

Santiago de Cali, octubre 22 de 2020

Señor

**Dr. FLAVIO EDUARDO CORDOBA FUERTES**

**Honorable Magistrado sustanciador**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI**

**Ref. Memorial de sustentación de Recurso de Apelación y Reparos contra la decisión adoptada mediante Sentencia No. 070 de agosto 11 de 2020**

**Proceso: Verbal de Responsabilidad Civil Extracontractual**

**Demandante: ROBINSON URCUE HURTADO y Otros**

**Demandados: DIEGO FERNANDO GOMEZ GONZALEZ y Otros**

**Radicación. 76001-31-03-008-2019-00016-01**

En ejercicio de la personería que me ha sido reconocida en el curso del proceso, con este escrito y encontrándome dentro del término legal, me permito sustentar el recurso de APELACION ADMITIDO por su despacho, a efectos de que la Honorable **Sala de Decisión Civil** del **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE CALI**, se sirvan a partir de los reparos que procedo enlistar y a sustentar, realizar a la providencia recurrida las modificaciones y adiciones pertinentes, por considerar que los apartes sobre los cuales recaen los reparos niegan pretensiones legalmente invocadas y debidamente demostradas, o se advierten desfavorables para mis mandantes.

- 1. Primer Reparo: Indebida interpretación del artículo 1127 del Código de Comercio, que trajo como consecuencia declarar probadas las excepciones de perjuicios moral como riesgo no asumido por la póliza de automóviles No. 49-101048480, y perjuicios de daño a la vida de relación o perjuicios estético como riesgo no asumido por la póliza de seguros de automóviles No. 49-101048480 propuestas por SEGUROS DEL ESTADO S.A., de tal suerte que la providencia debe ser modificada en tal sentido.**

**Razones del Reparo.** Las reiteradas jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia, han decantado, que los perjuicios de la víctima, ya sean patrimoniales o extrapatrimoniales se constituyen en un daño emergente; es decir patrimonial para el asegurado, y no se requiere que estén preestablecidos en el contrato de seguros, pues del análisis del artículo 1127, estos perjuicios deben ser resarcidos por el asegurador, lo que concluye que las cláusulas de exclusión de los perjuicios extrapatrimoniales sean cláusulas ineficaces por lo tanto no le asiste razón al despacho al declarar probadas las excepciones de PERJUICIOS MORAL COMO RIESGO NO ASUMIDO POR LA PÓLIZA DE AUTOMÓVILES No. 49-101048480, y PERJUICIOS DE DAÑO A LA VIDA DE RELACION O PERJUICIOS ESTETICO COMO RIEGO NO ASUMIDO POR LA POLIZA DE SEGUROS DE AUTOMOVILES No. 49-101048480, propuestas por el apoderado de SEGUROS DEL ESTADO S.A, y sustentadas en que los daños extrapatrimoniales fueron expresamente excluidos de la póliza en virtud a las condiciones generales de la misma y que no existe un acuerdo o cláusula contractual que incluya este concepto como riesgo asegurado dentro de los amparos de la póliza.

Al respecto se hace necesario traer a colación apartes de la Sentencia de Casación Corte Suprema de Justicia, del Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez, adiada el 15 de agosto de 2017.

En ella claramente expresa en la página 16, las consideraciones de vía directa cargo séptimo, que:

*“De acuerdo con el artículo 1082 del Código de Comercio, los seguros de daños «podrán ser reales o patrimoniales». Los primeros, también conocidos como «de cosas», recaen sobre bienes muebles o inmuebles, determinados o determinables, respecto de los cuales se ampara el riesgo que pone en peligro su integridad material o la de los derechos que se tienen sobre ellas. Ejemplo de esta clase son los de incendio, robo, vehículos, agrario y de transporte.*

*La segunda tipología corresponde a los seguros patrimoniales, los cuales, sin estar vinculados a un bien o cosa en particular, «protegen la integridad del patrimonio económico contra el detrimento eventual que pueda afectarlo desfavorablemente y que tanto puede originarse en una disminución del activo como en un aumento del pasivo»<sup>1</sup>. Los seguros de responsabilidad civil y de cumplimiento pertenecen a esta especie.”*

En otros apartes de la sentencia pagina 17, se aclara que:

*“...de ahí que en relación con el seguro de responsabilidad civil estableció una reglamentación especial, la cual aparece consignada en los artículos 1127 a 1133 del estatuto mercantil, el artículo 4º de la Ley 389 de 1997, y las disposiciones que crearon modalidades de seguros obligatorios para ciertos sectores de la economía o actividades específicas (riesgos profesionales, transporte público, accidentes de tránsito, ejecución de obras públicas, construcción, espectáculos, empresas de vigilancia privada y transportadoras de valores, contra daño ambiental, corredores de seguros y de reaseguros, entre otros).*

*Por lo anterior, al mencionado contrato no se le aplican las disposiciones legales que regulan otras categorías, ni aquéllas que, aun siendo comunes a los seguros de daños, entran en contradicción con normas que de modo especial gobiernan el seguro de responsabilidad civil como por ejemplo el artículo 1088 del Código de Comercio, que no está llamado a aplicarse porque existe una disposición que regula íntegramente lo concerniente a la indemnización a cargo del asegurador en ese tipo de seguros.*

*En efecto, el citado precepto consagra un principio de la reparación que es común a los seguros de daños, es decir, se trata de una norma general frente a esa clase de convenios, en tanto que el artículo 1127 de la misma codificación es un precepto exclusivo de los seguros de responsabilidad civil, pues consagra de modo expreso que los perjuicios comprendidos en la indemnización que debe pagar la compañía aseguradora, son los «patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra».*

*Esta última es, entonces, una norma especial y ulterior cuya aplicación prevalece de acuerdo con las reglas de prelación normativa contempladas en el artículo 10 del Código Civil, subrogado por el numeral 1º del artículo 5º de la Ley 57 de 1887, a cuyo tenor «la disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general», y 2º de la Ley 153 de 1887, conforme a la cual la norma posterior prevalece sobre la anterior.”*

Ahora bien, seguidamente la sentencia hace un análisis detallado de la evolución normativa del seguro de responsabilidad, en donde se resalta que el texto actual del artículo 1127 del Código de Comercio es el siguiente:

**Artículo 1127. Definición de seguro de responsabilidad**

*El seguro de responsabilidad impone a cargo del asegurador la obligación de indemnizar los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado con motivo de determinada responsabilidad en que incurra de acuerdo con la ley y tiene como propósito el resarcimiento de la víctima, la cual, en tal virtud, se constituye en el beneficiario de la indemnización, sin perjuicio de las prestaciones que se le reconozcan al asegurado.*

*Son asegurables la responsabilidad contractual y la extracontractual, al igual que la culpa grave, con la restricción indicada en el artículo 1055.*

Resalta la sentencia, que de la redacción original, esta norma fue modificada por la ley 45 de 1990, en el cual se cambió el verbo sufrir por causar, con el único propósito de garantizarle al damnificado los daños que le fueron irrogados, por ello se habla a partir de allí que la víctima pasa a ser beneficiaria de la indemnización y titular de un mecanismo directo para obtener el resarcimiento, y así se dejó ver no solo por la norma si no por la exposición de motivos por el Ministro de Hacienda y Crédito Público, aparte que se transcribe de la página 22 de la sentencia en comentario.

*“(..). con la perspectiva que su régimen sea de protección a los damnificados, para facilitar el pago de las indemnizaciones a las víctimas, como corresponde a las orientaciones de la doctrina internacional y a las regulaciones universales de este seguro. Se otorga así a los damnificados la posibilidad de accionar directamente contra el asegurador de la responsabilidad civil de quien les causó un daño, enmendándose la situación actual por la cual, no obstante, la existencia de un seguro de responsabilidad civil, el damnificado debe intentar el reconocimiento de los respectivos daños frente a quien los generó y no respecto del asegurador de su responsabilidad.”*

La misma jurisprudencia, aclara en la página 28, en el acápite denominado Tipología de los daños que causa el asegurado, que los perjuicios patrimoniales que cause el asegurado son de carácter patrimonial, veamos:

*“El perjuicio que experimenta el responsable es siempre de carácter patrimonial, porque para él la condena económica a favor del damnificado se traduce en la obligación de pagar las cantidades que el juzgador haya dispuesto, y eso significa que su patrimonio necesariamente se verá afectado por el cumplimiento de esa obligación, la cual traslada a la compañía aseguradora cuando previamente ha adquirido una póliza de responsabilidad civil o el amparo de esta en otro tipo de seguros como el de automóviles en el caso que se estudia.”*

En este último párrafo transcrito, conceptúa la corte que dichos perjuicios de la víctima, ya sean patrimoniales o extrapatrimoniales se constituyen en perjuicio de carácter patrimonial, es decir un daño emergente para el asegurado, y no se requiere que estén preestablecidos en el contrato de seguros, pues del análisis del artículo 1127, estos perjuicios deben ser resarcidos por el asegurador.

Y es que esta misma corporación tiene claro que los perjuicios de la víctima ya sean patrimoniales o extrapatrimoniales están amparados por la póliza en virtud a la modificación que hizo el artículo 45 de la ley 90 del artículo 1127, y así lo hizo saber en reciente sentencia de fecha 28 de agosto de 2020 dictada por la sala de decisión civil bajo el acta No. 60 por la honorable Magistrada Ponente Dra. Ana Luz Escobar Lozano.

*“Para definir cómo debe concurrir Seguros del Estado S.A., al pago de esa condena pecuniaria a favor del demandante, la Jueza precisa que según los términos de la póliza el amparo de daño de bienes de terceros que es de 60SMLMV menos el deducible, cubre el daño emergente “(..) de \$1'148.492 y lucro cesante por \$43'299.687, valores que no superan los 50 smlmv actuales.” Y el amparo de muerte y lesiones a una persona de 60SMLMV sin deducible cubre el daño moral de \$ 30.000.000 pues ese daño no está excluido en la carátula de la póliza, como tampoco el lucro cesante, además ambos están cubiertos “(..) en virtud a que el art. 1127 fue modificado por el art. 45 de la ley 90 (sic)*

modificaciones que han sido sustentadas por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SC20950-2017, (...).

Así las cosas, claramente el despacho A Quo comete un yerro en la interpretación del contrato de seguros aportado en la contestación de la demanda, y del artículo 1127 del código de comercio y consecuentemente con ello, declara probada las excepciones de perjuicio moral como riesgo no asumido por la póliza de automóviles No. 49-101048480, y perjuicios de daño a la vida de relación o perjuicios estético como riesgo no asumido por la póliza de seguros de automóviles no. 49-101048480, y por consiguiente, la providencia debe ser modificada en el sentido de condenar a la compañía aseguradora SEGUROS DEL ESTADO S.A., al pago de los perjuicios de índole extrapatrimonial a la obligación indemnizatoria que surge como demandado directo y como llamado en garantía, en virtud al contrato de seguros suscrito con los asegurados.

**2. Segundo Reparó: No se reconoció en la sentencia condena por Lucro Cesante futuro del demandante Robinson Urcue Hurtado, de tal suerte que la providencia debe ser modifica en tal sentido, condenando a los demandados a pagar las sumas de dinero pretendidas en la demanda por concepto de Lucro Cesante Futuro.**

**Razones del Reparó:** Sea lo primero manifestar que el Lucro Cesante Futuro, como daño ocasionado al demandado Robinson Urcue Hurtado, es un daño cierto, personal y directo, que surge como consecuencia de la culpa, y no un daño eventual o hipotético, y además aparece real y efectivamente causado, tal y como se ha pronunciado la Corte Suprema de justicia, para lo cual me permito relacionar los siguientes aparte de la sentencia **SC16690-2016**, Radicación N.º 11001-31-03-008-2000-00196-01 adiada diecisiete de noviembre de dos mil dieciséis, M. P. Álvaro Fernando García Restrepo.

*“El daño resarcible, como ya se puntualizó, en todos los casos, debe ser cierto, premisa igualmente aplicable al supuesto de las ganancias futuras, malogradas como consecuencia del hecho culposo.*

*La Corte, de vieja data, tiene sentado que “[t]anto la jurisprudencia como la doctrina admiten que el perjuicio debe ser reparado en toda la extensión en que sea **cierto**. No sólo el perjuicio actual es cierto, sino también el perjuicio futuro; pero no lo es el perjuicio simplemente hipotético. La jurisprudencia califica el perjuicio futuro de **cierto** y ordena repararlo, cuando su evaluación es inmediatamente posible, al mismo título que el perjuicio actual” (CSJ, SC del 29 de mayo de 1954, G.J. T. LXXVII, pág., 712; se subraya).*

*En tiempo más reciente observó que “el daño puede proyectarse hacia el futuro a condición de que haya motivos suficientes para esperar su ocurrencia; ello obedece a que la obligación actual de reparar el daño a cargo de quien es civilmente responsable debe comprender la indemnización de todos los perjuicios que haya sufrido o pueda sufrir la víctima que provengan de la culpa que se le imputa al demandado, lo cual incluye aquellos que no se presentan de manera inmediata sino después, pero de los que existe la certeza de que sobrevendrán. (...). Otra cosa es que el perjuicio futuro pueda ser cierto, o eventual o incierto: el primero se configura si hay una probabilidad suficiente de su suceso; el segundo, si ésta no se presenta y por lo mismo puede acaecer o no; únicamente aquél puede ser objeto de resarcimiento, toda vez que justamente hay motivos valederos para prever que su llegada posterior va a afectar necesariamente el patrimonio de la víctima; por contera, no puede ser considerado como una mera expectativa” (CSJ, SC del 10 de septiembre de 1998, Rad. n.º 5023; se subraya).*

*Luego reiteró, que “el daño objeto de reparación debe ser cierto, pero no necesariamente debe ser actual, porque el daño cierto y futuro, como igualmente se ha sostenido, también es indemnizable, tal como ocurre con las lesiones o secuelas que afectan la integridad física personal y exigen una atención médica o quirúrgica. Estas lesiones o secuelas son el daño mismo, por ende, cierto. Desde luego que el daño futuro, cierto e indemnizable es tal en tanto sea susceptible de evaluación en el momento en que se formula la pretensión y sea*

desarrollo de un daño presente. En cambio, no es reparable el perjuicio eventual o hipotético, por no ser cierto o no haber 'nacido', como dice la doctrina, dejando a salvo los eventos de pérdida de una probabilidad. De manera que es necesario no confundir el perjuicio futuro cierto con el eventual o hipotético, (...). En consideración a lo expuesto, aparece claro que las lesiones producidas en la integridad física de una persona son indemnizables con independencia de que haya habido o no atención médica y la erogación económica correlativa, pues se dan las condiciones que el daño debe reunir para que sea indemnizable, cuales son la afección de un interés propio (la integridad física personal, para el caso), que sea cierto y que no haya sido reparado, además de la posibilidad avaluativa, que para el caso es el costo de la atención médica (CSJ, SC del 9 de agosto de 1999, Rad. n.º 4897; se subraya)."

En el caso concreto, el perjuicio del orden material de Lucro Cesante Futuro que debe reconocerse a favor de Robinson Urcue, fue debidamente demostrado en su monto y su magnitud, pues nótese como quedo plenamente probado la Pérdida de la Capacidad Laboral del lesionado en un porcentaje de 46,77%, lo que indica un perjuicio para toda la vida, pues el hecho le dejó unas secuelas permanentes, casi del 50% es decir que estuvo a punto de perder la totalidad de su capacidad laboral, y en cuanto al monto, este fue debidamente probado con la certificación de ingresos del lesionado, y el documento público denominado Informe de Investigación de Campo FPJ-11 de fecha 25 de febrero de 2019, el cual fue aportado a la demanda, no solo el día 5 de agosto de 2019 cuando la suscrita se pronunció frente a las excepciones presentadas por la parte demandada, sino también fueron allegados legalmente al proceso en virtud a la prueba decretada por el Juez de primera instancia, de oficiar a la fiscalía 81 local de Jamundí, para que remita copia de la investigación con radicación No. 763646000177201800485, que por el delito de lesiones personales se adelanta en contra del señor Diego Fernando Gómez González, conductor del vehículo de placas IFY039, documentos estos que fueron aportados al proceso y por tanto por ser un documento público dan fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza. Así pues, El informe de investigador de campo FPJ 11, en el cual se valoran los perjuicios materiales, daño emergente, lucro cesante pasado y futuro, perjuicios materiales, el cual fue puesto en conocimiento de las partes en auto de fecha 17 de enero de 2020, y de la cual la parte demandada no realizó pronunciamiento alguno, es un documento que goza de absoluta credibilidad dentro del proceso, y en el cual se determinó un lucro cesante futuro en la suma de \$123.020736 en virtud al salario mínimo legal vigente que recibía el lesionado para la fecha de los hechos, más los dineros por bonificación mensual de \$166.000 por ser operario de maquina y el promedio de horas extras mensuales en un valor de \$150.000, dineros estos que constan en el certificado de ingresos del lesionado.

Ahora bien, contrario a lo consagrado en la demanda recurrida, en su página 19, el hecho de que el demandante se encuentre vinculado a una empresa, no garantiza en lo absoluto que el lesionado vaya a recibir hasta su expectativa de vida los salarios y demás ingresos que percibía al momento de los hechos, y de otro lado, debe decirse que de no haber ocurrido el siniestro, el lesionado tenía una expectativa clara de una ganancia o de un provecho en virtud a su actividad laboral, situación que le cambió, ante una lesión que le produjo una pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje tan alto del 46.77%, tanto así, que dicho porcentaje estuvo a 3,23 puntos de consolidarse en una incapacidad total., lo que claramente nos lleva a concluir que Robinson Urcue de 23 años de edad para la fecha de los hechos, debe realizar un gran sobreesfuerzo para realizar las actividades laboral de una persona sin pérdida de la capacidad laboral o dicho de otra forma, para realizar las labores que realizaba antes del accidente, o si su esfuerzo no es suficiente, no es un trabajador apto debido a la merma en su desempeño laboral, esto significa la pérdida de oportunidad que debe ser resarcible.

En este orden de ideas, la parte demandante cumplió con la doble carga probatoria de llevar al convencimiento del juez de un lado de que estos perjuicios futuros ocurren ante la inminente pérdida de la capacidad laboral, y de otro en cuanto a su cuantificación, que no es más que la ecuación matemática en donde resulta de alta importancia, la probabilidad de la vida del lesionado, la edad a la fecha de los hechos, los ingresos que percibía para esa fecha, y el porcentaje de pérdida, tal y como está determinado en el informe pericial de valoración de perjuicios del CTI de la fiscalía, prueba documental (documento público) del proceso, mismos perjuicios que fueron debidamente solicitados en el libelo de demanda.

Al respecto cabe traer a colación la sentencia del 31 de agosto de 2015 bajo el radicado No. 11001-31-03-020-2006-00514-01 de la sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, la cual claramente manifiesta en su pagina 35:

*“...Además, la Sala observa la estructuración del desacierto de índole probatoria denunciado, porque se estableció por el Tribunal, como uno de los fundamentos fácticos para desestimar el lucro cesante futuro, que “las secuelas [del accidente] no se ha determinado que sean permanentes”, pasándose por alto que, en realidad de verdad, obra dentro de expediente el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez Bogotá y Cundinamarca, que amén de otorgar un porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del treinta y seis punto cuarenta por ciento (36,40%) respecto de Luz Marina Díaz González, señaló que esa incapacidad es “permanente parcial”.*

El fallo condenatorio desconoce que al haber una pérdida de la capacidad laboral de 46.77%, constituye una pérdida a futuro y de por vida para el demandante, tal y como lo señala la sentencia de la Sala Civil en sentencia SC3951-2018 de dieciocho (18) de septiembre de dos mil dieciocho (2018), donde expuso:

*(...) en cuanto perjuicio, el lucro cesante debe ser cierto, es decir, que supone una existencia real, tangible, no meramente hipotética o eventual. Ahora, sin ahondar en la materia, porque no es del caso hacerlo, esa certidumbre no se opone a que, en determinados eventos, v. gr. lucro cesante futuro, el requisito mencionado se concrete en que el perjuicio sea altamente probable, o sea, cuando es posible concluir, válidamente, que verosíblemente acaecerá, hipótesis en la cual cualquier elucubración ha de tener como punto de partida una situación concreta, tangible, que debe estar presente al momento de surgir la lesión del interés jurídicamente tutelado.*

*Vale decir que el lucro cesante ha de ser indemnizado cuando se afianza en una situación real, existente al momento del evento dañino, condiciones estas que, justamente, permiten inferir, razonablemente, que las ganancias o ventajas que se percibían o se aspiraba razonablemente a captar dejarán de ingresar al patrimonio fatal o muy probablemente.*

De acuerdo a ello, podemos decir, que el lesionado con una PCL del 46,77% tiene la certeza que hasta su probabilidad de vida no tendrá el mismo desempeño laboral de que gozaba antes del accidente, es decir que se concluye que no podrá recibir las ganancias, y mucho menos aspirar a mejores condiciones de vida de las que tenía, puesto que su situación física se lo impide y además porque está en condiciones de desventaja frente a otros empleados en el campo laboral que tiene una capacidad laboral sin disminución alguna, pues para llenar una vacante laboral si llega un empleado sin disminución alguna y llega Robinson Urcue Hurtado, con una pérdida de capacidad laboral del 46,77% y antecedentes médicos, claramente Robinson está en inminente desventaja frente al otro aspirante.

Deviene razonable resaltar que el sobresfuerzo que debe realizar el demandante para el desempeño de sus funciones, o la merma en su capacidad laboral debe ser debidamente

indemnizado a la luz de la responsabilidad civil y está por demás decir que la misma es atribuible a la parte condenada, así lo ha decantado el Consejo de Estado, para lo cual me permito transcribir concepto de esta institución, el cual pese a ser de la jurisdicción de lo contencioso administrativo es plenamente aplicable a lo civil por que hace relación al daño el cual tiene el mismo concepto frente a ambas jurisdicciones, al respecto la sentencia dictaba el 22 de abril de 2015, bajo el radicado 15001-23-31-000-2000-03838-01 (19146), la cual reza en uno de sus aparates:

*“Ahora bien, acreditado que los señores Gonzalo Rodríguez Jerez y Efigenio Ayala Espinosa perdieron respectivamente el 38,5% y 17,75% de capacidad laboral global funcional, el juez a quo negó el reconocimiento del lucro cesante porque los servidores siguieron vinculados en el cargo, devengando el mismo salario e incluso el segundo se pensionó con el ente departamental demandado [fls. 188 y 229, C.14 y 117, C.20].*

*Sobre el particular, la Sala no puede desconocer que cuando una persona ve menguada su capacidad laboral sufre un evidente perjuicio, así se mantenga en el cargo y con el mismo salario, sobre todo cuando postulados constitucionales y compromisos internacionales de obligatoria observancia -en cuanto integran el bloque de constitucionalidad en sentido estricto- así lo imponen, le impiden al empleador despedir al trabajador en condiciones de comprobada incapacidad sobrevenida.*

*Lo cierto es que, aunque se mantenga en el empleo con los mismos ingresos, el subordinado deberá esforzarse más para desempeñar las tareas que tenía asignadas y se verá privado de aspirar a un mejor futuro, dentro o fuera de la entidad empleadora, justamente en la proporción de su capacidad laboral perdida, desmejora que en todo caso deberá ser objeto de estimación económica.*

**Se trata entonces de compensar el mayor esfuerzo aunado a la merma en sus posibilidades de ascenso o mejoramiento por una discapacidad sobrevenida que no tendría que soportar, pues le impone unos retos personales, físicos, económicos y sociales, dada su condición que por el accidente -y sólo por éste tiene que asumir.** El subrayado y la negrilla están por fuera del texto original.

*En este sentido, se revocará la negación del lucro cesante a los lesionados, reconociéndoles, por el resto de su vida probable, la proporción del ingreso que perdieron por el esfuerzo adicional al que se verán sometidos, claro está, utilizando como base los salarios y prestaciones debidamente comprobados para la fecha del accidente.”*

Por otra parte, vale también resaltar que la sentencia SC2498 del 3 de julio de 2018, de la Corte Suprema de justicia, casa y posteriormente modifica el numeral 4 de la sentencia de segunda instancia, al encontrar probados, relación laboral, ingresos percibidos para la fecha de los hechos, pérdida de la capacidad laboral y expectativa o probabilidad de vida, elementos que justamente se encuentran probados en el proceso de la referencia, por lo cual se deberá modificar la sentencia recurrida y en consecuencia declarar probada la pretensión de lucro cesante futuro, de la cual no se mencionó mayor cosa en el fallo de la primera instancia.

Cabe anotar que en el escrito de la demanda, se pretendió y liquidó el lucro cesante con ingresos de \$881.242, no obstante ello, se encuentra probado que los ingresos percibidos por Robinson Urcue para la fecha de los hechos, corresponden a un salario mínimo legal mensual vigente, que para la fecha de presentación de la demanda correspondía a \$781.242, y que adicionalmente percibía ingresos por horas extras en aproximadamente \$150.000 pesos mensuales y bonificación por operario de máquina en una suma mensual de \$166.000, debidamente probados, sumas estas a las cuales

se le debe de incrementar el 25% que corresponde a las prestaciones sociales, tal y como claramente quedo demostrado en el informe de investigador de campo FPJ 11 elaborado por el perito Yolanda Feliciano Barreto adscrita al CTI de la fiscalía que liquida los perjuicios materiales del lesionado, y como lo expone la sentencia SC2498 del 3 de julio de 2018, antes aducida en la cual la Magistrada Margarita Cabello Blanco donde se tasa y liquida el perjuicio de lucro cesante, y en este sentido debe ser adicionada la sentencia, reconociendo el Lucro Cesante Futuro en las sumas pretendidas en la demanda.

Frente a este punto por ultimo debo resaltar que si bien es cierto, dentro del acápite de pretensiones de la demanda en la segunda de ellas, se solicitan las condenas a pagos de dineros y frente al lucro cesante futuro, se presenta una liquidación sustentada en un cuadro el cual estima que el lucro cesante futuro obedecía al monto de \$103.027.905,09, lo cierto es que en el punto b), claramente se solicita que “se condene a los demandados al pago de **LUCRO CESANTE FUTURO EN FAVOR DE ROBINSON URCUE HURTADO**, que son los dineros que a futuro va a dejar de percibir mi mandante Robinson Urcue Hurtado por concepto de la perdida de la capacidad laboral desde la presentación de esta demanda, y hacia su expectativa de vida, teniendo en cuenta que tiene una valoración de pérdida de su capacidad laboral de 46.77%, valor que se refleja en el siguiente cuadro:”

Dentro de las pruebas debidamente allegadas al proceso después de la presentación de la demanda, como lo es el plurimentado Informe Investigador de campo FPJ-11, se determinó, que el valor del lucro cesante futuro es superior al solicitado, obedeciendo su cálculo a la suma de \$123.020.736, no obstante ello, y en concordancia con posturas de esta misma corporación que debe decidir el presente asunto, en una decisión muy reciente, decidió el pago de unos perjuicios por encima de los valores solicitados en la demanda con fundamento en el siguiente argumento extractado de sentencia de fecha 28 de agosto de 2020 dictada por la sala de decisión civil bajo el acta No. 60 por la honorable Magistrada Ponente Dra. Ana Luz Escobar Lozano.

*“Atendiendo esas dificultades, en sentencia CSJ SC, 15 abr. 2009, rad. 1995-10351-01, esta Sala modificó su doctrina previa sobre el particular, y construyó a partir de allí una sólida tendencia jurisprudencial, que atribuye a expresiones como la antes citada el efecto de ampliar el margen de maniobra del fallador: «Al contrario de lo que en el pasado estimó, la Corte considera ahora que en aquellos asuntos en cuya demanda, reforma o sustitución de ésta la parte actora pretenda condenación por una suma explícitamente determinada, pero acompañada de expresiones como las particularizadas arriba [“o la que se pruebe”, o “la que resultare probada”, o “la que se probare en el proceso”], que son las palabras con las que de modo usual se formulan o plantean las súplicas que tengan como propósito una condena pecuniaria, ninguno de esos agregados se puede concebir como dependiente o subordinado de la cifra expresada que a su alrededor se hubiere manifestado; todo lo contrario, una cabal comprensión del tema permite admitir que dichos complementos la modifican de tal manera que amplían el espectro dentro del cual el juzgador válidamente puede o debe moverse, hacia arriba o hacia abajo de esa cuantificación, sin caer, desde luego, en una resolución infra petita o plus petita, pues en tal supuesto está limitado, eso sí, sólo por el importe probado a través de los diversos elementos de convicción incorporados al plenario”. (...)*

Y es que no debemos olvidar que dentro de las pretensiones del libelo de la demanda se solicito una suma de dinero por lucro cesante futuro, pero tambien se dijo frente a dicha pretension que son los dineros que a futuro va a dejar de percibir mi mandante por concepto de perdida de la capacidad laboral desde la presentacion de esta demanda y hacis su expectativa de vida, teniendo en cuenta que tiene una perdida de capacidad laboral de 46.77%.

Indica lo anterior, que si en el mismo punto de la solicitud del lucro cesante se menciona que el mismo obedecía a su expectativa de vida, y a la perdida de capacidad laboral, se encuentra debidamente demostrado dentro del proceso por concepto de lucro cesante futuro una cuantía superior a la que se determino inicialmente, no existe ninguna restriccion legal para que el fallador disponga la condena sobre la suma real y efectivamente demostrada, y por el contrario si la condena fuese unicamente por la cifra pedida se incurriria en un fallo incongruente a las luces del 281 Código General del Proceso, esto siguiendo los mismos lineamiento de esta corporacion, quien en el mismo fallo antes aducido, manifiesta que:

*“Por tanto, si al decir del artículo 305 del Estatuto Procesal Civil, “la sentencia deberá estar en consonancia”, en particular, con “las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades” que dicho código “contempla”, y si en el acto introductorio la parte demandante deprecó que se ordenara a la demandada a pagar, por concepto de la indemnización de perjuicios, la cantidad de dinero allí dicha en una cifra concreta, o “la suma que se probare”, con arreglo a la doctrina que ahora se rectifica, el juzgador, de hallarse demostrado dentro del proceso por tal concepto una cuantía superior a la que de aquel modo el actor hubiera determinado, tendrá forzosamente que imponer la condena por la suma así probada y no por la cifra exacta fijada, porque, ha de reiterarse, al haberse invocado en la pretensión la condenación a cargo de la opositora por la cantidad precisa aducida o “por la que se probare”, él no tendrá ninguna restricción legal para disponerla en la extensión real y efectivamente demostrada, pues aún de este modo estará pronunciándose dentro de los precisos límites trazados por el mentado precepto normativo; antes bien, si en tal supuesto, esto es, de encontrar evidenciado un quantum mayor del expresamente pedido en el libelo, llegara a reducir la condena al guarismo explicitado en la demanda, incurrirá en un fallo incongruente, por mínima petita, por cuanto en tal hipótesis la definición de la controversia judicial no estará en consonancia con “las pretensiones aducidas en la demanda y en las demás oportunidades” legalmente previstas».”*

Así las cosas, el fallo recurrido debiera ser modificado, condenando a todos los demandados al pago de perjuicios del orden de lucro cesante futuro en la cifra debidamente probada en el dictamen de valoración de perjuicios materiales contenido en el Informe Investigador de campo FPJ-11, es decir en la suma de \$123.020.736.

**3. Tercer Reparó: No se condena al pago de perjuicios patrimoniales de daño emergente y lucro cesante consolidado, los cuales están debidamente pretendidos y probados en el proceso, por lo que debe de modificarse dicho aparte de la providencia.**

**Razones del Reparó:** Frente a este reparó, en primer lugar, solicitaremos que se tengan en cuenta los postulados del Consejo de Estado propuestos en el reparó anterior, en el sentido de que, aunque el lesionado haya recibido salarios y otras prestaciones de parte de su empleador y en razón a sus incapacidades desde la fecha de ocurrencia del hecho y has la actualidad, pues nótese como en dicha sentencia dictada el 22 de abril de 2015, bajo el radicado 15001-23-31-000-2000-03838-01 (19146), la sala de lo contencioso administrativa en sección tercera subsección B, liquida el lucro cesante consolidado pese a que los demandantes los hubiesen recibido de parte de su empleador. (Téngase en cuenta esta jurisprudencia trasncrita en el reparó anterior para efectos de sustentar el presente reparó)

De otro lado, si bien es cierto que el lesionado ha recibido los salarios y demás prestaciones de parte de su empleador en razón a que desde la fecha de ocurrencia del accidente de tránsito objeto del presente proceso se encuentra incapacitado, claro está que Robinson Urcue Hurtado, además de recibir salarios y prestaciones percibía además dineros como bonificación por ser operario de maquina en la empresa en una suma de \$166.000 pesos mensuales, y adicionalmente, percibía además horas extras, aproximadamente \$150.000 pesos mensuales, cifras estas que no han sido tenidas en cuenta por su empleador en el pago de los dineros por incapacidad desde la ocurrencia del accidente hasta la fecha, y los cuales están debidamente demostrados en su origen con la certificación de ingresos de su empleador y con el testimonio de la señora Engy Patricia Ayala del departamento de gestión humana de Mac Dulces, por la declaración de parte del lesionado y de los demás demandantes y adicionalmente estos perjuicios están debidamente tasados con el informe pericial de valoración de perjuicios plasmados en el informe FPJ11 de la perito del CTI.

Al no recibir estos ingresos por horas extras y bonificación por ser operario de máquina, se torna esto es un perjuicio no satisfecho, o una pérdida consolidada, es decir es un lucro cesante pasado, unos dineros no recibidos por el demandante, es una pérdida de ganancia real, pues si no hubiese ocurrido el accidente, Robinson Urcue hubiese seguido recibiendo estos dineros que desde el día 18 de febrero de 2018, no percibe en razón a su incapacidad, razón por la cual la sentencia recurrida debe ser adicionada en el sentido de condenar a los demandados a pagar en favor del demandante Robinson Urcue Hurtado los dineros correspondientes a lucro cesante pasado, liquidados en el escrito de demanda y probados en el Informe del CTI que obra como prueba del proceso.

Con el mismo sustento del reparo anterior (sentencia de fecha 28 de agosto de 2020 dictada por la sala de decisión civil bajo el acta No. 60 por la honorable Magistrada Ponente Dra. Ana Luz Escobar Lozano.), que solicita el reconocimiento y condena de los perjuicios de lucro cesante futuro, se sustenta el presente reparo al fallo recurrido en el sentido del reconocimiento y condena de lucro cesante pasado o consolidado el cual debe ser reconocido en la suma de \$7.717.364 de conformidad con la valoración de perjuicios probados emitidos por el CTI en formato FPJ11.

**4. Cuarto Reparó: La sentencia recurrida no permite la acumulación de indemnizaciones, lo que constituye un error de la providencia por cuanto a contrario sensu de lo deprecado en ella, en el caso de estudio es procedente la acumulación de responsabilidad civil con los dineros de origen laboral, y en tal sentido la sentencia debe ser modificada.**

**Razones del Reparó.** La acumulación de indemnizaciones ha sido una figura jurídica que actualmente tiene un lineamiento jurisprudencial que deviene de la sentencia del 9 de julio de 2012 con radicado 2002-101, M.P. Ariel Salazar Ramírez. En esta sentencia, la Corte tuvo en cuenta diferentes criterios –la compensatio lucri cum damno y la causalidad adecuada, el carácter indemnizatorio de las prestaciones, la diversidad de títulos jurídicos de que emana cada uno de los pagos, y la facultad de subrogación– para determinar que la solución al problema no permite acudir a un único criterio, sino de determinar el que debe ser utilizado en cada caso concreto. Dicha sentencia se pronunció en los siguientes términos frente al primer criterio, es decir a teoría de la causalidad adecuada, la que determina que es admisible la acumulación de la indemnización con

otro tipo de beneficio por emanar de una causa distinta al hecho lesivo y en la que manifiesta:

*“Es decir, que según esta teoría siempre que el daño tenga distinta causa debería ser procedente la acumulación de indemnizaciones, más esa conclusión es, en principio, evidente y no susceptible de reparos. En tanto que el verdadero dilema surge cuando a pesar de que el daño tiene la misma causa adecuada, se pone en duda la prohibición de la acumulación, significando tal evento, de hecho, el centro de la controversia que se viene tratando.*

*Tal ocurre, por ejemplo, cuando se discute si ha de descontársele al expropiado el beneficio económico que obtiene cuando la parte del inmueble que no le es confiscada incrementa su valor por efecto de la obra para la cual se realiza la expropiación, siendo que tanto la expropiación como la ventaja económica tienen su fuente en la misma causa. O en los seguros personales de lesión o muerte, que no contemplan la posibilidad de restar de la indemnización que se reciba del causante del daño, las cantidades que el lesionado o sus deudos hayan de percibir por el seguro, a pesar de que la relación causal que existe entre el accidente y el pago de la cantidad asegurada no es menos “adecuada” que la que media entre aquél y la indemnización que se reciba de quien ejecuta el acto lesivo. Mucho menos está sujeta a incertidumbre la concurrencia de la indemnización con la herencia que recibe el heredero a quien se indemniza por la muerte de su causante, siendo que el hecho que da origen al reclamo de ambas prestaciones es el mismo: la muerte. Como más adelante se expondrá, la razón de la acumulación en esta última circunstancia radica en que se trata de beneficios que derivan de títulos distintos, pero esta explicación es diferente de la que se esgrime con base en la teoría de la “causa adecuada”. Pueden ser, entonces, muchas las situaciones en las que la misma causa adecuada da origen a indemnizaciones o retribuciones de cualquier especie que son compatibles o acumulables. De ahí que esta teoría no sea lo bastante clara para resolver el problema que se examina”*

Es decir, frente a esta teoría de la causalidad adecuada, el caso en estudio resulta procedente la acumulación de indemnizaciones, toda vez que el daño tiene distinta causa.

En cuanto al segundo criterio para que proceda la acumulación de pensiones de conformidad con la aducida sentencia, esto es; el **carácter indemnizatorio de las pretensiones**, manifiesta que los beneficios laborales son prestaciones indemnizatorias al igual que la indemnización que deviene de la responsabilidad civil, no obstante, ello seguidamente se pronuncia en los siguientes términos:

*“A pesar de la contundencia del anterior criterio, el mismo no puede ser admitido sin miramientos en todos los casos, pues suele presentarse la situación de que, a pesar de estar frente a prestaciones de carácter indemnizatorio, las mismas sean, sin embargo, acumulables.*

*Así, tanto la legislación como la jurisprudencia nacional han considerado que las prestaciones derivadas del sistema de riesgos profesionales tienen un sustrato indemnizatorio; lo cual se halla en consonancia con el origen histórico de esos beneficios. **No obstante, se ha aceptado su concurrencia con la indemnización originada en la responsabilidad civil, atendiendo a un enfoque distinto del que se viene comentando.** (resaltado fuera del texto original)”*

*Tales son los presupuestos fácticos que sustentaron la sentencia de 24 de junio de 1996, en cuya oportunidad esta Sala sostuvo:*

*“Tal cual aparece demostrado en el expediente, a la fecha del fallecimiento de Edelberto Niño Granados (27 de junio de 1986), éste era trabajador al servicio de la Electricadora de Santander S.A. y, en consecuencia, al momento de su muerte, con las condiciones y el lleno de los requisitos legales para el efecto, su cónyuge Alix Marina Quiñones y su hija Lizeth Karina Niño Quiñones, adquirieron el derecho a devengar la suma correspondiente a la pensión de sobreviviente, que tiene su origen en la relación de índole laboral que ligaba al de cujus con la empresa mencionada y en su carácter de afiliado al Instituto de los Seguros Sociales, prestación ésta que es por completo independiente del derecho que asiste a las demandantes a ser indemnizadas por la responsabilidad civil extracontractual cuya declaración solicitaron al iniciar este proceso contra los recurrentes en casación, como quiera que esta indemnización tiene origen en el accidente causado por el vehículo XK-5842, afiliado a la Empresa Copetrán Ltda., en desarrollo de una actividad peligrosa. De suerte que, siendo independiente la causa de estas prestaciones a favor de la viuda y la hija de Edelberto Niño Granados, mal podría aceptarse que la parte demandada pudiese descontar del monto de la indemnización por ella debida, el valor de las sumas pagadas a las demandantes en virtud de la relación laboral que su esposo y padre tenía con una empresa diferente y, como trabajador afiliado al ISS, pues, en tal caso, el responsable civilmente de una actividad peligrosa, a la postre resultaría obteniendo un beneficio de lo que las leyes de carácter laboral han previsto en beneficio del trabajador y su familia, sin que hubiere ninguna causa de orden jurídico ni norma expresa en contrario, y, siendo ello así, a expensas de lo que paga el Seguro Social, se disminuiría el valor de la indemnización a cargo de la parte demandada, por el daño ocasionado a los damnificados por su actividad, es decir, que vendría a lucrarse por el hecho de que la víctima del accidente estuviere afiliada al Instituto de Seguro Social. No hay pues, pese a lo afirmado en el tercero de los cargos de la primera demanda de casación una doble indemnización.”*

Lo anterior conlleva a determinar que frente al segundo criterio contenido en la sentencia en estudio, la acumulación de indemnizaciones en el caso que nos ocupa, también resulta procedente, pues nótese como tanto la sentencia en comento como en el caso de estudio, la causa de las prestaciones por responsabilidad civil por el ejercicio de la actividad peligrosa, es totalmente independiente de los dineros percibidos por el lesionado Robinson Urcue Hurtado que tiene su origen en la relación de índole laboral que tiene con su empleador, y en cuanto a la indemnización por la responsabilidad civil se determina por los perjuicios causados, y en los dineros pagados por el empleador no incide el daño causado sino que se rige por las cláusulas del contrato laboral, y se percibe es el valor correspondiente al salario por incapacidades y demás prestaciones y dineros contratados.

Ahora bien, la Corte conceptualiza por último que la teoría de la facultad de subrogación ha tomado fuerza, ante la insuficiencia de estos enfoques para erigirse como parámetro absoluto y al respecto manifiesta:

*“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.*

*El anterior argumento logra solucionar una gran cantidad de casos, pues ante la previsión legal de que el tercero que paga se subroga en los derechos del causante*

*del daño, resulta incuestionable que no se puede cobrar la misma indemnización tanto al autor del perjuicio como al subrogado que pagó por él; dado que no solo la víctima estaría recibiendo doble resarcimiento, sino que el victimario quedaría expuesto a hacer un doble pago.*

*A partir de la figura de la subrogación se puede concluir que la acumulación de indemnizaciones es inadmisibles 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.”*

Cabe anotar que a contrario de lo determinado en la providencia apelada (página 22), de conformidad con la teoría de la facultad de subrogación, este derecho surge en virtud al artículo 1096 del Código de Comercio, y en el artículo 12 del Decreto 1771 de 1994, ninguno de los cuales es aplicable al empleador, por lo cual, al no proceder repetición contra el tercero responsable, no procede el derecho de subrogación y por consiguiente es procedente para el damnificado la acumulación de indemnizaciones.

Vale anotar que no se puede entender de qué origen jurídico determina el despacho del Juzgado 8 Civil del Cto de Cali, que el empleador del demandante está facultado para solicitar a los demandados el pago de la indemnización por el asumida.

Sin embargo, pese a todos los criterios y enfoques en la jurisprudencia en comento para efectos de determinar la procedencia de la acumulación de indemnizaciones, la misma no contempla una línea específica y genérica, sino que por el contrario determina que cada caso debe estudiarse de manera específica, finalizando con la conclusión que:

*“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.*

*El caso que se analiza, concretamente, comparte rasgos comunes con la controversia que se resolvió en la sentencia de 24 de junio de 1996, en donde la Corte concluyó que una pensión de sobreviviente es independiente de la indemnización derivada de la responsabilidad civil y, por tanto, acumulable con ésta, porque ambas prestaciones derivan de títulos o relaciones jurídicas distintos. (Exp. 4662) En ese orden, 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.”*

En conclusión, en lo que respecta a los pagos de las incapacidades por parte del empleador desde la fecha de los hechos, debemos de resaltar que dichos pagos, surgen a raíz de un contrato laboral suscrito por el directo perjudicado Robinson Urcue Hurtado,

con su empleador MAS DULCES S.A.S. (quien no tiene derecho a la subrogación, contrario a lo deprecado por el Despacho A Quo), y no a raíz de algún seguro que haya suscrito el victimario o los civilmente responsables en favor de la víctima, lo cual hace que dichas erogaciones, me refiero al pago de las incapacidades, y la indemnización a la cual se hace merecedor el demandante en razón a la responsabilidad civil extracontractual permita su acumulación o sean compatibles entre sí.

Al respecto, este tema es ampliamente aclarado por la sentencia dictada bajo la Radicación número: 19001-23-31-000-1995-3007-01(14207) del consejo de estado , en donde es Actor: JUAN MANUEL CARO GONZALEZ Demandado: NACIÓN - FISCALIA GENERAL DE LA NACION, sentencia esta que analiza a través del problema jurídico, de si la víctima se puede beneficiar a través de dos sistemas de derecho, y de no ser así, cual es el método que se emplea para evitar la acumulación.

Concluye la jurisprudencia, aclarando que en el caso del pago de las incapacidades y prestaciones sociales, la obligación deviene de la ley, y se sustenta en la relación laboral y en el caso de la indemnización, este deviene de la responsabilidad civil extracontractual. En razón a ello, en este caso específico en el cual el hecho causante de la indemnización deviene de un tercero es procedente la acumulación.

Finalizo mi sustento, manifestando que el despacho de primera instancia, quien niega la acumulación de indemnizaciones con sustento en la misma sentencia de la Corte Suprema de Justicia con la que la suscrita fundamenta el reparo, no analizó la sentencia en su conjunto, sino que por el contrario utilizo solo apartes de la misma, descontextualizando el sentido jurídico de la misma.

- 5. Quinto Reparó: La sentencia recurrida condena a la parte demandante Robinson Urcue Hurtado y Efraín Hurtado a pagar a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial las sumas de cinco millones quinientos trece mil trescientos catorce pesos (\$5.513.314), y (\$1.053.474) respectivamente, correspondiente a la sanción impuesta de que trata el artículo 206 del Código General del Proceso, en tal sentido la sentencia debe ser modificada.**

**Razones del Reparó.** Una vez proceda los reparos concernientes a la condena a los demandados al pago de los perjuicios de Lucro Cesante futuro y consolidado de conformidad con los reparos segundo y Tercero, se deberá revocar los artículos octavo y noveno del Resuelve de la sentencia, que hacen relación a la sanción por exceso en la pretensión de la demanda.

- 6. Sexto Reparó: La sentencia recurrida no reconoce el lucro cesante pasado sufrido por el señor Efraín Urcue en razón al oficio de mensajería particular que prestaba en su motocicleta, con el invalido argumento que esta actividad no es una actividad regulada en Colombia, de tal suerte que la providencia debe ser adicionada en tal sentido.**

**Razones del Reparó.** La sentencia niega el reconocimiento del lucro cesante consolidado reclamado en la demanda por parte del señor Efraín Urcue y que aún se encuentra padeciendo a raíz de la pérdida total por daños de su motocicleta desde la fecha de los hechos, por cuanto la actividad debidamente probada en el proceso por el

cual el demandante percibía sus ingresos desde el año 2015, al no ser contratado en las labores del campo en las que se había desempeñado durante toda su vida, no es una actividad legalmente regulada en Colombia, tornándose totalmente informal por carecer de requisitos de ley para su ejercicio.

Al respecto es necesario manifestar que si bien es cierto esta actividad no se encuentra regulada, también lo es que una gran parte de los ciudadanos Colombianos realizan actividades informales no reguladas por el estado, pero ello no implica que no deba reconocerse los ingresos que perciben frente a dicha actividad, pues sino se trata de una actividad ilícita y se ha demostrado su origen y su magnitud, los perjuicios deberán ser demostrados, por lo resulta evidente que en estos términos la sentencia deberá ser adicional, declarando probada la pretensión de lucro cesante e favor del señor Efraín Urcue.

EL fallo del despacho A Quo, vulnera los derechos fundamentales del demandante Efraín Urcue, pues da a entender que solo tienen derecho a la indemnización las personas que devenguen dineros por trabajar en una empresa desconociendo que los años anteriores al accidente objeto del presente recurso el señor Efraín percibió sus ingresos de la actividad de mensajería y otros que realizaba de manera personal en la motocicleta que adquirió para ese fin, pues nótese como se encuentra probada en el expediente que don Efraín realizó un préstamo en Bancamía el día 19 de octubre de 2015 y la motocicleta fue comprada de contado el día 20 de octubre de 2015, es decir al día siguiente del desembolso del crédito.

Dentro de la tarifa legal que debe realizar el fallador, debe tener en cuenta que al respecto de determinar ingresos existe libertad probatoria, y así lo hizo la parte demandante cuando logro probar ante el Juez que el señor Efraín Urcue devengaba ingresos por dicha actividad, tanto es así, que existe la presunción legal, que todo ciudadano Colombiano percibe al menos un salario mínimo, en este caso tal situación se estableció por el medio probatorio testimonial y declaración de parte que mi representado. Y en cuanto a las características del daño, se encuentra que provengan de un ingreso lícito, lo cual se presenta en esta ocasión, pese a no ser una actividad formal y regulada.

## **7. Sexto Reparó: Indebida valoración de perjuicios extrapatrimoniales de orden moral para cada uno de los demandantes.**

**Razones del Reparó.** La sentencia tasa perjuicios del orden moral para cada uno de los demandantes en una cifra que no se compadece con el real perjuicio causado.

Si bien es cierto que el daño moral es del resorte del señor Juez, también lo es que el mismo debe obedecer a las pruebas que se hayan demostrado dentro de la controversia, y en ese sentido debe tenerse en cuenta la magnitud de la lesión, pues el dolor, la congoja, la tristeza devienen de ella, debiéndose resaltar que la incapacidad dada por Medicina Legal al lesionado en el caso de estudio, es la máxima que puede conceder por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forense, de conformidad con el reglamento interno para el abordaje de Lesiones en clínica forense, el cual es de 150 días de incapacidad y adicionalmente fueron determinadas 5 secuelas, a saber: Deformidad Física que afecta el cuerpo de carácter permanente, Perturbación Funcional del Miembro

Superior Izquierdo de carácter permanente, Perturbación Funcional del Miembro Inferior Izquierdo de carácter permanente, Perturbación Funcional del Miembro Inferior Derecho de carácter transitorio, y Perturbación funcional de órgano de la locomoción de carácter permanente, las cuales consecuentemente le produjeron pérdida de la capacidad laboral en un porcentaje del 46.77%, situación que ha producido en la víctima directa una congoja, tristeza, aflicción, preocupación en su esfera persona por no saber que viene para el en adelante, como va a quedar, que situaciones más va a tener que padecer, mantiene un sentimiento de incertidumbre, dice que muy probablemente no va a poder volver a trabajar, y mucho menos tener aspiraciones diferentes, como bien lo hace ver el despacho, no obstante la tasación que hace del perjuicio moral en la suma de \$25.000.000 para Robinson Urcue es insuficiente y no resulta equitativo para compensar las angustias y desosiego que se encuentra experimentando, pues recuérdese que aun al día de hoy, después de más de dos años de ocurrencia del hecho, se encuentra incapacitado y no ha terminado su tratamiento clínico, ha tenido que soportar durante mas de dos años muchas hospitalizaciones, cirugías, en la lesión expuesta, le ingreso una bacteria, que no ha permitido que la abertura sanara, adicionalmente las fracturas del miembro inferior izquierdo fueron completas, el hueso se astillo y además se desplazó, a tal punto que parecía con dos rodillas en la misma pierna, porque la parte fracturada no soldó razón por la cual le implantaron el tutor externo, el que le causaba mucho dolor, lo cual pudo evidenciar el mismo despacho, pues recuérdese que en la audiencia de que trata el artículo 372 (realizada casi dos años después de la ocurrencia del hecho), el lesionado tuvo que retirarse de la sala de audiencia por que el frio del aire acondicionado hacía que los materiales del tutor le enfriaran de tal manera que le aumentaba el dolor, igual situación acontece con la temperatura climática, ya sea calor o frio.

Las anteriores razones, nos llevan a presentar el reparo frente a la indebida tasación del perjuicio moral, no solo para el lesionado sino también para su familia, quienes han sufrido la suerte de su hijo y hermano como propia, y han experimentado el dolor al verlo en la situación que se encuentra, por lo que es dable afirmar que la pena generada debe recibir una compensación monetaria más acorde a lo reconocido en la primera instancia y que deberá ser el mismo monto para el lesionado y para sus progenitores quienes se encuentran en primer grado de consanguinidad y sufren el dolor de sus hijos como lo hace todo gran padre de familia, así también se debe de incrementar los valores reconocidos en la sentencia para sus hermanos, sin que tenga que ver su lugar de residencia, pues en el caso de Leiderman y Freiman Urcue, la providencia tasa unos perjuicios de orden moral en suma inferior a la tasada para sus otros hermanos por cuando no conviven en el mismo sitio, como si eso fuese una barrera para determinar una lesión en la esfera sentimental y afectiva de los hermanos del lesionado, desconociendo la sentencia, que el daño moral consisten en el dolor, la angustia, depresión que les produce las lesiones causados en la humanidad de su hermano menor que en nada tiene que ver si viven o no en la misma residencia, pero que si debe de tenerse en cuenta que todos son personas jóvenes y ese dolor y esa angustia les va a pesar por el resto de sus vidas, pues las lesiones de Robinson son permanentes.

AL respecto, me permito aportar jurisprudencia extractada de la Sentencia dictada el 23 de agosto de 2012 por el Consejero Ponente Hernán Andrade Rincón de la sección Tercera de la sala Contencioso Administrativo bajo el radicado 18001-23-000-1999-00454-01(24392), en la cual hace un recuento del reconocimiento del daño moral en las altas cortes:

### **5.1 Perjuicios morales. Necesidad de motivación al reconocerlos. Aplicación de las presunciones por parentesco.**

*En cuanto se refiere a la forma de probar los perjuicios morales, debe advertirse que, en principio, su reconocimiento por parte del juez se encuentra condicionado –al igual que demás perjuicios– a la prueba de su causación, la cual debe obrar dentro del proceso. Por esta razón, el Juez Contencioso al momento de decidir se encuentra en la obligación de hacer explícitos los razonamientos que lo llevan a tomar dicha decisión, en el entendido que la ausencia de tales argumentaciones conlleva una violación al derecho fundamental del debido proceso<sup>27</sup>.*

*Sin contrariar el principio que se deja visto, pero teniendo en cuenta las particularidades subjetivas que comporta este tipo de padecimientos que gravitan en la órbita interna de cada individuo, sin que necesariamente su existencia se corresponda con la exteriorización de su presencia, ha entendido esta Corporación<sup>28</sup> que es posible presumirlos para el caso de los familiares más cercanos, dada la naturaleza misma afincada en el amor, la solidaridad y el afecto que es inherente al común de las relaciones familiares, presunción de hombre que, desde luego, es susceptible de ser desvirtuada dentro del proceso.*

*Idénticos parámetros jurisprudenciales maneja actualmente la Corte Suprema de Justicia <sup>29</sup> que ha entendido que la valoración de este tipo de perjuicios corresponde al juez, quien podrá declarar su existencia con base en la prueba indiciaria, en la cual, el parentesco resulta ser un elemento que permite deducir y tener por demostrado el afecto derivado de las relaciones familiares <sup>30</sup>.*

*Sobre la utilización de este medio probatorio de las presunciones para la tasación del daño moral, la Corte Constitucional ha considerado que tal criterio decantado por las Altas Cortes tiene la connotación de precedente jurisprudencial obligatorio para los jueces de menor jerarquía y, en consecuencia, ha ordenado su aplicación en los casos en los cuales se verifique que no han sido acogidos los lineamientos de tales precedentes sin que exista justificación para hacerlo <sup>31</sup>. Así lo ha expresado:*

---

<sup>27</sup> Corte constitucional Sentencia T-212 de 2012. “la libertad a un juez para que tome una decisión bajo su arbitrio judicial, no es un permiso para no dar razones que sustenten lo decidido, no es una autorización para tomar decisiones con base en razonamientos secretos ni tampoco para tomar decisiones basadas en emociones o pálpitos. Como se indicó, por el contrario, demanda un mayor cuidado en el juez al momento de hacer públicas las razones de su decisión”.

<sup>28</sup> El tema de los perjuicios morales ha sido de una constante evolución en la jurisdicción contenciosa. Es así como en sentencia de la Sala Plena del 5 de noviembre de 1997, expediente S-259 se estimó la posibilidad de presumirlos tratándose de padres, hijos, cónyuge y hermanos menores, pero que debía probarse respecto de los demás familiares. Posteriormente en sentencia del 17 de julio de 1992, la Sección Tercera consagró en favor de todos los hermanos, menores y mayores, la presunción del perjuicio moral. Y por último la Sección ha precisado que la presunción del daño moral operaba respecto de los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, precisando que si no se demostraba el parentesco y la legitimación se sustentaba en la condición de damnificado del demandante. éste tenía la carga de demostrarlo.

<sup>29</sup> Al igual que el Consejo de Estado, la Corte Suprema en un primer momento histórico negó la posibilidad de presumir los perjuicios morales, al considerar que su causación debía estar debidamente acreditada dentro del proceso. Sólo a partir del año 1997, rectificó su postura jurisprudencial en el sentido de aceptar la prueba indiciaria y, con ella, la presunción por parentesco, como sustento de una condena por perjuicios morales.

<sup>30</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 26 de agosto de 1997, M.P. DR. CARLOS ESTEBAN JARAMILLO S. Oportunidad en la cual explicó: “si bien es cierto que no basta con invocar sin más la existencia de un agravio moral, también es verdad que no...se exige una prueba irrefragable de su real ocurrencia, prueba esta del todo imposible por la naturaleza de esta clase de daños, pero que a pesar de esta circunstancia, bien puede deducirse de signos exteriores cuya verificación la ley difiere al discreto arbitrio judicial, luego corresponde por norma general al prudente juicio de los sentenciadores, en cada caso, reconocerlo como daño indemnizable, atendiendo al hecho generador de responsabilidad y a las circunstancias particulares que rodean dicho caso que, a su vez, han de suministrar las bases de cálculo adecuadas para fijar el monto de la satisfacción pecuniaria debido por este concepto para efectos de la indemnización de perjuicios no patrimoniales por la pérdida de una persona allegada, al demostrar el cercano parentesco entre el actor y esta última, se acredita sin duda la existencia de una relación que en guarda del postulado de razonabilidad en las inferencias jurisdiccionales, permite construir la presunción del daño moral o afectivo, que por lo mismo puede ser desvirtuada por la parte interesada.”<sup>30</sup>

<sup>31</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-934 de 2009 mediante la cual se revocó la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño el 15 de agosto de 2008, al considerar que dicha decisión iba en contravía del precedente jurisprudencial de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

<sup>32</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 18 de junio de 2008. Radicación No. 52001-23-31-000-1996-07347-01 (15625). Actor Guillermo Garcés Bagui y otros. C. P. Enrique Gil Botero. <sup>3</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 19 de julio de 2001. Radicación No. 52001-23-31-000-1995-6703-01 (13086). Actor Jorge Alfredo Caicedo Cortés. C. P. Alir Eduardo Hernández Enríquez.

<sup>34</sup> Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 10 de marzo de 2005. Radicación No. 85001-23-31-000-1995-00121-01 (14808). Actor María Elina Garzón y otros. C. P. Germán Rodríguez Villamizar.

6.4. La comentada presunción se basa en las “reglas de la experiencia” que permiten presumir “que el sufrimiento de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, además de la importancia que dentro del desarrollo de la personalidad del individuo tiene la familia como núcleo básico de la sociedad” 32. En este sentido se ha señalado que “es lo corriente que los padres, los hijos y los hermanos se amen entre sí, y por lo tanto, que sufran los unos con la desaparición de los otros”33 .

6.5. En este orden de ideas, el parentesco “puede constituir indicio suficiente de la existencia, entre los miembros de una misma familia, de una relación de afecto profunda y, por lo tanto, del sufrimiento intenso que experimentan los unos con la desaparición o el padecimiento de los otros”34. Así, en el caso de los hermanos de la víctima, la presunción elaborada para efectos de demostrar el perjuicio moral, se funda “en un hecho probado”, cual es “la relación de parentesco”, pues a partir de ella y “con fundamento en las reglas de la experiencia, se construye una presunción que permite establecer un hecho distinto, esto es, la existencia de relaciones afectivas y el sufrimiento consecuente por el daño causado a un pariente, cuando éste no se encuentra probado por otros medios dentro del proceso”35

“Así las cosas, en esta oportunidad, la Sala reitera la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustenta.

Ahora bien, no puede perderse de vista que de tiempo atrás la jurisprudencia de esta Sala –y de la Corte Suprema de Justicia también-, ha soportado la procedencia de reconocimiento de este tipo de perjuicios y su valoración no solamente con fundamento en la presunción de afecto y solidaridad que surge del mero parentesco, sino que, acudiendo al *arbitrium judicis*, ha utilizado como criterios o referentes objetivos para su cuantificación la características mismas del daño, su gravedad y extensión, el grado de afectación en el caso a cada persona, vale decir, el conjunto de elementos o circunstancias de hecho que enmarcan la situación del demandante afectado, para, por vía del análisis de conjunto, debidamente razonado, llegar a concretar un monto indemnizatorio determinado que de ninguna manera puede asumirse como algo gracioso, nacido de la mera liberalidad del juez, y bajo esa concepción han de entenderse los lineamientos que la jurisprudencia ha llegado a decantar que en ese punto –el del *quantum*- obra como referente.”

En sentencia SC5686 dictada el 19 de diciembre de 2018 bajo el radicado 05736 31 89 001 2004 00042 01, la Corte Suprema de Justicia reconoció suma hasta de \$72.000.000 de pesos por perjuicios moral, y en ese sentido se solicita que se use tal baremo para la tasación de los perjuicios de favor de los demandantes.

**8. Octavo Reparó. Indebida Tasación de perjuicios de Daño a la vida de Relación para el lesionado y la negativa de declarar probado estos perjuicios para sus padres y hermanos constituyen otro yerro de la providencia, la cual deberá ser modificada y adicionada en este sentido.**

**Motivos del Reparó.** En lo que respecta al lesionado Robinson Urcue Hurtado, a quien la providencia le reconoce perjuicios a la vida de relación en la suma de \$25.000.000, consideramos que la suma reconocida no es compatible con los reales perjuicios causados, hablando claro está del daño a la vida de relación, por cuanto es necesario recordar que desde el día 18 de febrero de 2018, fecha en la que ocurrieron los hechos,

Robinson ha visto su vida limitada a citas médicas, exámenes médicos, hospitalizaciones y cirugías, durante estos dos años y medio y en razón a las lesiones y por supuesto a la pérdida de su capacidad laboral en un porcentaje de 46.77%, y a las perturbaciones funcionales de sus miembros, se ha visto limitado en su movilidad, ha tenido que recurrir a terceros para realizar las actividades básicas como bañarse, asearse después de hacer sus necesidades básicas, incluso en los primeros meses del accidente y en virtud a las lesiones en sus manos y brazos, tuvieron que darle la alimentación, para bajar y subir gradas de la casa de su tía ha tenido que utilizar la ayuda de su familia, adicionalmente se volvió más retraído, ya no visita a sus familiares cercanos, ni va a fiestas, ni realiza ninguna de las actividades que realizaba con amigos y conocidos, dejó de jugar fútbol, el solo hecho de que no pueda trabajar, ya le cambió la esfera de su entorno, la calidad de vida y dejó de relacionarse con las personas que antes del accidente hacían parte de su vida, incluso para el tiempo de los hechos, tenía una novia y a raíz de lo ocurrido perdió contacto, sencillamente ella dejó de verlo, situación que por sí sola permite inferir razonablemente el alto grado de este perjuicio causado a Robinson, por lo cual desde ya se solicita que la suma reconocida se incremente en proporción al daño causado.

En lo que respecta a su familia, si bien es cierto que este perjuicio no se ha causado en la misma proporción en que se le ha causado a Robinson y por esa razón dentro de las pretensiones de la demanda fue solicitada de manera mesurada, en razón de 20 salarios mínimos mensuales para sus padres y 10 salarios para sus hermanos, no podemos desestimar que su núcleo familiar se ha visto afectado, pues el solo hecho de la ausencia de Robinson en su hogar, ha afectado notoriamente la vida de sus padres y hermanos menores, pues Robinson era la alegría de la casa, era quien organizaba las salidas, era quien animaba a sus hermanos y a sus padres a salir a las montañas, al río, era quien les proveía la recreación a toda la familia, y el solo hecho de que no pueda desplazarse hasta la finca ubicada a unas dos horas desde Jamundí, esa situación les ha alterado sus condiciones de vida, incluso ahora con la sola intención de ayudar en el estado de Robinson organizan actividades para que él vaya a la finca, pero él no va, y entonces ellos desisten de lo organizado. Y es que el hecho de que la familia se encuentra ahora desintegrada, es consecuencia única y exclusivamente del hecho que causó las lesiones a Robinson, pues a raíz del delicado estado de salud en que se ha visto inmerso, y las limitaciones de su movilidad, tuvo que radicarse en la casa de una tía en Jamundí, y no pudo volver a subir a la finca.

Al respecto y pese a tratarse del hecho del fallecimiento de padre y esposo, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado frente al daño a la vida en relación y al respecto a manifestado:

*“La labor definitoria del debate fue coherente con la delimitación del libelo, en cuyo hecho décimo cuarto las promotoras adujeron que:*

*“(…) han padecido y padecen aún perjuicios de carácter extrapatrimonial, en su modalidad de daño moral subjetivo, consistente en ese dolor, angustia, depresión originados en la muerte y pérdida de un ser querido, como lo es su cónyuge y padre. Además de los perjuicios morales subjetivos o pretium doloris (...) han sufrido los denominados por la doctrina y la jurisprudencia perjuicios a la vida de relación y que hacen también parte de los perjuicios extrapatrimoniales, el cual se configura por la imposibilidad física de las demandantes para realizar las actividades que normal y cotidianamente realizaban en su vida de pareja y de familia respectivamente, antes de la ocurrencia del daño y que reportan placer al vivir. Sufriendo una alteración en su vida personal y familiar que modifica su "modus vivendi", como sucede, por ejemplo, cuando se pierde la posibilidad de realizar una serie de actividades que hacen más agradable su existencia, como lo es en éste caso los hábitos y prácticas propias*

*de una vida en pareja y las situaciones familiares y de relación de padre e hija que se dejaron de compartir debido a la ausencia del Sr. Osorio Giraldo.<sup>2</sup>*

**9. Noveno Reparó. La negativa de declarar probado el perjuicio de daño estético para el lesionado es un yerro de la providencia que deberá ser subsanado en tal sentido**

**Motivos del Reparó.** El perjuicio estético es conocido como cualquier tipo de defecto físico que altere de manera negativa la apariencia externa del que lo sufre, de tal manera que provoca modificaciones que empeoran la imagen de la persona de manera visible y además permanente, la visibilidad de la lesión estética no requiere que sea percibido por un tercero, basta con que quien la padece sea quien la perciba, en el caso de estudio, la lesión estética de Robinson urcúe obedece no solo a las múltiples cicatrices que dejó en su cuerpo las señales del accidente, sino también la cojera tal y como quedó plasmado en los dos informes pericial de medicina legal practicados al demandante y que hoy desconoce la providencia recurrida, en las que se plasma deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente en virtud a las múltiples cicatrices y alteraciones y las perturbaciones funcionales de carácter permanente, en virtud a la reducción de su pierna izquierda debido al acortamiento de los huesos por fracturas, las cuales son de carácter permanente.

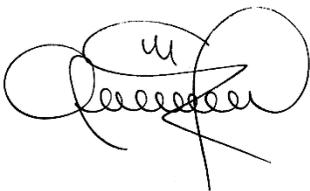
Deviene razonable resaltar que si bien el perjuicio estético del demandante no es en nivel muy alto, puesto que obedece a cicatrices y cojera, que no tiene la posibilidad de ser corregida, y por ello su carácter de permanente, el mismo deben ser indemnizado, a las luces del artículo 16 de la ley 446 de 1998, el cual busca que en lo posible la víctima conserve un estado similar al que precedía a la ocurrencia de los hechos perjudiciales, situación esta que debe de garantizar dejando al sujeto perjudicado en la situación lo más parecida posible a como se encontraba antes de los hechos.

Es por lo anterior, que se solicita mediante este reparó se reconozca el perjuicio estético solicitado en el escrito de demanda.

En estos términos doy por sustentados los reparos formulados en la interposición al recurso de apelación.

Atenta del trámite subsiguiente, me suscribo.

Del señor juez,



**ADRIANA PATRICIA CARDOSO DAVILA**

C.C. N°. 66.834.931

T.P. N°. 84.379 del C. S. de la J.

