 1°. *Objeto y ámbito de aplicación.* La presente ley tiene por objeto implementar un sistema de reparación integral para las afectaciones de tipo patrimonial y extrapatrimonial que sufran las personas naturales sobre su integridad física, psíquica o sobre sus derechos de la personalidad, con el propósito de que accedan a las medidas de indemnización, compensación, rehabilitación, satisfacción, restitución y a las garantías de no repetición que mejor las aproximen al estado en que se encontrarían si el hecho dañoso no hubiese tenido lugar.

Artículo 2°. *Protección especial de la persona natural.* La persona natural es un sujeto de especial protección constitucional y legal. Mediante la presente ley se reconoce que las afectaciones que la persona natural sufra sobre su integridad física, psíquica o sobre sus derechos de la personalidad se sujetan a un sistema especial de reparación, en el que prima la dignidad humana, la igualdad, la reparación integral, la justicia correctiva, la coherencia interna y la coherencia externa.

TÍTULO I

PRINCIPIOS RECTORES

Artículo 3°. *Principios rectores.* En la aplicación, interpretación e integración de esta ley deberán aplicarse los principios de dignidad humana, igualdad, reparación integral, justicia correctiva, coherencia interna y coherencia externa, en los términos de los artículos siguientes.

Artículo 4°. *Dignidad humana.* Las disposiciones de esta regulación deberán aplicarse con plena consideración y respeto por la integridad física, emocional y social de las víctimas.

Las medidas de indemnización, rehabilitación, satisfacción, restitución y las garantías de no repetición deberán ser consistentes con la congrua subsistencia de la víctima y con su tratamiento digno y humano.

Quedan excluidas de la aplicación de la presente ley las medidas que conduzcan a una revictimización del afectado. Tampoco serán procedentes las reparaciones meramente nominativas o aparentes o aquellas que supongan cargas que la víctima no pueda soportar en aras de acceder efectivamente a la reparación.

El Juez y las partes deberán también velar por el respeto de la dignidad del agente dañador.

Artículo 5°. *Igualdad.* Las medidas contempladas en la presente ley se aplicarán con pleno respeto de la igualdad.

Sin perjuicio del carácter personal del daño, los jueces velarán porque a las mismas situaciones de hecho se les dé el mismo tratamiento de derecho especialmente en lo relacionado con el reconocimiento de los perjuicios y el pago de las indemnizaciones.

Artículo 6°. *Reparación integral.* Las víctimas tienen derecho a recibir una reparación integral por el perjuicio sufrido.

En la mayor medida posible, las medidas de reparación deberán aproximar a la víctima a la situación en que se encontraría si el hecho dañoso no hubiera tenido lugar.

Además de la indemnización, la víctima tendrá derecho a medidas de rehabilitación, satisfacción, restitución y garantías de no repetición en los casos de graves violaciones de derechos humanos o de grandes lesionados, en los términos en que lo establece la presente ley.

Las medidas de indemnización, rehabilitación, satisfacción, restitución y las garantías de no repetición no podrán imponerse a título de mera sanción contra el agente dañador, salvo en lo que concierna a la cláusula penal.

Artículo 7°. *Justicia correctiva.* En la aplicación de la presente ley se debe procurar la rectificación de las pérdidas injustas por las que el agente dañador es responsable.

Artículo 8°. *Coherencia interna.* Las diferentes disposiciones contenidas en la presente ley deberán aplicarse, interpretarse e integrarse sistemáticamente.

Los jueces deberán velar para que en las indemnizaciones no se pague varias veces el mismo perjuicio ni se deje de pagar afectación alguna.

Artículo 9°. *Coherencia externa.* Las diferentes disposiciones contenidas en la presente ley deberán aplicarse de manera armónica con las normas reguladoras de los demás elementos de la responsabilidad.

Artículo 10. *Enfoque diferencial.* Se reconoce que hay poblaciones con características particulares en razón de su edad, género, etnia, raza, orientación sexual, situación de discapacidad y de otras condiciones análogas. Las medidas de indemnización, rehabilitación, satisfacción, restitución y las garantías de no repetición tendrán en cuenta las características particulares de la víctima que ha padecido la afectación, en los términos en que así lo establezca la presente ley.

Artículo 11. *Subsidiariedad.* La presente ley deberá ser aplicada por todos los jueces que conozcan acerca de pretensiones de indemnización en los términos del artículo 1° de esta Ley, con independencia de la especialidad de que se trate.

Cuando una norma establezca topes indemnizatorios para ciertos regímenes o subregímenes de responsabilidad, los mismos serán aplicables a las disposiciones previstas en la presente ley.

Parágrafo. La presente ley no se aplicará a las víctimas del conflicto armado.

Artículo 12. *Prevención y mitigación del daño.* Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella razonablemente dependa, de:

1. Evitar la causación de un daño no justificado,
2. Adoptar las medidas razonables para disminuir la magnitud del daño ya producido. Si incurriere en gastos para la mitigación, los mismos deberán ser reembolsados por el agente dañador siempre que resulten razonables de acuerdo con las circunstancias específicas del caso concreto.
3. Abstenerse de agravar el daño, si el mismo ya se produjo.

En la aplicación de la presente ley, los jueces podrán adoptar las medidas tendientes a permitir la prevención y mitigación del daño de acuerdo con el criterio de razonabilidad.

TÍTULO II
DAÑO A LA PERSONA
Y PERJUICIOS RESULTANTES

Artículo 13. *Daño a la persona.* Se entenderá por daño a la persona toda afectación o menoscabo que sufra una persona natural sobre su integridad física, su integridad psíquica o sus derechos a la personalidad.

Artículo 14. *Perjuicios resultantes.* Cuando se haya causado un daño a una persona natural en los términos del artículo anterior, serán indemnizables los perjuicios resultantes de ese daño.

Se entenderán como perjuicios resultantes aquellas repercusiones negativas que sufran las víctimas como consecuencia directa del hecho dañoso y que se correspondan con alguna de las categorías previstas en los artículos 17 a 95 de esta regulación.

Ningún perjuicio se configurará con la mera infracción del derecho. Será necesario verificar una repercusión a efectos de que proceda la indemnización. No serán constitutivos de perjuicio la simple violación del buen nombre, la dignidad, la honra u otros bienes de la personalidad mientras dicha violación no genere ninguna repercusión.

Artículo 15. *Modalidad de los perjuicios.* Los perjuicios podrán ser patrimoniales o extrapatrimoniales y sobrevenir tanto en el ámbito de la responsabilidad contractual como en el de la extracontractual.

Serán perjuicios patrimoniales el daño emergente y el lucro cesante.

Serán perjuicios extrapatrimoniales el daño moral, el perjuicio psicofísico y el daño a la vida de relación.

La indemnización de los perjuicios, tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, variará según si la víctima ha muerto, ha padecido una lesión permanente o secuela, o ha sufrido una lesión temporal.

Se entenderá que es una lesión permanente o secuela aquella deficiencia que permanece aún con posterioridad al proceso de curación. El material de osteosíntesis que subsista de manera permanente se considerará también como una secuela.

Lesiones temporales serán aquellas deficiencias que desaparezcan en el desarrollo del proceso de curación.

Artículo 16. *Legitimados para reclamar la indemnización.* Todo individuo que haya padecido perjuicios en los términos del artículo anterior estará legitimado para reclamar su reparación integral.

Esta legitimación cobija tanto a la víctima directa de la afectación como a las víctimas indirectas, esto es, a quienes padecen el perjuicio por contragolpe, reflejo o rebote, salvo que la presente ley disponga algo diferente.

Parágrafo. Cuando esta ley se refiera a los parientes, al cónyuge, los compañeros permanentes o, en general, a cualquier clase de persona, deberán entenderse incorporados el género masculino y el femenino,

sin distinción alguno, a menos que se disponga algo diferente.

CAPÍTULO I
Perjuicios patrimoniales
SECCIÓN A
DAÑO EMERGENTE
SUBSECCIÓN 1
Disposiciones generales

Artículo 17. *Noción.* Se entenderá por daño emergente la modalidad de perjuicio patrimonial que consiste en las erogaciones en que efectivamente se ha incurrido o en las que razonable y previsiblemente se incurrirá con ocasión del hecho dañoso.

La indemnización del daño emergente será procedente siempre que sea cierto y que sobrevenga como consecuencia directa del hecho dañoso.

Artículo 18. *Daño emergente pasado.* Constituirán un daño emergente pasado aquellas erogaciones que se han consolidado para la época en que ha de realizarse la respectiva liquidación.

En la cuantificación del daño emergente pasado se deberán observar los parámetros y procedimientos que establezca el Gobierno nacional mediante reglamentación.

Artículo 19. *Daño emergente futuro.* Constituirán un daño emergente futuro aquellas erogaciones en que razonable y previsiblemente incurrirá el reclamante con posterioridad a la fecha de la liquidación respectiva y con ocasión del hecho dañoso.

En la cuantificación del daño emergente futuro se deberán observar los parámetros y procedimientos que establezca el Gobierno nacional mediante reglamentación.

Artículo 20. *Medios de prueba del daño emergente.* En la acreditación del daño emergente y su cuantía, serán admisibles todos los medios de prueba.

En el evento de que la víctima no cuente con los soportes de la erogación que reclama, el Juez podrá inferir la realización de dichas erogaciones mediante la prueba indiciaria. En estos casos, las cuantías de tales erogaciones se tasarán de conformidad con el criterio de equidad.

SUBSECCIÓN 2
Muerte de la persona

Artículo 21. *Legitimación para reclamar el daño emergente en caso de muerte.* En los casos en que la víctima directa ha fallecido, quienes hayan incurrido o hayan de incurrir en erogaciones en los términos del artículo 17 de la presente ley, podrán reclamar su indemnización.

Así, los herederos podrán reclamar, por la vía hereditaria, las erogaciones de la víctima directa antes de su fallecimiento.

Podrán también reclamarse, por derecho propio, las demás erogaciones en que se deba incurrir con ocasión del hecho dañoso, siempre que tales erogaciones resulten razonables y no constituyan un perjuicio hipotético, remoto o indirecto.

Artículo 22. **Ámbito de la indemnización.** Esta indemnización comprenderá los conceptos previstos en el artículo 17 de la presente ley y, en especial, los gastos funerarios, de repatriación de cadáver y de traslado de los familiares, siempre y cuando los mismos hubieren sido sufragados por quienes reclaman su indemnización.

Al valor en que consistan las erogaciones, se aplicarán los procedimientos que establezca el Gobierno nacional en los términos de los artículos 18 y 19 de la presente ley, según sea el caso.

SUBSECCIÓN 3

Lesiones

Artículo 23. **Legitimación para reclamar daño emergente en caso de lesiones.** En los casos en que se han padecido lesiones permanentes o temporales, la víctima directa, su cónyuge o compañero permanente y sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, podrán reclamar los gastos en que hayan incurrido o hayan de incurrir con ocasión de tales lesiones.

Parágrafo 1°. Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de las reglas que rigen los casos de gestión de negocios ajenos.

Parágrafo 2°. Lo dispuesto en relación con el parentesco de consanguinidad debe aplicarse, de manera análoga, al parentesco civil.

Artículo 24. **Ámbito de la indemnización.** Serán especialmente atendibles por este concepto los gastos derivados de las mayores necesidades que enfrenta la víctima con ocasión de la lesión, como son los gastos de adaptación de vivienda, gastos de adaptación de vehículo, los mayores costos de movilidad, los gastos derivados de la ayuda de tercera persona y los de ayudas como las prótesis, las órtesis y las ayudas sensoriales, en los términos del artículo 17.

Artículo 25. **Gastos de adaptación de vivienda.** Cuando resulte procedente la indemnización de los gastos de adaptación de vivienda derivados de una afectación a la persona natural, por corresponder tales gastos a un aumento cierto de las necesidades del reclamante en los términos del artículo 17 y del artículo anterior, las siguientes reglas deberán observarse:

1. La adaptación de vivienda comprenderá la implementación de las adecuaciones y los medios técnicos necesarios para la congrua subsistencia de la víctima que ha padecido la lesión. Estos medios técnicos comprenderán, sin limitarse a, los sistemas de ascenso, descenso, los apoyos para la movilidad y las ayudas visuales y sonoras.

2. La adaptación deberá realizarse en el lugar de residencia habitual de la víctima que ha padecido el daño. Lo anterior comprende la adaptación de la vivienda que el afectado detenta en calidad de propietario o de tenedor, siempre que la misma sea factible y jurídicamente posible.

No procederá el pago de la adaptación de otros inmuebles como las casas de descanso o los habitáculos de familiares.

3. Si la adaptación de la vivienda original no fuera factible o jurídicamente posible, el agente dañador deberá pagar a la víctima la diferencia existente entre el precio de una vivienda normal análoga a la de la víctima y el de una vivienda adaptada según

las condiciones que requiere la víctima, a efectos de que esta última pueda acometer las gestiones necesarias para trasladarse a una vivienda de las condiciones que ella requiere.

El Gobierno nacional promoverá planes de facilitación de los créditos de vivienda para los casos en que las víctimas no dispongan de la liquidez necesaria para la adquisición de una nueva vivienda que sea adaptable en los términos del inciso anterior.

4. El agente dañador deberá sufragar, en adición a la adaptación en estricto sentido, los sobrecostos que dicha adaptación genere y que no existirían de no haberse presentado la lesión.

No se considerarán como sobrecosto los gastos necesarios para el mero funcionamiento de la adaptación.

5. Una vez determinado el valor de los gastos de adaptación, se aplicarán los procedimientos a los que se refieren los artículos 18 y 19 de la presente ley para determinar el valor total del daño emergente.

6. El valor de la indemnización por este concepto, previo a la aplicación de los procedimientos matemáticos, no podrá superar la suma de trescientos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 26. **Gastos de adaptación de vehículo particular.** Si la víctima ha padecido una pérdida total o parcial de la movilidad que le impide utilizar el vehículo particular que usualmente empleaba para este propósito, la indemnización del daño emergente comprenderá los gastos de adaptación del vehículo siempre que los mismos cumplan con los requisitos previstos en el artículo 17 de la presente legislación.

La adaptación de vehículo se sujetará a las siguientes reglas:

1. La adaptación de vehículo comprenderá la implementación de las adecuaciones y los medios técnicos necesarios para que la víctima preserve, en la mayor medida posible, las condiciones de movilidad que detentaría si la lesión no se hubiere producido. Estos medios técnicos incluirán, sin limitarse a, los sistemas de abordaje, las ayudas para la conducción y las facilidades para el transporte de equipos.

2. La adaptación deberá realizarse sobre el vehículo al que mayor uso le de la víctima, siempre que sea factible y jurídicamente posible realizarla.

3. Si la adaptación no fuera posible y existieran más vehículos de los cuales la víctima puede valerse, procederá la adaptación de uno de tales vehículos cuya selección dependerá de la víctima directa.

Si no existieran más vehículos para adaptar, el agente dañador deberá desembolsar la diferencia entre el precio de un vehículo análogo al que la víctima empleaba y un vehículo adaptado, de modo tal que la víctima pueda adelantar las gestiones tendientes a obtener un nuevo vehículo con su respectiva adecuación.

El Gobierno nacional promoverá planes de facilitación de los créditos de vehículo para los casos en que las víctimas no dispongan de la liquidez necesaria para la adquisición de un nuevo vehículo que sea adaptable en los términos del inciso anterior.

4. El agente dañador deberá sufragar, en adición a la adaptación en estricto sentido, los sobrecostos que

dicha adaptación genere y que no existirían de no haberse presentado la lesión.

No se considerarán como sobrecosto los gastos necesarios para el mero funcionamiento de la adaptación.

5. Una vez determinado el valor de los gastos de adaptación, se aplicarán los procedimientos a los que se refieren los artículos 18 y 19 de la presente ley para determinar el valor del daño emergente.

6. El valor de la indemnización por este concepto, previo a la aplicación de los procedimientos matemáticos, no podrá superar la suma de ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Artículo 27. Mayores costos de movilidad. Si la víctima ha padecido una pérdida total o parcial de la movilidad sin contar con un vehículo particular para su transporte, el agente dañador deberá sufragar los mayores costos de movilidad que el hecho dañoso trajo consigo, analizados bajo el criterio de la razonabilidad.

Así, deberá sufragar el mayor costo del transporte público o las erogaciones adicionales en que se deba incurrir con ocasión de la pérdida de movilidad, siempre que las mismas cumplan con los requisitos previstos en el artículo 17 de la presente legislación.

Una vez determinado el valor de los mayores costos de movilidad, se aplicarán los procedimientos a los que se refieren los artículos 18 y 19 de la presente ley para determinar el valor total del daño emergente.

El valor de la indemnización por este concepto, previo a la aplicación de los procedimientos matemáticos, no podrá superar la suma de cien salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Parágrafo. Si la víctima disponía de un vehículo particular para su movilización, ya como propietario, ya como tenedor, la disposición aplicable será la contenida en el artículo 26.

Artículo 28. Ayuda de tercera persona. Cuando con ocasión del hecho dañoso la víctima haya perdido su autonomía física o psíquica, de modo tal que requiera la ayuda de un tercero para acometer las actividades que, en situación de normalidad, podría acometer por su propia cuenta, la indemnización del daño emergente comprenderá el costo derivado de la ayuda de la tercera persona, siempre que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 17 de la presente ley y que tales gastos sean razonables.

Una vez determinado el valor de los gastos de ayuda de tercera persona, se aplicarán los procedimientos a los que se refieren los artículos 18 y 19 de la presente ley.

Parágrafo 1°. Si el costo de la ayuda de tercera persona corresponde a un costo ordinario que una persona en situación de normalidad también debería asumir, su indemnización no es procedente.

Parágrafo 2°. Si la lesión conduce a un incremento de las tareas a cargo de la tercera persona que ya prestaba su ayuda con anterioridad al hecho dañoso, solo se indemnizará la proporción cierta en que hubiere aumentado el costo de la asistencia de tercera persona con ocasión del incremento de sus tareas, si es que el mismo existió.

Artículo 29. Gastos de prótesis y órtesis. El daño emergente comprenderá el costo de las prótesis y órtesis que la persona requiera para preservar su congrua subsistencia.

Deberá también incorporarse el valor de reposición de las prótesis y órtesis dentro de un marco de razonabilidad.

Una vez determinado el valor de los gastos de prótesis y órtesis, se aplicarán los procedimientos a los que se refieren los artículos 18 y 19 de la presente ley.

Artículo 30. Lesiones temporales. Cuando la lesión física o psíquica sea temporal, el pago de los anteriores rubros subsistirá solamente por el periodo en que los mismos resulten necesarios como consecuencia de la lesión.

Si de acuerdo con el criterio médico, la lesión que generó el aumento de necesidades de la víctima cesará en menos de un año, no procederá el pago de gastos de adaptación de vivienda y de adaptación de vehículo.

SECCIÓN B

LUCRO CESANTE

SUBSECCIÓN 1

Disposiciones generales

Artículo 31. Noción. Se entenderá por lucro cesante la modalidad de perjuicio patrimonial que consiste en los beneficios, réditos, rendimientos o ingresos que la víctima ha dejado de percibir o razonablemente dejará de percibir con ocasión del hecho dañoso.

La indemnización del lucro cesante será procedente siempre que sea razonablemente cierto y que sobrevenga como consecuencia directa del hecho dañoso.

Artículo 32. Ámbito de la indemnización. La indemnización del lucro cesante comprenderá los diferentes beneficios patrimoniales frustrados con ocasión del hecho dañoso. Serán especialmente indemnizables por este concepto, la pérdida de ingresos derivada de la imposibilidad de acometer la actividad remunerada de la cual la víctima directa derivaba su sustento, así como la privación de los emolumentos que los dependientes percibían de la víctima directa.

La indemnización será procedente siempre que se cumplan los requisitos previstos en el artículo anterior.

Artículo 33. Cuantificación del lucro cesante. Para la cuantificación del lucro cesante se deberá determinar el monto del ingreso frustrado, al cual se le aplicará el procedimiento matemático respectivo.

Artículo 34.- Determinación del ingreso frustrado. Para determinar el ingreso frustrado debe considerarse el valor nominal del emolumento dejado de percibir por el reclamante, de acuerdo con las características especiales de cada caso particular.

En esta labor, serán especialmente atendibles las siguientes reglas:

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

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

3. Si la víctima percibía ingresos como asalariado y como independiente, se adicionarán ambos ingresos a efectos de determinar el monto total del ingreso frustrado. En este caso, el incremento del 25% al que se refiere el numeral primero del presente artículo solo se aplicará respecto de la porción que corresponda al salario.

4. Si el ingreso es variable debe promediarse el valor de los últimos doce meses o, en general, de un periodo relevante que permita reflejar una situación ordinaria y real del ingreso.

5. Si el ingreso que se percibía al momento de la muerte o de la lesión era atípico o extraordinario, deberá tomarse como base un ingreso que corresponda al típico u ordinario, de acuerdo con la razonabilidad. De no ser posible se hará una estimación en equidad.

6. Si la víctima fallece, la determinación del ingreso frustrado exige que se descuente el valor que dicha víctima destinaba a su propia manutención, el cual se presume en un 25% del total de dicho ingreso, sin que admita prueba en contrario.

7. Si la víctima padece una lesión y dicha lesión materializa una incapacidad, se aplicará el porcentaje de la incapacidad sobre el monto del ingreso total siempre y cuando se verifique efectivamente una repercusión negativa en el ingreso.

8. En la hipótesis 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, a efectos de determinar cuál es el ingreso base para la indemnización del lucro cesante.

El ingreso relevante a efectos de la cuantificación será el mensual.

Artículo 35. Determinación del lucro cesante pasado. Si el ingreso frustrado se ha consolidado para la época de la respectiva liquidación, el mismo será considerado como pasado.

En la cuantificación del lucro cesante pasado se deberán observar los parámetros y procedimientos que establezca el Gobierno nacional mediante reglamentación.

Artículo 36. Determinación del lucro cesante futuro. Si de acuerdo con la razonabilidad, el ingreso frustrado sobrevendrá con posterioridad a la fecha de la liquidación respectiva, el mismo se considerará como futuro.

En la cuantificación del lucro cesante futuro se deberán observar los parámetros y procedimientos que establezca el Gobierno nacional mediante reglamentación.

Artículo 37.- Determinación del periodo indemnizable. En los casos de lucro cesante futuro en la forma de sumas periódicas, el periodo indemnizable corresponderá al menor de los siguientes periodos:

Periodo de duración de la incapacidad	Si la víctima ha padecido una lesión que le genera incapacidad temporal, deberá considerarse el término de dicha incapacidad a efectos de determinar el periodo indemnizable. Si la incapacidad es permanente se considerará la expectativa de vida de la víctima directa.	
Expectativa de vida de la víctima directa	La expectativa de vida de la víctima se determinará de conformidad con las tablas de mortalidad adoptadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, salvo que exista una prueba que razonablemente de cuenta de una circunstancia especial por la cual la expectativa de vida de la víctima sea diferente a la contemplada en las mencionadas tablas de mortalidad.	
Expectativa de vida del reclamante (si es diferente a la víctima directa).	Si quien reclama es un sujeto diferente a la víctima directa, su expectativa de vida será un periodo adicional a considerar para efectos de determinar el periodo indemnizable. La expectativa de vida de la víctima se determinará de conformidad con las tablas de mortalidad adoptadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, salvo que exista una prueba que razonablemente de cuenta de una circunstancia especial por la cual la expectativa de vida de la víctima sea diferente a la contemplada en las mencionadas tablas de mortalidad.	
Periodo de dependencia económica	Si el reclamante es un dependiente económico, se considerará también el término de la dependencia económica en la determinación del periodo indemnizable, de conformidad con los siguientes criterios:	<p>a. Para los hijos no inválidos: se presume la dependencia hasta los veinticinco años.</p> <p>b. Para los hijos inválidos: se presume la dependencia económica vitalicia, por lo que se acude a la expectativa de vida del hijo a efectos de determinar el tiempo que durará la dependencia económica.</p> <p>c. Para los padres no inválidos: se entiende que existiría dependencia económica hasta que el hijo fallecido cumpliera los 25 años.</p> <p>d. Para los padres inválidos: se entiende que la dependencia económica es vitalicia.</p> <p>e. Para los cónyuges o compañeros permanentes: se entiende que la dependencia económica es vitalicia.</p> <p>f. Para los hermanos: si no son inválidos, la dependencia económica se entiende hasta la mayoría de edad. Si son inválidos, será vitalicia.</p> <p>g. Para otros sujetos: dependerá de la prueba que se aporte en la correspondiente reclamación.</p>

En la determinación del periodo indemnizable se debe seleccionar el que sea menor de los anteriores, considerados en meses.

Artículo 38. Prueba del lucro cesante. En la demostración del lucro cesante serán admisibles los diferentes medios de prueba contemplados en la legislación procesal que resulte aplicable.

Artículo 39. *Presunciones en relación con el lucro cesante.* En la valoración de las pruebas y en la cuantificación del perjuicio se deberá observar de manera especial el criterio de la razonabilidad.

Se atenderán, de modo especial, los siguientes criterios:

1. La presunción relativa al monto del factor presuncional es una presunción de hecho. En ese orden de ideas, las partes podrán acreditar que tales valores son menores o mayores a los establecidos en las mencionadas presunciones, para lo cual podrán valerse de los diferentes medios probatorios que contempla la legislación procesal que resulte aplicable.

2. La expectativa de vida establecida conforme a las tablas de mortalidad y los periodos de dependencia económica admiten pruebas en contrario, para lo cual las partes podrán emplear los diferentes medios probatorios a los que se hizo referencia en el inciso anterior.

SUBSECCIÓN 2

Muerte de la persona

Artículo 40. *Legitimados para reclamar el lucro cesante en caso de muerte de la persona.* Estarán habilitados para reclamar lucro cesante en las hipótesis de fallecimiento de la víctima directa, los dependientes económicos que percibían un emolumento de la víctima que ha fallecido.

La dependencia económica se valorará de acuerdo con un criterio fáctico, de modo que entenderán como dependientes económicos aquellos sujetos que derivaban de la víctima fallecida un ingreso, una cuota o un soporte o ayuda para su congrua subsistencia, aún si la misma provenía de la mera liberalidad de quien la hacía.

Artículo 41. *Imposibilidad de reclamar el lucro de la víctima fallecida.* El ingreso dejado de percibir por la propia víctima directa con ocasión de su fallecimiento, no es reclamable por la vía de la acción hereditaria ni por la vía de la acción por derecho propio, con excepción de aquel que se consolidó con anterioridad a su muerte.

Artículo 42. *Determinación del lucro cesante en las hipótesis de muerte.* La determinación del lucro cesante en los casos de muerte atenderá el sistema contemplado en los artículos 33 a 38 de la presente ley.

El valor del ingreso frustrado deberá corresponder al que, en realidad, destinaba la víctima directa a favor del dependiente económico que reclama.

Si estando acreditada la dependencia económica, no se puede determinar, a ciencia cierta, su monto o cuantía, se presumirá que la víctima fallecida destinaba el cincuenta por ciento de su ingreso para su cónyuge o compañero permanente y el cincuenta por ciento restante para sus hijos, en iguales proporciones para cada uno. Esta presunción sobre la cuantía admite prueba en contrario.

SUBSECCIÓN 3

Lesiones

Artículo 43. *Legitimados para reclamar el lucro cesante en caso de lesiones.* Cuando se trate de lesiones permanentes o temporales, estará habilitado para

reclamar el lucro cesante la víctima directa que lo ha padecido.

Artículo 44. *Cuantificación del lucro cesante en caso de lesiones.* La determinación del lucro cesante en los casos de lesiones atenderá el sistema contemplado en los artículos 33 a 38 de la presente ley.

Se tendrán especialmente en cuenta los siguientes parámetros:

1. Habida cuenta de que la víctima no ha fallecido, el periodo de duración de la incapacidad que padezca deberá considerarse a efectos de determinar el periodo indemnizable, que será el menor entre la duración de dicha incapacidad y los demás periodos contemplados en el artículo 34 de la presente ley.

2. La determinación del ingreso frustrado corresponderá a la aplicación del porcentaje de la incapacidad sobre el ingreso que percibía la víctima lesionada, en los términos del artículo 33 de esta legislación.

Si la víctima preserva su capacidad productiva no obstante el porcentaje de incapacidad, primará la preservación real de dicha capacidad productiva, sin perjuicio de la indemnización que reciba por concepto de perjuicio extrapatrimonial.

SUBSECCIÓN 4

Hipótesis particulares

Artículo 45. *Indemnización por la muerte o la lesión de las amas de casa y de las personas que se dedican a las tareas de su hogar.* La muerte o lesión de las personas que se dedicaban a las tareas de su hogar generará derecho a una indemnización por lucro cesante, sin perjuicio de los demás rubros que se deban reparar de conformidad con la presente ley.

Artículo 46. *Determinación de la calidad de persona dedicada a las tareas de su hogar.* Se considerarán dedicadas a las tareas de su hogar aquellas personas que destinen treinta y cinco horas semanales o más a las labores directamente relacionadas con la atención de las tareas domésticas en su lugar de habitación o residencia.

El Gobierno reglamentará las actividades que se considerarán como tareas domésticas del lugar de habitación propio, a efectos del presente artículo.

Artículo 47. *Cuantificación del lucro cesante en el caso de las personas dedicadas a las tareas de su hogar.* La cuantificación del lucro cesante al que tendrán derecho las personas dedicadas a las tareas domésticas de su hogar se hará en proporción al número de horas que dedicaban a la realización de dichas tareas.

La estimación del valor de cada hora será realizada por el Gobierno nacional, mediante reglamentación que expedirá para el efecto.

En la estimación del valor de cada hora, el Gobierno nacional deberá tener en cuenta, entre otras variables, el número de personas que conviven en el hogar familiar, su edad y estado de salud, el equipamiento e instalaciones disponibles en el hogar familiar, y la dedicación exclusiva o no a este tipo de tareas.

El valor de reemplazo o de sustitución, esto es, al valor de la contratación de una persona que supla las labores propias de quien se dedicaba a las tareas de su hogar, es un daño emergente, por lo que se encuentra

excluido de la cuantificación a la que se refiere el presente artículo.

Artículo 48.- Lucro cesante de la víctima que no devengaba ingresos para el momento del hecho dañoso. La víctima que no devengaba ingresos para el momento del hecho dañoso solo tendrá derecho a indemnización por concepto de lucro cesante si existe la razonable probabilidad de que, a futuro, dicha víctima recuperaría la fuente de sus ingresos.

La cuantificación de este rubro se hará de conformidad con el sistema previsto en los artículos 33 a 38 de la presente ley.

El ingreso frustrado corresponderá al promedio de los ingresos percibidos durante los últimos doce meses en que la persona desempeñó una actividad remunerada, aun cuando los mismos no se hayan presentado en un periodo continuo o ininterrumpido. En esta hipótesis, se tomarán los últimos doce meses efectivamente remunerados para efectos del promedio ponderado mencionado en el presente artículo.

Parágrafo 1°. En aquellos casos en que existe razonable probabilidad de que la persona, a futuro, contará con una fuente de ingresos pero, en el pasado, dicha fuente de ingresos no ha existido, se tomará como ingreso frustrado aquel que en equidad estime la autoridad competente.

Parágrafo 2°. Esta disposición no se aplicará, bajo ninguna circunstancia, a los menores de edad.

CAPÍTULO II

Perjuicios extrapatrimoniales

SECCIÓN A

DAÑO MORAL

SUBSECCIÓN 1

Disposiciones generales

Artículo 49. Noción. Se entenderá por daño moral aquella modalidad de perjuicio extrapatrimonial consistente en la tristeza, el desasosiego, la aflicción y la congoja que padece el sujeto como consecuencia del hecho dañoso.

La compensación del daño moral será procedente siempre que sea cierto y que sobrevenga como consecuencia directa del hecho dañoso.

Artículo 50. Ámbito de la indemnización. El daño moral se compensará mediante pagos satisfactorios que

buscan reconocer el sufrimiento del reclamante y aliviar el dolor que padece.

SUBSECCIÓN 2

Muerte de la persona

Artículo 51. Legitimados para reclamar daño moral en caso de muerte de la persona en ejercicio de la acción por derecho propio. Estarán habilitados para reclamar indemnización por daño moral en hipótesis de muerte de la persona natural y por virtud de derecho propio, aquellos individuos que compartan un estrecho vínculo afectivo con el occiso.

Se entenderá que media un estrecho vínculo afectivo cuando existan lazos verificables que, conforme a las máximas de la experiencia, representen una relación emocional particularmente cercana, expresada en la comunidad de vida, el desarrollo de proyectos conjuntos o el establecimiento de una relación emocional familiar, amorosa o de amistad, de modo tal que la afectación de uno de los sujetos suponga, de contera, la afectación emocional sensible del otro.

Artículo 52. Prueba y valoración del estrecho vínculo afectivo. Quien reclama la indemnización del daño moral debe acreditar el estrecho vínculo afectivo, a menos que se trate del cónyuge, el compañero permanente o los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, eventos en los que el daño moral se presume. Esta presunción admite prueba en contrario.

En cada caso particular, el Juez deberá valorar la cercanía afectiva entre el reclamante y la víctima directa a efectos de determinar la verdadera estrechez del vínculo, de conformidad con las reglas de la razonabilidad.

Artículo 53. Legitimación para reclamar el daño moral de la víctima directa en ejercicio de la acción hereditaria. Los herederos del occiso estarán legitimados para reclamar el daño moral sufrido por la víctima directa con ocasión del hecho dañoso.

En este caso, se entenderá que ha existido dicho daño moral si de acuerdo con las máximas de la experiencia se puede inferir que dicha víctima directa ha padecido algún tipo de sufrimiento entre el hecho dañoso y el momento de su muerte.

Artículo 54.- Compensación en dinero del daño moral. Acreditada la legitimación, el Juez decretará el pago de una suma de dinero, de conformidad con la tabla a continuación:

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

Artículo 55. Compensaciones especiales en dinero. Cuando existan pruebas manifiestas de circunstancias objetivas que ameriten incrementar o atenuar las compensaciones contenidas en el artí-

culo anterior, el Juez, de manera excepcional, podrá modificar las compensaciones a que se refiere el artículo anterior, explicando los motivos de su decisión.

Artículo 56. *Reparación simbólica del daño moral.* Excepcionalmente, en casos de especial trascendencia social, el Juez podrá decretar medidas simbólicas que atenúen el daño moral padecido por los reclamantes.

Tales medidas simbólicas comprenden, entre otras, la construcción de monumentos, mausoleos, placas o eventos conmemorativos y concurrirán con la compensación prevista en los dos artículos anteriores.

SUBSECCIÓN 3

Lesiones

Artículo 57. *Legitimados para reclamar daño moral en caso de lesiones.* Estarán habilitados para reclamar indemnización por daño moral en hipótesis de lesiones permanentes o temporales de la persona natural, la víctima directa y aquellos individuos que compartan un estrecho vínculo afectivo con el lesionado.

Se entenderá que media un estrecho vínculo afectivo cuando existan lazos verificables que lazos que, conforme a las máximas de la experiencia, representen una relación emocional particularmente cercana, expresada en la comunidad de vida, el desarrollo de pro-

yectos conjuntos o el establecimiento de una relación emocional familiar, amorosa o de amistad, de modo tal que la afectación de uno de los sujetos suponga, de contera, la afectación emocional sensible del otro.

Artículo 58. *Prueba y valoración del estrecho vínculo afectivo.* Cuando el reclamante sea diferente a la víctima directa, aquel deberá acreditar el estrecho vínculo afectivo con esta, a menos que se trate del cónyuge, el compañero permanente o los parientes hasta el tercer grado de consanguinidad, eventos en los que el daño moral se presume. Esta presunción admite prueba en contrario.

En cada caso particular, el Juez deberá valorar la cercanía afectiva entre el reclamante y la víctima directa a efectos de determinar la verdadera estrechez del vínculo, de conformidad con las reglas de la razonabilidad.

Artículo 59. *Compensación en dinero del daño moral.* Acreditada la legitimación, el Juez decretará el pago de una suma de dinero en proporción a la gravedad de la lesión, de conformidad con la siguiente tabla:

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

La calificación de la gravedad de la lesión corresponderá a la junta calificadora a la que se refieren los artículos 90 a 95 de la presente ley.

Parágrafo. Cuando se trate de una lesión temporal, la junta de calificación valorará la gravedad considerando el tiempo durante el cual se proyectará la lesión.

Artículo 60. *Compensaciones especiales.* Cuando existan pruebas manifiestas de circunstancias objetivas que ameriten incrementar o atenuar las compensaciones contenidas en el artículo anterior, el Juez, de manera excepcional, podrá modificar las compensaciones a que se refiere el artículo anterior, previa motivación de su decisión.

Artículo 61. *Reparación simbólica del daño moral.* Excepcionalmente, en casos de especial trascendencia social, el Juez podrá decretar medidas simbólicas que atenúen el daño moral padecido por los reclamantes en casos de lesiones.

Artículo 62. *Estado de coma o estado vegetativo.* En los casos en que la víctima directa resulte en estado de coma o en estado vegetativo, la indemnización del daño moral por el mero hecho de la coma o el estado vegetativo se reducirá en un cincuenta por ciento.

Los terceros que compartan con la víctima directa un estrecho vínculo afectivo podrán reclamar la totalidad de la indemnización que les corresponda en los términos del artículo 59 de la presente ley.

Parágrafo. El daño moral padecido con anterioridad o con posterioridad al estado de coma o al estado vegetativo se indemnizará de conformidad con las reglas generales.

Artículo 63. *Pérdida de feto sin muerte de la madre.* En hipótesis de pérdida de feto sin muerte de la madre, dicha pérdida de feto será compensada de acuerdo con las reglas previstas en los artículos 57 a 61 de la presente legislación.

Artículo 64. *Pérdida de feto con muerte de la madre.* En hipótesis de pérdida de feto con muerte de la madre, el daño moral compensable será el derivado de la muerte de la madre, incrementado en un cincuenta por ciento por la pérdida de feto.

Artículo 65. *Lesiones corporales al feto.* Cuando se causen lesiones a lo que está por nacer, sin que por ello ocurra la pérdida de feto, las mismas serán indemnizadas de acuerdo con las disposiciones de la presente ley una vez suceda el nacimiento de conformidad con el artículo 90 del Código Civil.

Si además de la lesión del feto se lesionara también a la madre que lo porta, los perjuicios resultantes de dicha lesión a la madre serán indemnizados de manera autónoma. La indemnización de las lesiones autónomas causadas a la madre no está condicionada al nacimiento de quien está por nacer.

Parágrafo. Esta disposición se aplicará para toda clase de perjuicios y no solamente para el daño moral.

SECCIÓN B

OTROS PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES

Artículo 66. *Vertebración de los demás perjuicios.* Se indemnizarán como perjuicios extrapatrimoniales, en adición al daño moral, el perjuicio psicofísico y el daño a la vida de relación.

Además de estos rubros, los jueces no podrán reconocer ninguna categoría diferente o adicional.

Artículo 67. *Articulación de los diferentes perjuicios.* En el decreto de la compensación por los perjuicios a los que se refiere el artículo anterior se deberá observar, con especial cuidado, que no existan vacíos ni indemnizaciones dobles. Se deberá analizar la situación fáctica para determinar, con la mayor precisión posible, las repercusiones padecidas por la víctima y su adecuación en las categorías que a continuación se plantean.

Subsección 1

Perjuicio psicofísico

Artículo 68. *Noción.* Se entenderá por perjuicio psicofísico aquella modalidad de perjuicio extrapatrimonial que compensa la afectación de la vida en condiciones de normalidad que padece una persona natural como consecuencia de una lesión permanente o temporal sobre su integridad física o psíquica, siempre que se trate de una situación reconocida por la medicina o la psicología en los términos del artículo 70 de la presente ley.

Artículo 69. *Articulación con otras modalidades de perjuicio.* El daño psicofísico compensa las diferentes afectaciones derivadas de la lesiones permanentes o temporales sobre la integridad psicofísica. Las afectaciones de los demás derechos de la personalidad deberán analizarse de conformidad con el daño a la vida de relación.

Artículo 70. *Compensación del daño psicofísico.* El daño psicofísico se compensará de acuerdo con el sistema de lesión por puntos previsto en la tabla de valoración anatómico-funcional que, para el efecto, expedirá el Gobierno nacional.

Parágrafo 1°. Se considerará como daño psicofísico el traumatismo menor de columna vertebral (latigazo cervical), siempre que la morfología de la lesión, la intensidad del impacto y las condiciones topográficas permitan razonablemente inferir la existencia de la lesión.

Parágrafo 2°. Cuando se trate de una lesión temporal, la junta de calificación valorará la gravedad considerando el tiempo durante el cual se proyectará la lesión.

Artículo 71. *Legitimación para reclamarlo.* Están habilitados para reclamar este rubro tanto la víctima directa como los terceros que logren acreditar la afectación.

SUBSECCIÓN 2

Daño a la vida de relación

Artículo 72. *Noción.* Se entenderá por daño a la vida de relación aquella modalidad de perjuicio extrapatrimonial que compensa la afectación de la

en condiciones de normalidad que padece una persona natural como consecuencia de una afectación sobre sus derechos de la personalidad, diferentes de la integridad psicofísica.

Artículo 73. *Afectaciones imperceptibles o de poca entidad.* No se compensarán bajo este concepto las afectaciones a la vida de relación cuya poca entidad las haga imperceptibles, poco relevantes o inciertas a la luz de un criterio de razonabilidad.

Parágrafo. Cuando se trate de una lesión temporal, la junta de calificación valorará la gravedad considerando el tiempo durante el cual se proyectará la lesión.

Artículo 74. *Legitimación para reclamarlo.* Están habilitados para reclamar este rubro tanto la víctima directa como los terceros que logren acreditar la afectación.

SUBSECCIÓN 3

Valoración y cuantificación de la compensación extrapatrimonial

Artículo 75. *Determinación de la existencia e intensidad del perjuicio.* La existencia de cada uno de los perjuicios contemplados en los artículos 68 a 74 de la presente legislación estará a cargo de la junta calificadora a la que se refieren los artículos 90 a 95.

Para ello la junta calificadora valorará, en concreto, la situación particular de cada víctima para determinar si ha padecido alguna de las afectaciones extrapatrimoniales a las que se refieren los artículos precedentes.

Una vez determinados los tipos de perjuicio que cada persona ha padecido, se estimará su intensidad según si se trata de perjuicio psicofísico o daño a la vida de relación.

Parágrafo. Cuando se trate de una lesión temporal, la junta de calificación valorará la gravedad considerando el tiempo durante el cual se proyectará la lesión.

Artículo 76. *Valoración del daño psicofísico.* En los casos de daño psicofísico, se utilizará el sistema de valoración por puntos de acuerdo con la tabla de valoración anatómico-funcional que expida el Gobierno nacional.

Artículo 77. *Valoración del daño a la vida de relación.* El daño a la vida de relación será valorado por la junta calificadora de acuerdo con la siguiente graduación:

Ligero	1-6
Moderado	7-13
Medio	14-21
Importante	22-30
Muy importante	31-40
Importantísimo	41-50

Artículo 78. *Compensación en dinero.* Para compensar los perjuicios a los que se refieren los dos artículos anteriores, se procederá al pago de una suma de dinero, la cual resultará de aplicar la puntuación dada a la afectación en la siguiente tabla:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Parágrafo 1°. La calificación de la gravedad de la lesión corresponderá a la junta calificadora en los términos de los artículos anteriores.

Parágrafo 2°. Esta junta calificadora deberá determinar la existencia y valorar la gravedad de cada perjuicio particular. En ese orden de ideas, no adoptará una valoración global para todos los perjuicios, sino una particular para cada perjuicio en específico.

Parágrafo 3°. En los casos en que la afectación solamente pueda ser reclamada por la víctima directa, no se aplicarán los espacios de la tabla que son concernientes a los parientes y los allegados.

Artículo 79. *Factor de corrección.* Cuando existan pruebas manifiestas de circunstancias objetivas que ameriten incrementar o atenuar las compensaciones contenidas en el artículo anterior, el Juez, de manera excepcional, podrá modificar las compensaciones a que se refiere el artículo anterior, previa motivación de su decisión y hasta en un 25%.

TÍTULO III

MODO Y METODOLOGÍA DE PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN

Artículo 80. *Medidas simbólicas.* Cuando la reparación o la compensación correspondan a una medida simbólica, el modo de pago de la indemnización será el que el sentenciador determine en los términos de los artículos precedentes.

Artículo 81. *Pago único o renta periódica.* Cuando la indemnización deba pagarse en dinero, el sentenciador podrá optar por ordenar el pago de una suma única o de una renta periódica o de ambas, según lo resulte más favorable para la víctima.

Artículo 82. *Sistemas de administración de la indemnización.* De optarse por el pago mediante renta periódica, el sentenciador deberá ordenar la utilización de un determinado sistema de administración de la indemnización que, como la fiducia, garantice la efectiva reparación de la víctima.

Artículo 83. *Agravación de los perjuicios en casos de lesiones evolutivas.* En aquellas hipótesis en las que en el curso del proceso se agraven los perjuicios inicialmente reclamados en la demanda, los jueces deberán reconocer dicha agravación en la indemnización que decreten en la respectiva sentencia, aun cuando la víctima no lo haya solicitado en la demanda inicial.

Artículo 84. *Surgimiento de nuevos perjuicios en casos de lesiones evolutivas.* En aquellas hipótesis en las que en el curso del proceso surjan perjuicios diferentes de los inicialmente reclamados en la demanda, los jueces deberán reconocer dichos perjuicios en la in-

demnización que decreten en la sentencia, aun cuando la víctima no lo haya solicitado en la demanda inicial.

Artículo 85. *Agravación o surgimiento de nuevos tipos de perjuicios con posterioridad a la terminación del proceso.* Cuando la agravación de los perjuicios reclamados o el surgimiento de nuevos perjuicios sobrevenga con posterioridad a la sentencia que decretó la indemnización e hizo tránsito a cosa juzgada, la víctima podrá tramitar la indemnización de la agravación o de los perjuicios sobrevinientes mediante un nuevo proceso en el que solamente deberá acreditar la sentencia condenatoria impuesta contra el agente dañador, la agravación o el surgimiento del nuevo perjuicio y su carácter personal, cierto y directo.

Del mismo modo deberá acreditar la cuantía del perjuicio, en los términos en que lo dispone el artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

Parágrafo. En ningún caso se podrán reclamar perjuicios que sobrevengan después de cinco años contados a partir de la firmeza del pronunciamiento judicial que le ponga fin al proceso.

Artículo 86. *Deducción de los pagos provenientes de los seguros o del sistema de seguridad social integral.* Los pagos que reciba la víctima y que provengan de seguros privados o del sistema general de seguridad social integral se deberán descontar de la indemnización respectiva cuando tengan naturaleza indemnizatoria, cuando otorguen al pagador la subrogación en contra del agente dañador o cuando configuren una hipótesis de lucro con daño (*lucrum cum damno*).

No se descontarán de la indemnización los pagos pensionales derivados del sistema de Seguridad Social Integral; tampoco los pagos que provengan de seguros de vida, siempre que no se correspondan con prestaciones asistenciales.

TÍTULO IV

ATENCIÓN INTEGRAL DE LA VÍCTIMA DE GRAVES VIOLACIONES DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS GRANDES LESIONADOS

Artículo 87. *Garantías de no repetición.* Las víctimas de graves violaciones de derechos humanos y los grandes lesionados tendrán derecho, en adición a las medidas de reparación del perjuicio, a que se adopten las garantías de no repetición necesarias a efectos de que el hecho victimizante no tenga nuevamente lugar.

La garantía de no repetición será adoptada de conformidad con las reglas que rigen la función preventiva de la responsabilidad, en un todo de acuerdo con la necesidad, la proporcionalidad y la razonabilidad.

Parágrafo. Se entenderá por grandes lesionados aquellos que, de conformidad con la junta médica, en-

frenten una lesión permanente e incapacitante con una intensidad superior al 90% en el perjuicio psicofísico o en daño a la vida de relación.

Artículo 88. *Medidas de rehabilitación.* La rehabilitación como medida de reparación consiste en el conjunto de estrategias, planes, programas y acciones de carácter jurídico, médico, psicológico y social, dirigidos al restablecimiento de la dignidad de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos o de grandes lesionados.

La implementación de medidas de rehabilitación a favor de las víctimas descritas en el inciso anterior será una política pública del Estado colombiano.

El Gobierno nacional reglamentará las medidas de rehabilitación que sean conducentes para atender a los grandes lesionados y a las víctimas de graves violaciones de derechos humanos.

Artículo 89. *Medidas de reparación colectiva.* Cuando se trate de grupos representativos de lesionados con base en un mismo hecho dañoso, se considerarán dentro de la indemnización la adopción de medidas especiales como las relacionadas con la memoria histórica y las medidas colectivas de rehabilitación.

El Gobierno nacional reglamentará las medidas de reparación colectiva.

TÍTULO V

JUNTA CALIFICADORA DE LA AFECTACIÓN

Artículo 90. *Noción.* Las juntas calificadoras de la afectación o juntas calificadores son organismos colegiados e interdisciplinarios que se ocuparán de determinar la existencia y valorar la intensidad de las afectaciones sufridas por un individuo en particular, en los términos previstos en la presente ley.

Artículo 91. *Composición.* Las juntas calificadoras estarán integradas por cinco miembros, de los cuales dos serán médicos que cuenten con especialización en traumatología, dos psicólogos especializados en una vertiente relacionada con la psicología clínica y un abogado especialista en responsabilidad.

Artículo 92. *Integración en cada proceso específico.* Se integrará una junta calificadora para cada proceso específico que surja con ocasión del daño a la persona.

Los miembros que integrarán la junta calificadora y rendirán el concepto respectivo serán escogidos por sorteo de una lista de profesionales de reconocida idoneidad integrada para el efecto.

Cuando se formulen solicitudes de revisión se integrará una segunda junta calificadora para resolver dicha solicitud. La integración se hará del mismo modo que la junta inicial.

Artículo 93. *Valoración de cada caso particular.* Los miembros de la junta calificadora deberán examinar cada caso particular, con el propósito de hacer la valoración que mejor se ajuste a las particularidades específicas de quien ha padecido la afectación.

Artículo 94. *Decisión.* Cada decisión será adoptada mediante dictamen escrito que será aportado al expediente.

Deberá contener el concepto de la junta de calificación en torno a la existencia de la lesión y su inten-

sidad, en términos porcentuales, en relación con cada rubro específico cuya indemnización se pretende.

Las decisiones deberán ser motivadas y hacerse conforme al criterio mayoritario de la junta.

Si dicho criterio mayoritario no existiera, será convocado un nuevo miembro de la lista de profesionales de reconocida idoneidad, quien resolverá la situación.

Artículo 95. *Revisión.* Las partes en el proceso podrán solicitar la revisión del concepto inicialmente rendido por la junta calificadora, caso en el cual se convocará una nueva junta de calificación en los términos del artículo 92 de la presente ley.

Dicha revisión se surtirá mediante concepto escrito en el que se resolverán los motivos de inconformidad y se dará un concepto definitivo en torno a la existencia y la intensidad de la lesión respecto de cada rubro particular.

TÍTULO VI

DISPOSICIONES FINALES

Artículo 96. *Comisión de seguimiento y verificación.* El Gobierno nacional integrará una comisión de seguimiento y revisión de la presente ley que hará un seguimiento minucioso de la aplicación de estas disposiciones cada dos años, con el propósito de identificar aspectos que se deban corregir o actualizar.

Una vez identificados tales aspectos, el Gobierno presentará al Congreso de la República las reformas que estime necesarias a efectos de lograr la adecuación de la legislación.

Artículo 97. *Temeridad o mala fe de las partes o de sus apoderados o asesores.* Quien incurra en temeridad o mala fe en los términos del artículo 79 del Código General del Proceso, se sujetará a las consecuencias previstas en los artículos 80 y 81 de dicha normativa.

Parágrafo. Estas consecuencias se aplicarán, en lo pertinente, aun en ausencia de un proceso judicial.

Artículo 98. *Vigencia.* La presente ley entrará a regir a partir de su promulgación y se aplicará a los hechos dañosos que tengan lugar con posterioridad a la misma.

Artículo 99. *Derogatoria.* La presente ley deroga todas las disposiciones que le sean contrarias y, especialmente, el artículo 10 de la Ley 58 de 1982; el inciso segundo del artículo 4° de la Ley 288 de 1996; los artículos 94 y 97 del Código Penal (Ley 599 de 2000), y la definición de daño contenida en el numeral 1 del inciso segundo del artículo 20 del Estatuto del Consumidor (Ley 1480 de 2011).



IVÁN LEONIDAS NAME VÁSQUEZ
Senador de la República

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. ANOTACIÓN PRELIMINAR SOBRE EL PROYECTO DE LEY

El presente proyecto de ley es el resultado de un extenso y juicioso proceso investigativo realizado con académicos especialistas en materia de daños de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universi-

dad Javeriana, bajo el liderazgo de su Decano, Julio Sampedro Arrubla, y de uno de sus profesores en la materia, Sergio Rojas Quiñones.

La presente iniciativa tiene por objeto la regulación de un aspecto fundamental desarrollado históricamente en Colombia por la vía jurisprudencial, pero que identifica la legal como la más idónea para establecer parámetros que permitan a la administración de justicia contar con una herramienta unificadora de los criterios para el reconocimiento y tasación de los daños en la persona.

Dada la trascendencia y la sensibilidad de la materia que aborda, la propuesta de articulado fue discutida en eventos que reunieron distintas organizaciones académicas, universidades, profesores, asociaciones de víctimas y gremios interesados en la materia. El texto que se presenta ante el Congreso de la República es el resultante de tales eventos.

Con el reconocimiento y agradecimiento previo a quienes hicieron parte de la conformación del texto tanto de la exposición de motivos como del articulado, se presenta el proyecto de ley con el siguiente contenido:

2. INTRODUCCIÓN¹

Un Estado que no hace frente al problema de las víctimas es un Estado fallido. Por eso llama la atención que, durante años, se les haya relegado a un papel puramente académico y secundario, sobre todo si se parte de la base de que las nociones de *victima* y *responsable*² están inescindiblemente ligadas a las expectativas de justicia de los administrados³, la demarcación y la regulación de la conducta, el desarrollo de las políticas públicas e, incluso, el tratamiento de situaciones coyunturales como el conflicto o la pobreza en general⁴.

En Colombia este aspecto ha sido particularmente notorio. El enfrentamiento armado que afecta al país desde el siglo pasado ha evidenciado que el tratamiento de los lesionados es una condición necesaria para la paz social. En efecto, la marginación de quienes han padecido un daño, ya por obra del Estado, ya por obra de un particular, ha sido una de las principales fuentes de las que se ha nutrido una guerra interna que ha llegado a extremos impensados. De ahí que las iniciativas de paz que recientemente se han dado en el país empiecen por abordar la problemática de las víctimas, en aras de satisfacer sus demandas de justicia, equidad, rehabilitación y reinserción social.

Pero el impacto del perjuicio y su reparación no culminan allí. Hoy en día se reconoce, por ejemplo, que es un instituto que tiene un efecto correctivo, en la medida en que rectifica las consecuencias de las interacciones injustas entre la víctima y el agente dañador⁵; tiene, tam-

bién, consecuencias distributivas, comoquiera que las reglas de responsabilidad pueden generar efectos en la amplitud de la brecha existente entre los ricos y los pobres⁶; en fin, tiene efectos demarcatorios –toda vez que regula conductas específicas–, a la par que consecuencias en los incentivos particulares que les da a los agentes para causar o evitar la causación de daños determinados⁷.

Esta situación evidencia la sensible importancia que la indemnización del daño genera en una sociedad. Lo paradójico, como se decía, es que su tratamiento aún enfrenta muchos vacíos.

Uno de los ámbitos en los que ese vacío se hace más patente es en el del daño a la persona. Podría decirse que estamos en el siglo II de la indemnización de los daños a la persona.

Ello se hace patente desde múltiples perspectivas. En primera medida, es patente por el desconocimiento generalizado que existe en el Derecho colombiano en torno a las reglas conforme a las cuales se indemnizan los daños a las personas naturales. Al no existir una categoría diferenciada, en nuestro país no es claro cuáles son las reglas particulares llamadas a aplicarse en los casos de afectación o menoscabo a una persona natural. La incertidumbre no solo afecta a los litigantes, sino incluso a la función judicial que, muchas veces, profiere pronunciamientos erráticos en torno a situaciones que involucran este tipo de daños, lo que repercute en el tratamiento equitativo de las víctimas: Es paradójico pero sucede, por ejemplo, que resulta más conveniente demandar en ciertas jurisdicciones territoriales que en otras; existen regiones que por razones de diferente índole reconocen más partidas o mayores cuantías, aún a pesar de que Colombia es un Estado centralizado.

Sucede también que la ausencia de un tratamiento sistemático del daño a la persona conduce a que ciertos aspectos propios de una indemnización de este tipo queden relegados al olvido. En este contexto, es muy dicente que en Colombia resulte extraño referirse a los gastos de adaptación de vivienda, los gastos de adaptación de vehículo, los mayores costos de movilidad, la ayuda de tercera persona, las indemnizaciones extrapatrimoniales en el estado de coma o en el estado vegetativo, la pérdida de feto, entre muchos otros conceptos más que son propios de la indemnización de los daños a la integridad psicofísica de la persona natural.

Por supuesto que el resultado de esta entropía conceptual es el caos. Los problemas colaterales que trae consigo la ausencia de un sistema coherente y consistente de indemnización de los daños a la persona trastocan valores generales de la subsistencia de una sociedad, como son, por ejemplo, la paz, la justicia y la equidad. Piénsese, a modo de ilustración, en las situaciones de infraindemnización: La perpetuación de una indemnización insatisfactoria con la aquiescencia del Derecho es la base para la pérdida de legitimidad del sistema y para la segregación de la población, situación social que en modo alguno resulta deseable desde

¹ A fin de conocer con mayor detalle los aspectos que antecedieron la investigación que sirvió de fundamento al presente proyecto, véase Rojas Quiñones, Sergio. El daño a la persona y su reparación. Ibáñez. Bogotá. 2015.

² HONORÉ, Tony. Responsibility and Fault. Hart Publishing. Oxford. Portland. p. 29.

³ PAPAYANNIS, Diego. Comprensión y Justificación de la Responsabilidad Extracontractual. Universidad Pompeu Fabra. 2010. pp. 220-222.

⁴ Cfr. Congress of the United States. Congressional Budget Office (A CBO Paper). The Effects of Tort Reform: Evidence from the June. 2004.

⁵ COLEMAN, Jules. Riesgos y daños. Marcial Pons. Madrid. 2010 y WEINRIB, Ernest. The Idea of Private Law. Harvard University Press. Cambridge. 1995.

⁶ KEREN-PAZ, Tsachi. Torts, Egalitarianism and Distributive Justice. Ashgate. Hampshire. 2007. pp. 85-132.

⁷ CALABRESI, Guido. The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis. Yale University Press. New Haven. 1970; LANDES, William y POSNER, Richard. The Economic Structure of Tort Law. Harvard University Press. Boston. 1987; COASE, Ronald. The Problem of Social Cost, en *The Journal of Law and Economics*, pp. 1-44 (octubre, 1960).

la óptica de las políticas públicas. Lo propio sucede también con la ‘sobreindemnización’, si el término resultara de recibo: Es la cristalización de un sistema de enriquecimiento a partir de las interacciones dañosas, lo que reduce los incentivos de prevención y evitación en cabeza de las víctimas.

A este tipo de problemas se suman muchos otros: Los rubros que se indemnizan no han sido analizados desde la óptica de una adecuada vertebración; la dispersión de los fallos judiciales en la aplicación de ciertos conceptos es absoluta y la incertidumbre frente a la resolución de algunos problemas prácticos, como el derivado de la congruencia o el de las formas de pago de la indemnización (i.e. suma única, renta periódica, constitución de fiducias), ha conducido a que los usuarios del sistema judicial se vean en interminables dilemas a la hora de determinar la forma en que deben encausar sus demandas o sus defensas.

De ahí la importancia del presente trabajo. Se trata de una investigación que procura formular una propuesta de regulación para esta problemática en Colombia.

3. LOS PROBLEMAS DEL SISTEMA IMPERANTE

En la consecución de este objetivo sea lo primero hacer un balance general de las reglas existentes.

Al respecto, es destacable que en los últimos años la jurisprudencia se haya ocupado de esta problemática de un modo menos fragmentario al que adoptaba en el pasado. Ciertamente, es rescatable que se hayan presentado pronunciamientos encaminados a esbozar soluciones prácticas frente a problemas puntuales que enfrentaban las víctimas a la hora de reclamar las indemnizaciones correspondientes a los daños que padecían sobre su integridad psicofísica o sus derechos de la personalidad. En este contexto se han presentado interesantes avances como la matización del principio de congruencia, el análisis de la cosa juzgada⁸, el estudio de la cuantificación del perjuicio patrimonial, entre otras temáticas más.

También es destacable el progreso dogmático que ha mostrado la jurisprudencia. En efecto, mientras que hace algunos años las providencias se proferían desprovistas de cualquier referencia doctrinal, sin un análisis siquiera mínimo del derecho comparado o un estudio elemental del Estado de la cuestión que se trataba, la intervención de ciertos magistrados en la Corte, como la realizada por Carlos Ignacio Jaramillo, ha permitido que hoy las sentencias sean menos tímidas en cuanto a las referencias académicas. Esto ha aparejado una mejor comprensión e incorporación de las ideas plasmadas en los fallos judiciales, lo que poco sucedía en otra época.

En cualquier caso, estos son solamente paliativos. Si bien existen aspectos dignos de destacar, subsisten multiplicidad de problemas que evidencian que los progresos no representan ni un mínimo porcentaje de los defectos. Defectos que van desde la concepción teórica del daño a la persona hasta su vertebración práctica y su aplicación en el razonamiento judicial⁹.

Con el propósito de corroborar lo anterior, en el presente trabajo se hizo un análisis jurisprudencial de las sentencias proferidas por los Juzgados Civiles de Circuito y los Tribunales Superiores de Distrito Judicial situados en ciudades representativas de Colombia como Bogotá, Medellín, Cali, Cartagena, Santa Marta, Bucaramanga, Villavicencio, Yopal, Leticia y Quibdó, durante el periodo comprendido entre 2004 y 2014. El recuento arrojó un total de 524 fallos relacionados con indemnizaciones de lesiones a la persona originadas en distintos tipos de accidentes (i.e. accidentes de tránsito, situaciones derivadas del conflicto armado, accidentes en actividades de construcción, accidentes en actividades de transporte, entre otros).

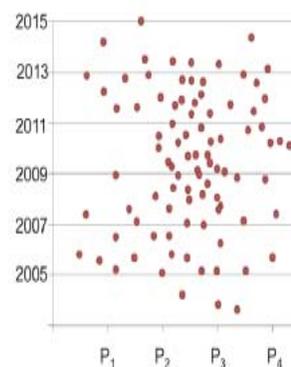
Analizada esta muestra representativa a partir de varios criterios, se pudo confirmar que en el Derecho nacional subsisten varias anomalías que justifican una intervención legislativa directa en el daño a la persona. Dentro de las más relevantes, se destacan:

3.1. *La ausencia de una concepción clara en cuanto a la naturaleza del daño a la persona como un perjuicio o rubro autónomo.*

Un primer problema es la falta de claridad sobre la autonomía del daño a la persona como un perjuicio indemnizable. A pesar de que la jurisprudencia de la Corte Suprema no le ha dado este carácter, algunos fallos lo indemnizan como una tercera categoría paralela a los perjuicios patrimoniales y los extrapatrimoniales. Otros, por su parte, le consideran una modalidad más de rubro extrapatrimonial (al nivel del daño moral y el daño a la vida de relación) o, incluso de rubro patrimonial (junto al daño emergente y el lucro cesante).

Esta falta de claridad repercute directamente en la reparación de las víctimas quienes, según la jurisdicción territorial de que se trate, enfrentarán mayores o menores dificultades para obtener la compensación de los perjuicios.

Un diagrama de dispersión evidencia las divergencias de la rama judicial colombiana en esta materia:



Gráfica No. 1 – Dispersión en torno al reconocimiento del daño a la persona

La posición 1 (P1) representa aquellas providencias en las que se reconoce que el daño a la persona es un rubro autónomo que se indemniza como una tercera categoría paralela a los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales; P2 se refiere a las providencias en las que se le trata como un tipo de daño extrapatrimonial diferente al daño moral o al daño a la vida de relación –a pesar de que la jurisprudencia de la Corte Suprema no le ha dado este carácter–; P3 representa las senten-

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de diciembre de 2012. M. P. Ariel Salazar Ramírez.

⁹ Vid. El daño a la persona en el ordenamiento jurídico colombiano. Estado actual y propuesta regulatoria (Investigación Principal). Máster en Derecho de Daños. Universidad de Girona. 2015. Cap. III – 1.

cias en las que no se le da ninguna clase de autonomía como rubro indemnizable –que es la posición asumida por la jurisprudencia y, de contera, la que actualmente sería la jurídicamente admisible– y P4 los casos en los que se le ha dado el desconcertante tratamiento de un daño patrimonial paralelo al daño emergente y al lucro cesante.

¿Cómo puede justificarse que un Juez, por ejemplo, confiera indemnizaciones por los perjuicios patrimoniales, los extrapatrimoniales y el daño a la persona, como una tercera categoría autónoma y diferenciada (P1)? En el panorama contemporáneo, ¿cómo podría explicarse un fallo en el que se paguen, por conceptos patrimoniales, el daño emergente, el lucro cesante y el daño a la persona (P4)?

O ¿cómo podría explicarse un fallo que reconozca daño moral, daño a la vida de relación y daño a la persona en sede extrapatrimonial (P2)?

La dispersión, como puede observarse, es notoria: A pesar de que la jurisprudencia racionalmente vinculante de la Corte Suprema ha asumido la posición 3 (P3), muchos fallos se sitúan en P1, P2 o P4, lo que no solamente mina la claridad del sistema sino que genera incentivos perversos para las víctimas, quienes preferirán demandar ante aquellos lugares del territorio que pagan el daño a la persona como un rubro autónomo o diferenciado.

3.2. La concepción del daño como infracción o como repercusión

Un segundo problema tiene que ver con la conceptualización del daño. Nuestra responsabilidad tradicionalmente se ha estructurado sobre dos pilares fundamentales: Su función predominantemente indemnizatoria y su orientación hacia la reparación de las repercusiones desfavorables que genera la lesión a un interés jurídico tutelado (v. gr. el daño emergente o el daño moral).

Lo paradójico es que con el “nuevo” perjuicio incorporado por la Corte Suprema de Justicia (el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional que previó en el controvertido fallo del 5 de agosto del 2014¹⁰) se echa por la borda este entendimiento. Y lo hace de manera prácticamente inconsulta.

Como lo reconoce la propia sentencia, el nuevo rubro se configura con la sola trasgresión del bien personalísimo, independientemente de si ha existido o no una repercusión derivada de dicha trasgresión¹¹. Así, el solo proceder antijurídico habilita la “indemnización”, incluso si el mismo no genera una consecuencia desfavorable que sea aprehensible. Por supuesto que, con esta postura, no solo colapsan varios de los elementos dogmáticos de la responsabilidad (el daño se confunde

con el actuar antijurídico), sino que, además, se procede en contra de su carácter indemnizatorio, al condenarse el pago de una suma de dinero por la sola infracción del interés tutelado.

Lo preocupante es que la Corte no dimensionó las consecuencias que tendría este radical giro conceptual. En efecto:

– Incorporó un nuevo tipo de perjuicio, con el que modificó sensiblemente la concepción tradicional de la responsabilidad y la acercó al terreno de la sanción, sin el adecuado proceso de legitimación política y legislativa que una decisión de este calado requiere. Esto es aún más grave si se tiene en cuenta que se rompió con una línea jurisprudencial reiterada desde la década de los 40, no obstante el salvamento de voto de tres de los siete magistrados de la Sala y la aclaración de uno de ellos.

– Incurrió en una inconsistencia conceptual. A pesar de que sostiene que este rubro indemniza la sola afectación del interés tutelado –independientemente de la repercusión–, en el caso concreto advierte que no podrá coexistir con otros rubros como los que pretenden la reparación del perjuicio patrimonial. Grave error: si fuera cierto que este es un daño extrapatrimonial autónomo, que repara la mera trasgresión del interés constitucional, bien podría concurrir con los perjuicios de estirpe patrimonial, lo que evidencia la incoherencia de la postura.

– La postura, por lo demás, deja en el aire muchas preguntas. Por ejemplo, frente a lo etéreo de los criterios para determinar los intereses personalísimos dignos de tutela, ¿cómo solucionar la disparidad de decisiones que proferirán los jueces en los distintos territorios?, ¿cuántos pagos diferenciados surgirán en casos de violaciones de derechos fundamentales como el derecho a la salud?, ¿qué criterio de vertebración será el definitivo?

Paradójicamente pareciera ser que la Corte no consideró a fondo ninguno de estos aspectos. El pago de indemnizaciones derivadas de la sola afectación a un interés, aún sin repercusión, supone abrir una caja de pandora cuyos efectos, contrastados con la creatividad de la cultura local, son impensados. Este será entonces un nuevo problema que, sumado a la incertidumbre de los rubros, privará aún más de certeza al ordenamiento local.

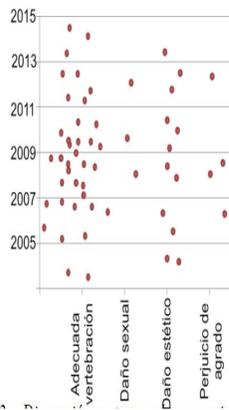
3.3. La vertebración no es aplicada de manera unificada por los jueces.

La misma incertidumbre se presenta en relación con la vertebración ordinaria del daño. Por influencia de los pronunciamientos proferidos en lo contencioso-administrativo, los jueces han incurrido en confusiones relacionadas con los tipos de perjuicios que se reparan y su concurrencia en casos puntuales.

La dispersión en este punto también es notoria: A pesar de que la jurisprudencia de la Sala Civil ha reconocido solamente el daño emergente y el lucro cesante, en la esfera patrimonial, y el daño moral, el de la vida de relación y las afectaciones de los derechos de la personalidad, en la extrapatrimonial, se pueden encontrar pronunciamientos que confieren indemnizaciones por conceptos ajenos a este precedente jurisprudencial. Así, por ejemplo, algunos –no pocos– jueces reconocen indemnizaciones por daño sexual, daño estético o, incluso, perjuicio de agrado, como se ilustra a continuación:

¹⁰ CSJ, S. Civil. Sent. SC10297-2014, ago. 5/14, M. P. Ariel Salazar Ramírez.

¹¹ De acuerdo con la providencia, “el daño se configura cuando se demuestra la violación culpable de ese bien jurídico, sin que se requiera la presencia de ninguna otra consecuencia. Es decir que una vez acreditada la culpa contractual y la vulneración de la garantía fundamental como resultado de ese incumplimiento, se tiene por comprobado el detrimento al bien superior que es objeto de la tutela civil, y en ese momento surge el interés jurídico para reclamar su indemnización, porque el daño resarcible se identifica con el quebranto que sufre el derecho de estirpe constitucional” (CSJ, S. Civil. Sent. SC10297-2014, ago. 5/14, M. P. Ariel Salazar Ramírez).



Gráfica No. 2 – Dispersión en torno al reconocimiento de ciertos rubros atípicos

Nótese cómo, a pesar del sistema relativamente vinculante de los fallos de los órganos de cierre, existe un índice de dispersión judicial muy representativo, en la medida en que algunos jueces de primera y segunda instancia reconocen tipologías de perjuicio que no han sido objeto de incorporación por parte de la Corte Suprema. Esto, por lo demás, tiene un sesgo territorial que conduce a un problema de igualdad muy sensible, ya que supone a la postre que algunas víctimas tendrán más rubros que otras.

3.4. *En materia de daño emergente, los gastos de adaptación de vivienda, las prótesis, las ortesis y los mayores costos de movilidad son ajenos a la cultura local – infraindemnización.*

En las providencias analizadas, las víctimas reclamantes presentaban minusvalías múltiples, cuadruplicia, deficiencias motoras o afectaciones mentales serias. Sin embargo, en casi ningún caso se reconoció, a título de daño emergente, los gastos necesarios para la adaptación de la vivienda o la adaptación del vehículo. De hecho, si se analizan las pretensiones propuestas en las demandas respectivas, se puede observar que solamente en un 27.8% de los casos se formularon peticiones relacionadas con el reembolso de este tipo de erogaciones.

Esto evidencia que en el ordenamiento colombiano existe un relativo desconocimiento de estas partidas y de sus posibilidades de reparación, lo que se traduce en infraindemnizaciones generalizadas.

El problema es mucho más alarmante si se tiene en cuenta que no se trata solamente de reconocer el rubro (los gastos, en estricto sentido), sino de absolver dudas puntuales que pueden suponer serios problemas en la práctica. Por ejemplo, ¿qué pasa si la vivienda no es propia? ¿Debe el agente dañador sufragar una vivienda nueva? ¿Los gastos de manutención de la adaptación –i.e. el incremento en los servicios de agua o electricidad– deben ser solventados en adición a la adaptación misma? Si hay más de una casa, ¿todas se deben adaptar? ¿Qué sucede si la víctima no disponía de un vehículo propio o empleaba el transporte público? ¿Hasta dónde se extiende la obligación de indemnizar a cargo del agente dañador? ¿Debe cubrir también los gastos de reposición de las prótesis vitalicias? ¿Qué calidad para las prótesis? Todo esto queda sin una respuesta unívoca.

3.5. *La cuantificación del lucro cesante:*

Un inconveniente similar se presenta en relación con la cuantificación de lucro cesante. La complejidad de las variables que inciden en la determinación de este

perjuicio conduce a que en la práctica se materialicen muchos errores en la tasación hecha por los jueces, particularmente en las primeras instancias, como se ilustra en el siguiente diagrama:



Gráfica No. 3 – Criterios de cuantificación del lucro cesante en los casos judiciales

Nótese cómo, del grupo de sentencias analizadas, solo el 19% se adecúan a los parámetros de tasación establecidos por la Corte Suprema de Justicia. El 81% restante se separa de los mismos: un 7% por errores manifiestos, tanto en la determinación del periodo indemnizable, como en la del ingreso base para la liquidación, mientras que el otro 74% por problemas únicamente en el periodo (21%) o en el ingreso (53%).

A estos errores se suma la divergencia de criterios que aún no se ha podido superar –aunque se ha avanzado significativamente en ello–, en lo que concierne a la indemnización de casos difíciles como el de las personas dedicadas a las tareas del hogar o el de individuos que aún no perciben ingresos (menores de edad).

3.6. *La vertebración del perjuicio extrapatrimonial y los casos de indemnizaciones contradictorias.*

Otro de los ámbitos en los que se refleja una evidente falta de claridad es en lo que tiene que ver con el perjuicio extrapatrimonial. Además de las distorsiones a las que alude la gráfica número 2 –referidas, particularmente, a la reparación de perjuicios ajenos al precedente jurisprudencial colombiano como el perjuicio de agrado, el sexual o el estético–, se identifica un problema en la discrecionalidad para la cuantificación de los rubros: Aunque paradójico, sucede en Colombia que los jueces de instancia reconocen diferentes cuantías para el mismo perjuicio según el lugar del territorio en el que se demande, como lo muestran las gráficas a continuación:



Gráfica No. 4 – Cuantificación del daño moral en algunas jurisdicciones



Gráfica No. 4 – Cuantificación del daño moral en algunas jurisdicciones



Gráfica No. 5 – Cuantificación del daño a la vida de relación en algunas jurisdicciones

Estas cifras evidencian importantes divergencias entre los razonamientos judiciales de las diferentes jurisdicciones territoriales del país. Así, por ejemplo, en lo que concierne al daño moral, se observa que, aun cuando hay relativo equilibrio en las hipótesis de muerte de padres y de muerte de hijos, en las demás materias las diferencias son notorias. Es lo que sucede con la pérdida de la función sexual (donde el reconocimiento de los jueces de Yopal supera, con creces, el de los demás territorios), la mutilación de miembros y el estado vegetativo.

La misma tendencia es la que se explicita en la gráfica del daño a la vida de relación. Los reconocimientos son muy dispares según la hipótesis dañosa de que se trate.

Ello nuevamente apareja problemas de igualdad para las víctimas, quienes podrán obtener mayores o menores indemnizaciones según la jurisdicción específica en la cual demanden, de acuerdo con las normas de competencia. También apareja incentivos perversos y problemas de consistencia al interior del sistema.

3.7. Es imperante la necesidad de clarificar los criterios existentes:

A todo lo anterior se suman una serie de problemas prácticos que aún carecen de una definición con vocación de permanencia en el ordenamiento nacional. Es lo que sucede con temas como el denominado latigazo cervical (traumatismo menor de columna vertebral), los casos de osteosíntesis, la interacción entre el principio de congruencia y las lesiones evolutivas, la cosa juzgada y muchas otras particularidades que lejos están de ser una minucia.

De ahí que se imponga la necesidad de abordar esta cuestión, a efectos de evitar que la situación que se viene dando conduzca, ulteriormente, a la insubsistencia de las reglas de responsabilidad en lo que al daño a la persona se refiere. Este es el origen de la propuesta que a continuación se sintetiza.

4. HACIA UNA REGULACIÓN LEGAL DEL SISTEMA DE INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS A LA PERSONA

Por supuesto que la fundamentación de una regulación integral para esta materia requeriría una explicación mucho más ensanchada. Considerando, sin embargo, las razonables limitaciones de espacio, hemos optado por incluir solamente los cinco rasgos más relevantes, sin perjuicio de lo cual, en la investigación principal, el lector podrá encontrar una explicación detallada

de cada una de las opciones normativas aquí adoptadas. Estos cinco rasgos distintivos son los siguientes:

4.1. Primer rasgo característico: una ley especial

La adopción de un sistema de indemnización del daño a la persona en Colombia no requiere, en principio, la expedición de una ley autónoma. La jurisprudencia podría articular este sistema con fundamento en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, a cuyo tenor: “*Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.*”.

Nótese cómo esta disposición consagra, como un imperativo judicial, la reparación integral tanto en el daño a las cosas como en el *daño a las personas*. En cumplimiento de esta disposición, la jurisprudencia nacional está habilitada para incorporar un sistema que resuelva los anteriores problemas, particularmente en cuanto a la evitación de vacíos de pagos múltiples de un mismo perjuicio.

Ello, sumado a la interpretación que se ha hecho del artículo 230 constitucional (que le ha reconocido un carácter relativamente vinculante al ‘*precedente*’ judicial, particularmente cuando proviene de las altas cortes –precedente vertical–), permitiría estructurar un conjunto de reglas coherentes para asegurar el carácter integral de las indemnizaciones que se decreten a favor de las personas¹².

El inconveniente que presenta esta solución es que ella misma ha demostrado no ser la más idónea. En efecto, el sistema de las reglas jurisprudenciales relativamente vinculantes es el que opera en la actualidad, con todos los problemas que ya se han anotado, por lo que una solución nuevamente jurisprudencial no parece contar con antecedentes muy favorables. Además, no se avizora un cambio de tal grado en la doctrina de los órganos de cierre que permita inferir, con algo de razonabilidad, que la situación cambiará.

Se agrega a este punto que un sistema basado en reglas exclusivamente jurisprudenciales tiene tres problemas adicionales:

a) Mientras no se acompañe de un adecuado programa de pedagogía judicial con una cobertura generalizada, no mitigará las distorsiones en la primera y la segunda instancia. El costo de un programa de este tipo, en contraste con su efectividad, le resta, sin embargo, ventajas frente al alcance general que supone la implementación de una ley;

b) El control de los órganos de cierre es muy restringido por las barreras jurídicas y prácticas para acceder al recurso extraordinario de casación;

c) La inexistencia de una regulación de origen legal relega todo el conjunto normativo al vaivén jurisprudencial, lo que les resta certidumbre a las reglas y complejiza los costos asociados con la aplicación de las normas en el Derecho nacional.

¹² Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-830 de 2001. Véase también TAMAYO JARAMILLO, Javier y JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. El precedente judicial en Colombia. Papel y valor asignados a la jurisprudencia. Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2012.

Por esa razón conviene abogar por una regulación de origen legal que, de manera complementaria al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, fije unas reglas que, con vocación de estabilidad y de manera impersonal y abstracta, indiquen los parámetros a los que deben sujetarse las reparaciones específicas de los *daños a la persona*. Esta es la naturaleza de la presente propuesta.

Se trata de un proyecto de ley que está inspirado en un sistema flexible –como el de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil– que permite, de una parte, fijar los principios conforme a los cuales deben decretarse las indemnizaciones y, de la otra, dejar un espacio para una sana discrecionalidad judicial de modo que haya una gradual adaptación de la legislación a la realidad¹³.

Por lo demás, se propone como una ley especial habida cuenta de la urgencia de mitigar los problemas asociados al daño a la persona; aun cuando existía consciencia sobre la posibilidad de esperar a una codificación para evitar la atomización del Derecho Privado¹⁴, las externalidades negativas que el sistema actualmente vigente ha generado y la probabilidad de que la codificación se tome un tiempo muy prolongado nos han llevado a proponer una ley especial que, en cualquier caso, emplea un lenguaje que facilita su posterior incorporación en un proyecto de Código, ya sea Civil o de Derecho Privado o Público en general.

Lo anterior, sin embargo, sin que ello suponga reconocer que la idea de las leyes especiales o particulares necesariamente sea perjudicial para el Derecho local.

4.2. Segundo rasgo característico: el ámbito de aplicación de la regulación

Un segundo aspecto que vale la pena destacar es el ámbito de aplicación. La normativa tiene por objeto estructurar un sistema independiente, autónomo y consistente de reparación del daño a la persona dentro de los procesos de responsabilidad civil y de responsabilidad del Estado, entendiéndose por daño a la persona¹⁵ las lesiones, afectaciones o menoscabos que sufren las personas naturales sobre su integridad física, psíquica o sobre sus derechos de la personalidad¹⁶.

¹³ Cfr. SPIER, J. *et al.*, Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil. Comentarios a la relación de causalidad. Thomson. Barcelona. 2012. p. 5.

¹⁴ La idea de una codificación del Derecho Privado se torna particularmente relevante si se tiene en cuenta, en especial, que algunas universidades como la Pontificia Universidad Javeriana han emprendido iniciativas tendientes a la redacción de una norma de este tipo, que tiene por objeto abarcar, en lo fundamental, al Derecho Privado en general, inspirados en iniciativas como la defendida en su momento por Arturo Valencia Zea.

¹⁵ Sobre las bases de la conceptualización del daño a la persona, véase: El daño a la persona en el ordenamiento jurídico colombiano. Estado actual y propuesta regulatoria (Investigación Principal). Máster en Derecho de Daños. Universidad de Girona. 2015. Cap. III – No. 2.4 (El daño a la persona. Regulación como daño evento).

¹⁶ Cfr. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral” (http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecaautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF), consultado el 20 de enero de 2015; FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Daño a la persona y daño moral en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana actual*, Themis - Revista de Derecho, número 38, 1998, Att. 179 y ss. 16 En contra de la idea del daño a la persona como una categoría autónoma se pue-

Ello acarrea varias implicaciones, a saber:

- El proyecto se centra única y exclusivamente en uno de los presupuestos estructurales de la responsabilidad: el daño; así las cosas, no se trata de una modificación normativa sobre otros elementos determinantes como el factor de atribución o la causalidad. Aun cuando habría sido ideal incorporar disposiciones que regularan integralmente la responsabilidad, la dilación temporal que ello supondría no compensa las ventajas de dicha regulación integral, sobre todo teniendo en cuenta la urgencia de una intervención normativa en la esfera del consabido daño a la persona¹⁷.

- Ahora bien, no es cualquier tipo de daño. Si se parte de la distinción entre el daño a las cosas y el daño a las personas, se debe señalar que la regulación a la que aquí se hace referencia concierne a la segunda modalidad. De este modo, su eje central serán las lesiones de la persona natural –que no sobre la persona jurídica, en la medida en que el daño a la persona es, en principio, un concepto inherente a la persona natural¹⁸– y no de los bienes frente a los cuales tiene un derecho real o un derecho personal.

- Por lo demás, el sistema que aquí se propone será residual, en el sentido en que su aplicación se hará en ausencia de sistemas especiales que regulen la materia. Esto es especialmente importante de cara a la Ley de Víctimas o las leyes que establecen topes indemnizatorios especiales (i.e. aeronáutico). Para evitar que la regulación tenga efectos impensados, desarticule o genere retazos normativos como ha sucedido, por ejemplo, con el Estatuto del Consumidor, la propia legislación expresamente señala que su aplicación es residual e indivisible, lo que quiere decir que solo procede en ausencia de una ley especial y que sus disposiciones no se pueden fragmentar para aplicar algunos artículos, con exclusión de otros¹⁹.

4.3. Tercer rasgos característico: la distinción entre daño y perjuicio – el daño a la persona y los perjuicios resultantes

Un tercer rasgo definitorio tiene que ver con la distinción entre daño y perjuicio: el proyecto incorpora esta diferenciación por considerar que, no obstante el debate teórico que supone, es útil a efectos de vertebrar un sistema de indemnización en el que e combate un enemigo fundamental: los vacíos (ausencia de pago de un perjuicio) y los solapamientos (múltiples pagos de

de consultar: LEÓN, Leysser, *Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano*, (dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art57.PDF), consultado el 16 de enero de 2015.

¹⁷ Para una explicación más ensanchada sobre las razones que impiden una regulación integral de la responsabilidad civil, véase: El daño a la persona en el ordenamiento jurídico colombiano. Estado actual y propuesta regulatoria (Investigación Principal). Máster en Derecho de Daños. Universidad de Girona. 2015. Cap. III – No. 2.2.

¹⁸ *Ibid.*, Cap. III – No. 2.2.

¹⁹ La subsidiariedad y la indivisibilidad están expresamente previstas como principios rectores del proyecto de regulación. Para el efecto véase: Para una explicación más ensanchada sobre las razones que impiden una regulación integral de la responsabilidad civil, véase: El daño a la persona en el ordenamiento jurídico colombiano. Estado actual y propuesta regulatoria (Investigación Principal). Máster en Derecho de Daños. Universidad de Girona. 2015. Cap. III – No. 2.3 (punto 7 – Subsidiariedad).

un mismo perjuicio). Ciertamente, diferenciar entre el daño y el perjuicio permite, en primera medida, darle autonomía conceptual al *daño a la persona* como una categoría dogmática diferenciada del daño a las cosas. En segundo lugar, permite también diferenciarlo de los perjuicios o las repercusiones desfavorables que ese daño genera y que constituyen, a la postre, el objeto específico de la indemnización. Así, el intérprete puede esbozar un mapa claro de la vertebración: el daño a la persona como *daño evento* (concepto dogmático) y los perjuicios resultantes como *daños consecuenciales* o rubros a indemnizar²⁰.

4.3.1. El daño a la persona como *daño evento*:

Como ya se dijo, con el propósito de diferenciarlo definitivamente de los daños a las cosas, la propuesta de regulación le da autonomía sustancial y dogmática al concepto de daño a la persona, no como un rubro (perjuicio) adicional a los patrimoniales o a los extrapatrimoniales, sino como un concepto dogmático completamente autónomo y diferenciado (daño evento) en cuyo marco existen perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales singulares.

Ahora bien, este daño a la persona se define como la lesión, afectación o menoscabo sobre la integridad física, psíquica o los derechos de la personalidad de los que es titular una persona natural²¹. En ese orden de ideas, el daño a la persona incorpora una categoría omnicomprendensiva de perjuicios que tienen como común denominador el que se refieren a un menoscabo o una afectación que recae directivamente sobre la integridad de la persona natural.

Esta conceptualización abarca el género próximo y la diferencia específica de la categoría, lo que permite definirla adecuadamente. En efecto, al afirmarse que el daño a la persona es una *lesión sobre la integridad física, psíquica o los derechos de la personalidad de los que es titular una persona natural*, se está indicando, en primera medida, que se trata de un concepto que pertenece al género del daño en la responsabilidad; como cualquier otro daño, se trata entonces de una lesión, afectación o menoscabo sobre un interés jurídico lícito.

²⁰ Aun cuando la distinción entre daño y perjuicio no ha sido acogida en el Derecho nacional por el hecho de ser combatida por varios detractores, en la investigación principal se explican las razones de orden teórico y práctico que llevaron a su adopción. Véase: Para una explicación más ensanchada sobre las razones que impiden una regulación integral de la responsabilidad civil, véase: El daño a la persona en el ordenamiento jurídico colombiano. Estado actual y propuesta regulatoria (Investigación Principal). Máster en Derecho de Daños. Universidad de Girona. 2015. Cap. III – No. 2.4.3 (El daño a la persona como daño evento y la distinción frente a los daños consecuenciales).

²¹ La conceptualización del daño a la persona y la denominación adoptada –esto es, la de daño a la persona, por oposición a otros nombres como el de daño corporal– hacen parte de un proceso de justificación que el lector podrá encontrar en la investigación principal. Al respecto, véase El daño a la persona en el ordenamiento jurídico colombiano. Estado actual y propuesta regulatoria (Investigación Principal). Máster en Derecho de Daños. Universidad de Girona. 2015. Cap. III – 2.4.1 (Noción y caracterización del daño a la persona).

En adición al género próximo, la conceptualización arriba propuesta capta también la diferencia específica del denominado daño a la persona, en el sentido de que entiende que el rasgo que distingue a esta lesión de las demás, es que recae sobre ciertos intereses específicos como son *la integridad física*²², *la psíquica*²³ y *los derechos de la personalidad de la persona natural*²⁴.

Por lo demás, la categoría se puede identificar por oposición a otros tipos de daño que, aun cuando también se refieren a una persona –como quiera que todo daño es, en principio, personal–, no corresponden a una afectación directa de su integridad física, psíquica o a sus derechos de la personalidad, como sucede, por ejemplo, con los daños a las cosas (pérdida de vehículo, pérdida de inmuebles, pérdida de negocio, entre otros); también difiere de los daños a los que puede acceder una persona jurídica, ya que, aun cuando esta podría reclamar la afectación de los derechos de la personalidad, tal afectación tiene un sesgo predominantemente patrimonial que resulta extraño a la teleología que orienta los criterios que se propondrán respecto de la persona natural.

4.3.2 La regulación de los perjuicios resultantes del daño a la persona (regulación del **daño consecuen-**cial).

Ahora bien, siendo el daño a la persona un concepto dogmático autónomo y paralelo al daño a las cosas, es claro que el mismo apareja una serie de perjuicios consecuenciales que constituyen los rubros que, en definitiva, el agente dañador deberá indemnizar (perjuicios *stricto sensu*).

La problemática de estos rubros tiene que ver con su articulación o vertebración específica, como quiera que la variedad de afectaciones que puede padecer la persona natural ha generado que los diferentes sistemas estructuren soluciones muy divergentes que, en muchas ocasiones, pecan por ser proclives a los conabidos y pluricitados solapamientos (múltiples pagos de un mismo rubro) o a los vacíos (ausencia de pago de un rubro específico). En Colombia el problema es aún más patente si se tiene en cuenta que, como se expuso en un capítulo precedente, los jueces reconocen partidas discordantes²⁵.

²² La lesión a la integridad física se puede definir como “*toda alteración anatómica o funcional, por un agente exógeno o endógeno, que puede actuar sobre un individuo vivo (lesión vital)*.” (Pérez Pineda, Blanca y García Blázquez, Manuel, *Manual de valoración y baremación del daño corporal*, Ed., Comares de Ciencias Jurídicas, 1995, pág. 4). Así mismo, con referencia al ámbito comparado, en España, “*el Tribunal Constitucional ha delimitado la integridad física como ‘derecho a no sufrir lesión o menoscabo de su cuerpo o su apariencia externa sin su consentimiento’*” (Canosa Usera, Raúl, *El derecho a la integridad personal*, Ed., Lex Nova, 2006, pág. 89.).

²³ En cuanto al otro concepto que integra el daño a la persona, que es la lesión psíquica, ésta hace referencia a los padecimientos que sufre determinado víctima, con la consecuente “*rebaja en la dignidad del sujeto lesionado en su integridad moral*” (Canosa Usera, Raúl, *El derecho a la integridad personal*, Ed., Lex Nova, 2006, pág. 93).

²⁴ KHATIB, Milagros Koteich, *La Reparación del Daño como Mecanismo de Tutela de la Persona*, Ed., Universidad Externado, 2012.

²⁵ Vid., *supra*, Cap. 2. – Los problemas del sistema imperante.

De ahí que la intervención legislativa, en lo que concierne a los rubros específicos, deba perseguir una *meta fundamental*: permitir una adecuada vertebración de los diferentes rubros, en aras de que las indemnizaciones no padezcan tales vacíos o solapamientos, para lo cual conviene sistematizar las reglas jurisprudenciales ya existentes mediante la legislación que se propone, preservando los aspectos positivos y modificando aquellos que, en los términos del segundo capítulo, ameritan modificación.

En el desarrollo de esta tarea se exploraron varias alternativas de las cuales se adoptó una basada en cuatro parámetros generales que permiten una estructuración suficientemente omnicompreensiva de los perjuicios. Tales parámetros, en apretada síntesis, indican que:

– Primer parámetro: solo se considerarán como perjuicio aquellas situaciones que sobrevengan como *repercusiones desfavorables* del daño a la persona. La mera afectación, por sí sola, sin que apareje una repercusión, no es considerada como un perjuicio²⁶.

– Segundo parámetro: se debe distinguir entre perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales por ser esta una bipartición que abarca, en general, las diferentes tipologías de perjuicios que pueden aflorar con ocasión de una afectación de la persona natural. Ciertamente, sea cual fuere la repercusión, la misma puede situarse en la esfera de lo estimable o lo inestimable pecuniariamente²⁷.

– Tercer parámetro: al interior de cada género (patrimonial y extrapatrimonial) existirán categorías específicas (rubros), que incorporan, sin solapamientos, las distintas clases de repercusiones que pueden existir: en lo patrimonial dichas categorías son el daño emergente y el lucro cesante; en lo extrapatrimonial son varias tipologías que se explicarán en el segmento respectivo²⁸.

– Cuarto parámetro: el contenido de las indemnizaciones podrá variar según si se trata de muerte, de lesión permanente (secuela) o de lesión temporal, como quiera que cada hipótesis reviste unas características diferenciadas.

Este sistema, que hemos denominado de doble bípode (porque indemniza el daño patrimonial en muerte (1A) y lesión (1B) –primer bípode-, así como el extrapatrimonial en muerte (2A) y en lesión (2B) –segundo bípode-), junto con los rubros que se reconocen al interior de cada categoría, parece ofrecer un modelo en el que no hay vacíos indemnizatorios, ni solapamientos en los pagos: bien manejado, subsume y comprende cada una de las repercusiones desfavorables que el daño a la persona apareja, sin repetir ninguno de los conceptos, como lo ilustra el modelo a continuación:

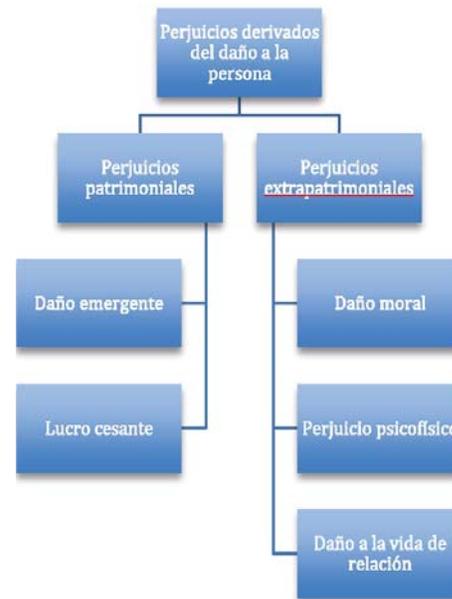


Diagrama No. 1 – Vertebración del perjuicio en la propuesta

Ahora expondremos los aspectos más novedosos de la regulación de cada uno de los rubros: patrimoniales y extrapatrimoniales.

4.4 Algunas características del perjuicio patrimonial: daño emergente y lucro cesante

4.4.1 Novedades del daño emergente:

4.4.1.1 La legitimación para reclamar el daño emergente:

Uno de los aspectos que mayor discusión ha generado en los diferentes ordenamientos comparados, tiene que ver con la legitimación. De las sentencias judiciales analizadas para la elaboración de la propuesta, se pudo constatar que no son pocas las ocasiones en que el daño emergente es utilizado como un *rubro fachada* para reclamar todo tipo de gastos que resultan hipotéticos, remotos y mediatos. Se pudo constatar también que quienes reclaman son, en muchas ocasiones, parientes alejados de la víctima o terceros que se aprovechan de la circunstancia para obtener una suma de dinero.

Esta circunstancia, que se replica en otros ordenamientos jurídicos, justificó que se exploraran diferentes alternativas con el propósito de imponer una cortapisa para las reclamaciones abusivas, y fue así como se encontró en la restricción de la legitimación un expediente adecuado para conjurar o, al menos, mitigar la problemática, considerando sobre todo, que la justicia es de doble vía y, en ese orden de ideas, no solo debe tratar equilibradamente a la víctima, sino también al agente dañador.

De ahí que el proyecto delimite quiénes están habilitados para reclamar el daño emergente en hipótesis de muerte y de lesión.

Para el primero de los casos (muerte), se emplea un criterio asociado al daño: el de su carácter directo o inmediato. Así las cosas, considerando que se trata de una afectación de gran magnitud (como es la muerte), no se implementó una lista de parentescos legitimados, pero sí se precisó que solo aquellas personas que incurran en un gasto que sea consecuencia real y directa del hecho dañoso, podrán reclamar su reparación. Se busca evitar de este modo que las elabora-

²⁶ Sobre la conveniencia de definir los perjuicios a partir de la repercusión y no de la mera afectación, véase: El daño a la persona en el ordenamiento jurídico colombiano. Estado actual y propuesta regulatoria (Investigación Principal). Máster en Derecho de Daños. Universidad de Girona. 2015. Cap. III – No. 2.5.1 (El modelo de vertebración de los perjuicios).

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ *Ibíd.*

ciones indirectas o remotas de parientes lejanos sean parte de la indemnización, en desmedro del principio de relación integral.

En lo que concierne a las lesiones, la propuesta de regulación canaliza la reparación del daño emergente a través de la víctima y sus allegados cercanos. Por esa razón, restringe la legitimación para la víctima directa, su cónyuge o compañero permanente y los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, considerado, en general, las composiciones sociológicas de la familia en Colombia y el estado actual de la jurisprudencia.

Aun cuando esta es una cortapisa que puede suponer, en un momento dado, un sacrificio frente al principio de reparación integral, un ejercicio de ponderación refleja que es un mecanismo idóneo para conjurar la eventual abusividad que se ha presentado en este tipo de reclamaciones en particular.

4.4.1.2 La cuestión de la prueba en las afectaciones de personas:

Fiel a los principios generales de la responsabilidad y a las reglas de carga de la prueba, la jurisprudencia no ha cedido en su exigencia probatoria para las víctimas en casos de daño emergente²⁹. Así, ha sido reacia frente a la aplicación de presunciones o, incluso, de flexibilizaciones probatorias que sí se han dado en otros ámbitos, como sucede con la prueba de la culpa, donde se han traslapado doctrinas como la de la carga dinámica de la prueba, con las bondades y las reservas que ella genera³⁰.

Sucede, sin embargo, que la conmoción connatural a las lesiones psíquicas o físicas de los individuos conduce a que no sean muchos los que se preocupen por retener los comprobantes de pago, facturas y recibos, particularmente en relación con erogaciones pequeñas, lo que ha generado incompatibilidades con la férrea exigencia probatoria de las Cortes y, de contera, ha aparejado una difundida situación de infraindeminización entre las víctimas.

Esta es la primera problemática con la que lidia el proyecto desde la óptica del perjuicio patrimonial³¹. Sin levantar la regla de la carga de la prueba en cabeza del actor ni, mucho menos, trasladarla al victimario—porque para él sería igualmente difícil acreditar que el lesionado no incurrió en los gastos que alega—, la propuesta acude a herramientas normativas como la razonable posibilidad de inferir los perjuicios y la cuantificación en equidad.

Así, cuando el Juez se encuentre con una víctima que no ha preservado los comprobantes de una erogación pero respecto de la cual es razonable inferir que dicha erogación específica sí se realizó, evadir esta realidad sería perpetrar una situación de infraindeminización. Por eso el proyecto señala que, en estos casos, un juicio estricto de razonabilidad hará procedente la indemnización, la cual se cuantificará conforme al criterio de equidad, siguiendo la línea del artículo 16 de la Ley 446 de 1998.

¿Cómo opera este aspecto de la equidad en el caso de reparaciones? Aun cuando el espectro del citado ar-

tículo 16 era bastante amplio, la interpretación y aplicación jurisprudencial que se ha hecho de la misma la ha circunscrito a un ámbito muy limitado³². Es así como los pronunciamientos judiciales han tenido ocasión de señalar que, no obstante la equidad es un derrotero que el intérprete debe considerar al momento de la cuantificación, su aplicabilidad es solamente subsidiaria, es decir, solo tiene cabida cuando es conocida la existencia de una lesión, pero no es posible determinar su monto o cantidad³³.

Así las cosas, la equidad solamente puede proceder en aquellos casos en que se sabe, a ciencia cierta, que el daño existió, pero no se puede determinar cuál es su monto o entidad³⁴. Por lo demás, el que se acuda a este criterio supone que el juzgador queda relevado de tasar el daño conforme a las reglas de estricto derecho, lo que lo habilita entonces para hacerlo de acuerdo con su prudente arbitrio, con las máximas de la experiencia y, en general, los indicios que pueda derivar³⁵.

Pues bien, independientemente de las reservas que se tengan frente a esta postura jurisprudencial, lo cierto es que la equidad, aún entendida bajo la lente de los jueces civiles, resulta ser un parámetro con una utilidad especial respecto de casos como el analizado, en el que la víctima enfrenta problemas para acreditar la cuantía del daño emergente.

Ciertamente, si se está frente a un caso de lesión donde el Juez tiene razonable certeza de que la víctima debió incurrir en ciertos gastos directamente relacionados con dicha lesión (i.e. para su recuperación) pero no puede inferir la cuantía de los mismos, la aplicación del criterio de la equidad permitirá que sea ese Juez quien, aún en ausencia de los soportes correspondientes, emplee las reglas de la razonabilidad y las máximas de la experiencia, con el propósito de reconocerle a la víctima una suma por el mencionado concepto. De este modo se pretende exiliar la infraindeminización que ha operado en la materia.

3.4.1.2 Los rubros difíciles (gastos de adaptación de vivienda, gastos de adaptación de vehículos, ayuda de tercera persona, entre otros más).

Un segundo aspecto sobre el que conviene llamar la atención, es el relacionado con el reconocimiento de ciertos rubros que pueden revestir dificultad, particularmente en el caso de lesiones. Así sucede, por ejemplo, con los gastos de adaptación de vivienda, de adaptación de vehículo, la ayuda de tercera persona, las prótesis y las órtesis, partidas estas que no tienen un desarrollo claro en el ordenamiento nacional y que, de contera, generan gran incertidumbre.

³² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 14 de noviembre de 2008. MP. Pedro Octavio Munar Cadena.

³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de junio de 2007. MP. Edgardo Villamil Portilla; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 28 de febrero de 2013. MP. Arturo Solarte Rodríguez.

³⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de octubre de 2004. MP. Pedro Octavio Munar Cadena.

³⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de abril de 2009. MP. César Julio Valencia Copete.

²⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 10 de agosto de 1976. M.P. Humberto Murcia Ballén.

³⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 4 de abril de 1968. M.P. Fernando Hineirosa.

³¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de enero de 2001. M.P. José Fernando Ramírez Gómez.; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de noviembre de 2013. MP. Arturo Solarte Rodríguez.

Y es que no se trata de un asunto de poca monta. En el derecho comparado, la reparación de estos rubros ha sido un asunto cuyo enfoque no ha sido unánime³⁶. Diferentes países reconocen distintos tipos de rubros, de acuerdo con la tradición jurídica que siguen, para lo cual emplean modelos orientativos que le dan mayor claridad a quienes reclaman indemnizaciones, particularmente en caso de lesiones temporales o permanen-

tes³⁷. La tabla a continuación ilustra el estado de la cuestión en algunos de estos sistemas siguiendo de cerca las orientaciones y la división conceptual planteada por el profesor Miquel Martín Casals en su estudio titulado *'La compensación por muerte y daño personal en Europa'*, del que se han tomado las principales ideas, tanto para el presente diagrama como para los demás que aluden al derecho comparado, a saber:

Alemania ³⁸	Inglterra ³⁹	Francia ⁴⁰	España ⁴¹
<p>Para lesiones permanentes: Se reconocen, como modelo general, los gastos derivados del aumento de las necesidades, tanto para lesiones permanentes como temporales (deben ser estimables pecuniariamente). Ello incluye:</p> <p>a) Tratamientos médicos para aliviar la situación del lesionado, cuando se trata de lesiones permanentes. b) Prótesis y ayudas técnicas. c) Gastos que tienen por objeto hacer frente a alteración de las condiciones de vida que sufre el lesionado. Adaptación de vehículo, adquisición de nuevo vehículo, incremento de costes de movilidad, etc. d) Ayuda de tercera persona: para el cuidado personal del lesionado y para la realización de las tareas domésticas.</p>	<p>Para lesiones permanentes: Se reconocen, como modelo general, las siguientes partidas:</p> <p>a) Se indemnizan los gastos médicos que deben realizarse con ocasión de la lesión (los ingleses no establecen una diferencia entre gastos presentes y futuros según la consolidación de la lesión, sino según si ha ocurrido con anterioridad o posterioridad a la primera vista oral). b) También se reconocen las denominadas <i>related expenses</i> (demás gastos derivados de la lesión como los gastos de constitución de un fondo, <i>incremento de gastos de sostenimiento</i> (que incorpora varias partidas), etc.). Desde 1973 se reconocen los gastos de adaptación de vivienda, pero no se indemniza el valor de la diferencia entre la vivienda adaptada y la no adaptada, sino el interés de la diferencia correspondiente capitalizado por el número de años que sea previsible que el lesionado necesite la vivienda.</p>	<p>Para lesiones permanentes: Se reconocen, como modelo general, las siguientes partidas:</p> <p>a) Gastos de salud futuros: incorpora los gastos que deben realizarse con el propósito de aliviar la situación del enfermo, cuando se ha consolidado la lesión. También se refiere a las prótesis y ayudas técnicas que requiere el lesionado (se incorporan rubros como la instalación de la prótesis, etc.). b) Gastos de vehículo adaptado. Incluye el valor de sustitución, de ser necesario, así como los costes asociados con la adaptación, etc. c) Gastos de vivienda adaptada: se trata de gastar un hábitat adecuado para la víctima de acuerdo con la lesión padecida (incluye gastos de mudanza, por ejemplo). d) Ayuda de tercera persona: es importante reiterar que este es un rubro para lesión permanente. Si es lesión temporal, habrá de analizarse otras partidas.</p>	<p>Para lesiones permanentes: Se emplea el sistema de puntos establecido por el baremo (tabla III). A ello se suman los <i>factores de corrección</i> que señala la tabla IV y que aluden, entre otros, a gastos de adecuación de vivienda y gastos de adaptación del vehículo propio (la expresión <i>'propio'</i> ha dado lugar a múltiples discusiones).</p>
<p>Para lesiones temporales: Se indemnizan los gastos en que se deba incurrir con ocasión de la lesión, analizado en un marco de razonabilidad y de acuerdo con los criterios de imputación objetiva (causalidad de derecho).</p>	<p>Para lesiones temporales: Se indemnizan los gastos en que se deba incurrir con ocasión de la lesión, analizado en un marco de razonabilidad y de acuerdo con los criterios de imputación objetiva (causalidad de derecho).</p>	<p>Para lesiones temporales: Se indemnizan los gastos en que se deba incurrir con ocasión de la lesión, analizado en un marco de razonabilidad y de acuerdo con los criterios de imputación objetiva (causalidad de derecho).</p>	<p>Para lesiones temporales: Se emplea la tabla V del baremo que establece una indemnización básica (que incluye los daños morales) y que tiene en cuenta un valor diario, tasado en euros. También acá existen unos factores de corrección específicos.</p>

³⁶ DE ÁNGEL Y ÁGÜEZ, Ricardo, *La reparación de daños personales en el Derecho español*, Revista Española de Seguros, No. 57, enero – marzo de 1989, España, Att. 78; FLORES MADRIGAL, Georgina, *La reparación de los daños causados a la vida e integridad corporal*, Revista de Derecho Privado, Cuarta Época, Año 1, No. 2, julio 2012, Att. 41 y ss; CANNARSA, Michel, *Compensation for Personal Injury in France*, (<http://www.jus.unitn.it/cardoza/review/2002/cannarsa.pdf>), consultado el 6 de febrero de 2015; DEVANEY, Margaret, *A Comparative Assessment of Personal Injuries Compensation Schemes: Lessons for Tort Reform?*, Electronic Journal of Comparative Law, Vol.13.3, 2009.

³⁷ SAMUELS, Alec, *Damages in Personal Injuries Cases: A Comparative Law Colloquium Report*, The International and Comparative Law Quarterly, Vol. 17, No. 2, abril 1968, Att. 443 y ss; CROPPER, Richard, y WASS, Victoria, *Periodical Payments Awards and the Transfer of the Risk*, en obra colectiva: *Personal Injury and Wrongful Death Damages Calculations: Transatlantic Dialogue*, Ed., Emerald, 2009, págs. 159 y ss. CORTÉS, Edgar, *El daño patrimonial derivado de las lesiones a la integridad psicofísica*, Revista de Derecho Privado, No. 12-13, 2007, Att. 307 y ss; ILLESCAS RUS, Ángel, *Hacia la reforma del "Sistema de valoración del daño corporal: Lesiones permanentes e incapacidad temporal*, Revista Española de Seguros, No. 146, 2011, Att. 463 y ss.

³⁸ MARKESINIS, Basil, COESTER, Michael, ALPA, Guido y ULLSTEIN, Augustus, *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law*, Ed., Cambridge Univesity Press, 2005, págs. 105 – 115 y 138 y ss.

³⁹ MARKESINIS, Basil, COESTER, Michael, ALPA, Guido y ULLSTEIN, Augustus, *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law*, Ed., Cambridge Univesity Press, 2005, págs. 97-105 y 116 y ss; SPRAGUE, Christopher, *Damages for Personal Injury and Loss of Life – The English Approach*, *Tulane Law Review*, Vol. 72, 1998, Att. 976 y ss; WARD, John O., *Economic damages and tort reform: A comparative analysis of the calculation of economic damages in personal injury and death litigation in the United States and the United Kingdom*, en obra colectiva: *Personal Injury and Wrongful Death Damages Calculations: Transatlantic Dialogue*, Ed., Emerald, 2009, págs. 35 y ss.

⁴⁰ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, PORCHY-SIMON, Stéphanie, *Droit du dommage corporel*, Séptima Edición, Ed., Dalloz, 2011, págs. 143 y ss.

⁴¹ VICENTE DOMINGO, Elena, *Los daños corporales- Tipología y valoración - Los daños puramente económicos: consecuencias pecuniarias del daño corporal*, (<http://vlex.com/vid/puramente-economicos-pecuniarias-corporal-285021>), consultado el 30 de enero de 2015; XIOL RÍOS, Juan Antonio, *Tratamiento jurisprudencial de gastos asistenciales futuros*, Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro, número 40, 2011, Att. 9 y ss.

Alemania ³⁸	Inglaterra ³⁹	Francia ⁴⁰	España ⁴¹
<p>Se incorporan conceptos como:</p> <p>1. Gastos de viaje: incorpora los gastos relacionados con el desplazamiento del propio lesionado; incremento temporal de los costes de movilidad; desplazamiento de los familiares, siempre que sean medianamente necesarios para que la víctima se recupere.</p> <p>2. Gastos asociados a la adaptación temporal del vehículo o de la vivienda.</p> <p>3. Otros gastos con carácter temporal, como la ayuda de tercera persona.</p>	<p>Los ingleses son enfáticos en cuanto a que solamente se indemnizan los gastos que sean razonablemente necesarios.</p>	<p>Para restringir los gastos que se reclaman por esta vía, la doctrina francesa alude al concepto de abuso: no se debe pagar cuando se llegue a la frontera de lo abusivo.</p> <p>Se incluyen, por regla general, los gastos médicos y hospitalarios para conjurar las lesiones. También hay una partida de '<i>gastos diversos</i>', que incorpora gastos de viaje, gastos temporales de ayuda de tercera persona, adaptación de vehículo y vivienda, entre otros.</p> <p>Dentro de los rubros, se destacan:</p> <p>a) Gastos de viaje.</p> <p>b) Gastos asociados a la adaptación temporal del vehículo o de la vivienda.</p> <p>c) Otros gastos, como el de ayuda de tercera persona, no desde la perspectiva de los gastos en que debe incurrirse para contratar a la tercera persona, sino como un incremento en las necesidades del sujeto, por lo que aún si la ayuda de tercera persona fue prestada gratuitamente (familiares), debe proceder su indemnización.</p>	

Tabla No. 1 – Indemnización del daño emergente en diferentes europeos

Nótese cómo los diferentes ordenamientos observan entonces una tendencia general: el reconocimiento de ciertos tipos de rubros que, como los gastos de adaptación de vivienda o los gastos de adaptación de vehículo, son considerados como un daño emergente indemnizable para las víctimas⁴².

El proyecto de regulación que se propone procura unirse a este lineamiento comparado precisando que los denominados rubros difíciles son indemnizables siempre y cuando cumplan con el requisito de ser ciertos, personales y directos, como lo ha exigido la jurisprudencia de tiempo atrás⁴³. Esta cláusula general permitirá resolver la inquietud frente a los gastos sanitarios, las prótesis o las ayudas técnicas en general.

Subsisten, sin embargo, algunas dudas específicas frente a rubros puntuales, respecto de los cuales se ofrecen varias reglas especiales, a saber:

- a) En el caso de los gastos de adaptación de vivienda⁴⁴.

En cuanto a los gastos de adaptación de vivienda, las mismas directrices son aplicables, especialmente en la hipótesis en que la **vivienda es propia** y se requiere su adecuación: el valor de esta adecuación, deberá

ser sufragado por el agente dañador, conforme a las directrices generales del perjuicio indemnizable. Sin embargo, surgen varias preguntas que se mantienen sin solución, y frente a las cuales el proyecto adopta una posición particular, a saber:

- ¿Qué sucede con la víctima que no contaba con vivienda propia? ¿Es necesario que el victimario asuma el gasto de compra de vivienda y la consecuente adaptación? La compra de una vivienda nueva no es constitutiva de un pago indemnizatorio. En efecto, habida cuenta de la lesión, *la víctima no perdió la vivienda de que ya disponía*, de modo que entregarle un lugar de habitación a título de propiedad, constituiría una indefectible fuente de enriquecimiento⁴⁵. Por esa razón, el proyecto, siguiendo los lineamientos generales del derecho colombiano, prescribe que si la víctima no disponía de una vivienda propia previamente, no existe una razón jurídica para que, so pretexto del daño, ahora deba contar con dicha vivienda. Lo que sí debe realizar el victimario, es sufragar la adaptación de la vivienda ajena en la que habitaba si la misma lo permite.

De lo contrario -esto es, si se trata de una vivienda cuya adaptación es imposible, ya desde la perspectiva fáctica, ya desde la perspectiva jurídica-, el modelo que mitiga en mayor medida un enriquecimiento o un empobrecimiento injusto de la víctima, es aquel que le confiere la diferencia entre el precio de una vivienda convencional y el precio de una vivienda adaptada en los términos en que dicha víctima lo requiere. Esta diferencia materializa, en principio, el costo de la adaptación, por manera que, al afectado, este podrá iniciar las gestiones necesarias para trasladarse a una vivienda que sí se pueda adaptar.

⁴² 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. 32 y ss; VICENTE DOMINGO, Elena, *Los daños corporales-Tipología y valoración - panorama de la legislación extranjera*, (<http://vlex.com/vid/panorama-legislación-extranjera-285020>), consultado el 30 de enero de 2015.

⁴³ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 2001. Exp. 5502; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 2001.

⁴⁴ MARTÍN-CASALS, Miquel, *Por una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal ("baremo")*, InDret, Revista para el análisis del Derecho, número 4, octubre de 2012. Att. 29-30.

⁴⁵ MARKESINIS, Basil, COESTER, Michael, ALPA, Guido y ULLSTEIN, Augustus, *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law, Ed.*, Cambridge University Press, 2005, págs. 104 y 114.

Subsiste, sin embargo, un problema adicional: si la víctima habitaba la vivienda en calidad de tenedor (i.e. un arrendamiento), el que se le desembolse el dinero equivalente al costo de la adaptación puede no solventar su problema si el arrendador no autoriza la adaptación del inmueble; en ese caso, deberá buscar otra vivienda en arriendo que así lo permita, pero, de no encontrar ninguna, deberá adquirir una vivienda propia para el efecto, sin que exista garantía de que cuente con la liquidez necesaria para ello. En estos casos, no parece razonable dejar entonces a la víctima en esta ostensible dificultad; sin embargo, tampoco luce precedente, en los términos ya indicados, que el agente dañador sufrague los gastos de una vivienda nueva, toda vez que, en estricto sentido, la vivienda de la víctima no fue destruida.

Por esa razón debe articularse un modelo intermedio. La ley de víctimas plantea uno que resulta de interés: facilitar el acceso al crédito por parte de las víctimas, para que puedan recomponer sus condiciones de vida. Esta facilitación del crédito permitiría que la víctima accediera a una vivienda nueva, por la cual pagaría ulteriormente; el agente dañador, por su parte, sufragaría los gastos de adaptación de la vivienda, como corresponde y, en ese orden de ideas, la situación se acercaría a la indemnidad deseada.

– ¿Qué está cobijado bajo el rubro de adaptación de vivienda? En general, las medidas que sean consecuencia directa de la lesión y que tengan por objeto facilitar la subsistencia digna de la víctima.⁴⁶ Debe realizarse aquella adaptación que le permita al afectado preservar las condiciones de vida que tendría si el evento dañoso no se hubiere producido. Sistemas de ascenso y descenso de las escaleras, barras de apoyo, ayudas visuales o ayudas técnicas serán los rubros más recurridos, dependiendo de la naturaleza misma de la lesión (los denominados *medios técnicos*).⁴⁷ Ahora bien, como es natural, la adaptación de vivienda solamente procederá en la medida en que la vivienda ordinaria no sirva para que la víctima preserve sus condiciones de vida. De lo contrario, el rubro será innecesario. Tampoco procederá sino solamente para la vivienda; otras residencias, en principio, estarán excluidas, a efectos de que la indemnización no se torne en un imposible jurídico.

– ¿Qué gastos relacionados debe asumir el victimario? Como se pudo observar, los sistemas de derecho comparado no solamente contemplan la adaptación de vivienda en estricto sentido, sino también los demás gastos asociados a dicha adaptación, para que la misma pueda ser usada y usufructuada por la víctima del daño.⁴⁸ En el caso colombiano, el pago de tales rubros será también precedente, en la medida en que surjan como un *sobrecosto* que sea consecuencia inmediata

y cierta del hecho dañoso. Así, por ejemplo, estarán incorporados los gastos de mudanza (si la misma fue necesaria por un cambio en el lugar de habitación) y, eventualmente, los gastos de arriendo de vivienda nueva, en la hipótesis, ya abordada, en la que la adaptación requiera un cambio de vivienda.

– ¿Por cuánto tiempo debe solventarse este rubro? En esencia, por el tiempo en el que subsista el daño. En efecto, mientras que la lesión se proyecte en el tiempo, deberán sufragarse los gastos asociados a la misma.

b) En el caso de los gastos de adaptación de vehículo y el incremento de los costes de movilidad⁴⁹.

Otro rubro que puede revestir cierta dificultad, en tratándose de daño emergente, es el que tiene que ver con los gastos de adaptación de vehículo.⁵⁰ Sobre el particular, varias preguntas pueden surgir, a saber:

- ¿Si la víctima no disponía de un vehículo propio cuál es el rubro que se debe solventar?

¿Procede la compra de un nuevo vehículo? Este es un asunto que también se discute en el derecho comparado. Si se aplican los cánones del ordenamiento colombiano se encuentra que, en realidad, este rubro lo que procura es que la víctima preserve las posibilidades de desplazamiento que tendría si el hecho dañoso no se hubiera producido. Para ello, el victimario deberá asumir los rubros necesarios a fin de garantizar esta condición, **en un todo de acuerdo con la pérdida de movilidad que padezca la persona. Por supuesto, que la adaptación será tanto más necesaria, cuanto mayor sea la pérdida de movilidad padecida**⁵¹.

Así las cosas, en general puede señalarse que *si la víctima contaba con un vehículo propio*, deberá sufragarse la adaptación de dicho vehículo. Si tal adaptación no es precedente, se impondrá el pago de la diferencia entre el precio de un vehículo análogo al que la víctima empleaba y un vehículo adaptado, de modo tal que la víctima pueda adelantar las gestiones tendientes a la compra de un nuevo vehículo. Para conjurar problemas de liquidez, el Gobierno nacional facilitará el acceso a créditos, siguiendo los parámetros de la Ley de Víctimas.

– Si la víctima no disponía de un vehículo propio, será necesario evaluar si puede preservar la movilidad empleando los medios de transporte que usualmente utilizaba. Si no es así, los gastos adicionales de transporte deberían ser solventados por el victimario, considerando nuevamente que, de lo contrario, la víctima quedaría relegada a una situación permanente de daño.

⁴⁹ MARTÍN-CASALS, Miquel, *Por una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal ("baremo")*, InDret, Revista para el análisis del Derecho, número 4, octubre de 2012. Att. 30.

⁵⁰ DINTILHAC, Jean-Pierre, *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, 2005, (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217/0000.pdf>), consultado el 30 de enero de 2015; Cour de Cassation, *La caractérisation des préjudices*, (https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2007_2640/etude_sante_2646/dommages_survenus_265_o/reparation_dommages_2652/caracterisation_prejudices_11384.html), consultado el 7 de febrero de 2015.

⁵¹ MEDINA CRESPO, Mariano, *Daños corporales y carta magna: repercusión de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del sistema valorativo*, Ed., Dykinson, 2003, págs. 234 y ss.

⁴⁶ DINTILHAC, Jean-Pierre, *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, 2005, (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217/0000.pdf>), consultado el 30 de enero de 2015; FLORES MADRIGAL, Georgina, *La reparación de los daños causados a la vida e integridad corporal*, Revista de Derecho Privado, Cuarta Época, Año 1, No. 2, julio 2012, Att. 46.

⁴⁷ MARKESINIS, Basil, COESTER, Michael, ALPA, Guido y ULLSTEIN, Augustus, *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law*, Ed., Cambridge University Press, 2005, págs. 134 y ss.

⁴⁸ Office National d'Indemnisation des Accidents Médicaux, *Référentiel Indicatif d'Indemnisation par l'ONIAM*, 2011.

Así lo impone el principio de reparación integral.

- ¿Qué gastos relacionados debe asumir el victima-rio? Ahora bien, además de la estricta adaptación del vehículo, en esta hipótesis procede también el pago de ciertos rubros adicionales que, como la manutención de la adaptación, son indispensables para garantizar el estado de indemnidad de la víctima. Es importante tener en cuenta que en este escenario aparece, una vez más, la idea del sobrecosto: el agente dañador deberá sufragar aquellos rubros que surjan como un costo adicional al costo ordinario de movilidad de la víctima-esto es, al costo que debía asumir en ausencia de lesión- y que cumplan los requisitos de ser ciertos, personales y directos.

Bajo esta idea se podrán resolver situaciones problemáticas como la que sugiere la idea del costo ordinario de manutención del vehículo. Si la víctima, por ejemplo, contaba previamente con un vehículo, es claro que debía sufragar los costos del mismo, por lo que aquellos que deba asumir con posterioridad a la lesión, no pueden ser considerados como un rubro indemnizable.

- ¿Cuál es el tiempo durante el cual se debe asumir este rubro? En los términos de un punto anterior, el rubro deberá ser sufragado mientras subsista la lesión.

c) La ayuda de tercera persona⁵².

Este es, finalmente, el último de los principales rubros discutidos en el proyecto. Al respecto, ténganse en cuenta los siguientes elementos:

- ¿Cuándo debe solventarse el rubro de ayuda de tercera persona? Una vez más, considerando los lineamientos generales del ordenamiento colombiano, la propuesta dispone que el pago de la ayuda de una tercera persona se considerará procedente en la medida en que resulte necesario para garantizar a la víctima la preservación de su calidad de vida mediante la realización de ciertas labores particulares que ya no se encuentra en la posibilidad de acometer por sí misma, por haber perdido su autonomía física o psíquica⁵³.

Como es obvio, este rubro debe solventarse por el agente dañador, siempre que se verifique su verdadera existencia como lesión, para lo cual conviene tener en cuenta dos criterios fundamentales: en primer lugar, la ayuda de la tercera persona debe provenir como una verdadera consecuencia inmediata de la lesión que ha padecido. Ello significa que debe verificarse la necesidad de dicha ayuda, por ejemplo, por el hecho de que la víctima no pueda acometer la actividad por sus propios medios. De lo contrario sería simplemente una hipótesis de enriquecimiento. De otra parte, nuevamente se torna fundamental el concepto de sobrecosto. La ayuda de tercera persona será indemnizable en la medida en que sea un rubro adicional que el afectado debe asumir con ocasión de la lesión. Si sucede, por ejemplo, que ya se disponía de la ayuda de un asistente o de un colaborador en servicios domésticos, es evidente que la lesión no ha aparejado ningún rubro adicional en la materia,

⁵² LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, PORCHY-SIMON, Stéphanie, *Droit du dommage corporel*, Séptima Edición, Ed., Dalloz, 2011, págs. 149 y 161 y ss; TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, Ed., Temis, 2008, págs. 910 y ss.

⁵³ MARKESINIS, Basil, COESTER, Michael, ALPA, Guido y ULLSTEIN, Augustus, *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law*, Ed., Cambridge Univesity Press, 2005, págs. 128 y ss.

por lo que su imputación al agente dañador lesionaría el principio de reparación integral.

- ¿Qué clase de ayuda se encuentra cobijada bajo este rubro? Toda la que surja como consecuencia directa del hecho dañoso. En ese sentido, a semejanza de lo que sucede en el derecho comparado, no solamente está cobijado el servicio doméstico –siempre, se itera, que el pago del mismo surja como una verdadera consecuencia dañosa -sobrecosto- derivada del hecho ilícito-, sino cualquier otra ayuda técnica –servicios médicos, enfermería, entre otros, en la medida en que la misma pueda acreditarse suficientemente con los requisitos correspondientes.

- ¿Durante cuánto tiempo debe sufragarse este rubro? En este aspecto, finalmente, se aplican las mismas reglas generales que las analizadas en puntos anteriores.

Estas son, en apretada síntesis, las características generales de algunas de las novedades que incorpora la regulación en relación con el daño emergente derivado del daño a la persona. Frente a algunos otros aspectos adicionales, como por ejemplo los relacionados con los gastos de reposición de las prótesis y las órtesis, la iniciativa adopta ciertas soluciones puntuales siguiendo los principios generales que, para este perjuicio patrimonial, ha establecido la jurisprudencia en el ordenamiento nacional⁵⁴.

3.4.2 Novedades en el lucro cesante

En relación con el lucro cesante, el proyecto de ley no propone muchas modificaciones frente al régimen imperante. Su valor agregado está en compendiar y, si el término es de recibo, ordenar la gran variedad de reglas que existen en su determinación y cuantificación. Así, por ejemplo, se señalan parámetros claros en relación con los legitimados para reclamarlo según si se trata de muerte, lesión permanente o lesión temporal y se precisa el concepto de dependiente económico⁵⁵; se establecen los parámetros generales para determinar el monto del ingreso frustrado⁵⁶; también se indican los criterios para fijar el periodo indemnizable⁵⁷ y se propone una disposición que concierne a la cuestión de la prueba en temas recurrentes como el valor que debe adicionarse por la Seguridad Social Integral en caso de asalariados o la cuota de manutención que el occiso destinaba a su propia subsistencia⁵⁸. El propósito es bifronte: en primera medida, lograr una mayor claridad en el complejo sistema de reglas existentes; en segundo lugar, procurar que la cuantificación del lucro cesante se aproxime, en la mayor medida posible, a la realidad de los reclamantes.

Ahora bien, a semejanza del daño emergente, el proyecto sí aprovecha para innovar en relación con una serie

⁵⁴ Para analizar las soluciones que se proponen en relación con otros aspectos puntuales del daño a la persona, como el tema de las prótesis y las órtesis, véase: El daño a la persona en el ordenamiento jurídico colombiano. Estado actual y propuesta regulatoria (Investigación Principal). Máster en Derecho de Daños. Universidad de Girona. 2015. Cap. III – No. 2.5.2 (El daño emergente).

⁵⁵ Sobre este aspecto, véase: El daño a la persona en el ordenamiento jurídico colombiano. Estado actual y propuesta regulatoria (Investigación Principal). Máster en Derecho de Daños. Universidad de Girona. 2015. Cap. III – No. 2.5.3 (El lucro cesante).

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ *Ibíd.*

de casos difíciles que han sido maltratados en el derecho nacional, como sucintamente se explica a continuación:

3.4.2.1 El caso de las amas de casa y de las personas dedicadas a las tareas domésticas⁵⁹.

Esta es una hipótesis que ha generado toda suerte de aproximaciones desde la óptica de la responsabilidad. Mientras que hace un tiempo no se reconocía su aporte a la sociedad, hoy en día se ha tornado casi indiscutible que quienes consagran su vida a las tareas de la familia, son una pieza clave en el desarrollo general de la sociedad.

Era una idea propia del contexto machista asociar esta labor a una tarea femenina que, además, no generaba ninguna clase de productividad. Por supuesto que la evolución de los años -y, en este caso, evolución es el único término que se puede emplear- ha evidenciado que las labores del hogar no son una tarea reservada únicamente a las mujeres. También se ha encargado de evidenciar que el rol que desempeñan en la estructuración de una familia y la educación de la sociedad hace que su papel sea, en muchas ocasiones, aún más estructural que el de los más prominentes productores.

La responsabilidad no puede permanecer de espaldas a esta realidad. Por esa razón, los ordenamientos jurídicos del mundo cada vez avanzan más en el reconocimiento de partidas indemnizatorias derivadas de la muerte o lesión de quien se dedicaba a las tareas del hogar.

En general, la reparación que reconocen está dada por la *pérdida de aportación* que, para la vida familiar, representaba una persona dedicada a las labores domésticas. Las diferencias se encuentran, sin embargo, en la valoración de dicha pérdida de aportación⁶⁰.

Así, por ejemplo, Alemania emplea un sistema complejo. De acuerdo con la exposición que hace la doctrina, la indemnización por la pérdida de la persona que se ocupaba de las tareas del hogar se cuantifica a partir de la interacción de dos variables: el costo de sustitución y el deber legal de contribuir con las cargas familiares, el cual se determina a la luz de una amplia gama de factores. Así, en términos de Miquel Martín Casals, la amplitud dicho deber legal “depende de diversos factores como el estatus social de la familia y su número de miembros; del número de personas que conviven en el hogar familiar y su edad y estado de salud o, incluso, del equipamiento e instalaciones disponibles en el hogar familiar (por ejemplo, dotación de electrodomésticos). Para determinar el importe la práctica judicial suele auxiliarse de unas tablas específicas de cálculo, que tienen en cuenta el número semanal de horas de trabajo doméstico necesarias para atender a los miembros del hogar familiar y mantener el mismo nivel de atención a las tareas domésticas anterior al fallecimiento de la víctima. Dicho número de horas se multiplica por las tarifas que resultan del convenio colectivo de trabajadores del ramo aprox. Entre 7,50 y 10

euros por hora) y la cuantía resultante se reparte entre todos los perjudicados”⁶¹.

Los franceses no tienen, por su parte, una partida específica para indemnizar este tipo de casos. Por esa razón, lo reparan en la medida en que pueda encajar en otras partidas indemnizatorias (i.e. gastos de contratación de una persona que se dedique a las tareas del hogar, bajo la partida de ‘gastos diversos’ que reconoce el reporte Dintilhac)⁶².

En Colombia, el tema no ha sido pacífico. Sin embargo, tras una evolución jurisprudencial hoy en día se acepta, como era apenas natural, que la muerte del ama de casa pareja el derecho a una indemnización⁶³.

El problema es que la cuestión se ha enfocado desde la óptica de la presunción del salario mínimo legal mensual vigente. De este modo, se reconoce un lucro cesante en el que el ingreso está dado por dicho salario mínimo, bajo el presupuesto de que ese es el valor que se cobraría por una gestión análoga a la realizada por la víctima -la tarea del hogar-. Sin embargo, la *pérdida de aportación al desarrollo de la vida familiar* no es todavía un rubro consolidado en esta materia.

Flaco favor le hace al derecho esta situación. Quien se dedica a las tareas del hogar representa una unidad estructural en la productividad de la familia que, además, aporta un importante valor agregado en la sociedad, el cual se refleja en la educación de los niños, la integración de ciertos valores sociales y la atención de los problemas cotidianos del núcleo familiar. Por esa razón, reconocer solamente su valor de reemplazo o de sustitución o pagar un lucro cesante fundamentado en una presunción que la homologa con el menor ingreso de la sociedad (como es el salario mínimo legal mensual vigente), desconoce el valor real de su aportación a la comunidad.

Por esa razón el proyecto aborda esta cuestión e implementa una regulación general para las personas dedicadas a las tareas del hogar. Para ello, después de definir a esta población (empleando el criterio del mínimo de horas destinadas a las labores domésticas), establece un método de cuantificación similar al sistema alemán: basado en la idea del multiplicando y el multiplicador, dispone que la indemnización corresponderá al producto de la multiplicación entre el valor de la hora de trabajo por el número de horas dedicadas a las tareas del hogar. Ahora bien, para determinar el valor de la hora de trabajo doméstico, se integran múltiples variables como son, por ejemplo, el número de personas que conviven en el hogar familiar, su estado de salud, el equipamiento disponible, entre otros⁶⁴. De este

⁵⁹ DEL OLMO GARCÍA, Pedro, *El trabajo doméstico en el Derecho europeo de daños*, InDret, Revista para el análisis del Derecho, No. 4, octubre de 2013.

⁶⁰ VICENTE DOMINGO, Elena, *Los daños corporales- Tipología y valoración - Los daños puramente económicos: consecuencias pecuniarias del daño corporal*, (<http://vlex.com/vid/puramente-economicos-pecuniarias-corporal-285021>), consultado el 30 de enero de 2015.

⁶¹ 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, número 2, abril de 2013, Att. 22.

⁶² 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, número 2, abril de 2013, Att. 22.

⁶³ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, Ed., Temis, 2008, págs. 394 y ss.

⁶⁴ Para una explicación detallada del sistema adoptado en el caso de las personas dedicadas a las tareas del hogar, véase: El daño a la persona en el ordenamiento jurídico colombiano. Estado actual y propuesta regulatoria (Investigación Principal). Máster en Derecho de Daños. Universidad de Girona. 2015. Cap. II – No. 2.2.2.3.2 (Algunas hipótesis particulares en los casos de lucro cesante cuando se trata de daño a la persona), así como Cap. III, número 2.5.3 (El lucro cesante).

modo se avanza en la consecución de una reparación más integral que abandona la presunción ilusoria del salario mínimo⁶⁵.

3.4.2.2 El caso de quien no devengaba ingresos para el momento de la lesión.

Un tercer caso problemático es el del sujeto que no devengaba ingresos para el momento de la lesión. Una vez más, la determinación de la existencia de lucro cesante depende, en esta hipótesis, de la certeza que el mismo pueda generar.

De este modo, el proyecto adopta la siguiente opción: si se trata de una situación coyuntural por la cual una persona, que había sido tradicionalmente productiva, dejó de devengar un determinado ingreso, es claro que la razonabilidad seguramente indicará que dicho ingreso se recuperará una vez se solventa la situación coyuntural. Es lo que sucede, por ejemplo, con la persona que se encuentra en condición de desempleada cuando acaece la lesión, pero que tradicionalmente ha devengado un ingreso determinado. En una hipótesis de este tipo, la aplicación del concepto de daño virtual refleja que, de continuar las circunstancias en condiciones de normalidad, es razonable esperar que la víctima recupere su condición productiva, por manera entonces que el desempleo coyuntural no es óbice para el reconocimiento del lucro cesante⁶⁶, cuya cuantificación dependerá de una muestra representativa de los ingresos que devengaba la víctima en su momento de productividad, para evitar así la in-

fraindemnización generalizada a la que conduce la presunción del salario mínimo⁶⁷.

Por el contrario, si se trata de un individuo que no ha percibido ingresos a todo lo largo de su vida (i.e. un interdicto), la situación cambia diametralmente. Ciertamente, en este caso no existe una expectativa razonable de que el ingreso se recuperará –o, en estricto sentido, se generará–, por manera entonces que la existencia de un rubro por lucro cesante, no deja de ser meramente hipotética o eventual.⁶⁸ Así se cristaliza una tendencia jurisprudencial que se imponía cada vez con más fuerza.

4.5 Algunas novedades del perjuicio extrapatrimonial:

La jurisprudencia colombiana ha sido reacia a incluir una tipología muy prolija de perjuicios de tipo extrapatrimonial. A diferencia de lo que sucede en otros regímenes, como el francés, en Colombia se ha procedido con mucha cautela a la hora de atomizar los rubros de naturaleza no pecuniaria que se reconocen en las indemnizaciones, al punto que hoy en día solo se avizoran tres categorías –la última no muy asentada–: el daño moral, el daño a la vida de relación y el daño a los bienes personales de especial relevancia constitucional⁶⁹.

Esta tendencia, por supuesto, no es unánime en el Derecho comparado. Los ordenamientos europeos, por ejemplo, evidencian lo álgida de la discusión sobre la tipología del perjuicio extrapatrimonial: en general, la mayoría de ellos coincide en distinguir entre las hipótesis de muerte y de lesión corporal; sin embargo, al interior de cada una de estas categorías, difieren enormemente los rubros que se reconocen, como bien lo ilustran las tablas a continuación, a saber:

MUERTE DE LA PERSONA			
Alemania ⁷⁰	Ingllaterra ⁷¹	Francia ⁷²	España ⁷³
Solo se indemniza el daño moral en la medida en que la aflicción pueda ser calificada como una enfermedad médicamente constatable.	La cuantía es muy limitada: una suma única de 11.800 libras esterlinas que debe repartirse entre los afectados. En todo caso, es un modelo menos limitado que el alemán.	Desarrolla una noción amplia. El perjuicio moral de los supervivientes constituye el <i>préjudice d'affection</i> , que es indemnizado con sumas amplias. Además, hay cierta discrecionalidad en el análisis de variables como la cercanía o la gravedad del hecho.	Se reconocen partidas según el sistema vinculante del baremo, al menos para accidentes de circulación. Se modifican las sumas de acuerdo con los factores de corrección (tablas I y II del baremo).

Tabla No. 2 – Indemnización del perjuicio extrapatrimonial en el sistema europeo para hipótesis de muerte

⁶⁵ *Ibíd.*

⁶⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, Ed., Temis, 2008, págs. 396 y ss.

⁶⁷ Para una explicación más detallada de este esquema, véase: El daño a la persona en el ordenamiento jurídico colombiano. Estado actual y propuesta regulatoria (Investigación Principal). Máster en Derecho de Daños. Universidad de Girona. 2015. Cap. II – número 2.2.2.3.2 (Algunas hipótesis particulares en los casos de lucro cesante cuando se trata de daño a la persona), así como Cap. III, No. 2.5.3 (El lucro cesante).

⁶⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 12 de septiembre de 1996. M.P. Nicolás Bechara Simancas; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 25 de febrero de 2005. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena.

⁶⁹ KHATIB, Milagros Koteich, La indemnización del perjuicio extrapatrimonial (derivado del “daño corporal”) en el ordenamiento francés, *Revista de Derecho Privado*, número 18, 2010, Att. 159 y ss.

⁷⁰ MARKESINIS, Basil, COESTER, Michael, ALPA, Guido y ULLSTEIN, Augustus, *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law*, Ed., Cambridge University Press, 2005, págs. 59 y ss.

⁷¹ MARKESINIS, Basil, COESTER, Michael, ALPA, Guido y ULLSTEIN, Augustus, *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law*, Ed., Cambridge University Press, 2005, págs. 45 y ss.

⁷² LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, PORCHY-SIMON, Stéphanie, *Droit du dommage corporel*, Séptima Edición, Ed., Dalloz, 2011, págs. 171 y ss; KHATIB, Milagros Koteich, La Reparación del Daño como Mecanismo de Tutela de la Persona, Ed., Universidad Externado, 2012, págs. 138 y ss.

⁷³ VICENTE DOMINGO, Elena, Los daños corporales- Tipología y valoración - Los daños puramente económicos: las consecuencias no pecuniarias del daño corporal, (<http://vlex.com/vid/consecuencias-pecuniarias-corporal-285023>), consultado el 30 de enero de 2015.

LESIONES CORPORALES			
Alemania ⁷⁴	Inglaterra ⁷⁵	Francia ⁷⁶	España ⁷⁷
<p>Se reconoce una suma única sin diferenciar partidas. Sin embargo, se tienen en cuenta muchas variables para efectos de la cuantificación:</p> <p>a) Para el lesionado, se mira la gravedad de la lesión, su duración, edad y género. Se mira también si la lesión afecta la <i>alegría de vivir</i> del individuo – todos estos rubros no deben suponer una enfermedad médica constatable, ya que en ese caso la hipótesis sería diferente</p> <p>b) Para el causante del daño, se mira su grado de culpa, su situación económica y su actitud. No se indemnizan las lesiones de bagatela. La reparación se paga en una suma única.</p>	<p>Reconoce dos partidas principales: <i>pain and suffering</i> (que opera como el <i>pecunia doloris</i>) y el <i>loss of amenities of life</i> (que se refiere a las incomodidades que la lesión trae para la vida del sujeto y que no se corresponde al concepto estricto de dolor que está contemplado en el rubro anterior). Ambas partidas se reconocen en una misma suma (suma única / se recomendaba el incremento de su cuantía).</p>	<p>Los franceses tienen una clasificación muy prolija que, además, diferencia entre el carácter permanente o temporal de la lesión. Se pueden destacar los siguientes:</p> <p>a) <i>Déficit funcional (permanente o temporal)</i>: se indemniza el perjuicio extrapatrimonial a la integridad anatómico-funcional que es médicamente evaluable y que deriva de la reducción temporal o definitiva del potencial físico, psico-sensorial o intelectual resultante de la lesión (no confundir con el perjuicio de agrado, que se refiere a las actividades de ocio). El déficit funcional temporal incorpora el denominado <i>sufrimiento padecido</i> que repara el sufrimiento físico y psicológico y los trastornos relacionados con él, que el lesionado tiene que soportar durante la lesión temporal.</p> <p>b) <i>El perjuicio de disfrute (préjudice d'agrément) (para lesiones permanentes)</i>: es el perjuicio derivado de la imposibilidad de practicar una actividad deportiva o de ocio específica.</p> <p>c) <i>Perjuicio estético (permanente y temporal)</i>: mediante este rubro se indemnizan los perjuicios resultantes de una afectación a la apariencia física de la víctima (se hace una evaluación de expertos mediante una escala de 1 a 7 grados).</p> <p>d) <i>Perjuicio sexual (lesiones permanentes)</i>: alude a problemas en la esfera sexual del individuo. Puede ser morfológico (afectación del acto sexual en sí mismo), por imposibilidad de procrear o por dificultad de procrear.</p> <p>e) <i>Perjuicio al proyecto de vida familiar (préjudice d'établissement)</i>: esta partida compensa la pérdida de la esperanza o posibilidad de llevar a cabo un proyecto de vida familiar <i>normal</i> (imposibilidad de casarse, de criar a los hijos, de tener una familia).</p>	<p>La lesión se califica de acuerdo con un sistema de puntos. Cada punto tiene una equivalencia en euros, según ciertas características de la víctima. La equivalencia incorpora la indemnización por daño no patrimonial (tabla III del baremo). Adicionalmente, hay unos factores de corrección para los <i>daños morales complementarios</i> (tabla IV del baremo). Ahora bien, si se trata de lesión temporal, la tabla que se debe tener en cuenta es la tabla V del baremo.</p>

⁷⁴ MARKESINIS, Basil, COESTER, Michael, ALPA, Guido y ULLSTEIN, Augustus, *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law, Ed.*, Cambridge University Press, 2005, págs. 59 y ss; COMANDÉ, Giovanni, *Doing away with inequality in loss of enjoyment, en obra colectiva: Personal Injury and Wrongful Death Damages Calculations: Transatlantic Dialogue, Ed.*, Emerald, 2009, pág. 25; COMANDÉ, Giovanni, *Towards a Global Model for Adjudicating Personal Injury Damages: Brindging Europe and the United*, Temple International & Compare Law Journal, número 2, 2005, Att. 281 y ss.

⁷⁵ MARKESINIS, Basil, COESTER, Michael, ALPA, Guido y ULLSTEIN, Augustus, *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law, Ed.*, Cambridge University Press, 2005, págs. 45 y ss.

⁷⁶ LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, PORCHY-SIMON, Stéphanie, *Droit du dommage corporel*, Séptima Edición, Ed., Dalloz, 2011, pág. 171 y ss; LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, *L'indemnisation des victimes de prejudices non économiques, Les Cahiers de droit*, vol.39, número 2-3, Att. 537 y ss;

⁷⁷ VICENTE DOMINGO, Elena, *Los daños corporales- Tipología y valoración - Los daños puramente económicos: las consecuencias no pecuniarias del daño corporal*, (<http://vlex.com/vid/consecuencias-pecuniarias-corporal-285023>), consultado el 30 de enero de 2015; BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *El resarcimiento del daño moral en España*, Ed., Rattios Legis, 200.

LESIONES CORPORALES			
Alemania ⁷⁴	Inglaterra ⁷⁵	Francia ⁷⁶	España ⁷⁷
		f) <i>Perjuicios permanentes excepcionales</i> : es una válvula de escape. Permite indemnizar perjuicios extrapatrimoniales atípicos directamente relacionados con las secuelas. g) <i>Perjuicios extrapatrimoniales evolutivos</i> : se refiere a patologías evolutivas independientemente de que exista o no consolidación de la lesión (enfermedades incurables susceptibles de agravación). Para efectos del pago de la indemnización hay diferentes metodologías según el perjuicio de que se trate (v.gr. déficit funcional permanente usa un sistema de baremo médico y baremo de indemnizaciones).	

Tabla No. 3 – Indemnización del perjuicio extrapatrimonial en el sistema europeo para hipótesis de lesión

Nótese cómo existen múltiples enfoques para abordar el problema: desde las ópticas más restrictivas –como sucede con el caso alemán–, hasta las más ensanchadas –como se ha dado en el ordenamiento francés–. Colombia pareciera enmarcarse en el primero de los grupos; el problema es que en los últimos años la tesis adoptada originalmente por la jurisprudencia nacional ha debido enfrentar varios embates: de una parte, los criterios discrepantes de los jueces de instancia que, como se observó previamente, reconocen rubros inicialmente excluidos por la jurisprudencia, como el perjuicio sexual, el estético o el perjuicio de agrado, y, de la otra, el tema de las cuantías que, nuevamente, evidencia injustificadas discrepancias según la jurisdicción territorial de que se trate⁷⁸.

De ahí que en el proyecto de Ley se haya optado por intervenir directamente esta materia, con dos propósitos fundamentales: proponer una nueva vertebración del daño extrapatrimonial que se le aleje de los vacíos y los solapamientos (I) y establecer una regulación en su cuantificación (II), como se explica a continuación.

4.5.1 Hacia una nueva vertebración:

Para efectos de lograr una nueva estructuración del perjuicio extrapatrimonial, en la presente propuesta se exploraron diferentes enfoques en aras de lograr un sistema más omnicompreensivo. El Derecho, por sí solo, no provee sin embargo una respuesta satisfactoria, lo que hizo necesario acudir a disciplinas afines como la medicina y la psicología.

Tras una revisión de los estudios pertinentes, se encontraron varias alternativas que parecían satisfactorias. Sin embargo, una de ellas resaltó por ser una constante en los diferentes estudios que la psicología ha hecho sobre las esferas de interacción del ser humano⁷⁹; aquella para la cual la vida cotidiana de la perso-

na supone el desarrollo de siete puntuales dimensiones, a saber:

Dimensión ética	Se refiere a la posibilidad de actuar como un ser humano capaz de decidir autónomamente, conforme a un sistema de principios y valores determinado.
Dimensión espiritual	Se refiere a la posibilidad de todo ser humano de ponerse en contacto con un referente religioso o una creencia proveniente de su decisión autónoma.
Dimensión cognitiva	Es la posibilidad de todo ser humano de aprehender conceptualmente el contexto que lo rodea.
Dimensión afectiva	Es la posibilidad que tiene todo ser humano de relacionarse consigo mismo y con los demás, a partir de emociones y sentimientos.
Dimensión comunicativa	Es la posibilidad que tiene todo ser humano de representar sus percepciones a través del lenguaje, a fin de transmitir las a los demás.
Dimensión estética	Es la posibilidad que tiene todo ser humano de proyectar su propia belleza para interactuar con los demás.
Dimensión corporal	Es la posibilidad que tiene todo ser humano de desarrollarse como un ser corpóreo, a partir de sus diferentes funciones biológicas.
Dimensión sociopolítica	Es la posibilidad que tiene todo ser humano de relacionarse con los demás, en situación de normalidad.

Fuente: Vásquez, Carlos. *Acodesi – Flacsi*. 2006.

Tabla N° 4 – Dimensiones del ser humano

Obsérvese cómo se trata de un esquema que agota las diferentes facultades que el ser humano tiene en su condición de tal; facultades que aluden a la persona integral y que, por supuesto, corresponden a intereses de naturaleza extrapatrimonial, toda vez que no son estimables pecuniariamente.

De ahí que, tras varias disquisiciones teóricas y un arduo proceso argumentativo, se erigió como un esquema idóneo para articular un sistema de indemnización extrapatrimonial del daño a la persona⁸⁰, en el que se reconoce en cada dimensión un rubro indemnizable.

⁷⁸ Vid. supra, Cap. II.

⁷⁹ Golledge, Reginald. *Human Wayfinding and Cognitive Maps*. Johns Hopkins University Press. Baltimore. 1999; Pea, Roy. *The Social and Technological Dimensions of Scaffolding and Related Theoretical Concepts for Learning, Education and Human Activity*. Journal of Learning Sciences. Vol. 13. Is. 3. 2004; Tajfel, Henri. *Human Groups and Social Categories*. Cambridge University Press. 1981; Pellegrini, Anthony. *The origins of human nature: Evolutionary development psychology*. APA. Wahington. 2002;

Leona, Tyler. *The psychology of human differences*. New York. Appleton-Century Company. 1947.

⁸⁰ La selección del esquema de vertebración del perjuicio extrapatrimonial con fundamento en las diferentes teorías psicológicas existentes requirió de un profundo proceso de investigación que, por razones de espacio, no podemos incorporar al presente escrito. Para mayor información, el lector podrá remitirse a: El daño a la persona en el ordena-

Tal vez solo la dimensión ética, por su naturaleza estrictamente subjetiva, genera muchas dudas desde la perspectiva de su indemnización⁸¹.

Por eso es por lo que la estructuración del perjuicio extrapatrimonial que aquí se propone se va a hacer desde la óptica de las seis dimensiones restantes, sumada al daño moral que, por su estirpe estrictamente subjetiva (fuero interno del individuo) no se encuentra cobijada en ninguna de las dimensiones previstas.

Esto supone entonces que existirán, en sede de perjuicios no patrimoniales contemplados en la propuesta, tres rubros fundamentales:

a) Para la esfera interna del individuo, se conserva el daño moral, en el que se preservan los lineamientos generales de la jurisprudencia. Solo se precisan algunos aspectos puntuales como son el círculo de legitimados para reclamarlo (aspecto en el que se incorpora el concepto de *estrecho vínculo afectivo*) y la procedibilidad de la adopción de medidas simbólicas.

Como aspecto novedoso se regulan algunos casos discutidos, en especial el estado de coma, el estado vegetativo y la pérdida de feto.

En cuanto a los dos primeros (estado de coma y estado vegetativo), el proyecto de regulación considera el estado de la cuestión en varios ordenamientos comparados y reconoce, en definitiva, la indemnización del daño moral pero reducida en un cincuenta por ciento habida cuenta de la incertidumbre que existe en torno a si las personas comatosas o en estado vegetativo pueden percibir alguna clase de sufrimiento. En este aspecto primó la equidad con fundamento en la experiencia médica⁸².

En lo que concierne a la pérdida de feto, La controversia se origina en el hecho de que el feto, en la mayoría de jurisdicciones del mundo, no es considerado aún como persona, razón por la cual, en estricta aplicación de las reglas de responsabilidad, el mismo no puede detonar una indemnización de daño moral por muerte del individuo. Siendo así las cosas, surge entonces la pregunta por la metodología que se debe observar a la hora de reparar o compensar los casos de pérdidas fetales⁸³.

Al respecto, las aproximaciones en el Derecho comparado son diversas⁸⁴.

La primera hipótesis es la que ocurre cuando la pérdida de feto sobreviene sin que muera la madre que lo porta. En

estos casos, la mayoría de los países enfocan la cuestión como una lesión corporal de la madre (sin darle autonomía de vida al feto), lo que detona, desde la óptica del daño moral, la cuantificación propia de la lesión corporal o el respectivo factor de corrección, como sucede, por ejemplo, con el Baremo español⁸⁵. Esta opción es adoptada por el proyecto, que lo considera como una lesión.

Algo similar sucede en una segunda hipótesis, que es la que acontece cuando, junto a la pérdida del feto, acaece la muerte de la madre que lo porta. En estos casos, la mayoría de países consideran nuevamente que la pérdida de feto es una lesión corporal de la madre. Sin embargo, habida cuenta de que la madre ha muerto, dicha lesión no debería generar, en principio, ninguna indemnización. En efecto, sabido es que cuando ha sobrevenido una lesión sobre quien ha muerto, se indemniza la muerte y no las lesiones individualmente consideradas. Por eso es por lo que algunos países no confieren indemnización alguna por daño moral derivada de la pérdida de feto cuando la madre ha muerto (i.e. Irlanda o Escocia).

Esta postura, sin embargo, no deja de ser muy abrasiva. Una aproximación intuitiva a la vida de las personas evidencia que la pérdida de feto, aun cuando no es asimilable a la pérdida de una persona viva, desde un punto de vista estrictamente jurídico, sí reviste una serie de características especiales por las cuales debería diferenciarse de la mera lesión corporal. De ahí que el proyecto adopte una posición intermedia: aunque no le reconoce al feto la autonomía suficiente para estructurar un daño moral independiente, su pérdida sí genera un incremento de un 50% en la reparación del daño moral derivado de la muerte de la madre, por considerar que, en este caso, la tristeza, la aflicción o el dolor es mayor.

b) Las demás modalidades de perjuicio extrapatrimonial, que corresponden a la esfera externa del individuo, se compensarán de conformidad con la teoría de las dimensiones arriba descrita.

Debe precisarse, en cualquier caso, que la adopción de esta teoría no supone que se deban articular siete tipos diferentes de perjuicios (uno por cada dimensión). Una solución de este talante adolecería de problemas de coherencia interna en la medida en que: (I) haría proclive el sistema a los solapamientos de categorías por no permitir una diferenciación estricta entre los distintos rubros, y (II) desarticularía la consabida distinción entre el daño evento y el daño consecencial en la medida en que varios de los perjuicios (por ejemplo, el de la esfera espiritual o el de la cognitiva) parecieran pagar la sola afectación al interés tutelado, con independencia de la repercusión.

Considerando lo anterior, lo que debe procurarse entonces es un sistema que, en un número limitado de perjuicios, pague las diferentes repercusiones negativas que puede padecer un individuo en su esfera exterior. Puesto en otros términos, se trata de articular unas reglas de valoración en las que interactúen los tipos de perjuicio y sus formas de cuantificación, de modo tal que queden cobijadas las diferentes repercusiones que se pueden generar respecto de cada una de las dimensiones.

Tras explorar diferentes modelos, se encontró que el sistema español (en el denominado *nuevo baremo*) se acerca profundamente a esta posibilidad. De ahí que en la propuesta de regulación se haya optado por la indemnización de los siguientes perjuicios:

⁸⁵ DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La muerte de un familiar en accidente de tráfico: cuestiones controvertidas con ocasión de la STS de 1º de abril de 2009*, InDret, Revista para el Análisis del Derecho, N° 2, abril de 2010, Att. 4 y ss.

miento jurídico colombiano. Estado actual y propuesta regulatoria (Investigación Principal). Máster en Derecho de Daños. Universidad de Girona. 2015. Cap. III – N° 2.5.1 (El modelo de vertebración de los perjuicios).

⁸¹ Ciertamente, más por una razón de conveniencia que de estricto rigor jurídico, no parece admisible que se decreten indemnizaciones por la imposibilidad de tomar decisiones éticas respecto del entorno. Un rubro de esta naturaleza supondría agotar preguntas de muy difícil solución como es la de determinar si un sujeto se encuentra en imposibilidad de tomar decisiones con un referente ético y moral, lo que debería partir, además, de la determinación del contexto ético indemnizable, lo que supone dificultades insalvables.

⁸² Vicente Domingo, Elena, Los daños corporales – Tipología y valoración – *Los daños puramente económicos: las consecuencias no pecuniarias del daño corporal*, (<http://vlex.com/vid/consecuencias-pecuniarias-corporal-285023>), consultado el 30 de enero de 2015; MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El daño moral*, Ed., Ediar, 1985, pág. 218.

⁸³ ZANONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Ed., Astrea, 1985, pág. 153.

⁸⁴ SYMONDS, Sheryl A, *Wrongful Death of the Fetus: Viability is not a viable distinction*, University of Puget Sound Law Review, Vol. 8, Att. 103 y ss.

Perjuicio	Contenido	Legitimados	Ejemplificación
Daño psicofísico o corporal	Modalidad de perjuicio extrapatrimonial derivado de las lesiones permanentes o temporales sobre la integridad física o psíquica de la persona natural, ya por afectación de sus procesos biológicos, cognitivos o mentales, siempre que se trate de una situación médica o psicológicamente reconocida. En este caso, se compensa la repercusión médica o psicológica del hecho dañoso, cuando se trata de una lesión (pérdida anatómico-funcional). Este perjuicio comprende la dimensión corporal, la comunicativa y la cognitiva.	Quien haya padecido un daño físico o psicológico reconocido, con ocasión del hecho dañoso.	Es lo que sucede, por ejemplo, con la pérdida de miembros, la cuádrupleja, el síndrome posttraumático, etc.
Daño a la vida de relación	Es una modalidad de perjuicio extrapatrimonial que consiste en la privación de la posibilidad de relacionarse en condiciones de normalidad como consecuencia de una afectación de los derechos de la personalidad diferentes de la integridad física y psíquica. En ese orden de ideas, mediante el perjuicio psicofísico se indemnizan las repercusiones sobre un bien jurídico particular: la consabida integridad en lo físico, lo psíquico y lo cognitivo, mientras que el daño a la vida de relación concierne a todos aquellos derechos diferentes de la integridad psicofísica en estricto sentido, para que, de este modo, la compensación de las repercusiones extrapatrimoniales sobre la órbita externa del agente sean integralmente abordadas por el modelo propuesto.	Lo puede reclamar la víctima directa de la afectación, como todos aquellos terceros que se vean afectados en la posibilidad efectiva de relacionarse en condiciones de normalidad.	Es el caso de quien es privado de su libertad y, por ello, no puede relacionarse en situación de normalidad. También es el caso de quien pierde a sus padres, sus hijos u otros parientes asemejables.

Tabla N° 5 – Perjuicios extrapatrimoniales.

En suma, en materia extrapatrimonial, la indemnización estará integrada por la reparación del consabido daño moral (como sucede, por lo demás, en la mayoría de ordenamientos comparados) y por la reparación del perjuicio psicofísico y del daño a la vida de relación.

3.4.3 La cuantificación de cada uno de los rubros extrapatrimoniales:

En fin, considerando los problemas en la cuantificación del daño extrapatrimonial, el proyecto adopta el sistema implementado por el Consejo de Estado mediante las denominadas *sentencias de unificación* proferidas en 2014⁸⁶. La metodología asumida en lo contencioso administrativo, aun cuando admitiría algunos reparos, se estructuró sobre unas bases teóricas sólidas; del mismo modo, supone una cuantificación tarifada del daño extrapatrimonial que permite solucionar los efectos distorsivos derivados de la disparidad de criterios con que los jueces han tasado estas indemnizaciones en las diferentes jurisdicciones territoriales⁸⁷.

⁸⁶ Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Acta del 28 de agosto de 2014. Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales.

⁸⁷ Sobre las razones que llevaron a la adopción de los métodos de cuantificación del Consejo de Estado, con independencia de las objeciones que podrían esgrimirse –las que, en cualquier caso, son teóricamente salvables según el enfoque que se adopte-, véase: El daño a la persona

Ahora bien, como el sistema propuesto detona la indemnización con fundamento en un porcentaje de gravedad de la lesión, el proyecto prevé la creación de una Junta Calificadora de la Afectación integrada por un equipo interdisciplinar de médicos especialistas en trauma⁸⁸, psicólogos y un abogado que, conforme a un procedimiento reglado, estimará la intensidad o gravedad de la afectación en términos porcentuales, de conformidad con los siguientes criterios:

a) Para el perjuicio psicofísico, después de evaluar varias alternativas disponibles, se encontró que la estructura propuesta en el denominado *baremo médico* adoptado por

en el ordenamiento jurídico colombiano. Estado actual y propuesta regulatoria (Investigación principal). Máster en Derecho de Daños. Universidad de Girona. 2015. Cap. III – N° 2.5.4 (El perjuicio extrapatrimonial).

⁸⁸ Es importante reconocer que en el esquema propuesto el rol asignado a los médicos es crucial. Por ser su profesión la primera llamada al estudio de la muerte, las secuelas y las lesiones temporales, solo mediante la participación activa de galenos en la fase de preparación de la iniciativa se hizo posible la consecución de la misma. Será también solo mediante su rol en la aplicación de la propuesta de legislación, que la misma podrá llevarse a cabo. Véase: El daño a la persona en el ordenamiento jurídico colombiano. Estado actual y propuesta regulatoria (Investigación Principal). Máster en Derecho de Daños. Universidad de Girona. 2015. Cap. II – N° 3.3 (La incidencia de los médicos).

España parece ser la más idónea. Dicho baremo adopta un sistema de puntos en una escala de 1 a 100, que califica las lesiones según la gravedad de las mismas. En ese orden de ideas, contiene una amplia lista de afectaciones según cada uno de los sistemas del ser humano y, a partir de los mismos, hace la graduación respectiva, de modo tal que, *ex ante*, se define cuál será la gravedad de la lesión. Ello evita la dispersión de criterios o la aplicación de compensaciones disímiles que, a la postre, podrían ser reinterpretadas como inequidad frente a las víctimas.

En el caso colombiano, tras la evaluación de médicos especialistas, se ha considerado que esta figura del baremo médico resulta aplicable con algunos puntuales ajustes. Por esa razón, se sugiere su adopción por parte del Gobierno nacional;

b) Queda por fuera de la valoración por puntos del daño psicofísico, el denominado a la vida de relación,

esto es, la imposibilidad de relacionarse en condiciones de normalidad como consecuencia de un menoscabo que recae sobre los derechos de la personalidad diferentes de la integridad psicofísica. Este perjuicio particular será calificado de conformidad con el criterio de la junta calificadora de la lesión, a saber:

Ligero	1-6
Moderado	7-13
Medio	14-21
Importante	22-30
Muy importante	31-40
Importantísimo	41-50

c) Hecha la graduación específica del daño –tanto en lo psicofísico, como en los demás derechos de la personalidad–, el número de puntos obtenidos permitirá la cuantificación de la indemnización con base en la siguiente tabla:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Tabla N° 25 – Cuantificación de los rubros extrapatrimoniales en la propuesta de legislación.

La adopción de esta tabla obedece a un aspecto de coherencia interna de la legislación. Dado que frente a los intereses extrapatrimoniales no es posible hacer una cuantificación precisa, se propone adoptar el mismo sistema que aquel que se emplea para el daño moral, en aras de preservar la consistencia interna del sistema. Lo anterior, claro está, a menos que un comité de expertos suficientemente cualificado estime que la cuantía peca por exceso o por defecto y que se debe articular entonces un sistema que la reduzca o la incremente.

La cuantificación se hará para cada uno de los rubros en particular. Así las cosas, la cuantía máxima de indemnización, *por cada una de las partidas*, será de hasta 100 S.M.L.M.V.; el comité interdisciplinar debe evaluar la existencia e intensidad de la lesión también para cada rubro particular (i.e. una misma situación dañosa puede dar lugar a un perjuicio psicofísico del 70% y a un daño a la vida de relación del 20%); y la afectación puede también generar repercusiones para los terceros allegados, siempre que el rubro de que se trate así lo permita, en los términos antes expuestos (como quiera que hay rubros cuya indemnización solamente se reserva a la víctima directa).

d) Para concluir, téngase en cuenta que el sistema incorpora también un factor de corrección: una ‘válvula de escape’ que prevé una solución específica para los casos en que una circunstancia verdaderamente excepcional o extraordinaria amerite otorgar una cuantía superior a la de la tabla anterior.

Este factor de corrección está reservado para casos objetivamente atípicos que imponen una compensación distinta; atipicidad que debe ser evaluada de conformidad con un criterio restrictivo e interdisciplinar y que solo debe proceder en un segmento minoritario de los casos, por tratarse de hipótesis que escapan, de modo ostensible e incontrovertible, de lo usual o lo que regularmente acontece con las víctimas en Colombia.

Por lo demás, para preservar el equilibrio del sistema, la modificación por la vía del factor de corrección solamente puede comprender hasta el 25% de la compensación prevista en las tablas que integran el baremo ya que, de lo contrario, las reglas perderían certidumbre y se retornaría al escenario inicial de los pagos diferenciados y distorsivos.

Se espera contar, de este modo, con un parámetro más objetivo que, aunque no es infalible, permitirá un mayor grado de control sobre la graduación de las indemnizaciones y mitigará, en consecuencia, la disparidad de criterios que han existido en esta materia.

3.5 Algunas otras particularidades de la legislación:

En fin, la propuesta aborda también algunos otros aspectos problemáticos que, habida cuenta de las razonables limitaciones de espacio, solo mencionamos sucintamente, a saber:

a) En cuanto a la forma de pago de la indemnización, se preserva el criterio jurisprudencialmente adoptado⁸⁹ en el sentido de permitir que el Juez, conforme al sistema de discrecionalidad y teniendo por norte el principio de reparación integral, decida si el pago debe hacerse como una renta periódica o una suma única⁹⁰. Del mismo modo, podrá determinar alternativas para realizar dicho pago, como sucede con la constitución de fiducias o de otras herramientas que facilitan el desembolso de los rubros⁹¹;

b) Otro aspecto es el de las lesiones evolutivas, las cuales aparejan el problema de la congruencia y la cosa juzgada. ¿Qué sucede, por ejemplo, si la lesión se agrava con posterioridad a la demanda?

¿Acaso el principio de congruencia impide que se reconozca dicha agravación? ¿Y cuál será la solución si afloran nuevos tipos de perjuicios con posterioridad a la sentencia que le ponga fin definitivo al proceso? Las respuestas han sido fragmentarias y han estado atadas al casuismo propio de la evolución jurisprudencial. Por esa razón, el proyecto adopta una serie de reglas relacionadas con este aspecto que, en general, pretenden alcanzar un punto intermedio en el que el agente dañador no quede atado *ad eternum* a la víctima habida cuenta de una situación jurídica insoluta, pero en el que tampoco suceda que aquel perjudicado cuya situación se ha agravado resulte relegado a la indemnización de la afectación previa a la agravación habida cuenta de principios como el de la congruencia o la cosa juzgada en última instancia⁹².

De ahí que en un conjunto de artículos se indique, por ejemplo, que la lesión agravada o los perjuicios que afloran con posterioridad a la demanda judicial deberán ser reconocidos oficiosamente por el Juez, sin que con ello se viole el principio de congruencia; se propone también una solución para los casos en que esta situación se presente después de la sentencia que le ponga fin al proceso; para el efecto, se matiza el principio de cosa juzgada en aras de darle a la víctima una posibilidad procesal –que, sin embargo, será limitada en el tiempo– de obtener la reparación de dicho daño⁹³;

c) En fin, un tercer elemento es el de la concurrencia con los seguros y los sistemas de seguridad social integral. En la investigación principal se pone de presente que, en esta materia, el principal problema reside en el hecho de que aún no se han fijado, con claridad, los criterios que determinan si un pago proveniente de un seguro privado o del sistema de seguridad social integral puede deducirse de la indemnización a cargo de un victimario⁹⁴.

Se determinó, en cualquier caso, que si el pago constituía una hipótesis de *lucrum cum damno* (I), o correspondía a un pago de naturaleza compensatoria o indemnizatoria (II) o daba lugar a la subrogación de quien lo realizaba en los derechos de la víctima inicialmente afectada (III), la deducción era posible⁹⁵, como lo ilustra la siguiente tabla:

	Lucrum cum damno		Naturaleza compensatoria del pago		Subrogación		Rta.
	Si	No	Si	No	Si	No	
H1	Si	No	Si	No	Si	No	No se deduce
H2	Si	No	Si	No	Si	No	Si se deduce
H3	Si	No	Si	No	Si	No	Si se deduce
H4	Si	No	Si	No	Si	No	Si se deduce
H5	Si	No	Si	No	Si	No	Si se deduce

Tabla N° 6 – Propuesta en materia de acumulación de indemnizaciones

Pues bien, este criterio se positivizó en la regulación: con miras a clarificar, en definitiva, el conjunto de reglas llamadas a regir la cuestión de la acumulación de las indemnizaciones, parte del articulado hace explícitos los casos en que la deducción es procedente y aquellos en que la misma no puede abrirse paso. De este modo se pretende

⁸⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de diciembre de 2012. M. P. Ariel Salazar Ramírez.

⁹⁰ Sobre este particular, véase: El daño a la persona en el ordenamiento jurídico colombiano. Estado actual y propuesta regulatoria (Investigación Principal). Máster en Derecho de Daños. Universidad de Girona. 2015. Cap. II – N° 3.1 (La forma de pago de la indemnización: sumas únicas, rentas vitalicias y fiducias) y 3.2 (La congruencia del fallo y las lesiones evolutivas).

⁹¹ *Ibíd.*

⁹² Cfr. El daño a la persona en el ordenamiento jurídico colombiano. Estado actual y propuesta regulatoria (Investigación Principal). Máster en Derecho de Daños. Universidad de Girona. 2015. Cap. II – N° 3.2 (La congruencia del fallo y las lesiones evolutivas).

⁹³ *Ibíd.*

⁹⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 22 de octubre de 1998. M. P. José Fernando Ramírez Gómez; Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 9 de julio de 2012. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

⁹⁵ El daño a la persona en el ordenamiento jurídico colombiano. Estado actual y propuesta regulatoria (Investigación Principal). Máster en Derecho de Daños. Universidad de Girona. 2015. Cap. III – N° 3.4 (La interacción de la indemnización de los daños a las personas y las prestaciones asegurativas o del sistema de Seguridad Social Integral).

erradicar uno de los problemas recurrentes que ha ofrecido el Derecho local en la materia.

4. A modo de conclusión:

Estos son, pues, los lineamientos generales de la propuesta. Desde el mes de febrero, con el apoyo de algunos congresistas de la República, de la Universidad Javeriana y del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado (IARCE), hemos iniciado un proceso de socialización y colectivización a partir del cual hemos traído en más de ocho versiones, todas en procura de un texto más sesudo, más práctico y menos equívoco.

Todo producto en proceso, sin embargo, es por definición perfectible. De ahí que este escrito pretenda servir de demostración y, a la vez, de invitación: demostración de la necesidad de regular el sistema de indemnización de los daños a la persona; invitación para que la comunidad académica, los jueces y los abogados litigantes se unan a este enriquecedor proceso de discusión. El proyecto, al fin y al cabo, debe ser un proyecto de todos.



IVÁN LEONIDAS NAME VÁSQUEZ
Senador de la República

Referencias:

1. BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, *El resarcimiento del daño moral en España*, Ed., Rattios Legis, 2000.
2. CALABRESI, Guido. *The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis*. Yale University Press. New Haven. 1970.
3. CANNARSA, Michel, *Compensation for Personal Injury in France*, (<http://www.jus.unitn.it/cardozo/review/2002/cannarsa.pdf>), consultado el 6 de febrero de 2015.
4. CANOSA USERA, Raúl, *El derecho a la integridad personal*, Ed., Lex Nova, 2006.
5. COASE, Ronald. *The Problem of Social Cost*, en *The Journal of Law and Economics*, pp.1-44 (octubre, 1960).
6. COLEMAN, Jules. *Riesgos y daños*. Marcial Pons. Madrid. 2010 y Weinrib, Ernest. *The Idea of Private Law*. Harvard University Press. Cambridge. 1995.
7. Congress of the United States. Congressional Budget Office (A CBO Paper). *The Effects of Tort Reform: Evidence from the States*. June. 2004.
8. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Acta del 28 de

agosto de 2014. Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales.

9. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-830 de 2001.

10. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de diciembre de 2012. M. P. Ariel Salazar Ramírez.

11. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 18 de diciembre de 2012. M. P. Ariel Salazar Ramírez.

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

13. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 10 de agosto de 1976. M. P. Humberto Murcia Ballén.

14. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 14 de noviembre de 2008. M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.

15. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 12 de septiembre de 1996. M. P. Nicolás Bechara Simancas.

16. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 27 de junio de 2007. M. P. Edgardo Villamil Portilla.

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

18. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de abril de 2009. M. P. César Julio Valencia Copete.

19. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 25 de febrero de 2005. M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.

20. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 22 de octubre de 1998. M. P. José Fernando Ramírez Gómez.

21. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de enero de 2001. M. P. José Fernando Ramírez Gómez.

22. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 5 de noviembre de 2013. M. P. Arturo Solarte Rodríguez.

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

24. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 7 de septiembre de 2001. M. P. Silvio Fernando Trejos Bueno.

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

26. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 2001. Exp. 5502.
27. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 2001.
28. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC10297-2014, ago. 5/14, M. P. Ariel Salazar Ramírez.
29. CORTÉS, Édgar, *El daño patrimonial derivado de las lesiones a la integridad psicofísica*, Revista de Derecho Privado, N° 12-13, 2007.
30. Cour de Cassation, *La caractérisation des préjudices*, (https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2007_2640/etude_sante_2646/dommages_survenus_2650/reparation_dommages_2652/caracterisation_prejudices_1_1384.html), consultado el 7 de febrero de 2015.
31. CROPPER, Richard, y WASS, Victoria, *Periodical Payments Awards and the Transfer of the Risk*, en obra colectiva: *Personal Injury and Wrongful Death Damages Calculations: Transatlantic Dialogue*, Ed., Emerald, 2009.
32. DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo, *La reparación de daños personales en el Derecho español*, Revista Española de Seguros, N° 57, enero – marzo de 1989, España.
33. DE LAMA AYMÁ, Alejandra, *La muerte de un familiar en accidente de tráfico: cuestiones controvertidas con ocasión de la STS de 1° de abril de 2009*, InDret, Revista para el Análisis del Derecho, N° 2, abril de 2010.
34. DEL OLMO GARCÍA, Pedro, *El trabajo doméstico en el Derecho europeo de daños*, InDret, Revista para el análisis del Derecho, N° 4, octubre de 2013.
35. DEVANEY, Margaret, *A Comparative Assessment of Personal Injuries Compensation Schemes: Lessons for Tort Reform?*, Electronic Journal of Comparative Law, Vol.13.3, 2009.
36. DINTILHAC, Jean-Pierre, *Rapport du groupe de travail chargé d'élaborer une nomenclature des préjudices corporels*, 2005, (<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/064000217/0000.pdf>), consultado el 30 de enero de 2015.
37. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Daño a la persona y daño moral en la doctrina y en la jurisprudencia latinoamericana actual*, Themis - Revista de Derecho, No. 38, 1998.
38. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Deslinde conceptual entre “daño a la persona”, “daño al proyecto de vida” y “daño moral”* (http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PD), consultado el 20 de enero de 2015.
39. FLORES MADRIGAL, Georgina, *La reparación de los daños causados a la vida e integridad corporal*, Revista de Derecho Privado, Cuarta Época, Año 1, N° 2, Julio 2012.
40. GOLLEDGE, Reginald. *Human Wayfinding and Cognitive Maps*. Johns Hopkins University Press. Baltimore. 1999.
41. HONORÉ, Tony. *Responsibility and Fault*. Hart Publishing. Oxford. Portland.
42. ILLESCAS RUS, Ángel, *Hacia la reforma del “Sistema de valoración del daño corporal: Lesiones permanentes e incapacidad temporal”*, Revista Española de Seguros, N° 146, 2011.
43. KEREN-PAZ, Tsachi. *Torts, Egalitarianism and Distributive Justice*. Ashgate. Hampshire. 2007.
44. KHATIB, Milagros Koteich, *La Reparación del Daño como Mecanismo de Tutela de la Persona*, Ed., Universidad Externado, 2012.
45. LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, *L'indemnisation des victimes de préjudices non économiques*, *Les Cahiers de droit*, vol. 39, N° 2-3.
46. LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, PORCHY-SIMON, Stéphanie, *Droit du dommage corporel*, Séptima Edición, Ed., Dalloz, 2011.
47. LANDES, William y POSNER, Richard. *The Economic Structure of Tort Law*. Harvard University Press. Boston. 1987.
48. LEÓN, Leysser, *Funcionalidad del “daño moral” e inutilidad del “daño a la persona” en el derecho civil peruano*, (dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art57.PDF), consultado el 16 de enero de 2015.
49. LEONA, Tyler. *The psychology of human differences*. New York. Appleton-Century Company. 1947.
50. MARKESINIS, Basil, COESTER, Michael, ALPA, Guido y ULLSTEIN, Augustus, *Compensation for Personal Injury in English, German and Italian Law*, Ed., Cambridge University Press, 2005.
51. 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, N° 2, abril de 2013.
52. MARTÍN-CASALS, Miquel, *Por una puesta al día del sistema de valoración del daño corporal (“baremo”)*, InDret, Revista para el análisis del Derecho, N° 4, octubre de 2012.
53. MEDINA CRESPO, Mariano, *Daños corporales y carta magna: repercusión de la doctrina constitucional sobre el funcionamiento del sistema valorativo*, Ed., Dykinson, 2003.
54. MOSSET ITURRASPE, Jorge, *El daño moral*, Ed., Ediar, 1985.

55. Office National d'Indemnisation des Accidents Medicaux, *Référentiel Indicatif d'Indemnisation par l'ONIAM*, 2011.

56. PAPAYANNIS, Diego. *Comprensión y Justificación de la Responsabilidad Extracontractual*. Universidad Pompeu Fabra. 2010.

57. PEA, Roy. *The Social and Technological Dimensions of Scaffolding and Related Theoretical Concepts for Learning, Education and Human Activity*. *Journal of Learning Sciences*. Vol. 13. Is. 3. 2004.

58. PELLEGRINI, Anthony. *The origins of human nature: Evolutionary development psychology*. APA. Wahington. 2002.

59. PEREZ PINEDA, Blanca y GARCÍA BLÁZQUEZ, Manuel, *Manual de valoración y baremación del daño corporal*, Ed., Comares de Ciencias Jurídicas, 1995.

60. SAMUELS, Alec, *Damages in Personal Injuries Cases: A Comparative Law Colloquium Report*, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 17, N° 2, abril 1968.

61. SPIER, J. Et. Al., *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil. Comentarios a la relación de causalidad*. Thomson. Barcelona. 2012.

62. SPRAGUE, Christopher, *Damages for Personal Injury and Loss of Life – The English Approach*, *Tulane Law Review*, Vol. 72, 1998.

63. SYMONDS, Sheryl A, *Wrongful Death of the Fetus: Viability is not a viable distinction*, *University of Puget Sound Law Review*, Vol. 8.

64. TAJFEL, Henri. *Human Groups and Social Categories*. Cambridge University Press. 1981.

65. TAMAYO JARAMILLO, Javier y JARAMILLO JARAMILLO, Carlos Ignacio. *El precedente judicial en Colombia. Papel y valor asignados a la jurisprudencia*. Pontificia Universidad Javeriana y Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2012.

66. TAMAYO JARAMILLO, Javier, *Tratado de responsabilidad civil*, Tomo II, Ed., Temis, 2008.

67. VICENTE DOMINGO, Elena, *Los daños corporales- Tipología y valoración - panorama de la legislación extranjera*, (<http://vlex.com/vid/panorama-legislación-extranjera-285020>), consultado el 30 de enero de 2015.

68. VICENTE DOMINGO, Elena, *Los daños corporales- Tipología y valoración - Los daños puramente económicos: consecuencias pecuniarias del daño corporal*, (<http://vlex.com/vid/puramente-economicos-pecuniarias-corporal-285021>), consultado el 30 de enero de 2015.

69. WARD, John O., *Economic damages and tort reform: A comparative analysis of the calculation of economic damages in personal injury and*

death litigation in the United States and the United Kingdom, en obra colectiva: *Personal Injury and Wrongful Death Damages Calculations: Transatlantic Dialogue*, Ed., Emerald, 2009.

70. WEINRIB, Ernest. *The Idea of Private Law*. Harvard University Press. Cambridge. 1995.

71. XIOL RÍOS, Juan Antonio, *Tratamiento jurisprudencial de gastos asistenciales futuros*, *Revista de la Asociación Española de Abogados Especializados en Responsabilidad Civil y Seguro*, N° 40, 2011.

72. ZANONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Ed., Astrea, 1985.

SENADO DE LA REPÚBLICA

SECRETARÍA GENERAL

Tramitación de Leyes

Bogotá, D. C., 19 de noviembre de 2015

Señor Presidente:

Con El fin de repartir el **Proyecto de ley número 122 de 2015 Senado**, por medio del cual se regula la indemnización de los daños a la persona en los procesos de responsabilidad, me permito pasar a su despacho el expediente de la mencionada iniciativa que fue presentada el día de hoy ante la Secretaría General por el honorable Senador Iván Leonidas Name Vásquez. La materia de que trata el mencionado proyecto de ley es competencia de la Comisión Primera Constitucional Permanente del Senado de la República, de conformidad con las disposiciones constitucionales y legales.

El Secretario General,

Gregorio Eljach Pacheco.

PRESIDENCIA DEL HONORABLE SENADO DE LA REPÚBLICA

Bogotá, D. C., noviembre 19 de 2015

De conformidad con el informe de Secretaría General, dese por repartido el precitado proyecto de ley a la Comisión Primera Constitucional y envíese copia del mismo a la Imprenta Nacional para que sea publicado en la **Gaceta del Congreso**.

Cumplase.

El Presidente del honorable Senado de la República,

Luis Fernando Velasco Chaves.

El Secretario General del honorable Senado de la República

Gregorio Eljach Pacheco.

Comisión Séptima Constitucional Permanente del honorable Senado de la República- Bogotá, D. C., a los dieciocho (18) días del mes de noviembre del año dos mil quince (2015) – En la presente fecha se autoriza la publicación en **Gaceta del**

Congreso de la República, las siguientes consideraciones.

Consideraciones del: Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Refrendado por: Andrés Escobar Arango, Viceministro Técnico

Al Proyecto de ley número: 91 de 2015 Senado

Título del proyecto: por la cual se adoptan medidas para alimentar la cobertura en el Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones.

Iniciativa honorables Senadores: Álvaro Uribe Vélez, Paola Holguín, Alfredo Rangel Suárez, Paloma Valencia, María del Rosario Guerra, Honorio Enríquez Pinedo, Thania de Plazas, Susana Correa e Iván Duque y el honorable Representante Óscar Darío Pérez.

Número de Folios: Seis (06)

Recibió en la Secretaría de la Comisión Séptima del Senado del día: miércoles dieciocho (18) de noviembre de 2015

Hora: 9:30 a. m.

Lo anterior, en cumplimiento de lo ordenado en el inciso 5° del artículo 2° de la Ley 1431 de 2011.

El Secretario



JESÚS MARÍA ESPAÑA VERGARA
SECRETARIO GENERAL
Comisión Séptima del H. Senado de la República

CONCEPTOS JURÍDICOS

CONCEPTO JURÍDICO DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO FRENTE AL TEXTO DE PUBLICACIÓN DEL PROYECTO DE LEY NÚMERO 91 DE 2015 SENADO

por la cual se adoptan medidas para aumentar la cobertura en el Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones.

1.1

Bogotá, D. C.,

Honorable Congresista

ANTONIO JOSÉ CORREA JIMÉNEZ

Comisión Séptima del Senado

Congreso de la República de Colombia

Carrera 7 número 8 - 68 Edificio Nuevo del Congreso

Bogotá, D. C.

Asunto: Consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente al texto de publicación del **Proyecto de ley número 91 de 2015 Senado**, por la cual se adoptan medidas para aumentar la cobertura en el Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones.

Respetado Presidente:

De manera atenta, me permito presentar los comentarios y consideraciones del Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente al texto de publicación del proyecto de ley del asunto, en los siguientes términos:

El proyecto de ley tiene por objeto: (i) aumentar el promedio para calcular el Ingreso Base de

Liquidación de las pensiones en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM); (ii) permitir que los afiliados al Sistema General de Pensiones (SGP) puedan acceder al derecho a la pensión de vejez con seiscientos cincuenta (650) semanas de cotización; (iii) establecer por fuente de financiación de la subcuenta de solidaridad del Fosyga el ciento por ciento (100%) del exceso de los dineros del orden nacional que sobrepasen los topes establecidos para los recursos Fonpet destinados a financiar los pasivos pensionales de los municipios y entes territoriales; (iv) permitir la entrega gradual del valor de la indemnización sustitutiva de la pensión y la devolución de saldos con los Beneficios Económicos Periódicos (BEPs); (v) permitir que el empleador pueda deducir de su renta los aportes obligatorios a su cargo y el ciento cincuenta por ciento (150%) de los aportes voluntarios que realice a las cuentas de ahorros individual (CAI) de sus trabajadores con destino exclusivo a pensión obligatoria; y (vi) permitir que los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) que se establezcan de manera permanente en el exterior, soliciten la transferencia de sus saldos de sus CAI a un fondo de pensiones que administre el régimen de ahorro o capitalización individual del exterior y viceversa.

En lo relacionado con el primer punto es necesario señalar que, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el ingreso base para liquidar las pensiones en el RPM corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualiza-

dos anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. En este orden, el proyecto busca ampliar la base que sirve para calcular el promedio del ingreso base de liquidación a 20 años correspondientes a los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado, medida aplicable para los afiliados al RPM a partir del momento en que se haga ley el proyecto del asunto.

Esta cartera comparte el aumento que el proyecto pretende hacer del promedio del ingreso base para liquidar las pensiones en el RPM, pues trae consigo un sistema más universal y equilibrado entre los regímenes del Sistema General de Pensiones (SGP).

Para los casos de traslados que resultan en la adjudicación de pensión, el ahorro fiscal de mediano plazo estaría dado solo para aquellas pensiones que tendrían como IBL un valor superior a 1.56 SMMLV y dicha proporción de pensionados en tales condiciones ha sido estimada en menos del 2.04% de los pensionados en los próximos 10 años¹.

Ahora bien, en relación con el Ingreso Base de Liquidación para los nuevos afiliados al RPM las proyecciones de su impacto fiscal se encuentran fundamentalmente en los nuevos jóvenes afiliados al sistema que conformarían gasto público más allá del horizonte empleado en este concepto y que se fijó en el año 2056, año en el que la última cohorte, dentro de los cálculos, accede a pensión.

De otra parte, actualmente el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 establece por *requisitos para adquirir la pensión de vejez en el RPM*²: (i) haber cumplido la edad de cincuenta y siete (57) años para la mujer y sesenta y dos (62) años para el hombre y (ii) haber cotizado, en ambos casos, un mínimo de 1300 semanas en cualquier tiempo³. De acuerdo con el artículo 34 *ibídem*, el monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas será del equivalente al 65% del ingreso base de liquidación de los afiliados. Por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula que se describe a continuación, sin que en todo caso el valor total de la pensión pueda ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación ni inferior a la pensión mínima.

$$r = 65.50 - 0.50 s, \text{ donde:}$$

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En el caso del RAIS, para adquirir la pensión de vejez se establecen por requisitos: (i) la edad que el afiliado escoja y (ii) haber acumulado en su CAI un capital que le permita obtener una pensión mensual superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente. No obstante, se establece la garantía de pensión mínima, esto es que los afiliados que no hayan alcanzado a generar la pensión mínima a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, y hubieren alcanzado 1150 semanas, tendrán derecho a que el Gobierno nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión.

En paralelo con el panorama actual vigente, la iniciativa busca, para el caso de los afiliados al RPM, que con la edad que hoy se exige puedan acceder a la pensión de vejez con seiscientos cincuenta (650) semanas de cotización siempre y cuando el afiliado autorice previamente a la administradora de pensiones o a la entidad que realice el pago de la prestación económica a descontar, de la mesada pensional reconocida, el valor de las cotizaciones que le faltaren para completar las mil trescientas (1300) semanas de cotización requeridas.

Para el caso de los afiliados al RAIS, establece la posibilidad de acceder a la pensión de vejez con seiscientos cincuenta (650) semanas de cotización bajo la misma modalidad de descuento para acceder a la pensión mínima de vejez, esto es contar con sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres y al menos 1150 semanas de cotización.

Para ambos regímenes el beneficio propuesto se hace extensivo a la pensión familiar. Así mismo, se establece que la modalidad de descuento será reglamentada por el Gobierno Nacional en lo que respecta al mecanismo, forma y condiciones de financiación y ampliación de la cobertura del Sistema General de Pensiones a través de los recursos del Presupuesto General de la Nación, dando prioridad a las personas pertenecientes a los estratos socioeconómicos de menores recursos, la madre o cabeza de familia cuya condición sea previamente comprobada y a la madre o padre cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada.

Dicho esto, el acceso a la pensión de vejez bajo la cotización de 650 semanas se sujeta a que el afiliado autorice previamente que se descuenta, de la mesada pensional que se le reconozca, el valor de las cotizaciones que faltan para completar las actualmente exigidas, esto es 1300 semanas

¹ Debe recordarse, de cualquier forma, que los ingresos percibidos por la nación en el corto plazo en relación con los traslados del RAIS al RPM ascienden a más de 4.52 billones de pesos, cifra que constituye la cota superior del impacto fiscal de corto plazo.

² A partir del 1° de enero del año 2014.

³ A partir del 1° de enero del año 2015.

en el RPM y 1150 semanas en el RAIS, para una pensión mínima. Quiere esto decir que el acceso a la pensión con un número de semanas inferior al actualmente exigido se condiciona a la voluntad del afiliado. Implica, pues, que el derecho a la pensión de vejez *se causa* con el cumplimiento de dos requisitos: (i) la edad de cincuenta y siete (57) años para la mujer y sesenta y dos (62) años para el hombre y (ii) haber cotizado como mínimo seiscientos cincuenta (650) semanas. Cumplidos estos dos requisitos, en el interregno de cotización entre las seiscientos cincuenta (650) semanas y las mil trescientos (1300) semanas o mil ciento cincuenta (1150) semanas, según el régimen que se trate, la *adquisición del derecho* –distinto a la causación– estará sujeta a que el afiliado exprese su voluntad de pensionarse bajo la modalidad de descuento de las cotizaciones sobre el monto que le corresponda. El derecho se adquiere, entonces, si y solo si el afiliado manifiesta, con posterioridad al cumplimiento de la edad de pensión y las 650 semanas de cotización, la voluntad de pensionarse bajo el referido descuento.

Es importante tener presente que las administradoras de pensiones son las entidades encargadas de reconocer las pensiones de sus afiliados, a partir de la verificación que estas hagan de los requisitos de ley para acceder al derecho. En algunos casos la administradora de pensiones es la encargada del pago y en otros la pagadora es una entidad diferente. Bajo este contexto, si el derecho a la pensión que refiere el proyecto depende de la aquiescencia del afiliado en las condiciones ya señaladas, dicha manifestación deberá hacerse siempre frente a la administradora de pensiones, esto es, frente a la entidad que reconoce el derecho. Luego, no es posible que se establezca su procedencia frente a una entidad pagadora dado que, para el caso en el que dicha entidad no corresponda a la misma entidad administradora, el derecho deberá reconocerse previamente. En consecuencia, la manifestación de voluntad de pensionarse solo podría suceder ante la entidad administradora de pensiones.

En cuanto al sujeto a quien está dirigida la propuesta de ley, el texto indica que serán los «afiliados» que cumplan las condiciones antedichas quienes podrán obtener la pensión de vejez anticipadamente. No obstante, tanto en las modificaciones que se plantean para el RPM y el RAIS, el proyecto establece que el Gobierno nacional reglamentará la materia, “...dando prioridad a las personas pertenecientes a los estratos socioeconómicos de menores recursos, la madre o cabeza de familia cuya condición sea previamente comprobada y a la madre o padre cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada”.

Ahora bien, según el artículo 48 de la Carta Política, adicionado por el Acto Legislativo número 01 de 2005, “para adquirir el derecho a la pensión será necesario cumplir con la edad, el tiempo de

servicio, las semanas de cotización o el capital necesario, **así como las demás condiciones que señala la ley...**”. Así las cosas, todas las condiciones para adquirir el derecho pensional deben estar establecidas en la ley, por lo que no podrán ser fijadas en norma de inferior jerarquía ni podrá el legislador delegar dichas condiciones en autoridades distintas. Es por esto que resulta inconstitucional la facultad que se otorga al Ejecutivo para reglamentar las condiciones en que las personas descritas deban acceder al derecho a la pensión.

La preocupación por la inconstitucionalidad de la delegación de estas funciones en el Ejecutivo se aumenta si se tiene en cuenta que la iniciativa refiere a que la reglamentación procede frente al mecanismo, la forma y las condiciones para ampliar la cobertura del SGP, habida cuenta de que el artículo 48 de la Constitución consagra expresamente que la ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social será en la “forma que determine la ley”. Quiere esto decir que de ningún modo la progresividad de la seguridad social pensional puede ser definida por el Ejecutivo mediante un reglamento como lo pretende hacer el proyecto, so pena de devenir en inconstitucional. Muestra de que en efecto se trata de una delegación es que la única forma de entender que se trata de ampliación de cobertura es que la medida aplica solamente para las personas que el legislador considera prioritarios, pues de lo contrario no sería progresiva. Luego, no bastaría la entrada en vigencia del proyecto para que las personas se beneficien de una pensión con menores semanas de cotización, siendo necesario, además, que el Gobierno nacional reglamente la materia, lo que va en contra de la reserva de ley que enmarca la seguridad social.

Ahora bien, la exposición de motivos no hace alusión a una propuesta normativa con fines progresivos y se limita a expresar lo siguiente:

“...en el presente proyecto se propone que los afiliados que cumplan el requisito de la edad y hayan cotizado al menos 650 semanas para tener derecho a la Garantía de Pensión Mínima en el RAIS, esta les sea reconocida, siempre y cuando, el afiliado autorice a la entidad que realiza el pago de la pensión a efectuar el descuento de la mesada de las cotizaciones que le faltaron para completar las 1.150 semanas de cotización requeridas.

Nuestra propuesta va dirigida a lograr una mayor cobertura potenciando los beneficios de la creación del FGPM, de los recursos con que cuenta y con la posibilidad de que los afiliados logren una pensión mínima contribuyendo con su esfuerzo en la medida en que se permita el cumplimiento de requisitos vía descuento de la mesada pensional...”

Ahora, tanto la propuesta normativa como las consideraciones de la misma no señalan con base en qué criterios se determina el segmento pobla-

cional que se prioriza. Aunque se hace referencia a estratos socioeconómicos de menores recursos, la cabeza de familia y los padres de quien padezca invalidez física o mental, bien podría incluirse otras personas que se consideran en circunstancias de debilidad manifiesta. La ausencia de justificación al respecto pone en riesgo el ámbito de aplicación de la norma, lo que puede dar lugar a su ampliación en un eventual test de proporcionalidad por parte de la Corte Constitucional en aplicación del principio de igualdad, lo que magnificaría el impacto fiscal del proyecto y dejaría en entredicho la «progresividad de la medida», tal como se hace ver más adelante.

De otra parte, es necesario considerar que actualmente el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 que se pretende adicionar en virtud de esta propuesta, considera una justa causa de terminación del contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en el mismo artículo para tener derecho a la pensión. Incluso, habilita al empleador para solicitar la pensión del trabajador en caso de que este no la solicite dentro de los treinta (30) días siguientes al cumplimiento de los requisitos. Siendo, pues, el proyecto de ley una adición al artículo 33 ibídem, la previsión legal existente permitiría interpretar que el empleador podría solicitar el derecho a la pensión con la edad requerida y las 650 semanas, pues estas causarían el derecho, conforme se dejó visto, en aplicación del principio de favorabilidad del trabajador y las garantías propias del Derecho Sustantivo del trabajo.

En cuanto al **mecanismo de descuento** que implementa la medida se encuentran varios temas por tratar, a saber:

Los beneficiarios de la pensión anticipada solo sumarían esfuerzos en la cotización de 650 semanas —como mínimo—, lo que conllevaría a que las restantes semanas sean financiadas con recursos del sistema y subsidiadas por el Estado (650 semanas en el RPM para completar 1300 semanas y 500 semanas para completar 1150 semanas en el RAIS), lo que soslaya la naturaleza que rige por esencia la pensión de vejez. Este escenario difiere entonces de un mecanismo sostenible que se acompañe con el principio de solidaridad.

Esto sin tener en cuenta que sin el proyecto de ley las personas que se pensionan son subsidiadas en el monto de sus pensiones y que para el caso del RAIS los afiliados que a la edad de 62 años si es hombre o 57 si es mujer hayan cotizado al menos 1150 semanas, el Estado subsidiaría las 150 semanas restantes. En estos casos la iniciativa aumentaría el subsidio a la pensión de los afiliados de ambos regímenes en forma exponencial por concepto de cotizaciones a pensión por un equivalente hasta por 650 y 500 semanas de cotización en el

RPM y RAIS, respectivamente, tal como se muestra más adelante. Estos subsidios están dados por múltiples factores, tales como la cotización sobre bases salariales inferiores a las reales o la falta de correspondencia entre lo que se financia con la cotización y el monto pensional reconocido.

En el marco de lo ya dicho, es necesario resaltar que el principio de solidaridad cumple un papel preponderante como garantía de la seguridad social. En el marco del sistema de pensiones la solidaridad encuentra especial aplicación en el deber de las personas de financiar su pensión, pues la misma corresponde a “un salario diferido del trabajador, fruto de su ahorro forzoso durante toda una vida de trabajo”⁴. En materia de seguridad social, la Corte Constitucional ha expresado que “... *el principio de solidaridad implica que todos los partícipes del sistema contribuyan a su sostenibilidad, equidad y eficiencia, lo cual explica que sus miembros deban en general cotizar, no solo para poder recibir los distintos beneficios, sino además para preservar el sistema en su conjunto...*”⁵.

Igualmente, es cierto que la solidaridad subsumida en el principio de ayuda del fuerte al más débil permite que esta práctica se logre entre personas, generaciones, sectores económicos, regiones y comunidades, tal como lo define la Ley 100 de 1993 en su artículo 2°. En el marco de ese principio general, la Corte Constitucional se encargó de advertir que la solidaridad así entendida no se traduce en un “subsidio sin límites dentro de situaciones de subdesarrollo o de crisis”⁶. Al respecto, la alta Corte, en sentencia C-967 de 2003, expresó:

“...*Por razones relativas a la escasez de recursos, el legislador puede establecer límites razonables a la operatividad de tal principio y revisar el equilibrio económico del sistema cuando ha detectado su insostenibilidad, fijando nuevos requisitos o condiciones que permitan su viabilidad futura o impidan su eventual colapso...*”⁷.

Es de saber que en esa ocasión la Corte revisó la constitucionalidad del artículo 5° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, pues el demandante argumentó que dicha modificación eliminó la posibilidad de que los trabajadores de servicio doméstico que devengaran con base en un salario inferior al mínimo legal mensual vigente pudieran cotizar sobre la remuneración recibida, siendo la parte restante subsidiada por el Gobierno nacional, habida cuenta de que en adelante las cotizaciones serían para todo trabajador y sobre el salario mínimo legal mensual vigente. Dicha modificación fue declarada exequible a la luz del principio de solidaridad, especialmente porque encontró que para ese momento “...*el le-*

⁴ Sentencia C-1000 de 2007

⁵ Sentencia C-967 de 2003

⁶ Ibídem

⁷ Ibídem

gislador detectó un desequilibrio económico estructural del sistema general de seguridad social en pensiones, motivado entre otros factores por el elevado porcentaje de subsidios que soportaba, por la regresividad de los mismos, por la existencia de privilegios injustificados y porque las normas legales toleraban en alto porcentaje prácticas elusivas...”. Además, la reforma estaba acompañada de otras medidas que constituían “una respuesta integral a la situación de desequilibrio e inequidad detectada” como la conservación del Fondo de Solidaridad Pensional (FSP), la focalización del subsidio a la cotización, el aumento de ingresos al FSP, la imposición de un límite máximo y mínimo de la base de cotización para todos los efectos y un incremento general y gradual en la tasa de cotización.

Contrario a las medidas adoptadas en su momento en la reforma del 2003, el proyecto pretende que el Gobierno nacional subsidie en su totalidad las cotizaciones de pensión del segmento poblacional mencionado por el equivalente al 50% y 43% del periodo que corresponde efectuar al resto de los afiliados al RPM y RAIS, respectivamente, lo que la hace una medida regresiva en tanto persigue ampliar cobertura con menos recursos para el sistema, es decir en detrimento de la sostenibilidad financiera del sistema. En este sentido, esta Cartera encuentra contradicción entre la propuesta normativa y lo que se expone en las motivaciones del proyecto, pues esta advierte que *“En materia fiscal, el SGP es insostenible y representa otro de los principales problemas que enfrenta el Sistema (...) Cabe resaltar que este es uno de los gastos más grandes del PGN y tan solo es superado por el gasto de transferencias, ni siquiera el sector de educación, que es el de mayor presupuesto de inversión, lo alcanza...”*.

No puede olvidarse que, a partir de la entrada en vigencia del Acto Legislativo número 01 de 2005, la sostenibilidad financiera es una garantía constitucional y un criterio orientado a fin de asegurar el derecho irrenunciable a la seguridad social en pensiones.

En un recuento que hace el propio tribunal constitucional, en sentencia C-258 de 2013, del sistema de pensiones en Colombia como desarrollo de la seguridad social, desde principios del siglo XX, pasando por la Ley 100 de 1993 y las reformas surtidas sobre esta, entre estas la del año 2003, concluye *“...que las reformas al sistema de seguridad social han perseguido la universalización del derecho a la pensión, mediante el aumento en la cobertura y la finalización de regímenes especiales para someter a toda la población a unos requisitos generales en aras de lograr la equidad dentro del mismo sistema, como manifestación del Estado Social de Derecho...”* (Negrilla fuera de texto).

A su turno, la propuesta riñe con el principio de igualdad frente a las personas beneficiarias de la subcuenta de solidaridad del Fondo de Solidaridad Pensional. De conformidad con los artículos 13, 25 y 26 de la Ley 100 de 1993, esta tiene por objeto ampliar cobertura mediante un subsidio parcial en la cotización a pensión, a los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tienen acceso a los sistemas de seguridad social, tales como trabajadores independientes o desempleados, artistas, deportistas, madres comunitarias y discapacitados, artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias*, personas en situación de discapacidad física, psíquica y sensorial, entre otros.

Para ser beneficiario a dicho subsidio, las personas deberán cumplir ciertos requisitos, tales como tener cotizaciones por quinientas (500) semanas como mínimo previas al otorgamiento del subsidio, ser mayor de 55 años si se encuentra afiliado al ISS, ser mayor a 58 años si se encuentra afiliado a los fondos de pensiones, entre otros requisitos⁸.

Tal como se ha venido afirmando, es posible que con las condiciones del proyecto un afiliado que cuente con menos de 1300 semanas o 1150 semanas, según el régimen al que corresponda, opte pensionarse y el Estado termine subsidiándole totalmente la cotización en pensión –dependiendo del monto de pensión que se le reconozca–, mientras que a los beneficiarios del FSP solamente reciben un subsidio parcial en sus cotizaciones. Mucho más desigual resulta si se tiene en cuenta que el universo de personas que se benefician de la medida de la iniciativa es más limitado que el de los beneficiarios al FSP sin que existan razones objetivas para un trato desigual como el referido.

Adicionalmente, la medida desincentiva la cotización y el esfuerzo individual en la población que cuente con más de 650 semanas y una edad inferior a la exigida para pensionarse, habida cuenta de que el derecho estaría asegurado con la sola edad, lo que potencializa las prácticas elusivas en desmedro nuevamente de la sostenibilidad financiera y la solidaridad intergeneracional del sistema. No debe olvidarse que esta última parte de la base de que las generaciones jóvenes y trabajadores activos financian las pensiones causadas a las generaciones longevas.

La sostenibilidad financiera del sistema no solo se ve afectada por el subsidio que corresponda hacer al Estado frente a las pensiones que se generan sobre una mesada pensional mínima y las demás que no tengan un equilibrio entre la cotización por

⁸ Decreto número 3771 de 2007 “por el cual se reglamenta la administración y el funcionamiento del Fondo de Solidaridad Pensional”.

descontar y el monto pensional generado por el tiempo que falte por completar las 1300 o 1150 semanas, según el régimen de que se trate, pues además la medida trae consigo un posible aumento en las pensiones en un menor ciclo de tiempo fiscal, por cuenta de las 650 semanas, lo que aumentaría la presión presupuestal para financiar estas pensiones sin un mayor número de recursos para el sistema. Bastaría ver no más que la sola entrada en vigencia de la ley permitiría incluir todas las personas que cuentan con número aproximado a las 650 semanas con la edad de pensión o próxima a esta.

Los recursos necesarios para atender los compromisos pensionales nuevos están por fuera de las consideraciones económicas del Marco Fiscal de Mediano Plazo y exceden con creces las apropiaciones que podría allegar la Nación en los próximos años. Los cálculos realizados contemplan el incremento inmediato en el gasto público respecto del Régimen de Prima Media (RPM) y las necesidades posteriores de financiamiento ante el eventual agotamiento de los recursos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

En relación con la estimación fiscal para el caso del RPM, el siguiente gráfico resume el impacto esperado en el tiempo, que se calcula como la diferencia entre las indemnizaciones sustitutivas proyectadas y las nuevas pensiones correspondientes a la misma población que tendría entre 650 y 1299 semanas cotizadas a la edad de pensión:



Puesto que las nuevas pensiones reemplazarían el flujo de indemnizaciones sustitutivas, el efecto neto del proyecto se calcula como la diferencia entre estos dos flujos, que corresponde a mayores erogaciones con cargo al erario en valor presente actuarial de **102 billones de pesos** de 2015.

Si se considera este mayor gasto público en proporción con el PIB, el impacto se expresa en el siguiente gráfico mostrando que el momento de mayor presión fiscal que se esperaría sobrepasar en el término de los siguientes 2 años se aplazaría al menos hasta el año 2021, imponiendo una nueva y poco despreciable necesidad de financiamiento para la Nación⁹.



En síntesis, el siguiente cuadro muestra el impacto esperado del proyecto, que prevé que el valor presente neto actuarial de las nuevas pensiones asciende a **126 billones de pesos** equivalentes al 15.47% del PIB, mientras que el gasto público adicional para el RPM se estima en cerca del 12.52% del PIB con las estimaciones realizadas hasta el año 2056.

RESUMEN PROYECCIONES AL AÑO 2056		
Reducción del número de semanas antes de pensión		
	Billones de Pesos	% PIB 2015
Proyecto de ley número 091 de 2015	\$126.82	15.47%
LÍNEA DE BASE	\$24.16	2.95%
Costos Incrementales PL 09 de 2015	\$102.65	12.52%

Para el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), existen dos estimaciones, una correspondiente al cálculo de la evolución del Fondo de Garantía de Pensión Mínima (FGPM) y otra que se genera una vez se estima el completo agotamiento de los recursos del FGPM.

La evolución estimada del FGPM presenta una reducción bastante sensible con respecto al escenario base que corresponde a las proyecciones previas de evolución del fondo. Esta reducción contempla el agotamiento de los recursos del FGPM en el año 2037 en lugar del año 2062.

Los cálculos acá presentados son el resultado de una microsimulación sobre los saldos nominales de cerca de 2.4 millones de cuentas de ahorro individual que se esperan no logren alcanzar el horizonte de pronóstico de 2056, el saldo de pensión mínima para quienes contarían con un número de semanas acumulado entre 650 y 1149.

La estimación realizada, de forma importante, considera también que los recursos que tendría que considerar el Sistema General de Pensiones en caso de acudir en subsidio del agotamiento de los recursos del FGPM serían solventados a través de deuda de largo plazo, lo que incrementaría en el tiempo el efecto del prematuro su agotamiento proyectado en 2037.

De esta forma si se consolidan los resultados del RPM y se añaden las necesidades de financiamiento consolidadas, una vez se agoten los recursos del FGPM, el resultado sería equivalente en valor presente al 22.92% del PIB, cifra que a todas

resultados de compromisos financieros que extralimitan la capacidad financiera de corto, mediano y largo plazo de la Nación.

⁹ Los cálculos incluyeron, además, proyecciones para diferentes escenarios de semanas diferentes a los contemplados en el proyecto de ley que, en todo caso, arrojan

luces excede lo presupuestado en el Marco Fiscal de Mediano Plazo.

La medida, además, no es concordante con otras normas que actualmente tienen plena vigencia y apuntan en un sentido distinto. Por ejemplo, de conformidad con la interpretación que se ha venido haciendo del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, tiene plena aplicación el artículo 2° del Decreto número 758 de 1990 que establece la exclusión de cotizar a pensiones para los trabajadores dependientes que nunca hayan cotizado y tengan 60 años o más, o los trabajadores independientes que nunca hayan cotizado y tengan 50 años o más, si es mujer, o 55 años, si es hombre.

En lo que respecta al artículo 3° del proyecto de ley que busca disponer de recursos del orden nacional acumulados en el Fondo Nacional de Pensiones de las Entidades Territoriales (Fonpet), es importante tener presente que el artículo 2° de la Ley 549 de 1999 estableció las fuentes de financiación del Fonpet, entre ellas, un porcentaje de los recursos de capitalizaciones nacionales, extinción de dominio y del valor recaudado de impuesto de timbre nacional. Igualmente, en el parágrafo 1° del citado artículo se estableció la manera en la que se distribuyen estos recursos entre las entidades territoriales y en el parágrafo 3° que la distribución de estos recursos se realizaría únicamente entre las entidades que den cumplimiento a las obligaciones que impone esa misma ley. Finalmente, el aparte del inciso 5° del artículo 6° de la Ley 549 de 1999 ordena:

“(…) Los recursos nacionales a que se refiere la ley, se distribuirán entre las cuentas de las entidades que no tengan cubierto todo su pasivo.(…)”.

De lo anterior se concluye que los recursos del orden nacional acumulados en el Fonpet serán distribuidos únicamente entre entidades que no han alcanzado la cobertura del pasivo pensional y que dan cumplimiento a la normativa vigente, lo que representa un apoyo al financiamiento de los pasivos territoriales con el esfuerzo de la Nación. Luego, si se considera que la necesidad de financiamiento es de aproximadamente **\$33,7 billones** y los recursos del orden nacional acumulados solo ascienden a cerca de **\$3 billones**, no se ha garantizado la cobertura de los pasivos pensionales territoriales y, por lo tanto, no existen excesos de dineros del orden nacional acumulados en el Fonpet que puedan ser utilizados para el financiamiento del Fondo de Solidaridad Pensional.

De otra parte, frente a la posibilidad de articular las indemnizaciones sustitutivas del RPM y las devoluciones de saldos del RAIS, actualmente los afiliados que llegan a la edad de pensión cuentan con la posibilidad de acudir voluntariamente al programa de BEPS establecido por el Gobierno nacional trasladando sus recursos cotizados al Sis-

tema General de Pensiones¹⁰, lo que haría innecesaria su inclusión dentro de esta iniciativa.

Debe sin embargo aclararse que, respecto de las devoluciones de saldos e indemnizaciones sustitutivas para los casos de invalidez, puede que no siempre los montos que recibe el afiliado sean suficientes siquiera para cubrir una renta bajo los actuales programas de Beneficios Económicos Periódicos por lo que no siempre existirá la posibilidad de articulación con este programa de forma beneficiosa para el afiliado.

Ahora bien, en lo que respecta a la propuesta de permitir a los afiliados al RAIS **la transferencia de los saldos de las CAI a fondos homólogos en el exterior** y viceversa para quienes se establezcan de manera permanente en el exterior, sin que medie convenio o acuerdo previo entre países para el efecto, a juicio de esta cartera la medida no consulta los cánones constitucionales en seguridad social y los principios fundamentales que cimientan al Estado colombiano.

En efecto, la Carta Política señala que la seguridad social es un derecho irrenunciable en cabeza de todos sus habitantes, que en materia pensional se sujeta a los requisitos previstos en el artículo 48 superior y en particular cumplir con el lleno de requisitos de ley, incluidos la edad y las semanas de cotización, y el respeto de los derechos adquiridos. Por su parte, la seguridad social como servicio público debe garantizarse de manera obligatoria bajo los principios de solidaridad, universalidad, eficiencia, progresividad, la sostenibilidad financiera del sistema entre otros.

Este Ministerio considera que el propósito del proyecto de ley solo puede llevarse a cabo mediante instrumentos internacionales en el marco de los cuales se garantice el derecho a la seguridad social, tal como se ha hecho hasta ahora. Así, un ejemplo del uso de este tipo de instrumentos internacionales es el Convenio de Seguridad Social suscrito entre la República de Colombia y el Reino de España, del 06 de septiembre de 2005, incorporado en nuestra legislación colombiana mediante la Ley 1112 de 2006. En el estudio de constitucionalidad, la Corte Constitucional, en sentencia C-858 de 2007, expresamente señala que los propósitos trazados en el convenio se acompañan con la garantía de la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución y el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. En palabras de la propia Corte, esta manifiesta:

“...Este Convenio es el resultado, según se enuncia en su introducción, del ánimo de ambas partes de fortalecer sus lazos de amistad y de la necesidad de promover una cooperación mutuamente provechosa en materia de seguridad social, con el fin de “asegurar a los trabajadores de cada uno de los dos Estados que ejerzan o hayan ejercido actividad

¹⁰ Decreto número 603 de 2013

profesional en el otro, una mejor garantía de sus derechos". Este propósito resulta congruente con los fines constitucionales previstos en el artículo 2º Superior relativos a la promoción de la prosperidad general, la garantía de la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución y el cumplimiento de los deberes sociales del Estado..."¹¹.

De igual modo, se puede citar el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social elevado por la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS) y la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB). Se trata de una norma de carácter internacional acordada por varios Estados para la coordinación de sus legislaciones nacionales en materia de pensiones, como garantía de la seguridad económica en la vejez, la incapacidad o muerte de las personas que, en razón del trabajo por cuenta ajena o de la actividad independiente, se hayan desplazado a dos o más Estados miembros, acreditando en los mismos períodos de cotización, de seguro o de empleo¹².

Un ejemplo de las dificultades que tendría que enfrentar la propuesta de ley en un escenario sin convenios o tratados internacionales es la existencia del Convenio Iberoamericano de la Seguridad Social, suscrito por Colombia y pendiente de ratificación¹³. Esa norma establece que en el caso de los trabajadores que se encuentren afiliados a una Administradora de Fondos de Pensiones requerirán la totalización de periodos para la aplicación de la garantía de pensión mínima. Para tal efecto se tendrá en cuenta que la sumatoria de las proratas de ambos países contratantes sea inferior a un salario mínimo legal colombiano y que el trabajador haya cumplido los periodos cotizados exigidos una vez sean totalizados los tiempos, y pagando así los países la pensión a prorrata por cada tiempo cotizado en cada uno de ellos.

El ejemplo es relevante para exponer las dificultades porque la liquidación de las pensiones en el Régimen de Ahorro Individual que se derivan de estas normas, solamente aplica para la garantía de pensión mínima que opera cuando el trabajador haya cumplido los periodos cotizados exigidos, con la totalización correspondiente. Esto significa que si la suma del monto de los tiempos cotizados en Colombia junto con los del otro país resulta inferior para la legislación colombiana a un salario mínimo legal, el trabajador tendrá derecho a que Colombia le pague la diferencia hasta entrar el monto de la pensión mínima en proporción al tiempo cotizado en Colombia.

¹¹ Sentencia C-858 de 2007.

¹² http://www.oiss.org/IMG/pdf/Guia_Convenio_Multilateral_Iberoamericano_de_Seguridad_Social_Octubre_2013-2.pdf

¹³ http://apw.cancilleria.gov.co/Tratados/adjuntosTratados/8CD5F_OISS_M-CONVENIOOISS2007-TEXT.O.PDF

Por las razones antes expuestas, este Ministerio se abstiene de emitir concepto favorable al proyecto de ley en estudio, y, en consecuencia, de manera respetuosa, solicita considerar la posibilidad de su archivo, no sin antes manifestarle muy atentamente la voluntad de colaborar con la actividad legislativa.



Cordillera
ANDRÉS ESCOBAR ARANGO
Viceministro Técnico
Ministerio de Hacienda y Crédito Público

C. C. Honorable Senador Iván Duque Márquez - Autor

Honorable Senador Álvaro Uribe Vélez - Autor/Ponente

Honorable Senador Alfredo Rangel - Autor

Honorable Senador Honorio Enríquez - Autor/Ponente

Honorable Senador Paola Holguín - Autor

Honorable Senador María del Rosario Guerra - Autor

Honorable Senador Thania Vega de Plazas - Autor

Honorable Senador Paloma Valencia - Autor

Honorable Senador Susana Correa - Autor

Honorable Representante Óscar Darío Pérez - Autor

Honorable Senador Carlos Enrique Soto Jaramillo - Ponente

Honorable Senador Luis Évelis Andrade Casamá - Ponente

Honorable Senador Jorge Iván Ospina Gómez - Ponente

Honorable Senador Édisson Delgado Ruiz - Ponente

Honorable Senador Javier Mauricio Delgado - Ponente

Doctor Jesús María España - Secretario General de Comisión Séptima del Senado.

CONTENIDO

Gaceta número 956 - Viernes, 20 de noviembre de 2015	
SENADO DE LA REPÚBLICA	
PROYECTOS DE LEY	
Proyecto de ley número 121 de 2015 Senado, por la cual se establece la Categoría de Hospital Público Universitario, se fija una fuente especial de financiación y se dictan otras disposiciones.....	1
Proyecto de ley número 122 de 2015 Senado, por medio de la cual se regula la indemnización de los daños a la persona en los procesos de responsabilidad.....	5
CONCEPTOS JURÍDICOS	
Concepto jurídico del Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente al texto de publicación del Proyecto de ley número 91 de 2015 Senado, por la cual se adoptan medidas para aumentar la cobertura en el Sistema General de Pensiones y se dictan otras disposiciones.....	40

