



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil



HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Magistrada Ponente

SC506-2022

Radicación n.º 63001-31-003-0001-2015-00095-02

(Aprobado en sesión de veinticuatro de febrero de dos mil veintidós)

Bogotá, D. C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veintidós
(2022)

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por los demandantes, respecto de la sentencia proferida por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, el 27 de abril de 2018, en el proceso ordinario que promovieron Ana María, Clara Inés y Luz Angela Hoyos Pontón, Lina María y Carlos Andrés Castaño Hoyos este en su nombre y en representación del menor Andrés Felipe Castaño Hernández

contra la Fundación Parque de la Cultura Cafetera, propietaria del establecimiento de comercio denominado Parque Nacional del Café y Seguros Generales Suramericana S.A.

I. ANTECEDENTES

1. Los actores pidieron de la jurisdicción declarar la responsabilidad civil de las convocadas, en razón de las lesiones sufridas por Ana María Hoyos Pontón, al hacer uso de la atracción mecánica “*Montaña Rusa*”, ubicada en el establecimiento de comercio Parque Nacional del Café y se les condene al pago de los perjuicios extrapatrimoniales en el orden de morales y daño a la vida de relación y los materiales, que estimó por lucro cesante en *«las sumas de dinero que resulten de la aplicación de las siguientes pautas, las cuales a la fecha de presentación de la presente demanda ascienden a la cantidad de QUINIENTOS VEINTISÉIS MILLONES CIENTO TRECE MIL SEISCIENTOS NOVENTA PESOS (\$526.113.690,99 M/cte.)»* .

2. En respaldo narraron, en síntesis, los hechos relevantes que admiten el siguiente compendio:

2.1. Ana María Hoyos Pontón, nacida el 22 de noviembre de 1957, laboró como docente del Magisterio, al servicio de la institución educativa “El Caimo” y para la fecha de los hechos, esto es, el 1º de noviembre de 2012 devengaba un salario mensual de \$2.236.261.

2.2. El 1º de noviembre de 2012 Ana María Hoyos Pontón, ingresó a las instalaciones del Parque Nacional del Café, con el fin de cumplir una jornada pedagógica de la institución educativa con un grupo de 30 niños, haciendo el ingreso *«a eso de las 9:30 horas de la mañana, en un vehículo tipo chiva que fue el utilizado para realizar el desplazamiento del grupo»*.

2.3. Aseguraron que, en su labor de acompañamiento a los menores que disfrutaban de las atracciones del parque de diversiones, procedió a abordar la conocida como “Montaña Rusa”, *«la cual inició el recorrido de manera normal, pero una vez iniciado el descenso le produjo una fuerte sacudida que le ocasionó un intenso dolor en la espalda el cual se incrementó durante el resto del recorrido en dicha atracción»*, siendo tan fuerte el dolor al bajarse que *«se vio obligada a sentarse y suspender el recorrido, auxiliándose de sus acompañantes en el cuidado de los niños estudiantes»*.

2.4. Sostuvieron que *«Una vez en tierra, la demandante solicitó el auxilio de la persona encargada del control de la atracción mecánica, pero la misma fue infructuosa, habida cuenta que (por medio de radio - comunicación) intentó tener contacto con la dependencia de enfermería, pero nadie acudió al auxilio de la lesionada, por el contrario, le tocó valerse de sus propios medios para poder llegar al teleférico y así lograr evacuar la parte baja del parque, donde se encontraba, para llegar a la parte alta donde por fin le proporcionaron una silla de ruedas para su desplazamiento y, como única atención le brindaron un acetaminofén y un masaje en la espalda por parte de una auxiliar de enfermería»*, sin que tampoco contarán con una ambulancia para su traslado a un centro médico, por lo que su esposo contrató *«un vehículo de servicio público taxi, para que la trasladara a la Clínica del Café de*

Armenia, Quindío, sitio en el cual le diagnosticaron una fractura en la columna vertebral, procediendo a dejarla hospitalizada» y tras varios estudios «se concluyó que presentaba fractura a nivel de cuerpo vertebral L 1 con aplastamiento de la vértebra. Reporte RM: reporta reducción del espacio intersomático L5, 81 L4, L5-L5, 81; protusión posterior y bilateral del disco que contacta y reduce saco dural, discreta ectasia dural asociada a lipoma de fondo de saco, padecimiento que le fue manejado con corse (sic) TLSO».

2.5. Refirieron que «[C]omo consecuencia de las lesiones indicadas, la lesionada también debió acudir al servicio de psiquiatría en el cual se indicó que padecía un cuadro depresivo recurrente, el cual aún se encuentra en tratamiento»; además, «se le dictaminó una pérdida de la capacidad laboral equivalente al 85% con fecha de estructuración el 1 de noviembre de 2012».

2.6. Relataron la práctica de una prueba anticipada, en la cual se obtuvieron algunos documentos, se recibieron testimonios e, incluso, el interrogatorio de parte del representante legal de la fundación convocada, mencionando los resultados de dichas diligencias.

2.7. Expusieron que la responsabilidad civil extracontractual de la Fundación llamada a juicio está amparada mediante contrato de seguros con la aseguradora Seguros Generales Suramericana S.A.

2.8. Adujeron que las lesiones que presenta Ana María Hoyos Pontón le están generando «a ella y a sus seres queridos, perjuicios del orden patrimonial y extrapatrimonial en la modalidad de perjuicios morales y daño a la vida de relación (Alteración en las Condiciones de Existencia), los

cuales no tienen ni la obligación, ni el deber de soportar, motivo por el cual deben ser indemnizados».

2.9. Indicaron que presentaron reclamación ante la aseguradora, *«la cual, pasado un mes de presentada, no ha realizado el pago de la indemnización, ni ha presentado objeción seria y fundada».*

3. El asunto correspondió al Juzgado Primero Civil del Circuito de Armenia, quien lo admitió a trámite por auto del 7 de mayo de 2015, ordenando el enteramiento de las entidades convocadas, acto que se surtió a cabalidad (fls. 190-191 Cd 1 Parte I).

4. Puestos a juicio, los citados se pronunciaron en diversa forma respecto de los hechos alegados en la demanda, en ejercicio del derecho de contradicción y defensa formularon las excepciones de mérito que estimaron pertinentes para la protección de sus intereses y objetaron el juramento estimatorio contenido en el libelo.

5. Adicionalmente, la Fundación Parque de la Cultura Cafetera llamó en garantía a la compañía Seguros Generales Suramericana, el cual fue admitido el 7 de septiembre de 2015 (Cd Llamamiento en garantía).

6. El Juzgador *a quo* dirimió la primera instancia con sentencia de 10 de mayo de 2017, en la cual desestimó las pretensiones de la demanda, absolvió a la Aseguradora y condenó en costas a los demandantes (fl 586 Cd 1 Parte II).

7. La Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, en proveído de 27 de abril de 2018, al desatar la alzada formulada por los reclamantes, dispuso revocar parcialmente la decisión para, en su lugar, declarar la responsabilidad civil de la Fundación Parque de la Cultura Cafetera y condenarla al pago en favor de los actores de los perjuicios inmateriales por concepto de daño moral y daño a la vida de relación, en la forma que allí se detalla, desestimó las restantes pretensiones; Igualmente, absolvió a Seguros Generales Suramericana, tanto de los pedimentos de la demanda como del llamamiento en garantía.

8. Inconformes con lo así dispuesto el extremo activo interpuso recurso de casación, que al satisfacer las exigencias formales para su concesión fue admitido a trámite por esta Corporación.

II. LA SENTENCIA IMPUGNADA

Comienza el tribunal por precisar la ausencia de protesta en torno a que el asunto se debe dilucidar a través del prisma de la responsabilidad civil contractual y, tras el examen de los supuestos de la ley 1225 de 2008, que regula el funcionamiento y operación de los parques de diversiones, atracciones o dispositivos de entretenimiento y la Resolución 0958 de 2010, expedida por el Ministerio de Comercio Industria y Turismo, así como el material probatorio incorporado oportunamente a la litis, halló establecida

de un lado, la responsabilidad civil de la Fundación Parque de la Cultura Cafetera y, por otro, la inexistencia de una causa extraña con entidad suficiente para exonerarla de la obligación de indemnizar los perjuicios que por culpa se le causaron a los actores.

Definida la existencia de la responsabilidad civil a cargo de la Fundación llamada a juicio, se ocupó del examen de las pretensiones económicas.

De cara al lucro cesante reclamado refirió el *ad quem* que, (Minuto 0.58.34) «[O]bran a folios 431 y 432 del expediente oficio emitido por Fiduprevisora S.A. en la que se relacionan pagos realizados a la promotora por concepto de mesada pensional de invalidez por valor de \$2.238.995 entre 31 de agosto de 2014 y el 31 de enero 2016 y se alude a que dicha prestación le fue reconocida mediante resolución 1542 de 20 de mayo de 2014» de estos extrajo, que (Minuto 0.59.02) «como se advierte la parte actora pretende el pago del lucro cesante, tomando únicamente como base el monto de su salario como docente, sin embargo de los testimonios, las historias y las incapacidades médicas expedida por Cosmitet Limitada, durante el interregno comprendido entre el 1º de noviembre de 2012 y el 4 de marzo de 2013 (folios 29-30 cuaderno 1) se desprende, que luego del accidente ella no volvió a trabajar, porque se encontraba con incapacidad laboral hasta cuando fue pensionada por invalidez, es decir que, contrario a lo afirmado por ella, no dejó de recibir la totalidad de sus salarios, porque desde la fecha del accidente hasta ahora ha venido percibiendo ingresos, inicialmente por las incapacidades y luego por la pensión de invalidez de origen laboral, de donde se infiere que no puede pretender como lucro cesante el total de los salarios, ya que durante las incapacidades debió recibir un monto a título de indemnización, valor que se desconoce, pues no se sabe si se emitieron como enfermedades de origen común

o laboral como finalmente fue determinado, en cuyo caso el detrimento económico solo sería por el porcentaje faltante hasta cuando fue pensionada, pues al ser de origen laboral la pensión debió reconocerse con el 100% de lo percibido y si ello no fue así debió ser alegado en el libelo demandatorio y probado en el proceso, lo cual no ocurrió».

Precisó que (Minuto 1.00.45) «[E]n efecto, en los hechos de la demanda nada se dicen respecto al monto percibido por incapacidades, ni por la pensión de invalidez, como tampoco se especifica cuál es el porcentaje o conceptos dejados de recibir, ni su cuantía, pues lo único que se alegó como base de la pretensión, es que devengaba como salario la suma mensual de \$2.236.261 y que según dice ha dejado de devengar desde que sufrió el accidente, lo cual ha sido desvirtuado con las pruebas que obran expediente, que dan cuenta que ha recibido sumas de dinero por mesadas pensionales, sin que se haya acreditado el monto total percibido por estos conceptos, que permita determinar si hay alguna diferencia, con lo que hubiera recibido como salario, a fin de establecer si tiene o no derecho a la indemnización por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y de ser así poder fijar su quantum; carga que no cumplió la actora, por cuánto no acreditó dicho detrimento patrimonial, ya que el expediente quedó huérfano de medios de convicción que permitan establecerlo, pues como ya se advirtió no sé demostró que los ingresos que venía persiguiendo por concepto de su relación laboral se hayan visto afectados en su totalidad con la conducta dañosa, como se dice en la demanda, en la que no se alegó ningún otro supuesto fáctico que sirviera de base a dicha pretensión».

Amparado en esto eximió de tal condena a la Fundación Parque de la Cultura Cafetera, aduciendo (Minuto 1.02.21) «no haberse acreditado el perjuicio reclamado, pues como bien se sabe se trata de reparar el daño causado y solo el daño, en razón a que el resarcimiento es compensatorio y no fuente de enriquecimiento».

Prosiguió el estudio con los perjuicios inmateriales, diciendo que (Minuto 1.04.12) «no cabe duda respecto al daño moral causado a Ana María en razón de la fractura sufrida, ya que ella debió recibir tratamiento terapéutico, tanto físico como psicológico, para recuperarse de la mejor manera posible», al igual que su esposo e hijos, para lo cual evalúa las declaraciones obtenidas en el curso de la instancia, desestima la ocurrencia de tal afectación en lo que hace a las hermanas Clara Inés y Luz Angela Hoyos Pontón, motivo por el cual reconoció a aquellos perjuicios por daño moral y daño a la vida de relación y los negó respecto de estas últimas.

Finalmente, se adentró al estudio de la responsabilidad de la Aseguradora frente a lo cual ultimó, que el amparo por ella contratado con la Fundación refería a la responsabilidad extracontractual y que la definida en este asunto es de origen contractual, lo que condujo a exonerarla de todo cargo, tanto de las pretensiones de la demanda como del llamamiento en garantía.

III. LA DEMANDA DE CASACIÓN

Se formularon cinco (5) cargos de los cuales, mediante auto AC2590-2021 de 30 de junio, fueron inadmitidos cuatro (4), impulsando a trámite, únicamente, el primer reproche, planteado por la senda de la causal primera del artículo 336 del Código General del Proceso «con el fin de obtener la revocatoria del numeral tercero "Absolver a la Fundación Parque de la Cultura Cafetera de las demás pretensiones de la demanda." del literal primero de la sentencia de segunda

instancia proferida por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Armenia, Quindío».

CARGO PRIMERO

Acusa la decisión de violación directa del siguiente abanico de disposiciones: por falta de aplicación del parágrafo 2º del artículo 7 de la ley 1225 de 2008, por aplicación errónea o indebida de los artículos 128, 127, 129, 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política de Colombia, artículos 2º literales a) y e), el 4º, el 7º, el 8º y el 34 del Decreto 1295 de 1994, los artículos 1524 del Código Civil y 831 del Código de Comercio artículos 1630, 1631, 1632, 1666, 1667, 1668, 1669, 1670 y 1671 del Código Civil.

La aludida transgresión ocurre -dice el casacionista- porque *«no se cumplió con el deber de reparar los perjuicios sufridos por Ana María Hoyos Pontón en forma íntegra».*

Sostuvo, que la infracción se genera *«en la medida que dicha norma impone al causante del daño por incumplimiento de sus obligaciones - en el presente caso derivadas de la ley y del contrato celebrado entre las partes- el deber de reparar los perjuicios; y, en tratándose la reparación de perjuicios por lucro cesante en sus modalidades de consolidado y futuro necesariamente se debe acudir a lo ordenado por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y el inciso final del artículo 283 del Código General del Proceso, que indican que la reparación debe ser en forma íntegra, así como también a lo establecido en los artículos 1613 y 1614 del Código Civil, que regulan lo relacionado específicamente con el lucro cesante».*

En lo medular, adujo que el quebranto se produce al haber negado el tribunal el reconocimiento del lucro cesante consolidado y futuro *«al amparo del argumento que, cuando a Ana María Hoyos Pontón se le paga una (s) incapacidad (es) laboral (es) derivada de un accidente de trabajo y una pensión de invalidez derivada de un accidente laboral, se le está pagando un salario, lo cual no es más que la muestra de la violación de las normas citadas, por aplicación errónea o indebida de los artículos 128, 127, 129, 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo y 53 de la Constitución Política de Colombia, comoquiera que de acuerdo con las anteriores normas, el salario es una contraprestación derivada de la relación laboral que una persona tiene con su empleador; vínculo que para poder existir, requiere necesariamente, además del salario, una prestación personal del servicio por parte del trabajador y bajo subordinación o dependencia; aspectos que no son requeridos para el pago de una incapacidad laboral y menos aún para el pago de la pensión e invalidez, toda vez que éstos pagos provienen de lo regulado en los también aplicados indebida o erróneamente artículos 2º literales a y e, el 4º, el 7º, el 8º y el 34 del Decreto 1295 de 1994, que establecen que tanto el subsidio por incapacidad temporal, como la pensión de invalidez, son prestaciones económicas que se le reconocen al trabajador afiliado a la entidad que le reconoce la prestación, que sufra un accidente laboral, la cual es perteneciente al sistema de seguridad social, es decir, no se requiere ni la prestación personal de un servicio, ni la subordinación, razón por la cual no se recibe salario».*

Expuso, que *«en caso que el Tribunal hubiese aplicado en debida forma claro está, las normas anteriormente indicadas, no expresaría como argumentos de la decisión, que, cuando a Ana María Hoyos Pontón se le paga una (s) incapacidad (es) laboral (es) derivada de un accidente de trabajo se le está pagando un salario. Por el contrario, entendería y así lo declararía, que la causa jurídica de la que proviene el pago de las incapacidades y la pensión de*

invalidez, es diferente a la responsabilidad civil y, por lo tanto, no existiría incompatibilidad entre la indemnización del lucro cesante derivado de la responsabilidad civil y el pago de las incapacidades y la pensión de invalidez que provienen del sistema de seguridad social». «De la misma forma, también concluiría que no se estaría utilizando el daño sufrido por ella, como una fuente de enriquecimiento».

En adición anotó, que también «se genera la violación de la norma sustancial, al incurrir en aplicación indebida o errónea de la ley, esto es, los artículos 1524 del Código Civil y 831 del Código de Comercio, comoquiera que para negar el reconocimiento de la indemnización por concepto de lucro cesante en sus dos modalidades, esto es, consolidado y futuro, a favor de Ana María Hoyos Pontón, como uno de los componentes de la reparación integral a la que aspira, determinó que si se le concedía a la demandante la indemnización reclamada, se permitiría que ella utilizara el daño sufrido como fuente de enriquecimiento, el cual se materializaría al recibir además de la indemnización, el pago de las incapacidades laborales generadas en razón [a] las lesiones sufridas en el accidente que originó la demanda y la mesada pensional que le fue reconocida por la invalidez».

Arguyó, que «[L]a aplicación de las normas en cita por parte del Tribunal en el presente caso, como se dijo, es errónea o indebida, comoquiera que no se trata de un asunto al que se le pueda aplicar dichas normas, toda vez que, como se argumentó anteriormente, al provenir de causa jurídica distinta lo pagado por concepto de incapacidad laboral y pensión de invalidez -que como se dijo, proviene del sistema de seguridad social-, y lo que debe recibir por concepto de indemnización derivada de la responsabilidad civil contractual, es lícito, razón por la cual no se presentan los elementos constitutivos del enriquecimiento. Consecuencia de lo cual, le debe ser reconocida la indemnización que se reclama.

Expresó, que la negativa a reconocer el lucro cesante consolidado y futuro, bajo el argumento de que la afectada recibió el pago de las incapacidades y actualmente percibe la pensión de invalidez *«transgrede la norma sustancial también, al incurrir el Tribunal en aplicación indebida o errónea de la ley, esto es, los artículos 1630, 1631, 1632, 1666, 1667, 1668, 1669, 1670 y 1671 del Código Civil, pues ello «significa que la entidad que pagó las incapacidades y la que está pagando la pensión de invalidez, está haciendo lo que en términos jurídicos se denomina pago por persona distinta del deudor o pago hecho por un tercero y en consecuencia existe la posibilidad de darse la subrogación, lo cual, no está ocurriendo en razón a que la entidad que pagó las incapacidades y la que está pagando la pensión de invalidez, son pertenecientes al sistema de seguridad social y la obligación que están cumpliendo se deriva de las normas de seguridad social de la afiliación de Ana María a dichas entidades, razón por la cual, están es cumpliendo con unas obligaciones que le son propias, no de un tercero, por lo tanto, tampoco podría estudiarse el tema a la luz de las normas que regulan el pago hecho por un tercero ni de la subrogación, comoquiera que los derechos de Ana María respecto de la fundación no pasan a ser de las entidades que le cancelan su pensión de invalidez y las incapacidades; por el contrario, ningún derecho les asiste a éstas en relación con la fundación responsable civilmente de los daños ocasionados a Ana María, razón suficiente para manifestar que, no se dan los presupuestos exigidos por las normas del pago hecho por un tercero, ni del pago con subrogación del crédito».*

IV. CONSIDERACIONES

1.- Como cuestión preliminar huelga decir que la parte interpelada se conformó con lo dispuesto por el tribunal, en punto de la responsabilidad declarada, la desestimación de las excepciones por ella formuladas y, tanto ésta como los actores, asintieron igualmente frente a la condena que por perjuicios

inmateriales se impuso, por lo que ajenos aparecen dichos aspectos al recurso extraordinario, siendo el punto en discordia la cuantía del detrimento por lucro cesante, motivo por el cual la impugnación que se examina tendrá un alcance parcial, ya que ceñirá su análisis al único tema que comprende el cargo, pues respecto de lo restante la decisión del *ad quem* cobró firmeza .

2.- Ha sido reiterativa esta Colegiatura al señalar, que la violación directa únicamente se produce cuando, el funcionario deja de emplear en el caso controvertido, la norma a que debía sujetarse y, consecuentemente, hace actuar disposiciones extrañas al litigio, o cuando habiendo acertado en la selección normativa yerra en la interpretación que de ellas hace, dándoles un alcance no previsto por el legislador o desconociendo el que si tienen, por lo que cuando se impulse la acusación por este sendero, el censor en la sustentación tiene la carga argumentativa de demostrar los falsos juicios que de ellas hizo el sentenciador.

También ha sido criterio reiterativo de la Sala, que *«cuando la denuncia se orienta por esta vía, presupone que el acusador viene aceptando plenamente las conclusiones fácticas deducidas por el Tribunal»* (CSJ AC4048-2017 del 27 de jun., Rad. 2014-00173-01), amén que la esencia de esta senda es de ser una cuestión de pleno derecho, lo que implica su total prescindencia de la cuestión probatoria.

Quiere decir lo anotado, que en los eventos en que la censura descansa en la transgresión de la norma sustancial recta vía se requiere, a más de la aceptación de todos los hechos que en ella se

tuvieron por probados, que el impugnador demuestre qué textos legales sustanciales resultaron inaplicados, aplicados indebidamente, o erróneamente interpretados, sin que para ello baste indicar los preceptos que se dice violados en alguna de las modalidades referidas, sino que es perentorio acreditar que el juzgador realizó un juicio reglamentario completamente equivocado y alejado de lo que las normas reconocen, mandan o prohíben, en la medida que esta causal *«Se trata de una pifia eminentemente jurídica, ajena a los hechos del caso o a la valoración probatoria, que se configura en la determinación de la premisa mayor del silogismo jurídico, esto es, en la proposición normativa que ha de servir para efectuar el proceso de subsunción de la plataforma material»* (CSJ SC 2930-2021, Rad.2012-00542-01).

3.- En el presente asunto, se acusa al Tribunal de violar, de manera directa, los artículos señalados líneas precedentes, en cuanto que los inaplicó, aplicó o interpretó o indebidamente, lo cual condujo a la negativa del lucro cesante reclamado en beneficio de Ana María Hoyos Pontón.

La censura se perfiló a demostrar, exclusivamente, que como consecuencia de la falta e indebida aplicación de las normas denunciadas el tribunal negó la reparación integral, a que tenía derecho la actora a causa de las lesiones sufridas en el establecimiento Parque Nacional del Café de propiedad de la Fundación Parque de la Cultura Cafetera, pues desestimó el reconocimiento de los perjuicios materiales que por lucro cesante consolidado y futuro se deprecaron en la demanda.

3.1.- Es pacífico que el debate quedó radicado en el ámbito de la responsabilidad contractual, siendo entonces preciso anotar, que atendiendo el hecho de que estas acciones se derivan de la inejecución o ejecución incompleta, tardía o defectuosa de un imperativo contractual habrá de tenerse presente que por la fuerza vinculante que tiene para las partes el pacto negocial -salvo prohibición legal- estas, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, tienen la potestad de estipular las consecuencias pecuniarias ante la ocurrencia de tales supuestos, acordando a modo de sanción o reparación una cantidad determinada superior o inferior al monto real del daño, inclusive, eximirse de toda responsabilidad pecuniaria.

En ausencia de tales estipulaciones o de existir prohibición legal, en torno a la responsabilidad en sí misma considerada, podrá el afectado concurrir a la reclamación de los perjuicios que pudiera haber sufrido, para lo cual habrá de tenerse en consideración que es concepto inveterado de la responsabilidad civil, el deber de reparación que surge de la causación del daño producido a una persona en su integridad física, moral o en su patrimonio; entendiéndose por “DAÑO”, según la doctrina especializadas, *«todo detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia que sufre un individuo en su persona, bienes, libertad, honor, crédito, afectos, creencias, etc. El daño supone la destrucción o disminución, por insignificante*

*que sea de las ventajas o beneficios patrimoniales o extrapatrimoniales de que goza un individuo*¹.

Al respecto esta Corporación ha señalado que es «*la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio*»², siendo entonces el perjuicio - propiamente dicho- la consecuencia derivada del daño que es menester reparar.

Como se advierte, la responsabilidad tiene como finalidad esencial el resarcimiento por el menoscabo causado a una persona, por lo que se impone que este sea cierto, es decir, real efectivo no eventual o hipotético, de tal suerte que de no haberse presentado el afectado estaría en mejor situación; lo que apareja que no hay responsabilidad civil si no hay daño, habida cuenta que la finalidad de aquella es reparar este, por lo que debe ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido, pues cualquier indemnización que lo supere constituirá un enriquecimiento sin causa de la víctima, salvo pacto de las partes cuando de responsabilidad contractual se trata.

3.2.- Los perjuicios pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales, interesando para este caso los primeros,

¹ Rodríguez Arturo Alessandri *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil Chileno*. Editorial Jurídica de Chile. Reimpresión Primera Edición. pág. 153

² CSJ SC 6 de abril de 2001, rad. 5502, reiterado SC4703-2021 de 22 de octubre Rad. 2001-01048-01

referidos a esa afectación, lesión o agravio contra el “patrimonio”, entendido este como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones, económicamente evaluables, pertenecientes a una persona y que constituyen una universalidad jurídica, de tal manera que dicho deterioro es pasible de tasarse en dinero, como los gastos que hicieran la víctima o sus familiares por causa del hecho lesivo, o lo que por causa de éste dejaron de recibir.

En nuestro país, siguiendo la tradición escolástica, el artículo 1613 del Código Civil clasifica los perjuicios en daño emergente y lucro cesante y el artículo 1614 los define así: *«Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación. o cumpliéndola imperfectamente, o retardar su cumplimiento».*

Significa esto, que *«el daño patrimonial puede manifestarse de dos formas: a) como la pérdida o disminución de valores económicos ya existentes, es decir, un empobrecimiento del patrimonio (daño emergente); o b) como la frustración de ventajas económicas esperadas, es decir, la pérdida de un enriquecimiento patrimonial previsto (lucro cesante). Ambos pueden configurarse en forma conjunta ante la ocurrencia del ilícito (contractual o extracontractual), o bien separada e individualmente (vgr. daño emergente sin lucro cesante»*³.

³ Trigo Represas Félix A. Benavente María I. *Reparación de daños a la persona Tomo I Parte General Daño Emergente Lucro Cesante, Pérdida de Chance, Daño Moral* Editorial Thomson Reuters La Ley, Primera Edición 2014, pág. 230

Es claro entonces, que la indemnización, a través del cual se pretenda resarcir a la víctima, en términos generales procura, dejar a ésta indemne, colocándola en igual o similar situación a la que se encontraba con anterioridad a la ocurrencia del hecho dañoso, por lo que en su cuantificación se deberá atender el principio de la reparación integral, que no es otra cosa que reparar *tout le dommage, mais rien que le dommage*, esto es, indemnizar la totalidad de los daños padecidos.

Tal postulado está contenido en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en virtud del cual para efecto de la cuantificación de perjuicios establece que «*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*».

En igual dirección el artículo 283 del Código General del Proceso establece, que «*[E]n todo proceso jurisdiccional de daños atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales*».

4.- En punto de ese lucro cesante que interesa al *sub lite*, tratándose de daño a las personas, en no pocas veces está ligado a la productividad del individuo, debido a la disminución de sus ingresos por la pérdida del empleo, o variación de las circunstancias personales como consecuencia del insuceso, por lo que esta Corte para efectos de esa tasación ha tomado en consideración la pérdida de capacidad laboral que aquel enfrente

y a partir de allí y los criterios actuariales que indican las normas antes citadas obtener la cuantía de la indemnización.

Mírese, que en la sentencia SC5885-2016, al realizar dicha labor frente a una afectada que apenas estaba culminando su proceso de formación universitaria, se estableció, que:

«Si Diana Carolina [...] para cuando adquirió la mayoría de edad [10 sep. 2001] y hasta el 20 de mayo de 2008 [fecha de su grado], se encontraba cursando en jornada diurna la carrera de “Bacteriología y Laboratorio Clínico” en la Universidad de Santander sede Cúcuta, y dependía económicamente de los padres, como lo afirmaron los mismos demandantes en sus interrogatorios de parte [fls. 5-6, 10-11, 15-16 y 20-21 c-6]. No procede el reconocimiento de la indemnización en ese período, «primera época», porque, amén de la dependencia financiera de los progenitores, en tales condiciones no podía desempeñarse en un empleo de tiempo completo, excepto los de media jornada o en actividades independientes, los cuales tampoco demostró haber desarrollado.

Tales parámetros se advirtieron reiterados en sentencia SC4322-2020, al decir:

«Luz Marina [...], quien ejercía la profesión de abogada, devengaba en promedio mensualmente para el año 2003 la suma de \$11'605.606,12. En esa calenda sufrió lesiones en su cuerpo producto del accidente de tránsito ocurrido el 21 de octubre, lo que le generó una pérdida de capacidad laboral del 36,40%. Y contaba con una vida profesional activa probable de 17,043 años. Quiere decir que, dada la disminución en la habilidad para trabajar, la actora tuvo una pérdida económica en concreto de \$4'224.440, que corresponde al 36.40% de la totalidad de lo probado como ingresos económicos mensuales».

Más recientemente en proveído SC3919-2021 se expuso, que:

Por lo tanto, no es menester exigir al afectado que demuestre el desarrollo de un laborío redituable para acceder a su pretensión, basta

con encontrar acreditada la pérdida de su capacidad laboral -temporal o permanente-, salvo que su aspiración sea una tasación mayor, por cuanto:

(I) Las reglas de la experiencia indican que una persona adulta, concluido el débito alimentario, realiza actividades redituables como mecanismo para garantizar su sustento personal;

(II) Existe un daño virtual cuando se tiene certeza sobre su ocurrencia futura, inferido del curso normal de los acontecimientos, el que es susceptible de ser reparado, aunque en la actualidad no se haya materializado;

(III) El daño virtual no es equiparable al hipotético, en tanto no depende del azar, sino que su ocurrencia está diferida al paso del tiempo en condiciones de normalidad; y

(IV) La extensión del deber alimentario, por un hecho imputable a un tercero, debe comprometer la responsabilidad de este último, siempre que se origine en una actuación contraria al ordenamiento jurídico.

Sigue de lo expuesto que, del curso normal de los acontecimientos, era predecible que Gabriela [...] ingresara a la vida laboral y, por tanto, cesara el débito de alimentos a cargo de sus progenitores, situación que se vio truncada por las afectaciones neurológicas que padece, siendo deber de la EPS y la IPS accionadas el pago de los perjuicios ocasionados, equivalentes a lo que obtendría mínimamente la menor demandante al laborar y subsistir con su trabajo».

Tales pronunciamientos, a no dudar, explicitan que el reconocimiento de perjuicios por lucro cesante, por daños a la persona, está subordinada a la capacidad de estas de obtener los ingresos que de ordinario percibía, o que, por el orden natural de las cosas, podría haber obtenido de no haber mediado la ocurrencia del hecho dañino.

5.- Ahora bien, es lo cierto que el criterio fundamental de la reparación civil es la indemnidad de la víctima y no el enriquecimiento sin causa, pero existen circunstancias que dificultan alcanzar dicho cometido, amen que resultan

problemáticas al momento de realizar la cuantificación del resarcimiento, especialmente, cuando en ese ejercicio de tratar de restablecer las cosas al estado en que se encontraban antes de la comisión del hecho dañoso concurren varios sujetos a esa reparación, dando lugar a lo que la doctrina llama acumulación de indemnización.

Este fenómeno acumulativo se presenta, entre muchos eventos, cuando la víctima ha tomado un seguro, sea de los llamados de daños o de personas, ora cuando a consecuencia de un accidente de trabajo provocado por un tercero el sistema de riesgos profesionales asume el pago de una pensión de invalidez.

Dicho asunto ha sido, desde antaño, motivo de amplios debates y diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales, es así, que en relación con el último supuesto se ha cuestionado si pese a la indemnización que perciben en forma de renta o de otra manera estarían habilitados para reclamar perjuicios al autor del daño, a lo que se ha dicho:

«Resulta evidente que si el daño padecido supera a la indemnización recibida, la víctima conserva, al menos por el excedente, una acción contra el tercero responsable; por ejemplo, el soldado herido durante la guerra en un accidente ferroviario, puede demandar desde luego al transportista reparación de toda aquella parte del perjuicio que no se halle cubierta por su pensión militar.

La solución se ha admitido unánime siempre. Se encuentra consagrada legislativamente por diferentes textos, sobre todo por aquellos que rigen a los asegurados sociales o a las víctimas de accidentes del trabajo. En lo que concierne a estos últimos, el artículo 68

párrafo 5º de la ley del 30 de octubre de 1946 prevé expresamente el caso en que las rentas atribuidas por la ley sean inferiores a la reparación de igual naturaleza debida a la víctima o a sus derechohabientes por el tercero responsable. Puntualiza que el suplemento puede ser otorgado en forma de capital y que, si lo es en forma de rentas suplementarias, estas deben ser constituidas por el deudor mediante una entrega de capital a la Caja Nacional de Retiros para la vejez»⁴.

En sentido similar se ha expuesto, que

«[T]ratándose de accidente de trabajo, la situación es muy diversa. Como las prestaciones que el obrero o empleado accidentado o su familia pueden exigir del patrón o de la compañía en que éste aseguró el riesgo profesional de sus obreros o empleados tienen por objeto la reparación del daño inferido por el accionante -se trata de un seguro de responsabilidad y, por lo mismo, de un seguro de daños [...], el cúmulo entre las prestaciones que deba el patrón y las que deba la compañía aseguradora es inadmisibles, siempre que lo que pague esta última comprenda la totalidad de las indemnizaciones, rentas, o pensiones que en derecho correspondan; la existencia de este seguro libera al patrón de toda responsabilidad (art. 295 C. del T.). Se ha fallado, por eso, que a la indemnización que es de cargo del patrón sirven de abono las cantidades que la compañía aseguradora haya pagado o deba pagar al accidentado.

Tampoco se puede acumular la indemnización que la víctima tenga derecho a exigir del tercero causante del accidente de conformidad al derecho común con la que es de cargo del patrón según el C. del T.: aquélla libera a éste hasta concurrencia de su valor (art. 260 C. del T.) La víctima del accidente, o los que tengan derecho a la indemnización podrán, pues, dirigirse contra uno u otro; pero si el tercero causante del accidente los indemniza en totalidad, nada podrán reclamar del patrón»⁵.

Esta Corte en sentencia de 22 de octubre de 1998 al examinar lo concerniente a dicha acumulación y sus alcances indicó:

⁴ Maseaud Henri y León y Tunc André. *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual Tomo I Volumen I Ediciones Jurídicas Europa.- América 1977. Pág.348.*

⁵ Alessandri Rodríguez Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, Editorial jurídica de Chile. Reimpresión de la Primera Edición 2014, pág. 425.*

«si el seguro social dispusiese de una acción subrogatoria especial contra el responsable del daño del trabajador, la acumulación de indemnizaciones no sería posible puesto que el responsable se vería avocado a indemnizar dos veces el mismo daño. En consecuencia, cada vez que la seguridad social indemnice a la víctima por los daños sufridos, será preciso averiguar si la legislación especial establece o no el derecho de subrogación, porque lo dispuesto por el Código de Comercio en materia de seguros, no es aplicable, por lo menos en el régimen actual, a los sistemas de seguridad social».

Luego analizó las normas reglamentarias de las indemnizaciones por accidentes de trabajo, vigentes para la época – D.3170 de 1964 art. 83 y D. 1771 de 1994 art. 12 - de las cuales entendió que:

«a) El inciso primero legitima directamente al Instituto para pretender del tercero responsable del daño causado al trabajador beneficiario, el pago de la "indemnización común" plena, es decir, por toda clase de perjuicios derivados del hecho culposo imputado al demandado, quedando a su favor "el monto calculado de las prestaciones que el Instituto acordare por el accidente" y "debiendo entregar a los beneficiarios el saldo si lo hubiere".

b) De conformidad con el inciso 2o. esa legitimación que la primera parte de la norma confiere al Instituto, "no es óbice para que la víctima o sus causahabientes instauren las acciones pertinentes en derecho común para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicios", caso en el cual del monto resarcitorio debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas por el Instituto....

Otra interpretación distinta a la propuesta por la Corte, aparejaría una de dos consecuencias negativas que en manera alguna pueden propiciarse, cuales son tornar la indemnización en fuente de lucro porque se pudiera dar lugar a un doble pago, si la víctima no se entendiera obligada a restituir el valor de los dineros recibidos del Instituto con carácter indemnizatorio, o liberar así sea parcialmente y sin razón jurídica atendible, al victimario del deber de resarcimiento integral a su cargo, si se concluyera que el afectado no puede pretender sino el pago de lo no recibido del Instituto, pues lo cierto es que la norma en estricto

sentido no establece la posibilidad de subrogación por la que se venía averiguando.

De otro lado, resulta importante advertir que actualmente rige el decreto 1771 del 3 de agosto de 1994, que expresamente consagra en el artículo 12 la susodicha subrogación que no aparecía prevista con claridad en el decreto 3170 de 1964. Dice así el artículo 12 del decreto vigente: "subrogación. La entidad administradora de riesgos profesionales podrá repetir, con sujeción a las normas pertinentes, contra el tercero responsable de la contingencia profesional, hasta por el monto calculado de las prestaciones a cargo de dicha entidad administradora, con sujeción en todo caso al límite de responsabilidad del tercero". Por lo demás, el inciso 2o. del artículo 12 del decreto 1771, de 1994, reconoce para la víctima la legitimación establecida por el inciso 2o. del artículo 83 del decreto 3170 de 1964, cuando expresa: "Lo dispuesto en el inciso anterior no excluye que la víctima, o sus causahabientes, instauren las acciones pertinentes para obtener la indemnización total y ordinaria por perjuicios, de cuyo monto deberá descontarse el valor de las prestaciones asumidas por la entidad administradora de riesgos profesionales". Norma esta que por contener un texto idéntico al precedente, exige interpretación similar a la anteriormente propuesta, más si se tiene en cuenta que ni ésta, ni el artículo 83 del acuerdo 155 de 1963, regulan un sistema asegurativo de la responsabilidad en que pueda incurrir ese tercero a quien le es imputable el daño, razón por la cual carece de fundamento su pretensión destinada a obtener que la prestaciones económicas pagadas por el Seguro Social le sean descontadas del valor de la indemnización ordinaria por perjuicios que deba asumir de acuerdo con la ley».

Y para efecto de materializar su decisión estimó necesario clarificar la sentencia impugnada *«en el sentido de indicar que como de lo que se trata es de evitar un doble pago indemnizatorio, la orden de suspender el pago de la pensión de invalidez sólo puede cumplirse cuando el demandante efectivamente haya recibido el pago de la condena dineraria que a los demandados impuso la sentencia».*

Determinación que igualmente pone de presente que, aun cuando se pueda demandar al tercero causante del daño, cuando

la víctima recibe una pensión de invalidez ésta no puede acumular en su patrimonio las dos indemnizaciones sin incurrir en un doble cobro, pues aquí se le impone la restitución que pudiera corresponder al sistema de Riesgos Profesionales.

Posteriormente, en providencia de 9 de julio de 2012, se examinó con amplitud dicho fenómeno, memorando las distintas posturas que en torno al tema en estudio se han expuesto, haciendo la distinción entre el alcance indemnizatorio de los seguros de daños y de personas, estimándose que es inadmisibles afirmar, sin más, la imposibilidad de acumular las prestaciones derivadas del Sistema de Riesgos Profesionales a la indemnización por los perjuicios derivados del hecho dañino, dada la disimilitud de causa que soportan una y otra, a más que el responsable civilmente terminaría beneficiándose de aquel reconocimiento laboral previsto en la normativa que rige la materia, concebido en favor exclusivo del trabajador y su familia. Allí se puntualizó que:

es, entonces, otro de los criterios que permitiría dilucidar el dilema de la concurrencia de las indemnizaciones. Sin embargo, aunque tal tesis resulte eficaz frente a algunos casos, no es una razón que pueda esgrimirse de modo generalizado, pues ya se explicó que en los seguros de daños es imposible la acumulación de indemnizaciones aunque ellas provengan de distintas fuentes representadas en varios contratos.

Finalmente, ante la insuficiencia de cada uno de esos enfoques para erigirse a sí mismo en parámetro absoluto para la determinación de la concurrencia de indemnizaciones, ha tomado fuerza la explicación de que, simplemente, es la facultad de subrogación la pauta que debe seguirse para resolver la dificultad; de tal suerte que si la ley concede ese derecho al tercero que paga la indemnización, la víctima no podrá acumular las prestaciones, en tanto que si el primero carece de esa

atribución, entonces nada impedirá que la segunda obtenga doble retribución.

...

A partir de la figura de la subrogación se puede concluir que la acumulación de indemnizaciones es inadmisibile cuando el solvens dispone de una acción personal para reclamar al verdadero deudor lo que ha pagado en lugar suyo; más en tal caso no se trata propiamente de “varias indemnizaciones”, sino que es la misma prestación la que el tercero paga y por la que se sucede a título singular en los derechos o créditos del deudor.

Pero el problema sigue latente cuando lo que se paga no es la misma prestación, sino obligaciones que tienen distinto origen y respecto de las cuales no existe la posibilidad de subrogarse; sin que la ausencia de esa facultad permita colegir a priori que el cúmulo sea admisible.

...

Ahora bien, si ninguno de los criterios que se han esbozado comporta, por sí solo, el patrón para establecer la admisibilidad de la concurrencia de las prestaciones, ello tan solo es posible porque debido a la gran multiplicidad de hechos causantes de responsabilidad civil; de fuentes o títulos de los que ella emana; de los caracteres distintivos de esas prestaciones; y de los efectos a que dan lugar las obligaciones de ese tipo, se torna insostenible la fijación de un único fundamento conceptual que englobe todas esas situaciones; de suerte que no será posible establecer a priori y con prescindencia de las particularidades de cada caso concreto, si se admite, y en qué medida, el cúmulo de indemnizaciones.

No hay que buscar, por tanto, más allá de las circunstancias específicas que cada caso plantee, un concepto genérico que englobe eventos que no comparten los mismos fundamentos fácticos ni jurídicos, pues semejante empresa antes que resolver las dificultades las multiplica, tal como ha quedado demostrado con el develamiento de las anomalías o inconsistencias que se encuentran presentes en cada uno de los enfoques teóricos que se han explicado.

Y es que no podría ser de otro modo, pues si así no fuese, sencillamente, el estudio y aplicación del derecho de daños no entrañaría mayores dificultades y carecería de la riqueza que le es inherente.

...

De manera que atendiendo a las particularidades de cada circunstancia, la Corte ha graduado el alcance de la indemnización a tono con el verdadero daño sufrido por la víctima; con la causa que lo produjo; con el título o títulos de los que emana el deber de resarcir; con la naturaleza de las prestaciones que se originan a partir de un hecho dañoso; o con el principio de no enriquecimiento injusto para ninguna de las partes.

Habrán eventos en los que uno solo de esos criterios bastará para dilucidar la cuestión; mientras que en otros, dada su complejidad, será necesario acudir a varios de ellos a la vez.

..., nada se opone a la acumulación de la indemnización de perjuicios que se reclama en este proceso con la pensión de sobreviviente que recibe la demandante como beneficiaria del occiso, toda vez que esta prestación deriva de un título autónomo y distinto de la obligación indemnizatoria que está a cargo del tercero responsable del daño; y su concurrencia no podría implicar jamás un enriquecimiento sin causa para la actora porque la prestación pensional no guarda en realidad ningún tipo de relación con los perjuicios que deben ser resarcidos, por lo que no podría sostenerse que es una compensación de los mismos.

.....

De hecho, ni siquiera ambos tipos de prestación tienen los mismos destinatarios, aunque a menudo éstos suelen coincidir, porque puede darse el caso de que el afiliado muera sin dejar beneficiarios en el sistema de seguridad social y, no obstante, haya personas legitimadas para reclamar la indemnización civil. O, por el contrario, que no existan perjudicados civiles y, sin embargo, se otorgue la pensión de sobreviviente a quien objetivamente tenga ese derecho. Por lo demás, cualquier persona que resulte lesionada con la muerte de otra puede pedir el resarcimiento de esos perjuicios, en tanto los pruebe; mientras que la pensión solo puede ser recibida por quienes estén taxativamente cobijados por la ley, en estricto orden y proporción, siempre que cumplan los requisitos legales y por el tiempo que la norma determine, independientemente de que la muerte les reporte un perjuicio patrimonial.

Resulta claro, entonces, que el pago de una pensión de sobreviviente se calcula sobre los presupuestos del propio sistema y no atiende a la verificación de un daño, ni al monto del mismo, ni a la imputación de responsabilidad civil a un tercero, ni tiene por finalidad compensar la ayuda económica que se dejó de recibir de manos del difunto. Todo lo cual indica, sin ambages de ninguna especie, que al no tener esa prestación relación alguna con los perjuicios que han de ser resarcidos, mal podría significar una fuente de ganancias o enriquecimiento sin causa. (Rad. 2002-00101-01).

Los postulados anteriores se han replicado en tiempos más próximos por esta Sala, abriéndose paso el criterio de que las prestaciones derivadas del sistema de seguridad social o de riesgos profesionales (pensión de vejez, de invalidez o sobreviviente) no tienen naturaleza indemnizatoria, dado que su origen deviene de los aportes realizados para dichos riesgos, sin atender la verificación de un daño o su cuantía, por lo que no devendría *per se* incompatible el pago de la pensión de invalidez o sobreviviente con la indemnización de perjuicios a cargo de un tercero causante del daño sufrido por el empleado, precisándose *«que bien distintas son las acciones para reclamar indemnización y prestaciones sociales en asuntos laborales, de las civiles para demandar resarcimiento de perjuicios, por corresponder a fuentes diferentes; en aquella, lo será el contrato de trabajo y/o las leyes laborales que regulan el sistema de seguridad social, según el caso, y en esta, el daño infringido a la víctima, que puede o no venir precedida de una relación jurídica preexistente»*. SC2498-2018 de 3 de jul. Rad. 2006-00272-01. Ver también las sentencias SC17494-2014, SC295-2021).

Como se ve, no existe una postura absoluta, ni doctrinal ni jurisprudencialmente, en cuanto a la posibilidad de aquella acumulación, por lo cual, los juzgadores en cada caso concreto

deberán valorar no solo la situación fáctica sometida a su consideración y los elementos demostrativos que se incorporen al proceso para acreditar la ocurrencia de los perjuicios reclamados, sino examinar la diversidad de fuentes de las prestaciones, posibilidad de subrogación y demás aspectos identificados en los pronunciamientos reseñados para establecer si en el caso particular aquella resulta o no posible, teniendo en cuenta, de todas formas, que el causante del daño *per se* no puede deducir de la indemnización que se le pudiera imponer los valores que el perjudicado haya recibido de una tercera persona o entidad, en tanto la víctima estará compelida a probar la ocurrencia del perjuicio que reclama.

Esto cobra relevancia cuando de responsabilidad contractual se trata, habida cuenta que en este tipo de acciones, en lo medular, lo que se sanciona es el incumplimiento o cumplimiento retardado o defectuoso de los deberes negociales, cuyas consecuencias son susceptibles de preestablecer por las partes en el ejercicio de su autonomía de la voluntad y en ausencia de tal pacto será necesario que cuando se solicite lucro cesante este tenga relación directa con las pautas convencionales desatendidas, de suerte que serán indemnizables las pérdidas irrogadas a los intereses del acreedor protegidos por el contrato, por lo que el reclamante no estará exento de demostrar los beneficios concretos, ciertos que debía percibir y dejó de hacerlo si no hubieran acaecido aquellos supuestos.

6. El reproche fundamental de la censura examinada estriba en el no reconocimiento y pago de la indemnización por los perjuicios materiales que a título del lucro cesante aseguran se causaron a Ana María Hoyos Pontón, por la lesión que sufrió al hacer uso de la atracción mecánica denominada “Montaña Rusa”, ubicada en el Parque Nacional del Café, de propiedad de la Fundación llamada a juicio.

7. En el trámite del litigio quedaron probados, en relación con el tema que se examina, los siguientes hechos:

7.1. Según su registro civil de nacimiento, Ana María Hoyos Pontón nació el 22 de noviembre de 1957, por lo que para el 1º de noviembre de 2012 estaba próxima a cumplir los 55 años (fl. 14 Cd 1).

7.2. Que en esa época -y desde el 15 de febrero de 1996- se encontraba vinculada laboralmente a la Secretaría de Educación Municipal de Armenia como docente, a través de la institución educativa “El Caimo”, devengando para el año 2012 una asignación salarial de **\$2.236.261** (fl. 21-22 Cd 1).

7.3. Que el 1º de noviembre de 2012 acudió al Parque Nacional del Café con un grupo de estudiantes del establecimiento educativo “El Caimo”, para cumplir una actividad pedagógica, en donde al subir a la atracción “Montaña Rusa” sufrió lesión de consideración en su columna, que motivó que el Rector de la institución emitiera reporte de accidente de trabajo a la EPS Cosmitet- Quindío (fl. 27 Cd 1 parte I).

7.4. Luego de ser atendida clínicamente, se le expidieron incapacidades por accidente laboral, por un periodo de 124 días, desde 1 de noviembre de 2012 hasta el 4 de marzo de 2013 (fls. 28-32 Cd 1).

7.5. El día 27 de febrero de 2014 Cosmitec - Quindío le hizo entrega a la actora del «*Dictamen de Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral*», dando cuenta de un porcentaje de pérdida del 85%. (fls. 53-55 Cd 1 parte I), mientras que la profesional María Cristina Cortes Isaza, especialista en salud ocupacional, dictaminó el 29 de octubre de 2015 una disminución del 96% (fls. 323-333 Cd 1 Parte II) y, a instancia del juzgador *a quo*, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Quindío para el 17 de noviembre de 2016 lo fijó en el 38.80%, precisando dicha entidad, que «*la paciente presenta otras patologías, pero como la consulta de la institución judicial es sobre **las secuelas que produjo el evento en el parque de recreación, por lo tanto las patologías que son ajenas al caso no serán tenidas en cuenta para ser calificadas en este dictamen** por no hacer parte del proceso en discusión*» (negrillas ajenas) (fls. 569-574 Cd 1 Parte III).

7.6. Obra también certificación expedida por la Fiduprevisora S.A. según la cual, a Ana María Hoyos Pontón, mediante Resolución 1542 de 20 de mayo de 2014 le fue reconocida pensión de invalidez, que para esa calenda ascendía a \$**2.238.995** y para el 2015 a \$ **2.320.942**.

8. El promotor de esta impugnación extraordinaria, por razones obvias, no formula reparo alguno en relación con los mentados hechos probados, limitando su disenso a la negativa del perjuicio patrimonial ya referido, discrepando de los argumentos expuestos por el colegiado, con lo que estima inaplicadas las disposiciones referidas a la reparación integral e indebidamente aplicadas las normas laborales acusadas.

8.1. En el escrito que dio inicio a este juicio, se solicitó declarar que la demandada *«es civil contractual y patrimonialmente responsable..., y, en consecuencia es civil, contractual, y patrimonialmente responsable de los daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales que le ha causado y habrá de seguir causando a la, demandante ANA MARÍA HOYOS PONTÓN»*.

Como pretensiones de condena pidieron se impusiera a la Fundación el pago en favor de Ana María Hoyos Pontón, a título de lucro cesante, de la suma de \$526.113.690, indicando que se deberían tener en consideración para su cuantificación su expectativa de vida y como base la cantidad de \$2.236.261 *«que es el valor del salario mensual, que la lesionada devengaba para la fecha de ocurrencia de los hechos, a la suma resultante se le aplicará el porcentaje de pérdida de capacidad laboral que le fue dictaminado, esto es, el cual (sic) equivalente al 85%, razón por la cual, se liquidará sobre el 100% de la pérdida de capacidad laboral, en razón de lo establecido en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, la cual indica que una persona que tenga más del 50% de pérdida de capacidad laboral se considera inválida, por lo tanto, la base de liquidación será DOS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS SESENTA Y UN PESOS (\$2.236.261.00 M,/cte); a esa suma se le aumentará el 25% equivalente a las prestaciones sociales, es decir, la base para la*

liquidación de la indemnización por lucro cesante, es de DOS MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y CINCO MIL TRESCIENTOS VEINTISÉIS PESOS (\$2.795.326,00 M/cte) mensuales, sobre la cual se ha de liquidar la indemnización del daño». Se procedió a continuación a exponer la forma como tales valores se deberían actualizar, detallando dichos guarismos en el juramento estimatorio, en donde escinde los valores en \$67.765.320.55 por lucro cesante consolidado y \$458.348.369.00 por lucro cesante futuro, exponiendo como uno y otro deberán ir variando con el tiempo incrementando el primero y disminuyendo el segundo.

Similares reclamaciones se hicieron de forma subsidiaria, pero por la senda de la responsabilidad extracontractual.

8.1.1. Sirvieron de apoyo a tales pedimentos, a más de los hechos generales sobre la edad, ocupación, condición familiar, ocurrencia del siniestro, dimensión de la afectación y la culpa de la demandada, que a *«Ana María le dictaminó una pérdida de capacidad laboral equivalente al 85%, con fecha de estructuración el 1 de noviembre de 2012».*

Atañedero a la afectación sufrida indicó, que *«Las lesiones que presenta ANA MARÍA HOYOS PONTÓN, le están generando a ella y a sus seres queridos, perjuicios del orden patrimonial y extrapatrimonial en la modalidad de perjuicios morales y daño a la vida de relación (Alteración en las Condiciones de Existencia), los cuales no tienen ni la obligación, ni el deber de soportar, motivo por el cual deben ser indemnizados».*

El mandatario judicial se extendió en el análisis de las actividades peligrosas, la culpa en estas y la responsabilidad que de ellas puede generarse, al igual que sobre el compromiso de las aseguradoras, para lo cual memoró variados pronunciamientos de esta Corte y del Consejo de Estado, relacionados con dicha temática.

Respecto del lucro cesante expresó, que *«sobre el presente tema sobra cualquier clase de comentario, toda vez que su liquidación es de carácter objetivo, derivado de los cálculos matemáticos mencionados en el acápite respectivo, y, teniendo en cuenta el ingreso mensual de la lesionada»*.

8.2. El tribunal en su determinación se ocupó de reseñar la inferencia del juez de primer grado, concerniente a que entre Ana María Hoyos Pontón y la Fundación Parque de la Cultura Cafetera, propietaria del establecimiento el Parque Nacional del Café *«existió un contrato gratuito para entretenimiento y por ello zanjó el litigio teniendo en cuenta la responsabilidad civil contractual, sin reparo entre los contratantes sobre la validez del pacto o el tipo de responsabilidad»*, examinó los elementos demostrativos arrimados al juicio, estableció que se acreditaron adecuadamente los elementos para imputar a la Fundación convocada la responsabilidad civil instada, al estimar que se desatendieron los deberes que para la seguridad de los usuarios y visitantes se le imponen a quienes manejan parques de diversiones, atracciones mecánicas o dispositivos de entretenimiento según la ley 1225 de 2008 y su decreto reglamentario 0958 de 2010.

Acorde con tal conclusión, el juzgador se ocupó del estudio de los perjuicios que se causaron a consecuencia de la lesión sufrida por la actora Ana María Hoyos al hacer uso de la atracción mecánica, y que estarían a cargo de la demandada.

Comenzó su estudio con los perjuicios materiales lucro cesante, memorando el alcance de dicha pretensión y el fundamento fáctico en que la misma se soportó; analizó la certificación expedida por la Fiduprevisora S.A. en la que se relacionaron los pagos que se venían haciendo a la actora por concepto de pensión de invalidez, para señalar que (Minuto 0.59.02) *«como se advierte, la parte actora pretende el pago del lucro cesante, tomando únicamente como base el monto de su salario como docente, sin embargo de los testimonios, las historias y las incapacidades médicas expedida por Cosmitet Limitada durante el interregno comprendido entre el 1º de noviembre de 2012 y el 4 de marzo de 2013 folios 29-30 cuaderno 1 se desprende que luego del accidente ella no volvió a trabajar, porque se encontraba con incapacidad laboral, hasta cuándo fue pensionada por invalidez, es decir que contrario a lo afirmado por ella no dejó de recibir la totalidad de sus salarios porque desde la fecha del accidente hasta ahora ha venido percibiendo ingresos; inicialmente, por las incapacidades y luego por la pensión de invalidez de origen laboral, de donde se infiere que no puede pretender como lucro cesante el total de los salarios, ya que durante las incapacidades debió recibir un monto a título de indemnización, valor que se desconoce, pues no se sabe si se emitieron como enfermedades de origen común o laboral como finalmente fue determinado, en cuyo caso el detrimento económico solo sería por el porcentaje faltante hasta cuándo fue pensionada pues al ser de origen laboral la pensión debió reconocerse con el 100% de lo percibido y si ello no fue así debió ser alegado en el libelo demandatorio y probado en el proceso, lo cual no ocurrió».*

Continuó diciendo, que (Minuto 1.00.45) «[E]n efecto en los hechos de la demanda nada se dice respecto al monto percibido por incapacidades, ni por la pensión de invalidez, como tampoco se especifica cuál es el porcentaje o conceptos dejados de recibir, ni su cuantía, pues lo único que se alegó como base de la pretensión es que devengaba como salario la suma mensual de \$2.236.261 y que según dice ha dejado de devengar desde que sufrió el accidente, lo cual ha sido desvirtuado con las pruebas que obran expediente, que dan cuenta que ha recibido sumas de dinero por mesadas pensionales, sin que se haya acreditado el monto total percibido por estos conceptos que permita determinar si hay alguna diferencia, con lo cual con lo que hubiera recibido como salario, a fin de establecer si tiene o no derecho a la indemnización por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y de ser así poder fijar su quantum; carga que no cumplió la actora, por cuánto no acreditó dicho detrimento patrimonial, ya que el expediente quedó huérfano de medios de convicción que permitan establecerlo, pues como ya se advirtió no sé demostró que los ingresos que venía persiguiendo por concepto de su relación laboral se hayan visto afectados en su totalidad con la conducta dañosa, como se dice en la demanda, en la que no se alegó ningún otro supuesto fáctico que sirviera de base a dicha pretensión.

Coligió así, que (Minuto 1.02.21) «[E]n consecuencia, no es dable imponer condena por este concepto, por no haberse acreditado el perjuicio reclamado, pues como bien se sabe se trata de reparar el daño causado y solo el daño, en razón a que el resarcimiento es compensatorio y no fuente de enriquecimiento, por lo que se ha de absolver la fundación demandada del pago de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante consolidado y futuro».

8.3. De acuerdo con lo anotado, es claro que el tribunal abordó el caso desde la arista de la responsabilidad contractual y, en cuanto al lucro cesante puntualizó, que «la parte actora pretende el pago del lucro cesante, tomando únicamente como base el monto de su salario

como docente» y atendiendo el alcance reparatorio de estos dedujo, que si la base esencial de lucro cesante que pudo sufrir la perjudicada estaba relacionado únicamente con su ingreso laboral, no había lugar a ordenar su pago, por cuanto le fueron canceladas las incapacidades por el accidente laboral y luego la pensión de invalidez.

Desde esta perspectiva no se otean los desatinos jurídicos que se imputan al juzgador, habida cuenta que no se advierte que el colegiado inaplicara las normas que se refieren al derecho a la reparación integral de los perjuicios, o hiciera actuar impropiamente las restantes disposiciones denunciadas, o atribuido efectos distintos a los que emanan de ellas sólo que, atendiendo los supuestos fácticos de la demanda y el material demostrativo arrojado al juicio, no encontró acreditada la afectación de los ingresos que ésta percibía por su ocupación docente o cualquier otra actividad laboral que hubieran resultado mermados por causa del incidente y por esa vía justificar a plenitud que se impusiera el pago de ese concepto a la demandada.

Obsérvese, que el tribunal insistió en la carga que tiene el reclamante de perjuicios, de probar en el juicio cuál fue el menoscabo en su patrimonio, y esa ausencia de prueba del detrimento sufrido fue la que determinó su negativa.

Y es que la causación del menoscabo por lucro cesante, al igual que cualquier afectación patrimonial del demandante, debe ser probado en las instancias, sin que pueda confundirse, como al

parecer lo entiende la censura, el concepto de responsabilidad objetiva, derivada de ciertas actividades, que se contrapone al de culpa probada y que atañen exclusivamente a la demostración de la responsabilidad, con la ocurrencia misma de los perjuicios que pudieran ocasionarse, los cuales en cualquier evento se deben probar; más allá que, cumplida esta carga, en su cuantificación se utilicen parámetros objetivos como son los «*criterios técnicos actuariales*» dispuestos en los artículos 16 de la ley 446 de 1998 y 283 del Código General del Proceso, y en el sub lite el tribunal tal pedido lo estimó huérfano de prueba.

9. Valga la oportunidad para recordar, que los fundamentos de hecho de la demanda no lo constituyen la cita o transcripción de algunos precedentes doctrinales o jurisprudenciales relacionados con la temática sometida a consideración de la jurisdicción, sino las precisas afirmaciones respecto de situaciones concretas que por su propia naturaleza son aptas y adecuadas para generar el efecto jurídico que se procura obtener con la sentencia pedida, pues son estos los que vendrán a conformar el tema de la prueba, cuya carga demostrativa recae en quien lo alega, sin perjuicio de la iniciativa oficiosa que se reconoce a los juzgadores.

Y ocurre que, en este particular caso, el tribunal al evaluar la procedencia del lucro cesante reclamado lo que estableció fue, que *«en los hechos de la demanda nada se dice respecto al monto percibido por incapacidades, ni por la pensión de invalidez, como tampoco se especifica cuál es el porcentaje o conceptos dejados de recibir, ni su cuantía, pues lo único que*

se alegó con base como base (sic) de la pretensión es que devengaba como salario la suma mensual de \$2.236.261 y que según dice ha dejado de devengar desde que sufrió el accidente», y que dicha atestación resultó infirmada por las pruebas que demostraban que percibió el valor de incapacidades que por accidente laboral le fueron otorgadas y posteriormente las mesadas pensionales al haberse reconocido la pensión de invalidez, en parte alguna señaló como se indica en la acusación que «cuando a Ana María Hoyos Pontón se le paga una (s) incapacidad (es) laboral (es) derivada de un accidente de trabajo y una pensión de invalidez derivada de una accidente laboral, se le está pagando un salario».

En este orden de cosas, en la providencia confutada no se advierte que se negaran los perjuicios materiales por *lucro cesante* por falta de aplicación de las normas referidas al derecho a la reparación integral o se hicieron operar las que de suyo eran ajenas a la contienda, sino que el juzgador basó su determinación al hallar deficiencias en la causa petendi y falta de cumplimiento de la carga probatoria de la actora, aspectos que se alejan por completo de la esencia de la causal primera de casación, para adentrarse en los terrenos de la prueba, que de estimarse desacertados debían cuestionarse al amparo de la causal segunda, sea por errores de hecho o de derecho.

Síguese entonces, que lo realmente existente es una disparidad de criterios entre el opugnante y el tribunal sobre la causación del lucro cesante reclamado en la demanda, lo cual no es motivo suficiente para el quiebre de las sentencias en casación,

dada la presunción de legalidad y acierto conque estas arriman a esta Corporación.

Es oportuno recordar que esta Colegiatura ha sido reiterativa al señalar que al sustentar el recurso de casación

«el recurrente debe plantear una crítica concreta y razonada de las partes de la sentencia que dicho litigante estima equivocadas, señalando asimismo las causas por las cuales ese pronunciamiento materia de impugnación resulta ser contrario a la ley. Y para que este requisito quede satisfecho del modo que es debido, es indispensable que esa crítica guarde adecuada consonancia con lo esencial de la motivación que se pretende descalificar, vale decir que se refiera directamente a las bases en verdad importantes y decisivas en la construcción jurídica sobre la cual se asienta la sentencia, habida cuenta de que si blanco del ataque se hacen los supuestos que delinea a su mejor conveniencia el recurrente y no a los que constituyen el fundamento nuclear de la providencia, se configura un notorio defecto técnico por desenfoque que conduce al fracaso del cargo correspondiente (sentencia 06 de 26 de marzo de 1999)» (Casación Civil, sentencia de 5 de abril de 2010, Exp. 50001-31-03-002-2001-04548-01)» (CSJ SC, 20 sep. 2013, rad. 2007-00493-01, reiterada SC3907-2021 de 8 de sept. Rad. 2011-00181-01).

Tal carga argumentativa no se satisfizo por el impugnante, pues su crítica se direccionó a una indebida selección normativa del colegiado que de no haber ocurrido conllevaría al reconocimiento del lucro cesante en favor de la actora. Sin embargo, no se ve cómo esa crítica pudiera confrontarse con el fundamento principal de la sentencia de segunda instancia, que aun cuando encontró acreditados los elementos estructurales para imputar a la Fundación Parque de la Cultura Cafetera responsabilidad civil por el desacato a sus obligaciones

contractuales, haciéndola titular de la obligación de indemnizar los perjuicios padecidos por la afectada -imponiendo las correlativas condenas por perjuicios inmateriales- razonó que ni las manifestaciones de la demanda, ni las pruebas resultaron suficientes para establecer la cuantía de la afectación patrimonial a título de lucro cesante que le produjo a Ana María Hoyos la lesión sufrida en el parque de atracciones de propiedad de la convocada, de donde se sigue que la fundamentación del embate inicial no tiene la entidad suficiente para derruir el razonamiento del tribunal.

10. Consecuente con lo discurrido el cargo no prospera.

11. Finalmente, ante el fracaso de la súplica extraordinaria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso, se condenará en costas a la recurrente. Se fijarán en esta misma providencia las agencias en derecho correspondientes, y para su cuantificación se tendrá en cuenta que la impugnación extraordinaria fue replicada por la parte contraria.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, actuando en nombre de la República, **NO CASA** la sentencia proferida por la Sala Civil Familia Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Armenia, el 27 de abril de 2018, en el proceso ordinario arriba referenciado, por las razones indicadas en precedencia.

Se condena en costas al extremo recurrente en casación. Inclúyase en la liquidación la suma de \$6.000.000, por concepto de agencias en derecho.

Cumplido lo anterior, devuélvase la actuación surtida al Tribunal de origen.

Notifíquese,

HILDA GONZÁLEZ NEIRA
Presidenta de la Sala

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

MARTHA PATRICIA GUZMÁN ÁLVAREZ

AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO

IMPEDIDO
LUIS ALONSO RICO PUERTA

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

FRANCISCO TERNERA BARRIOS