

La pérdida de la capacidad laboral: un perjuicio autónomo e indemnizable en el contexto de la responsabilidad civil y del Estado

Amalia Tapias Tapias

Universidad Pontificia Bolivariana
Escuela de Derecho y Ciencias Políticas
Maestría en Derecho
Floridablanca
2018

**La pérdida de la capacidad laboral: un perjuicio autónomo e indemnizable en el
contexto de la responsabilidad civil y del Estado**

Amalia Tapias Tapias

Trabajo presentado para obtener el título de Magíster en Derecho

DIRECTOR

Ana Carolina Bernal Bueno

Abogado Magíster

Universidad Pontificia Bolivariana

Escuela de Derecho y Ciencias Políticas

Maestría en Derecho

Floridablanca

2018

Dedicatoria

A mis hijos, Shayl y Fuad

Agradecimientos

A mi directora de proyecto, Ana Carolina

Lista de Tablas

Tabla 1. Monto de la indemnización proporcional a la PCL.....	71
Tabla 2. Reparación del daño moral en caso de muerte.....	101
Tabla 3. Reparación del daño moral en caso de lesiones personales.....	101
Tabla 4. Reparación del daño moral en caso de privación de la libertad.....	102
Tabla 5. Reparación del daño a la salud.....	104

RESUMEN GENERAL DE TRABAJO DE GRADO

TITULO: La pérdida de la capacidad laboral: un perjuicio autónomo e indemnizable en el contexto de la responsabilidad civil y del Estado

AUTOR(ES): Amalia Tapias Tapias

PROGRAMA: Maestría En Derecho

DIRECTOR(A): Ana Carolina Bernal Bueno

RESUMEN

El presente trabajo de investigación comporta la intensión de despertar en la comunidad jurídica y académica, la inquietud acerca de la posibilidad jurídica de considerar la pérdida de la capacidad laboral (PCL) como un perjuicio autónomo e indemnizable en el contexto de la responsabilidad civil y del Estado. A partir del análisis de: i) la distinción entre daño y perjuicio; ii) el concepto y alcance de la PCL en el Sistema General del Seguridad Social; y, iii) el rol asignado a la PCL en la reparación del daño por los Tribunales de cierre de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y Ordinaria en las Salas Civil y Laboral; decantados desde el 28 de agosto de 2014, fecha en la que la Sección Tercera del Consejo de Estado recopiló la línea jurisprudencial y estableció los criterios para la reparación de los perjuicios inmateriales, se pretende encontrar los argumentos para considerar la PCL una categoría de perjuicio extrapatrimonial, autónomo e indemnizable, con fundamento en el principio de reparación integral de la víctima del daño.

PALABRAS CLAVE:

Pérdida de la capacidad laboral, daño, perjuicio, indemnización, reparación integral.

V° B° DIRECTOR DE TRABAJO DE GRADO

GENERAL SUMMARY OF WORK OF GRADE

TITLE: The loss of the labor capacity: an autonomous and compensable damage within the context of the civil and State liability.

AUTHOR(S): Amalia Tapias Tapias

FACULTY: Maestría En Derecho

DIRECTOR: Ana Carolina Bernal Bueno

ABSTRACT

The following investigation is carried out to arouse in our legal and academic community the question about the legal possibility of considering the loss of the labor capacity (PCL for its acronym in Spanish), as an autonomous and compensable damage within the context of the civil and State liability. Beginning with the analysis of: i) the dilemma between losses and damage; ii) the concept and incidence of the PCL in the General System of Social Security; and, iii) the role that has been assigned to it by the legal precedent of the Courts in the Administrative Jurisdiction and the Civil and Labor Rooms of the Ordinary Jurisdiction, it is our purpose to find arguments that categorize the PCL as an extra-patrimonial damage, autonomous and compensable, based on the principle of integral reparation of the victim of harm.

KEYWORDS:

Loss of labor capacity, damage, loss, compensation, integral reparation.

V° B° DIRECTOR OF GRADUATE WORK

Introducción

Un pilar fundamental para el desarrollo de la sociedad contemporánea es el respeto por los intereses propios de sus integrantes; es así que, universalmente, se ha concebido la obligación de reparar los daños causados a otros en sus bienes y derechos, de naturaleza material o corporal, que gocen de protección jurídica.

Para la reparación de los daños, en el ordenamiento jurídico y el precedente judicial, se han establecido las categorías de los perjuicios indemnizables. Al respecto vale precisar, que existe controversia en la doctrina acerca de la distinción entre daño y perjuicio; que no es ajena a las Cortes.

En el contexto del derecho colombiano, el Código Civil establece la obligación de indemnizar los perjuicios causados de orden material, los que tipifica en daño emergente y lucro cesante; y en cuanto a los perjuicios inmateriales, su tipología obedece al desarrollo que las Cortes han decantado, durante décadas, a través de sus providencias. La tipología del perjuicio inmaterial marca la diferencia entre las Salas Civil y Laboral de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, al establecer los rubros o categorías indemnizables y su *quantum*.

En tratándose de daños corporales, para el Consejo de Estado la pérdida de la capacidad laboral (PCL) se ha constituido en la variable determinante del quantum de la indemnización de los perjuicios inmateriales; entre tanto, para la Corte Suprema de Justicia es un daño cuya indemnización la establece *arbitrium judicis*.

La PCL es el núcleo central de la presente investigación, en la que se propone resolver el siguiente interrogante: ¿Cuál es el alcance de la indemnización de perjuicios derivados de la

pérdida de la capacidad laboral en la responsabilidad civil, laboral y del Estado?; y cuyo objetivo general es analizar el alcance de la indemnización de perjuicios derivados de la pérdida de la capacidad laboral en la responsabilidad civil, laboral y del Estado; y, los objetivos específicos se contraen a:

- i) Distinguir la diferencia entre daño y perjuicios en la responsabilidad civil;
- ii) Determinar el alcance de la pérdida de la capacidad laboral en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia;
- iii) Identificar el rol de la pérdida de la capacidad laboral en el contexto de la responsabilidad civil y del Estado, a partir de la tipología de los perjuicios establecidos legal y jurisprudencialmente; y,
- iv) Analizar la pérdida de la capacidad laboral como perjuicio autónomo e indemnizable en el contexto de la responsabilidad civil y del Estado.

La hipótesis, que subyace en esta investigación jurídica de enfoque cualitativo, se concreta en que la pérdida de la capacidad laboral es un perjuicio inmaterial, autónomo e indemnizable en el contexto de la reparación civil y del Estado, a la luz del principio de reparación integral; la que se pretende probar con el análisis sistemático y crítico del desarrollo jurisprudencial del derecho de daños, mediante la técnica de investigación documental.

Para tal cometido se partió de la revisión bibliográfica del origen de la responsabilidad civil, hasta llegar al precedente judicial que marca el camino de la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales en Colombia.

El primer capítulo titulado “El daño y el perjuicio en el contexto de la responsabilidad civil”, se inicia con una síntesis de los orígenes de la responsabilidad civil, para arribar a la

discusión que, por décadas, se ha sostenido entorno a la diferencia o similitud entre daño y perjuicio. Se citan los postulados de reconocidos juristas contemporáneos del derecho de daños local e internacional, entre ellos: Juan Carlos Henao, Javier Tamayo Jaramillo, Nicolás Polanía Tello, Luis Felipe Botero, y Sergio Rojas Quiñonez; precedidos por los maestros de la responsabilidad civil, citados en las escuelas de derecho y evocados en el precedente judicial: Adriano D’Cupis, Los hermanos Mazeaud, Francis- Paul Boneil y Fernando Hinestrosa.

Una vez se ha concluido que el perjuicio es la consecuencia del daño, se abre la puerta a un segundo capítulo titulado “Alcance de la pérdida de la capacidad laboral en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia”. Del ordenamiento jurídico interno se desentraña el concepto de capacidad laboral y pérdida de la capacidad laboral, y su incidencia en el Sistema General de Seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales; para llegar a la conclusión que el Sistema General de Riesgos Laboral reconoce e indemniza la pérdida de la capacidad laboral como un perjuicio autónomo en el contexto de la seguridad social.

El tercer capítulo recoge las tipologías de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, decantados en el precedente judicial de las Salas Civil y Laboral de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo; a partir del 28 de agosto de 2014, fecha en la que la Sección Tercera del máximo Tribunal Administrativo recopiló la línea jurisprudencial y estableció los criterios de unificación para la reparación de los perjuicios inmateriales.

Finalmente, en el capítulo cuarto, se argumentan los criterios por los que se considera que la pérdida de la capacidad laboral es un perjuicio autónomo e indemnizable en el contexto de la responsabilidad civil y del Estado. Afirmación que hoy parece una utopía.

1. El daño y el perjuicio en el contexto de la responsabilidad civil

Transcurrido el primer cuarto del siglo XXI nos sorprende la imparable evolución de la tecnología, el alto índice de criminalidad y delitos, el incontrolable caos de la movilidad, la permanente violación de derechos humanos, y la irreversible afectación al medio ambiente, entre otros fenómenos que caracterizan el nuevo milenio y generan daños a la humanidad. Escenario universal que ha dinamizado la actividad legislativa y jurisprudencial en torno a la responsabilidad civil.

1.1. Sucinta génesis de la responsabilidad civil

Abordar una definición de responsabilidad civil, exige conocer, siquiera someramente, su evolución a lo largo de la transformación social y jurídica del ser humano, desde el Derecho Romano hasta el contemporáneo.

El Derecho Romano se caracterizó, en su inicio, por la venganza entre romanos como la única forma de compensar el daño irrogado; por la Ley de las Doce Tablas en la que se establece, por primera vez, el pago de una suma por parte del ofensor a la víctima; y la *lex Aquilia* en la que se prevé el *damnum iniuria datum*.

Zeno (2016) al referirse al Derecho Romano, indicó:

(...) bajo el régimen de las Doce Tablas, prevaleció el modelo de la ley del Talión para solucionar las disputas de los ciudadanos. En las comunidades primitivas, el daño provocaba instintos de venganza en la víctima, en manifestación del sentido de injusticia.

Con el transcurso del tiempo la venganza fue sustituida por acciones de reparación hacia el ofendido. (p.31)

Los romanos clasificaron los delitos en públicos y privados. Aquellos afectaban intereses de la comunidad y merecían una pena pública; y estos, recaían sobre los bienes o el honor de una persona, generando responsabilidad por dolo, como el *furtum*, la *rapina*, la *iniuria* y el *damnum*.

La *lex Aquilia* introdujo el *damnum iniuria datum* como delito privado, que acarreaba una pena pecuniaria a favor de la víctima. Al respecto, Sánchez (2016) revela que:

El *damnum iniuria datum* era una conducta que se concretaba en matar (*occidere*), hacer pedazos (*frangere*), quemar (*urrere*) o romper (*rumpere*) una cosa ajena (esclavo, animal u otra cosa mueble), causando así un daño patrimonial a su propietario. Esta conducta debía concretarse en un contacto inmediato entre el sujeto agente y la cosa dañada, es decir el daño debía causarse *corpore suo datum*. Asimismo, la conducta debía realizarse con *iniuria*, criterio que permitía imputar jurídicamente a un comportamiento la respectiva sanción, pues, siendo injustificado el comportamiento, era por lo tanto reprochable para el derecho. (p.287)

La *lex Aquilia* estableció la indemnización para un número reducido de casos contra el patrimonio ajeno, que se complementaron en la Institutas de Justiniano con las acciones *quasi ex delicto*. Los romanos avanzaron en la ampliación de acciones para reprimir los hechos dañinos en aras de obtener la indemnización del daño causado, sin considerar la culpa ni concebir una cláusula general de responsabilidad civil.

En principio, la fuente de las obligaciones era el contrato o delito (Gayo, Institutas III, 88). No obstante, esta bipartición resultó insuficiente. Gayo propuso una estructura tripartita para incorporar las obligaciones que surgen de otras causas ajenas a un contrato o un delito, que definió: “las obligaciones nacen o de un contrato, o de un delito, o por cierto derecho propio, según las varias especies de causas” (Citado en el Digesto 44,7,1).

El derecho Justiniano subdivide las obligaciones que nacen de otras causas en *quasi ex contractu* y *quasi ex delicto*. En las Institutas de Justiniano III, 13,2 (como se citó en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala Civil (CSJ), radicado núm. 2005-00174-01, la división tripartita de Gayo pasó a cuádruple en el derecho Justiniano: “las obligaciones (...) pues, o nacen de un contrato, o de un cuasi contrato, o de un delito, o de un cuasi delito”. (p. 20)

En el inicio de la Edad Media, la fuerte presencia del catolicismo en Europa condujo “a remodelar las soluciones romanas, colocando en la base de la responsabilidad jurídica las concepciones cristianas relativas a la responsabilidad moral” Gazzaniga (como se citó en Viney, 2007). “Es consecuencia de una simbiosis entre las soluciones romanas y los grandes principios de la moral cristiana que debía nacer la concepción moderna de la responsabilidad que finalmente consagró el Código de 1804”. (Viney, 2007, p.32)

Domat, jurista del siglo XVII, distinguió la responsabilidad civil de la penal, y estableció el principio de responsabilidad fundado en la culpa civil (citado en Viney, 2007). En su obra *Les lois civiles dans L'ordre naturel*, Domat definió la cláusula de la responsabilidad civil, incorporada en el artículo 1382 del Código Civil de 1804, así: “Es una consecuencia natural de todas las especies de compromisos particulares, y del compromiso general de no dañar a nadie,

que aquellos que causan cualquier daño, sea por haber infringido un compromiso cualquiera o por haber faltado a él, están obligados a reparar el entuerto que han causado”. (p.35)

Pothier, discípulo de Domat, contribuyó a la redacción del Código Civil Francés, identificó el delito del cuasi-delito como fuentes de las obligaciones. El primero, como “el hecho por el cual una persona, por dolo maldad, causa un daño o cualquier otro ultraje a alguien”; y, el segundo, “el hecho por el cual una persona, sin maldad, pero por una imprudencia que no es excusable, causa algún ultraje a alguien” (Pothier, 1761, p.129).

En el siglo XVIII, La revolución industrial impulsó el desarrollo y ampliación del concepto de la responsabilidad civil, en virtud a las continuas lesiones que sufrían los trabajadores causados por el desconocimiento de las técnicas o inadecuado uso de las máquinas y herramientas, y a los accidentes que afectaban a los usuarios del sistema de transporte. Evolución que no ha cesado; *contrario sensu*, se perfila como el objeto central de múltiples investigaciones jurídicas que ocupa la atención de juristas y académicos.

La historia también da cuenta de la bipartición de la responsabilidad civil en contractual y extracontractual, conocida en el derecho contemporáneo como la tesis dualista de la responsabilidad civil. Al respecto la Corte Constitucional (2010) afirmó:

La responsabilidad civil contractual ha sido definida por la doctrina especializada como aquella que resulta de la inexecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido. De este modo, el concepto de responsabilidad civil contractual se ubica en el contexto de un derecho de crédito de orden privado, que solo obra en un campo exclusivo y limitado, vale decir, entre las partes del contrato y únicamente respecto de los perjuicios nacidos de ese negocio jurídico. En tanto que la responsabilidad

civil extracontractual, también denominada delictual o aquiliana, es aquella que no tiene origen en un incumplimiento obligacional, sino en un “hecho jurídico”, ya se trate de un delito o de un ilícito de carácter civil. (p.14)

Para el derecho Civil Colombiano las obligaciones nacen del contrato, el cuasicontrato, el delito, el cuasidelito o culpa, la ley y el enriquecimiento sin causa; con fundamento legal en los artículos 1494 y 2302 del Código Civil, y jurisprudencial en la sentencia del 6 de septiembre de 1940 proferida por la Corte Suprema de Justicia, en la que se adicionó como fuente de obligaciones al enriquecimiento sin causa. (Cubides, 2012, p.171)

1.2. Concepto general de responsabilidad civil

Justiniano compila en el Digesto las opiniones de los grandes juristas romanos, desde el siglo I a.c. hasta el IV d.c.; entre aquellos Domicio Ulpiano, célebre por sus máximas, entre otras: “*Durum est, sed ita lex scripta set*” y “*Res iudicata pro veritate accipitur*”, y por las tres reglas o principios básicos del derecho: “*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*”. (Torrent, 2017, p.47)

A partir de “*Alterum non laedere*”, regla para el derecho romano y principio para el derecho moderno, que literalmente se interpreta “a nadie hagas algo injusto”, se desarrolla el concepto la institución jurídica de responsabilidad civil.

Veney, (2001), (citado en Sandoval, 2013, p.5) precisó:

El derecho de la responsabilidad civil está orientado, como objetivo prioritario, en la equivalencia de todos los daños causados y la reparación que se debe otorgar. Este principio, acogido como dogma en gran parte de los sistemas jurídicos de orientación francesa, implica

que la violación del *alterum non laedere* o del incumplimiento contractual conlleva el restablecimiento del equilibrio por la irrupción del daño en la tranquilidad de que hasta entonces gozaba la víctima. Así, la afectación de la persona en todas sus dimensiones (material, corporal, social y sentimental), y sin que exista un fundamento jurídico para ello, impone devolver al afectado a la misma situación en que se encontraba previo al suceso, tratando de borrar la sombra de lo acontecido (reparación *in natura*) o de compensar a la víctima mediante el equivalente pecuniario tomando en cuenta todos los *chefs* de daño sufridos.

Al respecto Giraldo (2011) indica que: “Es, entonces, la institución de la responsabilidad civil el instrumento jurídico necesario para garantizar que las cosas vuelvan al estado en el que se encontraban antes de la acción lesiva; consideración esencial que ha llevado a generar un cambio en la visión del fundamento de la figura” (p.18)

Descendiendo al derecho Colombiano, el legislador mediante el artículo 2341 del Código Civil, por el hecho propio, estableció el principio de la responsabilidad civil: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”; y precisó que la reparación del daño es de origen delictual cuando el daño se causa intencionalmente, y de origen cuasidelictual cuando por negligencia, imprudencia o impericia se causa el daño.

1.2.1. Responsabilidad civil contractual.

La responsabilidad civil contractual tiene su origen en el daño surgido del incumplimiento de las obligaciones contractuales. En ese sentido, el daño puede tener su origen en el

incumplimiento puro y simple de un contrato, en su cumplimiento moroso o en su cumplimiento defectuoso. (Tamayo, 2011, p.32).

En virtud al silencio del legislador, en Colombia, la jurisprudencia ha decantado que las prestaciones pactadas en el acuerdo de voluntades se clasifican en obligaciones de medio y de resultado. Las de medio son aquellas donde el deudor u obligado se compromete a ejecutar la prestación con prudencia y diligencia; entre tanto, en las obligaciones de resultado, el deudor se compromete a un objetivo determinado y preciso.

La importancia de distinguir entre obligaciones de medio y de resultado gravita en la carga de la prueba; es decir, en palabra de la Corte Suprema de Justicia: “si la obligación es de medio allí se debe probar la culpa del deudor o autor del daño, mientras que, si es de resultado, ella se presume de conformidad con el artículo 1604 del Código Civil”. (Citado en Garzón y Parada, 2015, p. 244)

- Elementos De La Responsabilidad Civil Contractual.

La prosperidad de las pretensiones en un juicio de responsabilidad civil contractual exige, *sine qua non*, que concurren los siguientes requisitos: i) el incumplimiento, violación o falta de pago de una obligación, imputable a hecho voluntario del deudor; ii) un daño consistente en la lesión del derecho de crédito irrogado al acreedor; iii) que el daño sea una consecuencia directa del incumplimiento, esto es, que exista una relación de causalidad entre estos. (Tapias, 2009, p. 230)

¿Cuál es el *petitum* que el demandante presenta al operador jurídico en un proceso de responsabilidad civil contractual?, Veamos: a partir de la causa *petendi*, el actor, en primer lugar, demanda la declaración del incumplimiento de contrato y la responsabilidad civil de los daños y

perjuicios causados; y, en segundo lugar, la condena al pago de la indemnización de los daños o perjuicios que resultaron probados en el proceso.

Si el incumplimiento corresponde a la inexecución de la obligación contractual o al retardo, procede a título de indemnización de perjuicios, en el primero, la compensación; y en el segundo, la moratoria. Sin embargo, en la celebración del contrato las partes, de forma anticipada, pueden estimar a través de la cláusula penal, el *quatum* de los perjuicios en ocasión al incumplimiento obligacional de una de las partes.

En principio, los perjuicios llamados a indemnizar en la acción de responsabilidad civil contractual se concretaban en el daño emergente y lucro cesante. No obstante, con la evolución del derecho de daños, hay lugar a la indemnización de los perjuicios inmateriales que resulten probados en el proceso.

1.2.2. Responsabilidad civil extracontractual.

El concepto general de responsabilidad civil extracontractual se contrae a “todo daño realizado con culpa debe ser resarcido”; incorporado en el Código Civil de los ordenamientos jurídicos que encuentran sus raíces en el derecho romano. En el derecho contemporáneo se amplía este concepto con la reparación integral, el bien tutelado por el ordenamiento jurídico y la indemnización de perjuicios.

La Corte Suprema de Justicia (CSJ), en la sentencia SC-12063, proferida el 14 de agosto de 2017, citó textualmente el siguiente fragmento de la sentencia del 16 de septiembre de 2011, radicado núm. 2005-00058-01 de la misma Corporación, para extraer el contenido jurídico de la responsabilidad civil extracontractual, a decir:

A voces del artículo 2341 del Código Civil, '[el] que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga por la culpa o el delito cometido'. En relación con el mencionado precepto, cardinal en el régimen del derecho privado por cuanto constituye la base fundamental de la responsabilidad civil extracontractual, debe recordarse que cuando un sujeto de derecho, a través de sus acciones u omisiones, causa injustamente un daño a otro, y existe, además, un factor o criterio de atribución, subjetivo por regla general y excepcionalmente objetivo, que permita trasladar dicho resultado dañoso a quien lo ha generado -o a aquél que por éste deba responder-, surge a su cargo un deber de prestación y un derecho de crédito en favor de la víctima, que tiene por objeto la reparación del daño inferido, para que quien ha sufrido el señalado detrimento quede en una situación similar a la que tendría si el hecho ilícito no se hubiera presentado, es decir, para que se le repare integralmente el perjuicio padecido. (p.16)

Ahora bien, según el elemento subjetivo, la responsabilidad puede ser dolosa o culposa; según el origen del daño se clasifica en responsabilidad por el hecho ajeno, por el hecho de las cosas, el hecho propio, por actividades peligrosas, de obligaciones legales o cuasicontractuales. (Tamayo, 2007, p.36-38)

- Elementos de la responsabilidad civil contractual y extracontractual.

El Código Civil Colombiano contiene normas específicas que regulan la dualidad de la responsabilidad civil, estableciendo con claridad su autonomía e independencia en virtud a la causa *petendi* y los términos de prescripción.

Para la prosperidad de las pretensiones en la responsabilidad civil extracontractual, la CSJ en la sentencia núm. SC-12063 advirtió que en el proceso deben converger los siguientes elementos:

(...) una conducta humana, positiva o negativa, por regla general antijurídica; un daño o perjuicio, esto es, un detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva; una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de aquel a quien se imputa su producción o generación; y, finalmente, un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (dolo o culpa) y excepcionalmente de naturaleza objetiva. (Ob. Cit. M.P. Rico, 2017, p.16)

En este contexto, la CSJ en la sentencia núm. 2005-00174-01, proferida el 30 de septiembre de 2016, indicó que el daño jurídicamente relevante debe tratarse de una lesión a un bien que goza de protección constitucional o legal, que faculta a su titular para exigir, vía judicial, su indemnización (p.23); que el daño debe ser atribuido al agente como mecanismo de imputación de la acción o inactividad a un sujeto (p.27); y que en el juicio de reproche culpabilístico “no basta que la acción generadora del daño se atribuya al artífice como obra suya (*imputatio facti*), sino que hace falta entrar a valorar si esa conducta es meritoria o demeritoria de conformidad con lo que la ley exige (*imputatio iuris*)” (Ob.cit., M.P. Salazar, 2016, p.35).

La consecuencia de hallarse probada la responsabilidad del autor del daño es la imposición de la obligación a indemnizar los daños o perjuicios causados a la víctima directa y a las víctimas indirectas, quienes, de contera, resultaren afectadas en sus derechos y bienes tutelados por el ordenamiento jurídico; en la medida que se logre su reparación integral.

Ahora, ¿cuál es el *petitum* que el demandante presenta al operador jurídico en un proceso de responsabilidad civil extracontractual?. Similar a la acción de naturaleza contractual, el actor fundado en la causa *petendi*, pide al Juez de conocimiento, en primer lugar, que se declare la responsabilidad civil extracontractual del demandado; y, en segundo lugar, se ordene la indemnización de los daños o perjuicios que resulten probados en el curso proceso.

En la acción extracontractual, los daños o perjuicios que son objeto de indemnización, para algunos juristas, se tipifican de acuerdo a su naturaleza en patrimoniales y extrapatrimoniales; y para otros, en materiales e inmateriales. En los patrimoniales o materiales, se encuentran el daño emergente y lucro cesante; y en los extrapatrimoniales o inmateriales, el daño moral, el daño a la salud, el daño a la vida relación, el daño al buen nombre, y todo aquel que resulte probado y que no corresponda a alguna de las categorías o tipos ya indemnizados.

Hasta aquí, hemos viajado a través del tiempo para extraer sucintamente la evolución de la responsabilidad civil desde el derecho romano hasta el derecho de daños contemporáneo; preámbulo importante para desatar el problema jurídico objeto de la presente investigación; labor que se inicia con la pretensión de comprender la diferencia o similitud entre daño y perjuicio, a partir de los conceptos y posturas de la doctrina y la jurisprudencia.

1.3. Distinción entre daño y perjuicio

Durante décadas, se ha presentado controversia acerca de si los conceptos daño y perjuicio son sinónimos o diferentes, ha ocupado un lugar especial en la jurisprudencia y la doctrina. La CSJ y El Consejo de Estado (CE) acuñan, en algunas de sus providencias, los términos daño y perjuicio sin distinción alguna; situación que genera inquietud para su interpretación. Por otro lado, reconocidos doctrinantes y juristas, entre aquellos Javier Tamayo

Jaramillo y Juan Carlos Henao, han reactivado la discusión a partir de los postulados de Adriano De Cupis, los hermanos Mazeaud, Boneil y Fernando Hinestrosa, en consonancia con el Código Civil colombiano.

El objetivo central del presente capítulo es sentar una postura académica frente al controversia entre daño y perjuicio, a partir de los conceptos y definiciones, que en otrora, decantaron los tratadistas Adriano De Cupis, Los hermanos Mazeaud, Francis- Paul Boneil y Fernando Hinestrosa, quienes trazaron el camino jurídico para el desarrollo de la teoría de daños en Europa y en Colombia; y de las ponencias que sobre el tema, doctrinantes y juristas, contemporáneos, han desarrollado en torno a esta temática; entre ellos, Javier Tamayo Jaramillo, Juan Carlos Henao, Nicolás Polanía y Sergio Rojas.

Adriano De Cupis (1975) en su obra titulada *El Daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, no distingue entre daño y perjuicio al afirmar que “daño no significa más que nocimiento (sic) o perjuicio, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable” (p.81). Páginas adelante, en la misma obra, el autor italiano explica que “el peligro de daño incide negativamente en el valor del bien al que incumbe, disminuyendo tal valor y repercute en el interés del sujeto a que corresponde el bien, es ya de por sí, un daño, prescindiendo de aquel daño que podrá derivar de la actuación de la virtual posibilidad ínsita en él” (p.91). Esta última afirmación de De Cupis se ha interpretado como el daño contingente o la amenaza de daño.

Contrario sensu, Francis- Paul Bénéoit (citado en Henao,1998), consideró que “... el daño es un hecho: es toda afrenta a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad, o de una situación”; y que el perjuicio “lo constituye el conjunto de elementos que aparecen como las diversas consecuencias que se derivan del daño para la víctima del mismo”; premisas que le

permitieron concluir : “Mientras que el daño es un hecho que se constata, el perjuicio es, al contrario, una noción subjetiva apreciada en relación con una persona determinada” (p. 76 y 77).

Los hermanos Mazeaud, (citados en Henao, 1998), afirmaron que “los romanos trataron tímidamente de sustituir la noción de *damun*, por la de perjuicio: (porque) comprendieron que lo que importaba no era la comprobación de un atentado material contra una cosa (*damnun*), sino el perjuicio sufrido a causa de ese hecho por el propietario; por eso decidieron que el simple *damnun* que no causaba perjuicio no daba lugar a reparación”. (p ,77)

En igual sentido, para el Tratadista Fernando Hiestroza (1967, pp.529), “daño es lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la que el padecimiento moral lo acongoja”.

Lo anterior permite concluir que solo Francis- Paul Bénéoit , entre los autores citados, distingue con claridad el daño del perjuicio; entre tanto, De Cupis, Los hermanos Mazeaud, y Fernando Hiestroza no refieren distinción alguna entre los dos términos.

A continuación, se citan los argumentos frente al dilema planteado, que esgrimen los juristas y doctrinantes colombianos: Juan Carlos Henao, Javier Tamayo Jaramillo, Rodrigo Gil Botero, Sergio Rojas Quiñones y Nicolás Polanía Téllez, miembros del Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado – IARCE. Los primeros Tratadistas, Henao y Tamayo, actualmente comparten que entre daño y perjuicio no hay distinción alguna; *contrario sensu*, Rojas y Polanía argumentan que existe indiscutible diferencia entre estos dos términos en el contexto de la responsabilidad civil y del Estado.

1.3.1. Perspectiva de Juan Carlos Henao

En su obra *El Daño*, Henao (1998) hace referencia a los términos de daño y perjuicio, sin distinción alguna, *verbi gratia*, en el acápite IV que titula *El daño debe ser indemnizado plenamente*, enuncia la siguiente regla: “La reparación del daño debe dejar indemne a la persona, esto es, como si el daño no hubiere ocurrido, o, al menos, en la situación más próxima a la que existía antes de su suceso”. (p. 45)

A reglón seguido, Henao afirma que “se debe indemnizar el daño, sólo el daño y nada más que el daño”; que en palabras de la Corte Constitucional Colombiana “el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite”. (p.45)

Sin embargo, Henao (1998) se cuestiona sobre la utilidad en la distinción entre los conceptos de daño y perjuicio, partiendo de las definiciones que construyeron, en su tiempo, el profesor Bénéoit, los hermanos Mazeaud, y la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 13 de diciembre de 1943, e indica:

El patrimonio no sufre daño sino perjuicio causado por aquel. Lo anterior es de utilidad en la medida en que se plantea con claridad una relación de causalidad entre el daño – como hecho, como atentado material sobre una cosa, como lesión – y el perjuicio – menoscabo patrimonial que resulta del daño, consecuencia del daño sobre la víctima -, lo cual permite sentar la siguiente regla: se indemniza sólo el perjuicio que proviene del daño. (...) Aún más: lo que interesa es comprobar que todos los rubros del perjuicio en efecto provienen del mismo daño. (p.78)

Al cierre de la introducción a la obra *El Daño*, Henao (1998) llega a la siguiente definición: el daño “es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima”. (p. 84)

En el año 2000, Henao escribió el artículo jurídico titulado *Responsabilidad del Estado Colombiano por daño ambiental*, en el que identificó los tres elementos de la responsabilidad civil o del Estado, a saber: el daño, la imputación del daño y el fundamento del deber reparatorio; confirmando su definición de daño como “la aminoración patrimonial sufrida por la víctima, que debe ser resarcida en aplicación de la regla de indemnización integral del daño”. A sí mismo, adujo que el daño debe existir, ser antijurídico e imputable a alguien diferente a la víctima, para declarar la responsabilidad. (párr. 14)

En el escrito precitado, Henao (2000) no solo afirmó que “hacen parte del patrimonio de la persona aquellos bienes, derechos y obligaciones de los que dispone. El patrimonio lo conforman los bienes tanto materiales como los inmateriales que se encuentran en su órbita individual o social”. (párr. 15); sino también que, en el contexto de los derechos colectivos, la distinción entre daño y perjuicio es útil pero no esencial, puesto que “tiene importancia cuando se trata de explicar que la posibilidad de obtener indemnización no radica sólo en cabeza del propietario referido por los Mazeaud, sino también del ser humano como titular de derechos colectivos”. (párr. 23)

En el año 2005, Henao escribió un nuevo artículo titulado *Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las reparaciones contra el Estado*, en el que plasmó un análisis crítico de la reparación del daño en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y adujo que “el objetivo de la responsabilidad civil es la reparación

del daño, y el alcance de aquella depende de lo que se entienda por daño”. En esta oportunidad, definió el daño como:

...toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad – imputación y fundamento del deber de reparar – se encuentran reunidos. (p.280).

En el marco del XI Encuentro Internacional de Responsabilidad Civil, promovido por el Instituto Colombiano de Responsabilidad Civil y del Estado – IARCE -, en la ponencia titulada “Formas de reparación”, Henao (2017) nuevamente expone que el daño es la lesión a los intereses lícitos o de un derecho, y que aquel también nace cuando se amenaza este. Respecto a la distinción entre daño y perjuicio, reiteró que es útil hacer la diferencia cuando se trata de daños a derechos colectivos, pero no es necesaria.

1.3.2. Perspectiva de Javier Tamayo Jaramillo

Javier Tamayo (2007) en su obra *Tratado de responsabilidad civil, Tomo II*, afirma que “daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial” (p., 326). A su vez, el autor dice acoger “una vieja distinción entre daño y perjuicio, entendiendo por lo primero la lesión a un bien y por lo segundo, la disminución patrimonial o extrapatrimonial que de esa lesión se deriva”. (p. 327)

Sin embargo, Tamayo Jaramillo, a la altura del capítulo II titulado *características del daño*, no diferencia entre daño y perjuicio, pues indistintamente aborda los dos conceptos:

El daño, para que sea indemnizable, debe tener ciertas características. No basta que se produzca un perjuicio patrimonial o moral en cabeza de alguien para que este pueda demandar reparación. [...].

En cuanto a las condiciones del perjuicio indemnizable, decimos que este debe ser cierto (sec. I); y la persona que reclama la indemnización debe ser la misma que resultó perjudicada, aunque el primer bien lesionado no fuera de su propiedad o no fuera su propia integridad la que se vio lesionada (sec. II); finalmente, el beneficio moral o económico que se ve disminuido o suprimido debe estar protegido por el orden jurídico, si es que se pretende obtener su reparación.

Algunos dicen que, además de las características anteriores, el perjuicio debe ser directo y actual. Sin embargo, en sentido estricto, esas notas no hacen parte esencial del daño. En efecto cuando decimos que el perjuicio debe ser directo, no estamos hablando del nexo causal. Ahora, si ese nexo causal no existe, es decir, si el daño es directo, para efectos de la responsabilidad civil que se estudia simplemente en un caso concreto, el daño es inexistente. (pp. 335, 336)

Por otra parte, Tamayo (1998), en el Tomo II de su obra precitada, al referirse a los conceptos de daño y perjuicio propuestos por Henao, precisó “En primer lugar, el citado autor concuerda con nosotros en que la simple destrucción de una cosa no constituye un perjuicio a la luz de la responsabilidad civil. Solo en la medida en que esa destrucción o deterioro tenga repercusión en los derechos o facultades patrimoniales de una persona, cabe hablar de perjuicio indemnizable” (p.332). A renglón seguido, Tamayo señaló que estos conceptos no resultan suficientes para distinguir entre daño y perjuicio, que tanto el uno como el otro corresponden a la

afectación del patrimonio de una persona. Para concluir que “daño y perjuicio en sentido genérico no significa necesariamente disminución patrimonial para una persona. Y que solo en la medida que ese daño o perjuicio afecten en forma genérica el patrimonio de alguien, cabe hablar de daño indemnizable”. (p. 332)

Tamayo concreta que “la responsabilidad civil protege todo tipo de beneficios no prohibidos por el orden jurídico. En esta forma es innecesario insistir en la diferencia entre daño y perjuicio, bastando simplemente entender que toda disminución de beneficios alrededor de una cosa o persona constituye daño o perjuicio”. (p. 333)

La discusión acerca de la distinción entre daño y perjuicio, se activó en virtud a la columna de opinión escrita por Tamayo Jaramillo, publicada el 29 de octubre de 2015 en el periódico *Ámbito Jurídico*, titulada *Reflexiones sobre la ontología del daño y la relación entre daño y perjuicio*. En esta oportunidad el autor afirma que “el daño o perjuicio en sentido jurídico no se refiere al deterioro o destrucción de un objeto material, sino a un menoscabo económico o al menoscabo de un bien extrapatrimonial”. (párr. 1)

En la misma columna jurídica, el autor expresó que el daño para quienes admiten la diferencia entre estos dos conceptos, sería “la simple destrucción o deterioro de un bien o las lesiones o muerte de una persona”, y el perjuicio “la disminución patrimonial o extrapatrimonial que sufre una persona como consecuencia de dicho daño”.

El tratadista avanza en su escrito afirmando que es lo mismo daño o perjuicio en sentido jurídico; que:

el daño jurídico no es un concepto material o físico, sino un concepto relativo a la disminución de una ventaja económica o extrapatrimonial no prohibida por el Estado. Y si

esta lesión jurídica se deriva del deterioro o destrucción de un objeto físico, hay dos daños: uno físico y otro jurídico, siendo este último el que constituye elemento de la responsabilidad civil. (Tamayo, 2015, p.12)

A reglón seguido, el tratadista afirmó: “Hay daños físicos que pueden generar, o no, daño o perjuicio jurídico. Puede haber daño jurídico sin que haya daño físico de una cosa.” (párr. 6); “el daño físico a la persona genera por sí solo un daño o perjuicio en sentido jurídico, pues la vida y la integridad personal son ventajas que posee lícitamente el perjudicado, así no sufra lucro cesante o daño emergente” (párr. 8); “una cosa es el daño en sentido físico o material y otra, el daño en sentido jurídico” (párr. 9); y, “es imposible que puedan coexistir estos dos conceptos jurídicos: daño en sentido jurídico y perjuicio en sentido jurídico. El concepto de daño físico es indiferente para el Derecho.” (párr.11)

Tamayo concluye, en el mencionado escrito jurídico, que no hay lugar a daño jurídico y perjuicio jurídico diferentes, derivados del mismo hecho; y que, daño jurídico y perjuicio jurídico son lo mismo, puesto que un daño físico puede generar un daño o perjuicio jurídico. (párr. 12)

El XI congreso de Responsabilidad Civil y del Estado, liderado por IARCE, se constituyó en el escenario propicio para la presentación del libro titulado *Nuevas reflexiones sobre el daño*, escrito por Javier Tamayo Jaramillo en calidad de ponente, y, Luis Felipe Botero Aristizabal, Nicolás Polanía Tello y Sergio Rojas Quiñonez, como polemistas (2017). Obra jurídica que contiene la disertación, entre los autores, acerca de la definición de daño, tipos de daños, y la relación entre daño y perjuicio.

En síntesis, en la mencionada obra, el tratadista Tamayo Jaramillo precisó que:

Daño civil indemnizable es el menoscabo o pérdida patrimonial o extrapatrimonial, derivada de la lesión de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial (económico) o extrapatrimonial (no económico). Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima. (p. 1)

Y, en cuanto a la identidad entre daño y perjuicio, ratifiqué la postura que he sostenido durante varios años, y que a continuación se cita *in extenso* por la importancia que reviste para resolver el acertijo jurídico en discusión:

En conclusión, toda disminución de beneficios económicos o no económicos por lesión a bienes no prohibidos por el orden jurídico constituye daño o perjuicio en sentido jurídico. Y si este daño inicial afecta negativamente otros bienes de esta primera víctima o de terceros, habrá tantos daños o perjuicios como bienes jurídicamente lícitos hayan sido afectados negativamente. Y no podemos afirmar que cuando la acción dañina causa destrucción o deterioro a un objeto, y por ello se disminuye el patrimonio económico del dueño de ese objeto, no hay un daño o perjuicio reparable. El ejemplo prueba que daño y perjuicio en sentido jurídico son lo mismo. Si se acepta que la disminución de cualquiera de esos beneficios, incluido el que fue afectado inicialmente, debe ser protegido por el orden jurídico, entonces es fácil observar que alrededor de una sola persona o cosa existen múltiples beneficios lícitos que de ser disminuidos generan responsabilidad civil en favor del titular de estos. La responsabilidad civil protege todo tipo de beneficios no prohibidos por el orden jurídico. De este modo, es innecesario insistir en la diferencia entre daño y perjuicio en sentido jurídico, bastando simplemente entender que toda disminución de beneficios alrededor de una cosa o persona constituye daño o perjuicio. Pero, aunque considero que lo dicho se refiere en abstracto a todo daño que en el mundo se produzca, la

discusión, por lo menos en Colombia, es innecesaria, pues nuestros códigos y leyes hablan, indistintamente, de daños o perjuicios. Y paradójicamente, muchos de los que defienden la diferencia entre daño físico y perjuicios en sentido jurídico se obstinan, por un prurito innovador, en hablar de derecho de daños, por oposición a la responsabilidad civil, cuando para ser coherentes habría que hablar más bien de derecho de perjuicios que son los que, según dichos autores, a la responsabilidad civil le interesan. (p.11)

1.3.3. Perspectiva de Nicolás Polanía Tello

En contraposición a la tesis de identidad entre daño y perjuicios, propuesta por Tamayo Jaramillo, en la obra precitada, el tratadista Nicolás Polanía Tello esgrime sus argumentos a favor de la distinción entre daño y perjuicio, partiendo de la afirmación que en el Código Civil Colombiano, más de un centenar de normas, hablan de perjuicio, reparación de perjuicios, perjuicio notable, acción de perjuicios o grave perjuicio; empero que, no han sido apreciadas por la doctrina de forma armónica en la teoría general de daños. (p. 36)

Polanía (2017) advierte que distinción entre daño y perjuicio tiene fuente legal y es útil para determinar la reparación a la víctima. (p.35). El tratadista con fundamento en los artículos 2072 y 2342, concluye que “el perjuicio es la consecuencia contingente de orden material, es decir, con contenido económico, que se verifica en el patrimonio de la víctima o el perjudicado, en razón de la causación de un daño” (p.37). A renglón seguido, Polanía explica la existencia del perjuicio independiente del daño en la esfera material en la esfera inmaterial del sujeto, así:

Si el daño tiene consecuencias en la esfera material del sujeto, dicha consecuencia es el perjuicio y es lo que se repara, es aquello por lo que responde el agente. Si el daño recae en la esfera inmaterial del sujeto, es decir, aquella en la que se agrupan bienes jurídicos

sin contenido económico, imposible de amonedar, lo que se repara es el daño en sí mismo. En esta esfera es imposible hablar de perjuicio, y por eso la jurisprudencia ha desarrollado las categorías de daño moral y daño a la vida de relación, en la Corte Suprema de Justicia, y daño moral, daño a la salud y daño a bienes constitucionalmente protegidos, en el Consejo de Estado. (p. 38)

El tratadista en cita, argumenta su tesis que el daño y el perjuicio son cosas distintas, interpretando que los conceptos están relacionados entre sí; pero que, el perjuicio, en sentido material, es la consecuencia del daño. Además, refuerza su postura aduciendo que “es posible que haya daño sin perjuicio, pero no perjuicio sin daño; y que es impropio hablar de perjuicio en la esfera inmaterial del patrimonio de la persona, en la que lo que se repara es el daño en sí” (p.38)

1.3.4. Perspectiva de Luis Felipe Botero

El doctrinante y profesor Botero, sin dubitación alguna, afirma que no existe asidero jurídico para distinguir entre daño y perjuicio. A su vez, el tratadista propone una nueva definición de daño a partir del concepto de núcleo de protección, en los siguientes términos:

Daño es aquella amenaza, privación o alteración al núcleo de protección (NP) de un sujeto de derecho, individual o colectivo, causado por otro sujeto de derecho, individual o colectivo, de tal intensidad, que un sistema de derecho justo no puede aceptar como irrelevante, tenga o no un efecto económico mensurable. Al considerarlo como digno de tutela, el sistema dota a la víctima (daño individual), víctimas (daño masivo) o al actor popular (daño difuso y colectivo), de una serie de remedios que le(s) permite prevenir el daño, hacerlo cesar, obtener su reparación, restitución, compensación y, en algunos casos legal o contractualmente previstos, su castigo. (Ob. Cit., Tamayo, et. al., 2017, p.140)

Entre líneas, el autor define el núcleo de protección (NP) como una estructura que se forma principalmente por los derechos humanos individuales y colectivos (p.137); arribando a la conclusión “que no toda lesión (o afectación negativa de un interés) es daño, no todo daño es indemnizable y no todo daño indemnizable es reparable mediante el pago de una suma de dinero”. (p.140)

1.3.5. Perspectiva de Sergio Rojas Quiñonez

Sergio Rojas, en su obra titulada *El daño a la persona y su reparación* (2015), hizo un análisis jurídico del daño a la persona en el contexto de la responsabilidad civil en Colombia, abordando *in extenso* los conceptos de la teoría general del daño a la persona y la tipología de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales. Análisis que finalizó con el diseño de un anteproyecto de ley mediante el cual propone la regulación de la indemnización de daños a la personas en los procesos de responsabilidad civil.

Al respecto es importante acotar, que el autor en cita ha desarrollado un interesante trabajo de socialización del contenido de anteproyecto de ley en diferentes instituciones de orden académico y jurídico, entre estas, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Universidad Externado de Colombia, IARCE y FASECOLDA, en aras de encontrar el respaldo de la academia y la doctrina para radicar el anteproyecto para su estudio y debate en el Congreso de la República.

En cuanto al dilema entre daño y perjuicio, Rojas (2015) distingue entre los dos conceptos, haciendo alusión a los sinónimos daño evento y daño consecuencial, respectivamente. El autor para explicar las razones que sustentan la distinción entre daño y perjuicio, precisó:

Siguiendo de cerca el derecho comparado, la articulación del sistema de indemnización que aquí se propone parte entonces de una distinción estructural: la del daño a la persona como daño evento o daño dogmático y la de los perjuicios resultantes, como daños consecuenciales o partidas que, en específico, se deben indemnizar. Esta distinción, que es un lugar común en gran parte de los ordenamientos europeos, evita la incursión en confusiones teóricas en las que se homologa el daño *stricto sensu* con los rubros que lo integran (por ejemplo, el daño emergente, el lucro cesante o el daño moral).

Ciertamente, al distinguir entre el daño evento y los daños consecuenciales, se facilita la tarea del operador jurídico en el análisis de la responsabilidad: la existencia del daño a la persona, como daño evento, permitirá entender configurado el elemento daño en la denominada ecuación de la responsabilidad, mientras que los perjuicios (o daños consecuenciales) se analizarán, ya no para determinar si existe o no la responsabilidad civil, sino para dilucidar el monto al que debe ascender la indemnización, una vez se ha esclarecido que la obligación de indemnizar sí ha tenido lugar. (p.202)

En suma, Rojas (2015), en el contexto de su propuesta legislativa, define el daño a la persona como “toda afectación o menoscabo que sufra una persona sobre su integridad física, su integridad psíquica o sus derechos a la personalidad”, y, perjuicio como “aquellas repercusiones negativas que sufran las víctimas como consecuencia del hecho dañoso”. (p. 253,254)

1.3.6. Perspectiva de la investigadora

Aunque, a primera vista, parecería irrelevante la distinción entre daño y perjuicio, en la práctica judicial es importante su distinción para garantizar la reparación justa y en derecho de las víctimas del daño; al igual, que la justa condena para el causante o autor del mismo.

Siguiendo a los reconocidos juristas y Profesores Francis- Paul B enoit, Juan Carlos Henao y Rojas Quiñonez, a partir de sus conceptos de daño y perjuicio, y sus argumentos acerca de la similitud o distinción entre aquellos; como un ejercicio académico, se propone la siguiente definición de daño y perjuicio:

Daño es la lesión a los bienes, intereses o derechos de una persona o del colectivo, que conforman su patrimonio; y perjuicio, es la consecuencia de la lesión que se refleja sobre el patrimonio de una persona o del colectivo. Entendiéndose el patrimonio como el conjunto de bienes materiales e inmateriales, intereses y derechos, que la Constitución, la Ley, los Convenios y Tratados Internacionales, reconocen a la persona o al colectivo; que son objeto de protección por el ordenamiento jurídico y el Estado.

No se comparte que el daño sea un hecho; porque, un hecho es una acción. En otras palabras, el hecho ocurre hasta nanosegundos antes de producirse la lesión del bien, del interés o del derecho; por tanto, hay no lugar para definir el daño como un hecho. Al hecho que genera el daño, en adelante se le denominar  hecho dañoso.

Simultáneamente al materializarse la lesión surgen sus consecuencias; es decir, los perjuicios. Los perjuicios son el objeto de la indemnización; y esta el instrumento o mecanismo para la reparación del daño irrogado. Luego, es importante la distinción entre daño y perjuicio. Identificado el daño en su real magnitud y extensión, se podrán determinar, con claridad, los perjuicios objeto de indemnización. Sin daño, no hay perjuicios; si no hay perjuicios no hay indemnización. Retomando los postulados de Henao, se afirma que la amenaza de daño es un daño *per se*, que genera perjuicios objeto de indemnización

Para la responsabilidad o derecho de daños solo interesan los daños irrogados a los bienes, intereses y derechos lícitos, que el ordenamiento jurídico protege.

A partir de un caso hipotético, se identificarán el hecho dañoso, el daño y el perjuicio, veamos: una persona se encuentra estacionada en una zona de parqueo permitido y de repente un vehículo aparece excediendo la velocidad permitida; el conductor pierde el control y choca el automóvil parqueado, lesionando a la persona que aguardaba allí.

El hecho dañoso es el exceso de velocidad y pérdida del control del vehículo que choca contra el vehículo estacionado. El daño es la lesión que sufre el vehículo estacionado, las averías en la pintura, vidrios, latas, o cualquier parte o componente material que conforman el vehículo; también, lo son las lesiones corporales que sufre quien se hallaba dentro del vehículo parqueado. Y el perjuicio, las consecuencias de las lesiones que sufre la víctima del daño en su patrimonio, entendido como destrucción de su bien tangible (vehículo) , y los efectos intangible por la lesión corporal como el dolor, aflicción o pérdida de la capacidad laboral, entre otros.

Para adelantar el juicio de responsabilidad es relevante conocer la diferencia entre daño y perjuicio, porque a partir de esta distinción se determina la existencia o no de los elementos de la responsabilidad: una conducta humana (hecho dañoso), la lesión (daño), la relación causal entre aquel y este, las consecuencias (perjuicios), y el elemento subjetivo (dolo o culpa).

En adelante, la presente investigación, acoge la distinción entre daño y perjuicio; y se entenderá por bienes e intereses materiales aquellos que posee la persona o el colectivo, que son tangibles y tienen contenido económico; y por inmateriales, aquellos que posee la persona o el colectivo, que son intangibles y pueden ser valorados en términos económicos.

2. Alcance de la pérdida de la capacidad laboral en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia

El deterioro del estado de salud de una persona, por la presencia de una enfermedad o de lesiones corporales, posiblemente comporte una discapacidad, que podrá concretarse en una pérdida de la capacidad laboral (PCL).

La génesis de la enfermedad o de las lesiones corporales, en el Sistema de Seguridad Social, es de origen común o laboral. Entiéndase de origen común todas aquellas que surgen en el desarrollo de actividades cotidianas y normales de la persona; y de origen laboral, aquellas que se produce en ocasión al trabajo o labor desarrollada.

Algunas enfermedades o lesiones corporales son producto de hechos dañosos, que impactan de forma negativa a la víctima, alterando su estado psicofísico en un momento determinado. La presencia de enfermedades o lesiones irrogadas por un agente externo, desencadenan perjuicios que afectan la órbita patrimonial y extrapatrimonial de la víctima y de sus dependientes económicos; tales como el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral y el daño a vida relación, según lo ha establecido el precedente judicial.

La presente investigación pretende determinar si la pérdida de la capacidad laboral (PCL) es un perjuicio de naturaleza extrapatrimonial. Para tal cometido, es necesario, dar un vistazo al concepto de discapacidad y entender la estructura técnica de la PCL y su importancia en el contexto de la Seguridad Social en Colombia.

2.1. La discapacidad, una preocupación de orden mundial

La Organización Mundial de la Salud (OMS), mediante el informe mundial sobre la discapacidad (2011), dio a conocer que cerca de un millón de personas, aproximadamente el 15%

de la población mundial, sufren algún tipo o forma de discapacidad. La OMS afirma que este indicador tiende a crecer debido al incremento del envejecimiento de la población, los riesgos de accidentes y la aparición de enfermedades crónicas.

Según la OMS (2011) alrededor del mundo, un alto porcentaje de las personas que padecen algún tipo de discapacidad viven en condiciones difíciles de salubridad y nutrición; reportan bajos niveles de educación y altos estados de pobreza, comparados con quienes no padecen alguna discapacidad.

La clasificación Internacional del Funcionamiento, de la Discapacidad y de la Salud (CIF), creado por la OMS como el marco conceptual para la comprensión de los estándares de discapacidad de la población, define la discapacidad “como un término genérico que engloba deficiencias, limitaciones de actividades y restricciones para la participación” (p.7)

La OMS en el informe precitado, advierte que la población en condición de discapacidad enfrenta un sin número de dificultades que hacen más difícil el desarrollo personal y la convivencia; entre estas, enumera:

- i) insuficiencia de políticas y normas orientadas a la inclusión; ii) actitudes negativas de los maestros, compañeros de trabajo, empleadores y ciudadanos en general; iii) prestación insuficiente de servicios de atención en salud, rehabilitación, asistencia y apoyo; iv) bajo número de asistentes sociales con formación y calificación especializada en discapacidad;
- v) financiación insuficiente para el desarrollo de políticas y planes estatales para la población discapacitada; vi) falta de accesibilidad al transporte, edificio y entidades públicas y privadas; vii) tasas significativamente bajas de uso de la tecnología de la información y comunicación por parte de la población discapacitada; viii) baja

participación de la población discapacitada en la toma de decisiones gubernamentales en las políticas públicas que afectan su vida. (p. 11)

La OMS afirma que la población con discapacidad “puede experimentar mayor vulnerabilidad a enfermedades secundarias prevenibles, comorbilidades y trastornos relacionados con la edad”; que registran “tasas más elevadas de comportamiento de riesgo, como el hábito de fumar, una dieta deficiente e inactividad física”; y que “corren un mayor riesgo de estar expuestos a violencia, deterioro del estado general de salud, limitaciones de las actividades, restricciones para la participación y baja calidad de vida, y peores resultados académicos”. (p. 11)

A renglón seguido, el máximo organismo de la salud, indica que:

Las personas con discapacidad tienen más probabilidades de estar desempleadas, y generalmente ganan menos cuando trabajan. Los datos de la Encuesta Mundial de Salud indican que las tasas de empleo son menores entre los varones y mujeres discapacitados (sic), (53% y 20%, respectivamente) que entre los varones y mujeres no discapacitados (sic), (65% y 30%, respectivamente).

Un estudio reciente de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) comprobó que, en 27 países, las personas con discapacidad en edad de trabajar, en comparación con sus homólogas no discapacitadas (sic), experimentaban desventajas significativas en el mercado laboral y tenían peores oportunidades de empleo. En promedio, su tasa de empleo (44%) era ligeramente superior a la mitad de la de las personas sin discapacidad (75%). La tasa de inactividad era unas 2,5 veces mayor entre las personas sin discapacidad (49% y 20%, respectivamente). (p. 12)

La discapacidad es una barrera determinante para el ingreso al mercado laboral, razón por la cual se registran tasa muy altas de desempleo en la población con discapacidad, que los conduce a la pobreza.

El preámbulo de la Convención para los Derechos de la Personas con Discapacidad (CDPD), reconoce que “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás” (p. 1)

El artículo 27 de la CDPD reconoce que a las personas con discapacidad les asiste el derecho al trabajo en igualdad de condiciones con los demás. Advierte a los Estados parte la obligación de salvaguardar y promover el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para quienes adquirieron la discapacidad laborando; y les impone el deber de adoptar un marco legal para la protección de la persona con discapacidad y la prohibición de su esclavitud, la servidumbre y el trabajo forzoso u obligatorio.

La CDPC le exige a los Estados parte:

- a) Prohibir la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo, la promoción profesional y unas condiciones de trabajo seguras y saludables;
- b) Proteger los derechos de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, a condiciones de trabajo justas y favorables, y en particular a igualdad de oportunidades y de remuneración por trabajo de igual valor, a condiciones de trabajo

seguras y saludables, incluida la protección contra el acoso, y a la reparación por agravios sufridos;

c) Asegurar que las personas con discapacidad puedan ejercer sus derechos laborales y sindicales, en igualdad de condiciones con las demás;

d) Permitir que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua;

e) Alentar las oportunidades de empleo y la promoción profesional de las personas con discapacidad en el mercado laboral, y apoyarlas para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo;

f) Promover oportunidades empresariales, de empleo por cuenta propia, de constitución de cooperativas y de inicio de empresas propias;

g) Emplear a personas con discapacidad en el sector público;

h) Promover el empleo de personas con discapacidad en el sector privado mediante políticas y medidas pertinentes, que pueden incluir programas de acción afirmativa, incentivos y otras medidas;

i) Velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo;

j) Promover la adquisición por las personas con discapacidad de experiencia laboral en el mercado de trabajo abierto;

k) Promover programas de rehabilitación vocacional y profesional, mantenimiento del empleo y reincorporación al trabajo dirigidos a personas con discapacidad. (Ob. Cit., p. 23)

Sin embargo, la realidad es otra, la OMS (2011) en el informe mundial de discapacidad precisa que la tasa de ocupación de las personas con discapacidad es menor respecto a quienes no sufren alguna discapacidad; y que la condición de discapacidad de una persona se refleja en la baja productividad y en la reducción del salario (p. 268). La tasa de ocupación de las personas con discapacidad depende del tipo de discapacidad; *verbi gratia*, las personas con condiciones de salud mental incapacitantes o deficiencias intelectuales, registran la menor tasa de ocupación. (p. 269)

Las diferencias salariales entre personas con y sin discapacidad son considerables; al igual, que la notable diferencia entre el salario que percibe una mujer con discapacidad en comparación con un hombre en igual condición. (p. 270).

Acerca de las personas que sufren alguna discapacidad, se ha construido una serie de prejuicios que los afectan en su desarrollo y desempeño, considerándolos con menos habilidades para desempeñar una labor o cargo y de baja adaptación al ambiente laboral. Estos prejuicios inciden en la baja autoestima y en las expectativas de la persona con discapacidad, alejándola de la sociedad para entrar en deplorables estados de depresión.

Los empleadores no desean incluir en su grupo de trabajadores a personas que sufren algún grado de discapacidad, considerando que este trabajador no reporta igual rendimiento que una persona sin discapacidad; además, creen que la legislación laboral es excesivamente

proteccionista de los trabajadores con discapacidad, al disponer, por ejemplo, horarios de trabajo flexibles, más periodos de descanso, licencias remuneradas y mayores indemnizaciones. (p. 271)

2.2. Las cifras de la discapacidad en Colombia

El Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, presentó en agosto de 2015 el informe estadístico de discapacidad con enfoque diferencial en Colombia, con resultados que activaron las alarmas en las entidades responsables de la administración del sistema de seguridad social y aseguradoras en general.

El total de personas en condición de discapacidad censados para el año 2015, ascendió a 3.051.217, de los cuales el 49,5% son mujeres y el 50,4% hombres. Así mismo, el 47.1% oscilan entre los 20 y 59 años de edad; mientras que, el 33% son mayores de 60 años, y 19,8% menores de 19 años de edad. (p. 6)

Según el DANE, las principales alteraciones registradas en las personas en condición de discapacidad para el año 2015, son: el movimiento de cuerpo, manos, brazos y piernas (33,5%); alteraciones del sistema nervioso (23,3%); afectaciones de la visión (13,8%); afectaciones al sistema cardio-respiratorio (12,1%); y lesiones al sistema auditivo (5,2%). (p.17)

El 28,5% de las personas en condición de discapacidad refieren que el origen de la discapacidad se halla en el desarrollo de una enfermedad general, el 11,3% indican que el origen es de un accidente, el 9,9% corresponde a alteraciones genéticas o hereditarias. (p. 19)

En total 14.374 personas indicaron el origen de su discapacidad en una enfermedad profesional como consecuencia de las condiciones del lugar de trabajo, exceso de carga de trabajo, condiciones de seguridad, entre otras de menor incidencia. (p. 26)

A su vez, 12.069 personas afirmaron que el origen de su discapacidad se hallaba en la dificultad de la prestación de servicios de salud; de los cuales, 32,7% indicó que la causa fue la falta de calidad en la atención médica. (p. 27)

Entre tanto, 18.930 personas aducen que su condición de discapacidad es producto de la violencia que vive el país; de los cuales, 6.033 personas dicen haber adquirido la discapacidad como consecuencia del conflicto armado, y el 20,3% asegura que es producto de las minas antipersona, de artefactos explosivos improvisados, y municiones sin explotar. (p. 28)

De las 132.571 personas en condición de discapacidad producto de un accidente, en proporciones iguales al 28%, afirmaron que el hecho ocurrió en el trabajo, en el hogar, y por el tránsito vehicular. (p. 29)

En relación con la variable de nivel de educación, las estadísticas revelan que 493.470 personas en condición de discapacidad solo cursaron la básica primaria; entre tanto, 208.599 cursaron básica secundaria, 19.888 ostentan estudios técnico o tecnológico, y 17.990 estudios universitarios. (p. 33)

De la población en condición de discapacidad, 924.652 personas han visto afectada su capacidad para laborar; mientras que, 161.516 no reportan afectación en su desempeño laboral. (p. 38)

Por último, 574.393 personas en condición de discapacidad manifestaron la necesidad de recibir capacitación para mejorar su productividad; *contrario sensu*, 383.968 personas afirmaron que no la requerían. (p. 39)

Ahora bien, las anteriores cifras muestran un preocupante panorama de la discapacidad, que insta al legislador y al Gobierno Nacional a tomar medidas preventivas; dado que, un país en vía desarrollo requiere que su población en edad productiva disponga de la capacidad laboral para impulsar el crecimiento económico y social.

2.3. Concepto de capacidad laboral

El Presidente de la República en ejercicio de la potestad reglamentaria, mediante el Decreto Ley 1295 de 1994, definió la organización y administración del sistema de Riesgos Profesionales, modificado por la Ley 1562 de 2012. El artículo 44 de la precitada norma, estableció que el grado de incapacidad permanente parcial, invalidez parcial o invalidez total derivada de lesiones de origen laboral, se debe determinar con base en el Manual de Invalidez y las Tablas de evaluación de discapacidad.

Conforme al artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por los artículos 142 del Decreto Ley 019 de 2012 y 18 de la Ley 1562 de 2012, el Gobierno Nacional, mediante el decreto número 1507 de 2014, expidió el Manual Único para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional, como el instrumento técnico para la evaluación del porcentaje de pérdida de la capacidad laboral de cualquier origen, de una persona que haya sufrido una lesión orgánica, una perturbación funcional o siquiátrica.

El decreto número 1507 de 2014, en el artículo 3º, define la capacidad ocupacional como “la calidad de ejecución de una persona para llevar a cabo actividades de la vida cotidiana y ocupaciones, que depende de las habilidades motoras, procesamiento, comunicación e interacción, según las etapas del ciclo vital”; así mismo, define la capacidad laboral como el

“conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que permiten desempeñarse en un trabajo”.

2.4. Concepto de daño corporal

El jurista español Medina (2017) aduce que “todo daño corporal es un daño personal, mientras que no todo daño personal es un daño corporal, pues el daño personal que causa un accidente de circulación es corporal y el que causa a los bienes de la personalidad distintos de la vida y de la integridad psicofísica (salud) es personal, pero extracorporal” (p.100). Igualmente, el autor precitado afirma que son manifestaciones del daño corporal la muerte, la secuela o la lesión temporal.

Por otra parte, la disposición normativa contenida en el artículo 3º del Decreto 1507 de 2014, define el concepto de daño corporal desde la perspectiva médica y jurídica, en los siguientes términos:

Con el nombre de daño corporal se conoce cualquier alteración somática o psíquica que, de una forma u otra, perturbe, amenace o inquiete la salud de quien la sufre, o simplemente, limite o menoscabe la integridad personal del afectado, ya en lo orgánico, ya en lo funcional; para que se configure, es suficiente cualquier merma de la integridad de la biología individual, con independencia de sus repercusiones prácticas en uno o más campos de la actividad humana.

La magnitud del daño corporal en el sistema de seguridad social se determina a partir de la apreciación de tres elementos: la deficiencia, la discapacidad y la minusvalía.

Acorde con las definiciones contenidas en el artículo 3° del Decreto 1507 de 2014, la deficiencia corresponde a la “alteración en las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona. Puede consistir en una pérdida, defecto, anomalía o cualquier otra desviación significativa respecto de la norma estadísticamente establecida”; la discapacidad a las “limitaciones en la realización de una actividad”, y, la minusvalía a:

toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad que le impide o limita para el desempeño de un rol, que es normal en su caso, en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad, por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno.

Retomando la definición de daño propuesta en el capítulo anterior, como la lesión a los bienes, intereses o derechos de una persona o del colectivo, que conforman su patrimonio; y traslapándola con la definición de daño corporal, previamente citada; a título de ejercicio académico, para efectos de la presente investigación, se adopta la siguiente definición para daño corporal en el contexto de la responsabilidad: es la lesión o alteración de las estructuras corporales, que perturbe, amenace o inquiete la salud; o, que limite o menoscabe la integridad personal a nivel orgánico, funcional o psíquico; que disminuye la capacidad laboral u ocupacional, de quien la sufre.

2.5. Concepto de pérdida de la capacidad laboral

Méndez y Rodríguez (2016) definen el concepto de pérdida de la capacidad laboral (PCL) como la disminución del grado de capacidad laboral de un trabajador (p.46). Entre tanto, el Ministerio de Salud (2017) lo define como “la afectación del conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que permiten desempeñarse en un trabajo”.

Del análisis de los elementos de la definición propuesta por los autores en cita, se infiere que una persona en plenitud de sus capacidades para desarrollar un trabajo o labor posee el máximo grado de capacidad laboral, que en términos porcentuales equivale al 100%. Sin embargo, dicha capacidad laboral puede mermarse por causa de una lesión corporal o afectación a la integridad personal, susceptible de valoración, igualmente en términos porcentuales, conocido como el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral o PCL.

En el ámbito de la responsabilidad, la lesión a la persona corresponde al daño, cuyo origen puede encontrarse en un accidente o en una enfermedad (hecho dañoso), que acarrea una PCL (perjuicio).

2.5.1. De la calificación de la pérdida de la capacidad laboral.

Para discernir acerca de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral (PCL) es válido citar al tratadista español J. Alonso Santos (2010) quien afirma, que en el ámbito del derecho español:

la valoración del daño corporal es una actividad médica que tiene por objetivo evaluar e informar de las lesiones, secuelas, menoscabos, perjuicios, dolores, molestias, incapacidades, invalideces que pueda tener una determinada persona, derivado tanto de accidentes (causales, laborales, tráfico, deportes) como de enfermedades, sean producidas

tanto por agentes externos como internos, con objeto de que se pueda producir una reparación adecuada. (p. 34)

En el marco jurídico colombiano, el 12 de agosto de 2014, mediante el decreto número 1507, se expidió el Manual Único para la Calificación de la Pérdida de la Capacidad Laboral y Ocupacional, en adelante MUCPCLO; cuyo artículo primero precisa que este Manual de calificación es “un instrumento técnico para evaluar la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional de cualquier origen”. El segundo artículo del mencionado decreto determina el campo de su aplicación a:

todos los habitantes del territorio nacional, a los trabajadores del sector público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes y del sector privado en general, independientemente de su tipo de vinculación laboral, clase de ocupación, edad, tipo y origen de discapacidad o condición de afiliación al Sistema de Seguridad Social Integral, para determinar la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional de cualquier origen.

La Corte Constitucional, en el fallo de la acción de tutela T – 332 de 2015, definió la calificación de la PCL como “un mecanismo que permite fijar el porcentaje de afectación del conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten al individuo desempeñarse en un trabajo habitual”.

2.5.2. Elementos de la calificación de la pérdida de la capacidad laboral.

El proceso para la calificación de la PCL requiere, *sine qua non*, la valoración de las secuelas de la lesión o daño corporal; la determinación del origen de la enfermedad, del accidente o sus secuelas; la fijación de la fecha de estructuración; y, la determinación del porcentaje de la PCL o pérdida ocupacional.

2.5.2.1. Las secuelas.

Según Méndez et al. (2016), en primer lugar, las secuelas se perciben “como derivación de una enfermedad o accidente”; y en segundo lugar, “como la limitación funcional residual, es decir, el estado funcional del trabajador posterior a la culminación del proceso de rehabilitación”. (p. 45)

Jouvencel (2002), citado en Méndez et al. (2016) respecto a las secuelas, indica que:

Toda lesión o daño en la salud sigue un curso variable que dependerá de la capacidad biológica individual del lesionado, así como del tipo y calidad del tratamiento recibido. Dentro de la evaluación de la lesión, la secuela (consolidación) supone su estado último, es decir, una vez lograda no se espera que exista mejoría sustancial del cuadro clínico alcanzado aún con la continuidad del plan de tratamiento. De ahí que todo proceso de rehabilitación debe tener un inicio y un final. Este es, el ya mencionado concepto de secuela como fase de consolidación o estabilización de la lesión y sólo será equivalente a la curación cuando el lesionado llegue con el tratamiento instaurado al estado previo a la lesión. (p. 46)

El médico forense español Ruiz (2015), en síntesis, infiere que:

Las secuelas traumatológicas que afectan a cualquiera de los miembros constituyen uno de los apartados de más prevalencia e interés en la valoración del daño corporal. Suelen estar presentes en cualquier politraumatizado así como en cualquier tipo de agresión, tanto del agresor como del agredido. Estas secuelas tienen como origen cualquier daño o lesión, bien osteoarticular, bien de las partes blandas de los referidos miembros. Sea cual fuere la

estructura dañada, el resultado va a ser un déficit o limitación en la movilidad de dicho segmento con la consiguiente pérdida funcional. (p.1)

Son ejemplos de secuelas, (Ruiz, 2015, p. 177), “las distintas desviaciones de los dedos del pie (rotatorias, angulaciones, dedo en martillo, valgo, varo, etc.)” postrauma del pie epígrafe anterior. Igualmente, lo es “la artrosis postraumática, que, como su nombre indica, consiste en el desgaste o envejecimiento prematuro o a corto-medio plazo de una articulación con motivo de un traumatismo (fractura, luxación, etc.)”.

La magnitud de las lesiones irrogadas a una persona o de las secuelas pueden aparejar alguno de los siguientes estados de incapacidad: i) incapacidad temporal, entendida como el estado de la enfermedad o de la lesión, que le impide a la persona desempeñar su rol laboral u ocupacional por un tiempo determinado, que cesará al finalizar su rehabilitación total; ii) incapacidad permanente parcial, considerado como el estado de la enfermedad o lesión que le impide a la persona desempeñar definitiva y parcialmente su rol laboral u ocupacional; y, iii) incapacidad permanente total o estado de invalidez, que le impide a la persona definitiva y totalmente desempeñar su rol laboral u ocupacional.

2.5.2.2. Origen de la enfermedad, del accidente o de las secuelas.

El origen de la enfermedad, del accidente o las secuelas, puede ser común o laboral. El primero, no tiene relación alguna con el trabajo, su etiología se encuentra en cualquier otro escenario o situación fáctica no laboral; y el segundo, corresponde a un accidente de trabajo o enfermedad laboral. Según el artículo 12 del Decreto 1295 de 1994, “toda enfermedad o patología, accidente o muerte, que no hayan sido clasificados o calificados como de origen profesional, se consideran de origen común”. Sin embargo, el Decreto número 1477 de 2014

establece una presunción legal para algunas enfermedades que las clasifica de origen laboral, *verbi gratia*: mesotelioma por asbesto, neumoconiosis de mineros del carbón, silicosis y asbestosis, talcosis, siderosis y baritosis, que se encuentran relacionadas en la tabla de enfermedades laborales establecida por el Decreto 2566 de 2009.

El origen laboral implica que la lesión o daño surja en ocasión a un accidente de trabajo o una enfermedad laboral. El legislador adoptó la siguiente definición de accidente de trabajo en el artículo 3º de la ley 1562 de 2012, por la cual se modifica el sistema de Riesgos Laborales y se dictan disposiciones en materia de salud ocupacional:

(...) todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte.

Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o contratante durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aún fuera del lugar y horas de trabajo.

Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores o contratistas desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador.

También se considerará como accidente de trabajo el ocurrido durante el ejercicio de la función sindical aunque el trabajador se encuentre en permiso sindical siempre que el accidente se produzca en cumplimiento de dicha función.

De igual forma se considera accidente de trabajo el que se produzca por la ejecución de actividades recreativas, deportivas o culturales, cuando se actúe por cuenta o en representación del empleador o de la empresa usuaria cuando se trate de trabajadores de empresas de servicios temporales que se encuentren en misión.

En cuanto al concepto de enfermedad laboral, el legislador a la altura del artículo 4° de la misma ley, lo define así:

Es enfermedad laboral la contraída como resultado de la exposición a factores de riesgo inherentes a la actividad laboral o del medio en el que el trabajador se ha visto obligado a trabajar. El Gobierno Nacional, determinará, en forma periódica, las enfermedades que se consideran como laborales y en los casos en que una enfermedad no figure en la tabla de enfermedades laborales, pero se demuestre la relación de causalidad con los factores de riesgo ocupacional, será reconocida como enfermedad laboral, conforme lo establecido en las normas legales vigentes.

Del mismo modo, el legislador impuso al Gobierno Nacional la obligación de determinar periódicamente las enfermedades que se consideren de origen laboral; como también, a los Ministerios de Trabajo, y de Salud y Protección Social, la actualización de la tabla de enfermedades laborales, por lo menos cada 3 años.

2.5.2.3. Fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral.

En cuanto a la fijación o determinación de la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral o invalidez, el artículo 3° del decreto 1507 de 2014, la define como:

(...) la fecha en que una persona pierde un grado o porcentaje de su capacidad laboral u ocupacional, de cualquier origen, como consecuencia de una enfermedad o accidente, y que se determina con base en la evolución de las secuelas que han dejado estos. Para el estado de invalidez, esta fecha debe ser determinada en el momento en el que la persona evaluada alcanza el cincuenta por ciento (50%) de pérdida de la capacidad laboral u ocupacional.

A reglón seguido, la norma precitada, establece que la determinación de la fecha de estructuración de la PCL debe fundamentarse en la historia clínica, exámenes clínicos y ayudas diagnósticas de la enfermedad o lesiones calificadas.

La Corte Constitucional, mediante fallo de tutela en sede de revisión, se ha apartado de la aplicación literal del contenido del artículo 3° del decreto 1507 de 2014, en aquellos casos en los que las entidades administradoras del sistema de pensión niegan el derecho a quienes, al parecer, no cumplen con los requisitos establecidos en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, respecto al número de semanas cotizadas que se deben acreditar con antelación a la fecha de estructuración de la invalidez.

La Corte Constitucional, en la sentencia T-594 de 2011, estimó que hay eventos en los cuales la discapacidad constituye la imposibilidad real de desempeñar un empleo específico; y que “la fecha de estructuración de la invalidez debe comprobar que en términos materiales y no solamente formales (el simple acaecimiento de determinada dolencia, accidente o enfermedad), una persona no puede desempeñarse en un trabajo habitual “. (p. 23)

En un escenario similar, la Corte Constitucional emitió la sentencia T-143 de 2013, indicando que “la fecha en que se pierde la aptitud para trabajar es diferente a la fecha en que comenzó la enfermedad o en que ocurrió el accidente” (p. 10), bajo el argumento que:

(...) las personas cuya pérdida de capacidad laboral corresponda una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, tienen derecho a que se les contabilicen aportes efectuados luego de la fecha de estructuración de la invalidez para verificar su cumplimiento, si es que conservaban aptitudes para ofrecer sus servicios en el mercado laboral. Ello, porque en sus casos la fuerza de trabajo se desvanece paulatinamente, y la fecha en que efectivamente pierden su capacidad para trabajar puede ser diferente a la fecha de estructuración que indica el dictamen de calificación. Por tratarse de enfermedades cuyas manifestaciones empeoran con el tiempo, la persona puede continuar su vida laboral con relativa normalidad, hasta el momento en que por su condición de salud le es imposible continuar cotizando al sistema. Porque sus condiciones le impiden integrarse adecuadamente y “funcionar hábilmente en la sociedad”. Desde esta perspectiva se busca complementar la acepción médica de discapacidad, que se apoya en criterios técnico-científicos para declarar estados de invalidez, en tanto se resalta que, en algunas ocasiones, pese al dictamen de invalidez, las personas pueden seguir cotizando hasta perder finalmente su capacidad laboral. (p. 9,10)

En párrafo seguido, el máximo órgano constitucional resolvió el asunto sujeto a revisión, a favor del accionante, con la siguiente *ratio decidendi*:

La interpretación más favorable del artículo 3° del decreto 917 de 1999 debe ser aquella que acoge la noción de discapacidad real o material, según la cual, la pérdida de la capacidad laboral de la persona se infiere a partir del momento en que esta sufre la pérdida

“definitiva y permanente” de sus aptitudes físicas o psicológicas para trabajar, por tanto, el juez debe valorar el conjunto de los elementos que permitan inferir el acaecimiento de tal suceso al estudiar las solicitudes de pensión de invalidez, o los dictámenes proferidos por las administradoras de pensiones o por las juntas de calificación de invalidez. Ceñirse, de manera exclusiva, a verificar el pago de las 50 semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, cuando la persona siguió trabajando y cotizando al sistema de seguridad social, es reducir la actividad judicial a un mero trámite administrativo, y obviar aspectos fácticos que indican de manera clara que la persona pudo seguir desarrollando su actividad física y mental para solventar sus necesidades básicas. El legislador concibió el sistema de seguridad social como una especie de seguro pero ello no vincula a la Corte a manejar este tipo de casos bajo los términos mercantiles del contrato de seguros, sino desde la perspectiva de la vigencia de los derechos constitucionales de las personas. La interpretación expuesta en este numeral pretende armonizar la solución del caso concreto con los postulados del Estado Social de Derecho, que se funda en *“el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran”*. (bastardilla propia del texto). (p.13).

A inicios del año 2017, la Corte Constitucional nuevamente se pronuncia sobre la calificación de invalidez en la sentencia T-057, afirmando:

A este respecto, la Corte ha reconocido que existen situaciones en las que la enfermedad o el accidente padecido por una persona generan en ella pérdida de su capacidad laboral de manera inmediata, de ahí que la fecha de estructuración de la invalidez, fijada en el correspondiente dictamen, coincida con la ocurrencia del hecho generador de la misma. Sin embargo, también ha sostenido que, en tratándose de enfermedades degenerativas, crónicas

o congénitas, entiéndase por tal, aquellas de larga duración y de progresión lenta, ocurre que la disminución o pérdida de la capacidad laboral no se produce en un mismo momento sino que, por el contrario, se genera de manera paulatina. Frente a este tipo de casos, la Corte ha evidenciado que los entes responsables de efectuar la calificación de pérdida de la capacidad laboral establecen como fecha de estructuración de la invalidez el momento a partir del cual se presenta el primer síntoma de la enfermedad o se obtiene el primer diagnóstico, sin importar que, de acuerdo con la realidad objetiva, la incapacidad permanente y definitiva para desempeñarse laboralmente se produzca mucho tiempo después.

En efecto, son numerosos los casos de personas que, a pesar de que padecen alguna enfermedad catalogada como degenerativa, crónica o congénita, su estado de salud les permite desarrollar actividades productivas con relativa normalidad y, en esa medida, seguir cotizando al sistema general de pensiones, hasta que llega un momento en el que la progresión de la enfermedad es tal, que les impide, de manera definitiva, seguir ejerciendo su trabajo para obtener su sustento y, de esta manera, aportar al sistema. (p. 15,16)

Si bien es cierto, que la norma establece que la fecha de estructuración es el momento en que se pierde un porcentaje de la capacidad laboral; también lo es que, vía constitucional, lo será a partir del momento en que la persona sufre la pérdida definitiva y permanente de sus aptitudes físicas o psicológicas para trabajar; o , hasta que llega un momento en el que la progresión de la enfermedad es tal, que les impide, de manera definitiva, seguir ejerciendo su trabajo para obtener su sustento.

En conclusión, el objetivo de calificar el origen de la enfermedad, del accidente o de las secuelas es encontrar el nexo causal entre la patología que sufre la persona y el trabajo, o una situación no laboral, que la causó. Información que contribuye a identificar el responsable de los hechos dañosos y de la compensación o indemnización de los perjuicios.

2.5.2.4. Definición del porcentaje de pérdida de la capacidad laboral.

El proceso para definir el porcentaje de PCL tiene como prerrequisito el concepto médico desfavorable de recuperación; esto es, que el médico tratante de la lesión o daño corporal certifique que la patología o enfermedad física o mental que padece la persona, no tendrá evolución favorable al terminar el proceso de rehabilitación; por tanto, se han materializado las secuelas.

El proceso de rehabilitación, según la OMS, citado en Méndez et al. (2016), es “la aplicación coordinada de un conjunto de medidas médicas, sociales, educativas y profesionales para reparar o adaptar al individuo con objeto de que alcance la mayor proporción posible de capacidad funcional”. (p. 48)

Si el concepto médico de recuperación es favorable, se debe aplicar el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 142 del Decreto Ley 0019 de 2012, para postergar el trámite de la calificación de la PCL; tratándose de una enfermedad o un accidente de origen laboral, hasta 540 días adicionales a los 180 días iniciales de incapacidad; y, cuando su origen es común, hasta 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad.

La calificación de la PCL sigue las instrucciones de un baremo de invalidez, que según Dérobert (2006), citado en Méndez et al. (2016), corresponde a “una colección de valores, establecida sobre una estructura médica o médico-legal, en la que se asigna, según la gravedad de

las secuelas presentadas por un individuo determinado, una cifra en porcentaje de la incapacidad permanente” (p. 25). De acuerdo con las normas establecidas por la Superintendencia de Pensión de Chile (2012) para la evaluación de la PCL, baremo es un “escala graduada de referencia que contiene por orden creciente categorías o clases que cuantifican la invalidez. Surge de la combinación de conocimientos científicos y el juicio de profesionales que las aplican, teniendo como imperativo resguardar la especificidad que la propia ley les señala”. (p. 2)

En este punto, se trae a colación el MUCPLO, adoptado en Colombia mediante el Decreto 1507 de 2014, y constituido en el baremo que las Juntas médicas de las EPS, Fondos de Pensiones, Colpensiones y Juntas Regionales de Calificación de Invalidez deben consultar para emitir el dictamen de la PCL.

El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el decreto 0019 de 2012, indica que la junta médica de la entidad aseguradora en la cual se encuentra afiliada la persona a valorar (EPS para secuelas de origen común o ARL de origen laboral), determina en primera oportunidad la PCL.

El interesado podrá manifestar su inconformidad con respecto al dictamen dentro de los siguientes diez días. La entidad aseguradora, para garantizar el debido proceso, debe remitirlo a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, en los cinco días siguientes de su radicación, para su confirmación o, si hay lugar, emitir un nuevo dictamen de PCL. Contra este último dictamen, procede el recurso de apelación ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Si aún persiste la inconformidad, el dictamen de la PCL podrá ser objeto de discusión ante el Juez Laboral.

5.2.4.1. Estructura del Manual único para la calificación de la PCL y ocupacional (MUCPCLO).

El MUCPCLO lo conforman dos títulos; a saber, Título I: valoración de las deficiencias; y Título II: valoración del rol laboral, ocupacional y otras áreas ocupacionales. El título I desglosa, en 15 capítulos, las deficiencias físicas y funcionales que una persona puede padecer; entre estas, en su orden las deficiencias producto de: alteraciones debidas a neoplasia o cáncer; alteraciones al sistema cardiovascular; por trastornos del sistema respiratorio; del sistema digestivo; del sistema urinario y reproductor; por trastornos de la piel, faneras y daño estético; por alteraciones del sistema hematopoyético; por alteraciones en el sistema endocrino; alteraciones en el sistema auditivo y vestibular; alteraciones del olfato, el gusto, de la voz, del habla y de las vías aéreas superiores; por alteraciones del sistema visual; del sistema nervioso central y periférico; por trastornos mentales y del comportamiento; por alteraciones de las extremidades superiores e inferiores; y, por alteraciones de la columna vertebral.

A su vez, el Título II se subdivide en cuatro capítulos, que contienen en su orden: Generalidades, calificación del rol laboral, calificación de otras áreas ocupacionales, y, valoración de roles ocupacionales.

El Manual en cita se fundamenta en los principios de integralidad y de ponderación. El primero, se refiere al “Modelo de la Ocupación Humana que describe al ser humano desde tres componentes interrelacionados: volición, habituación y capacidad de ejecución; aspectos que tienen en cuenta los componentes biológico, psíquico y social de las personas y permiten establecer y evaluar la manera como se relacionan con su ambiente”. El segundo, se relaciona con la distribución porcentual, así: “El rango de calificación oscila entre un mínimo de cero por

ciento (0%) y un máximo de cien por ciento (100%), correspondiendo, cincuenta por ciento (50%) al Título Primero (Valoración de deficiencias) y cincuenta por ciento (50%) al Título Segundo (Valoración del rol laboral, rol ocupacional y otras áreas ocupacionales)". (Ob. Cit. p. 8)

Respecto a la integralidad de la calificación de la PCL, la Sala Plena de la Corte Constitucional, en la sentencia número C-425 de 2005, dispuso que las entidades competentes para realizar el dictamen de PCL deben valorar, de forma integral, todos los factores de origen laboral y común que inciden en la capacidad laboral de la persona objeto de valoración. La Corte hizo la anterior interpelación, en virtud del control de constitucionalidad, en los siguientes términos:

Al prohibir la norma que se aumente el grado de incapacidad con base en patologías anteriores, está desconociendo la realidad física del trabajador a proteger, para darle prioridad al formalismo de asunción del riesgo creado. Esta prohibición viola el Art. 1 numeral 2 literal a) de la "Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad" aprobada en Colombia a través de la ley 762 de 2002. En otras palabras, y utilizando la hipótesis contraria a la manifestada por la norma, un trabajador puede estar materialmente inválido por la suma de sus grados de incapacidad, pero a raíz de la disposición enunciada en la ley 776 de 2002, no estará formalmente inválido, debido a la prohibición de aumentar la incapacidad por patologías anteriores; desconociendo la realidad material de su invalidez, lo que trae consigo la pérdida de su derecho de pensión por esta situación. En múltiples ocasiones esta Corporación ha hecho valer el Principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, en las relaciones laborales. En el presente caso se hará operar igualmente éste principio.

El baremo en estudio establece los insumos necesarios para determinar el porcentaje de PCL, entre estos: i) el examen físico que consiste en la “evaluación metódica de una persona mediante inspección, palpación, auscultación, percusión y medida de los signos vitales” (p.8); ii) la historia clínica, que “describe los antecedentes, la evolución y el estado actual de la patología que se está calificando; incluye los antecedentes pertinentes y los resultados de los diagnósticos referentes a la Mejoría Médica Máxima (MMM), la Carga de Adherencia al Tratamiento (CAT) y los diferentes tratamientos de la (s) deficiencia (s)” ; y, iii) “los resultados objetivos, como los estudios clínicos o para clínicos”. (p. 9)

La metodología para determinar el porcentaje correspondiente a la deficiencia (Título I) se contrae a identificar: i) las deficiencias a calificar de acuerdo con la patología, diagnóstico o secuela; ii) el criterio de severidad (factor principal) de cada deficiencia; y, iii) los factores modulares responsables de cambiar el grado de severidad, mediante la fórmula de ajuste total de la deficiencia. (p. 9,10)

El MUCPCLO determina el valor final de la deficiencia, así:

(...) será el valor obtenido por la secuela calificable de cada una de las patologías de la persona; si tiene varias secuelas calificables de diferentes capítulos, estas se combinan mediante la fórmula de valores combinados. Una vez combinadas todas, la deficiencia del resultado final se debe ponderar al cincuenta por ciento (50%), es decir debe multiplicar por cero coma cinco (0,5). De manera tal que si el valor final fue de ochenta por ciento (80%) se multiplica por cero coma cinco (0,5) obteniendo como resultado o Valor Final de la Deficiencia, cuarenta por ciento (40%). (p.11)

Ahora bien, la metodología para la calificación del rol laboral, rol ocupacional y otras áreas ocupacionales de las que trata el Título II, de acuerdo con las etapas del ciclo vital y el rol de desempeño, identifica dos poblaciones sujetos a calificación (p.13). En términos del MUCPLO, el primer grupo poblacional, lo integran las personas en edad económicamente activa, en edad de trabajar, que trabajan, o están buscando trabajo, incluyendo también a los menores trabajadores, pensionados, jubilados y adultos mayores que aún trabajan; quienes poseen un rol laboral y ocupacional. El segundo, lo conforman los bebés, niños, adolescentes, pensionados, jubilados, y adultos mayores que no trabajan; cuyo rol ocupacional es la vida escolar y el uso del tiempo libre o de esparcimiento. (p.13)

La calificación de las personas en edad económicamente activa depende de la valoración de tres criterios, a saber: el rol laboral, autosuficiencia económica y la edad, que pueden sumar máximo hasta 30%. Adicionalmente se valora el criterio de otras áreas ocupacionales, máximo con 20% de ponderación. Finalmente, estos valores se suman aritméticamente y su resultado no puede superar 50%.

En definitiva, el valor de la PCL corresponde a la sumatoria aritmética del valor final de la deficiencia (Título I) + el valor final del rol laboral y otras áreas ocupacionales (Título II). Si el valor resultante es menor a 50%, la persona ostenta un estado de incapacidad permanente parcial; entre tanto, si es mayor de 50%, de invalidez.

La PCL, por mandato legal, es el parámetro para determinar las prestaciones que le serán reconocidas y pagadas a la persona con discapacidad. Si el origen es común, corresponde al sistema de seguridad social en pensiones; y, si es laboral, al sistema de Riesgos Laborales. Así mismo, por vía jurisprudencial, la PCL se ha constituido en el parámetro para indemnizar los

perjuicios irrogados por los agentes del Estado a los administrados, a través del medio de control de Reparación Directa.

2.6. Efectos de la pérdida de la capacidad laboral en el Sistema General del Seguridad Social

El artículo 48 de la Constitución Política (CP) establece que “la seguridad social es un servicio público, de carácter obligatorio, que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”. El artículo 49 *ibidem*, a su vez, establece que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado.

El Legislador, en desarrollo del artículo 48 del CP, profirió la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, bajo los principios de solidaridad, integralidad, unidad, participación, entre otros; en aras de garantizar el cubrimiento de las contingencias económicas y de salud, y la prestación de servicios complementarios, a la población afiliada al sistema.

“El Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales, y los servicios sociales complementarios” (*ibidem*, art. 8).

A continuación, se abordarán los subsistemas en pensiones, salud y riesgo laboral, solo en lo que atañe a la PCL, para determinar su alcance en el Sistema de Seguridad Social, veamos:

2.6.1. Incidencia de la pérdida de la capacidad laboral en el Sistema de Seguridad Social en Salud.

El Sistema de Seguridad Social en Salud (SSSS) es administrado por las empresas promotoras de salud (EPS), y su objeto es regular el servicio público de salud y garantizar su acceso a toda la población.

Según el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema de salud se clasifican en dos tipos, según la forma de vinculación al sistema: i) afiliados al régimen contributivo: son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago; y, ii) afiliados al régimen subsidiado: son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el sistema general de seguridad social en salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. A este grupo pertenecen, prioritariamente, las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, las personas en situación de discapacidad, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago.

Los afiliados cotizantes al Régimen Contributivo tienen derecho a: i) la prestación del servicio de salud acorde con el plan obligatorio de beneficios (POS-C); ii) recibir una prestación económica por incapacidad temporal, en ocasión de una enfermedad o accidente de origen

común; y, iii) recibir una prestación económica por licencia de maternidad. Entre tanto, los afiliados al régimen subsidiado solo reciben el plan obligatorio de beneficios subsidiado (POS-S).

El afiliado cotizante, ante una enfermedad o accidente de origen común que le genere una incapacidad temporal para laborar, recibe del sistema de salud, a través de la EPS, una prestación económica equivalente al 66% del IBC mensual, durante el tiempo de la incapacidad y máximo por 180 días. Superados los 180 días de incapacidad, la EPS remite al cotizante a la entidad administradora de pensiones en la que se encuentre afiliado, para que asuma en adelante el pago de la prestación económica por incapacidad temporal.

Una vez finalizado el tratamiento médico de la enfermedad o de las lesiones causadas en el accidente o enfermedad de origen común, y emitido el concepto médico de no favorabilidad para recuperación; la junta médica de la EPS procede a elaborar el dictamen de PCL, el que podrá ser objeto de impugnación por el calificado ante la Junta Regional de Calificación de invalidez.

Si el dictamen arroja un porcentaje de PCL menor al 50%, la EPS archiva el caso, y el afiliado cotizante deberá reintegrarse a su trabajo, labor u ocupación. *Contrario sensu*, si la PCL es mayor o igual al 50%, la EPS remite al cotizante a la entidad administradora de pensiones, para el trámite de la pensión anticipada por invalidez.

En cuanto a los afiliados al Régimen Subsidiado, frente a una incapacidad temporal o definitiva para laborar, no tienen derecho a reclamar prestación económica alguna.

2.6.2. Incidencia de la pérdida de la capacidad laboral en el Sistema de Seguridad Social en Pensión.

El Sistema de seguridad social en pensiones (SSSP) se caracteriza por su bipartición en dos regímenes: i) Régimen solidario de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, antes Instituto de los Seguros Sociales (ISS); y, ii) Régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por los Fondos de Pensiones.

El sistema de pensiones, en sus dos regímenes, garantiza al afiliado cotizante las prestaciones económicas correspondientes a la pensión de invalidez, de vejez o muerte.

Para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, el cotizante debe acreditar que la calificación de la PCL es igual o mayor al 50%, y que su origen es común. Además, demostrar que cumple con el requisito mínimo de semanas cotizadas al sistema de pensiones, es decir, al tenor de la Ley 100 de 1993, que ostenta 50 semanas cotizadas durante los 3 años anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez.

De lo contrario, la entidad administradora de pensiones negará la pensión de invalidez; y el afiliado, pese a su estado (invalidez), podrá seguir aportando al sistema de pensiones hasta cumplir los requisitos para obtener la pensión de vejez; quiere decir, que el afiliado debe continuar trabajando para obtener ingresos y hacer los respectivos aportes al sistema de pensiones.

A diferencia de los sistemas de seguridad social en salud y pensiones, el sistema de riesgos laboral ofrece un plan de beneficios más amplio para el afiliado que sufre un infortunio que afecta su salud, siempre y cuando el origen sea laboral. Observemos:

2.6.3. Incidencia de la pérdida de la capacidad laboral en el Sistema de Riesgos Profesionales.

La historia da cuenta que en Francia y Alemania, hace más de un centenar de años, se creó la Ley del seguro de accidentes de trabajo; “fundada en el principio que toda actividad material implica, para quien la ejecuta o contribuye en ejecutarla, un determinado género de riesgos y genera una presunción de responsabilidad a cargo de quien está al frente de dicha actividad o de ella se beneficia” (Rodríguez, 2014, p.10)

Según Josserand, (citado en Rodríguez, 2014, p.11), la Ley 9 de abril de 1898 introdujo en Francia, la noción de riesgo profesional que impone a cargo del empleador los accidentes sufridos por los trabajadores y empleados, a causa del trabajo o durante ejecución o desarrollo.

Años más tarde, Colombia adoptó el concepto de riesgo profesional mediante la ley 57 de 1915, en la que definió: el concepto de accidente de trabajo y la responsabilidad objetiva del empleador; tipificando la culpa, la imprudencia o el descuido del trabajador como causales eximentes de responsabilidad de aquel.

En curso el año 1944, mediante el decreto 2350, se redefinió el concepto de accidente de trabajo (AT) y se introdujo la definición de enfermedad profesional (EP), se establecieron las prestaciones económicas; y, por primera vez, se impuso la obligación al gobierno de “promulgar una tabla de valuaciones para darle proporción al daño sufrido en concordancia con el monto de prestaciones económicas”. (Rodríguez, 2014, p.16)

A lo largo de los años, los conceptos de AT y EP, junto con la escala de prestaciones económicas, fueron modificados mediante la Ley 6 de 1945, Ley 90 de 1946, Decretos 2663 y 3743 de 1950 (Código Sustantivo del Trabajo), Decreto 3170 de 1964, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969, y Ley 100 de 1993 que consagra el Sistema General de Riesgos Profesionales y crea las empresas Administradora de Riesgos Profesionales (ARP).

El Decreto Ley 1295 de 1994 estructuró la organización y administración del Sistema de Riesgos Profesionales, unificó la legislación sobre riesgos del trabajo y derogó todas las normas que le fueren contrarias, entre estas, las del Código Sustantivo del trabajo relacionadas con AT y EP.

Mediante la Ley 1562 de 2012, el Congreso modificó el Sistema de Riesgos Profesionales. Entre otros aspectos, sustituyó el vocablo profesional por laboral, para adoptar en adelante las denominaciones de riesgos laborales, enfermedad laboral y administradora de riesgos laborales. También, introdujo la definición de Sistema General de Riesgos laborales (SGRL), en los siguientes términos: “es el conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, destinados a prevenir, proteger y atender a los trabajadores de los efectos de las enfermedades y los accidentes que puedan ocurrirles con ocasión o como consecuencia del trabajo que desarrollan” (art. 1º); y, los conceptos de AT y EF, que fueron citados en este escrito en párrafos anteriores.

El Sistema General de Riesgos Laborales (SGRL) “se aplica a todas las empresas que funcionen en el territorio Colombiano y a los trabajadores, contratistas, subcontratistas y cooperados de los sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, y del sector privado en general” (Rodríguez, 2014, p.55).

La ley 1562 de 2012 clasifica los afiliados al SGRL en:

i) afiliados en forma obligatoria: trabajadores dependientes, servidores públicos, contratista con una duración superior a un mes, miembros de cooperativa y precooperativas de trabajo asociado, jubilados o pensionados reincorporados a la fuerza laboral, estudiantes en períodos de práctica que generen ingresos para la institución, trabajadores independientes en

actividades de alto riesgo, y, miembros activos del subsistema nacional de primera respuesta. Y, ii) afiliados en forma voluntaria: trabajadores independientes en actividades que no reportan alto riesgo, y los trabajadores informales. (art. 2)

En línea con el objetivo de la investigación, se procede a revisar las prestaciones que el SGRL ofrece al afiliado.

El Decreto 1295 de 1994 y la Ley 776 de 2002 fijan las prestaciones asistenciales y económicas a las cuales puede acceder el afiliado al SGRL, en caso de encontrarse en estado incapacidad, invalidez o muerte, como consecuencia de una enfermedad o accidente de origen laboral.

En cuanto a las prestaciones asistenciales, el afiliado a través de la EPS podrá recibir los siguientes servicios: i) asistencia médica, odontológica, hospitalaria, quirúrgica, terapéutica, de diagnóstico y tratamiento, y, farmacéutica; ii) rehabilitación física y profesional; iii) reparación y reposición de prótesis y órtesis; iv) gastos de traslado necesarios para la prestación de servicios de salud; y, v) el costo del dictamen de las Juntas Regionales y Nacional de Invalidez.

Las prestaciones económicas en vigencia de la Ley 1562 de 2012, a cargo del SGRL, se sintetizan en: i) subsidio por incapacidad temporal; ii) indemnización por incapacidad permanente parcial; iii) pensión de invalidez; iv) pensión de sobrevivientes; y, v) auxilio funerario. De las cuales, solo se analizarán la ii) y iii) por su relación con la PCL.

El afiliado al SGRL, que en virtud de la enfermedad o del accidente de origen laboral, sufra una merma o disminución parcial y definitiva de la capacidad para desempeñar su rol laboral, es considerado por el sistema como persona con incapacidad permanente parcial, si la

calificación de la PCL arroja una porcentaje de pérdida mayor o igual al 5% y menor al 50% de la capacidad laboral.

Bajo este escenario, el afiliado tendrá derecho a que la ARL le reconozca y pague una indemnización proporcional al perjuicio sufrido; es decir, al porcentaje de PCL. Indemnización que oscilará entre 2 y 24 ingresos base de liquidación (IBL). El IBL es el valor resultante del promedio de los ingresos base de cotización mensual al sistema, de los últimos seis (6) previos a la fecha de estructuración de la PCL.

El Decreto 2644 de 1994 estableció la tabla de equivalencias de la indemnización por incapacidad permanente parcial con base en la PCL, así:

Tabla 1.
Monto de la indemnización proporcional a la PCL

PCL (%)	Indemnización en meses de IBL	PCL (%)	Indemnización en meses de IBL	PCL (%)	Indemnización en meses de IBL
49	24,0	29	14,0	9	4,0
48	23,5	28	13,5	8	3,5
47	23,0	27	13,0	7	3,0
46	22,5	26	12,5	6	2,5
45	22,0	25	12,0	5	2,0
44	21,5	24	11,5	4	0
43	21,0	23	11,0	3	0
42	20,5	22	10,5	2	0
41	20,0	21	10,0	1	0
40	19,5	20	9,5		
39	19,0	19	9,0		
38	18,5	18	8,5		

37	18,0	17	8,0
36	17,5	16	7,5
35	17,0	15	7,0
34	16,5	14	6,5
33	16,0	13	6,0
32	15,5	12	5,5
31	15,0	11	5,0
30	14,5	10	4,5

Fuente: Decreto 2644 de 1994 –

A manera de ejemplo, para facilitar la comprensión de la tabla núm.1, suponemos que una persona que desempeña el cargo de vigilante en un conjunto residencial, sufre un accidente en su lugar de trabajo. Una vez finaliza el tratamiento médico y de rehabilitación, el trabajador es valorado por la Junta Médica de la ARL, previo concepto médico de no favorabilidad para recuperación. La Junta Médica lo considera persona con incapacidad, permanente y definitiva; otorgándole una calificación de 28% de la PCL. El ingreso promedio base de la cotización del trabajador, en los últimos seis meses, fue de \$ 1.600.000. Acorde con la tabla de indemnización citada, la ARL debe reconocer y pagar al trabajador el equivalente a 13,5 meses de ingreso promedio; es decir, la suma de \$ 21.600.000. El afiliado debe reintegrarse a su trabajo y el empleador está obligado a ubicarlo en el mismo cargo o en otro, armonizable con su capacidad residual de trabajo.

El artículo 9º de la Ley 776 de 2002 establece que, si el afiliado del SGRL por causa de una enfermedad o accidente de origen laboral, no provocada intencionalmente, pierde el 50% o más de la capacidad laboral, tiene derecho a que la ARL le reconozca y pague una de las siguientes prestaciones económicas, desde la fecha de estructuración de la invalidez: i) la pensión de invalidez con una mesada equivalente al 60% del IBL, cuando la PCL es superior al 50% e

inferior al 66%; o, ii) la pensión de invalidez con una mesada equivalente al 75% del IBL, cuando la PCL es superior al 66%.

Dado el caso en que el afiliado, en razón al estado de invalidez, requiera del auxilio de otra persona para realizar las necesidades básicas, la mesada se incrementará en un 15% del IBL, cuando la PCL es superior al 66%.

A modo de epílogo, la PCL es protagonista principal en el SGRL; dado que, el sistema gira en torno a la evolución de la enfermedad o del accidente laboral que padece el trabajador, con el objeto de determinar la existencia o no de secuelas, que afecten su capacidad laboral, y que implican el reconocimiento de prestaciones económicas. Entonces, la PCL es la consecuencia o perjuicio del daño irrogado en virtud a una enfermedad o un accidente de origen laboral.

La indemnización de la PCL es exclusiva del SGRL; sin perjuicio de la indemnización que demande el trabajador, ante la jurisdicción laboral, cuando media la culpa patronal.

3. La pérdida de la capacidad laboral en el contexto de la responsabilidad civil y del Estado en Colombia

La pérdida de la capacidad laboral (PCL) es el núcleo central de la presente investigación; mediante la cual se pretende determinar si reúne las características para valorarla como un perjuicio autónomo, objeto de indemnización, en el contexto de la responsabilidad civil y del Estado. Para tal fin, es necesario revisar: el fundamento legal y constitucional de la reparación del daño; el alcance del principio de reparación integral; y, la tipología del perjuicio decantada en el precedente de la Sección Tercera del Consejo de Estado (CE) – Sala de lo Contencioso Administrativo, y de las Salas Civil y Laboral de la Corte Suprema de Justicia (CSJ).

Es de anotar que el análisis se desarrollará a partir de la premisa que el daño es diferente al perjuicio, pues este es la consecuencia de aquel.

3.1. Fundamento legal y constitucional de la reparación del daño

En tratándose de daños irrogados por un agente del Estado, el fundamento constitucional para su reparación se encuentra en el artículo 90 de la Carta Política que, según la Corte Constitucional, es un “mecanismo de protección y una garantía constitucional de los administrados”.

El máximo Tribunal de la Jurisdicción Constitucional, mediante sentencia proferida el 3 de mayo de 2017, al declarar inexecutable el inciso 2º del artículo 191 de la Ley 1801 de 2016, por medio de la cual se expidió el Código de Policía y Convivencia; precisó que:

El artículo 90 de la Constitución consagra (i) la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, (ii) en forma de mandato imperativo, (iii) que es aplicable a todas

las autoridades estatales y (iv) a los diversos ámbitos de la responsabilidad (contractual o extracontractual, entre otras). Así mismo, de tal artículo se desprende (v) una garantía para los administrados, que está estrechamente relacionada con el derecho de acceso a la administración de justicia y (vi) una obligación para el Estado de repetir contra sus agentes, cuando la administración pública haya resultado condenada y se demuestre la culpa grave o el dolo del mismo.

Para la configuración de la responsabilidad patrimonial del Estado consagrada en el artículo 90 constitucional es necesaria la comprobación de (a) un daño antijurídico, (b) que le sea imputable al Estado (causalidad jurídica) y que sea (c) producido por una acción u omisión de una entidad pública o de alguno de sus agentes (causalidad material).

Mientras tanto, el título XXXIV del Código Civil “la responsabilidad civil por los delitos y las culpas” regula la responsabilidad aquiliana, entendida como la responsabilidad extracontractual.

El Código Sustantivo de Trabajo, a la altura del artículo 216, establece la reparación plena de perjuicios causados al trabajador, en virtud a un accidente o enfermedad laboral, cuando media la culpa patronal. Sin perjuicio de las prestaciones médicas, asistenciales o económicas que el sistema de seguridad social en salud, pensiones o riesgos laborales reconozca y pague al trabajador.

Finalmente, el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 se erige como el fundamento legal para la valoración de los perjuicios causados a las personas y las cosas, aplicando el principio de reparación integral y de equidad.

3.2. Interpretación del principio de reparación integral

La Ley 446 de 1998, por medio de la cual el legislador dictó algunas disposiciones para la descongestión, acceso y administración de justicia, en el artículo 16 estableció 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”. Precepto normativo que en dos oportunidades fue objeto de control de constitucionalidad, que dieron lugar a las sentencias C-114 del 24 de febrero de 1999 y C-487-00 del 4 de mayo de 2000, en las que fue declarado exequible.

De la norma en cita surge el siguiente interrogante ¿cuál es el contenido del principio de reparación integral?, veamos:

3.2.1. Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El numeral 1 del artículo 63 de la Convención Americana de los Derechos Humanos establece que “Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”. Regla convencional, que según (Rousset, 2011) “constituye uno de los principios fundamentales del Derecho Internacional contemporáneo sobre responsabilidad de un Estado”.

En palabras del autor en cita (Rousset, 2011), tratándose de Derechos Humanos, los aspectos que comprenden la reparación integral son: i) la restitución, ii) la indemnización pecuniaria, iii) daño al proyecto de vida, iv) la satisfacción y las garantías de no repetición. El primer aspecto, corresponde a “el restablecimiento de las cosas al estado anterior al evento

dañoso”. Esta definición la construye Rousset a partir de la siguiente afirmación que hizo la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en el caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, sentencia del 8 de julio de 2004: “Es preciso tomar en consideración que en muchos casos de violaciones a derechos humanos, como el presente, no es posible la *restitutio in integrum*, por lo que, teniendo en cuenta la naturaleza del bien afectado, la reparación se realiza, *inter alia*, según la jurisprudencia internacional, mediante una justa indemnización o compensación pecuniaria”. (p.65)

El segundo, la indemnización pecuniaria, dice (Rousset, 2011), ostenta un carácter compensatorio y no sancionatorio, que incluye el daño moral, el daño emergente, el lucro cesante. El tercero, daño al proyecto de vida, “atiende a la realización integral de la persona afectada, considerando su vocación, aptitudes, circunstancias, potencialidades y aspiraciones, que le permiten fijarse razonablemente determinadas expectativas y acceder a ellas”, definición acorde con la Corte IDH, según la sentencia del 27 de noviembre de 1998, en el caso de Loayza Tamayo Vs. Perú.

Finalmente, el cuarto aspecto, las medidas de satisfacción y no repetición, que según la Corte de IDH, en la sentencia del 25 de noviembre de 2003, caso de Myrna Mack Chang Vs. Guatemala, pretenden “el reconocimiento de la dignidad de las víctimas, el consuelo de los derechos humanos de que se trata, así como evitar que se repitan violaciones”. (p.66)

Rousset (2011) advierte que la jurisprudencia de la Corte IDH permite inferir que “es prácticamente imposible la aplicación de la *restitutio in integrum per se* como forma de reparar el daño que se ha causado”; que no existe un criterio claro para determinar el *quatum* de la indemnización; por tanto, no es extraño que en casos comparables se ordene indemnizaciones

disimiles. A reglón seguido, aduce el autor, que el máximo organismo Internacional de Derechos Humanos, en ocasiones ha ordenado la indemnización de otros perjuicios, *verbi gratia*: daño patrimonial familiar, entendido como “el perjuicio o trastorno económico ocasionado al grupo familiar como consecuencia de lo sucedido a la víctima y por motivos imputables al Estado”; perjuicios económicos derivados de la aprehensión y depósito de bienes, o pérdida de bienes determinados; la reincorporación de la víctima a su empleo del que fue arbitrariamente privado; la realizar nuevamente un proceso judicial; reformas legislativas que incluyen la delimitación o entrega de tierras y la tipificación de nuevos delitos; la ubicación, traslado y exhumación de restos mortales; la construcción de monumentos a las víctimas; la colocación de placas memoriales; la publicación de las partes pertinentes de la sentencia; y, el acto público de responsabilidad internacional, entre otras; reiterando que existe conexión entre el derecho a la reparación y el derecho a la verdad y a la justicia. (p.67)

3.2.2. Corte Constitucional

La Corte Constitucional mediante la sentencia C-344 del 24 de mayo de 2017, declara exequible las expresiones “materiales y morales” contenidas en el artículo 94 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal), relacionadas con la reparación del daño por responsabilidad civil derivada de la conducta punible; precisando que el Acto Legislativo 02 de 2002, mediante el cual se establece el Sistema Acusatorio, hizo de forma expresa referencia al derecho a la reparación integral de las víctimas, y que “su protección se extiende a las medidas necesarias para el restablecimiento del derecho conculcado”, preceptos de raigambre constitucional incorporados en el artículo 250 de la Carta Política. (p. 20)

En esta oportunidad la Corte Constitucional precisó que:

(i) el derecho fundamental a la reparación integral, como los otros derechos constitucionales, no es un derecho absoluto que excluya *per se* toda posibilidad de limitación. (ii) No existe un mandato constitucional que determine el contenido de la reparación integral, razón por la cual la determinación de dicho asunto (iii) le corresponde al legislador quien dispone en la materia de un margen de configuración para determinar los perjuicios reparables, así como la fijación de topes a los reconocimientos pecuniarios para dichas categorías. No obstante (iv) las medidas legislativas que delimiten el derecho a la reparación integral deben ser razonables y proporcionadas, al tiempo que no pueden afectar el núcleo esencial del derecho mismo el que implica la posibilidad de reparar por medios pecuniarios y no pecuniarios, todos los perjuicios que resulten probados, independientemente de su denominación o calificación jurídica. (v) Estas limitaciones son únicamente predicables de las medidas pecuniarias de reparación, pero no excluyen las medidas no pecuniarias que han sido reconocidas como formas constitucionalmente exigibles para lograr la reparación integral, (restitución, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición) a las que se hizo referencia en esta sentencia. (p. 30)

En línea, el órgano superior de la Jurisdicción constitucional, en cuanto a las facultades de los Jueces para determinar la medida de la reparación de los perjuicios irrogados a las víctimas, señaló:

Ante la inexistencia de una norma de rango legal que precise las categorías de perjuicios que deben ser reconocidos por el juez a efectos de reparar todos los perjuicios causados y que determine el *quantum* de dichas condenas, ambas decisiones son confiadas al juez quien, con base en las pruebas, de manera razonable, proporcionada y motivada, en ejercicio del *arbitrium judicis*, debe precisar el alcance tanto horizontal (los perjuicios reconocidos),

como vertical (el monto acordado a cada categoría) de la reparación. Es justamente el mandato de reparación integral, aunado con la ausencia de fijación legal de la materia, lo que ha permitido la evolución jurisprudencial en la Jurisdicción Ordinaria y en la de lo Contencioso Administrativo, tanto en lo relativo a la tipología de los perjuicios reparables, como en los montos mismos de cada una de dichas categorías, en lo que respecta a las indemnizaciones o compensaciones pecuniarias, como medidas complementarias a los otros instrumentos de la reparación integral. Esta evolución jurisprudencial en pro de la reparación integral de todos los perjuicios causados, ha permitido reconocer otros perjuicios inmateriales, diferentes del daño moral, conocido inicialmente. (p.32)

En síntesis, la Corte Constitucional avizora que la reparación integral es un derecho fundamental de las víctimas objeto de una conducta punible; que no debe limitarse a la mera indemnización económica, la que depende de la tipología de los perjuicios reconocidos y de los montos acordado para indemnizar el perjuicio material o para compensar el perjuicio inmaterial (p.25); y, que las medidas que intenten fijarle límites “ deben ser razonables y proporcionadas, al tiempo que no pueden afectar el núcleo esencial del derecho mismo el que implica la posibilidad de reparar por medios pecuniarios y no pecuniarios, todos los perjuicios que resulten probados, independientemente de su denominación o calificación jurídica”. (p.27)

3.2.3. Corte Suprema de Justicia

En la sentencia SP8463 del 14 de junio de 2017, la Sala Penal de la CSJ concreta que el incidente de reparación integral procede cuando se pretende la indemnización de perjuicios causados en ocasión a la comisión de una conducta punible. La CSJ evoca la naturaleza del incidente de reparación integral, así:

“Se trata, entonces, de un mecanismo procesal independiente y posterior al trámite penal propiamente dicho, pues el mismo ya no busca obtener esa declaración de responsabilidad penal, sino la indemnización pecuniaria fruto de la responsabilidad civil derivada del daño causado con el delito —reparación en sentido lato— y cualesquiera otras expresiones encaminadas a obtener la satisfacción de los derechos a la verdad y a la justicia, todo lo cual está cobijado por la responsabilidad civil, como ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional:

(...) si bien la indemnización derivada de la lesión de derechos pecuniarios es de suma trascendencia, también lo es aquella que deriva de la lesión de derechos no pecuniarios, la cual también está cobijada por la responsabilidad civil. Es decir, la reparación integral del daño expresa ambas facetas, ampliamente reconocidas por nuestro ordenamiento constitucional (se ha resaltado)” (CSJ SP, 13 abr. 2011, rad. 34145).

Entre tanto, la Sala Civil de la CSJ, en la sentencia número SC-10297 del 5 de agosto de 2014, omite definir el concepto de reparación integral; no obstante, con fundamento en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, señala que procede el reconocimiento de perjuicios extrapatrimoniales derivados del incumplimiento contractual; puesto que, la fuente de la obligación de reparar no diferencia los tipos de perjuicios a indemnizar. Por tal razón, hay lugar a la reparación plena, a voces de la norma citada. (p.26)

Por otra parte, la Sala Laboral del CSJ en la sentencia emitida el 13 de marzo de 2012, expediente número 39798, al referirse a la reparación integral de perjuicios irrogados al trabajador, aclaró que la legislación laboral previó dos maneras de reparación de perjuicios causados en ocasión de un accidente laboral. La primera, reparación tarifada de riesgos, correspondiente a las prestaciones contenidas en la Ley 100 de 1993 y la Ley 776 de 2002, a

cargo de la Administradora de Riesgos Laborales ARL; y, la segunda, reparación plena, que atañe a la indemnización total y ordinaria de los perjuicios por culpa patronal en la ocurrencia del siniestro; a la luz del artículo 216 de Código Sustantivo del Trabajo (p.2), que dispone: “Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo”; o por falla del servicio patronal, a voces del artículo 90 de la Constitución Política, fundamento de la responsabilidad estatal.

3.2.4. Consejo De Estado

La Subsección C de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en la sentencia número 05001-23-31-000-2004-04210-01 (40.060) , del 20 de octubre de 2014, interpretó el concepto de reparación integral siguiendo la directriz de la Corte IDH, y , a la luz de los artículos 16 de la Ley 446 de 1998 y 8 de la Ley 975 de 2005, para inferir que “el Estado colombiano reconoce claramente el derecho que le asiste a toda persona de deprecar, de parte de la organización pública, o de cualquier particular que haya ocasionado una determinada lesión a la persona o a cosas, la correspondiente reparación integral del perjuicio, la cual deberá garantizarse en términos de equidad” (p.33)

A renglón seguido, el máximo órgano judicial de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa desarrolla el concepto de reparación directa con tal claridad que amerita citarlo *in extenso* a continuación:

Debe colegirse, por lo tanto, que el principio de reparación integral, entendido éste como aquel precepto que orienta el resarcimiento de un daño, con el fin de que la persona que lo padezca sea llevada, al menos, a un punto cercano al que se encontraba antes de la ocurrencia del mismo, debe ser interpretado y aplicado de conformidad al tipo de daño

producido, es decir, bien que se trate de uno derivado de la violación a un derecho humano, según el reconocimiento positivo del orden nacional e internacional, o que se refiera a la lesión de un bien o interés jurídico que no se relaciona con el sistema de derechos humanos (DDHH). En esa perspectiva, la reparación integral en el ámbito de los derechos humanos supone, no sólo el resarcimiento de los daños y perjuicios que se derivan, naturalmente, de una violación a las garantías de la persona reconocidas internacionalmente, sino que también implica la búsqueda del restablecimiento del derecho vulnerado, motivo por el cual se adoptan una serie de medidas simbólicas y conmemorativas, que no propenden por la reparación de un daño (*strictu sensu*), sino por la restitución del núcleo esencial del derecho o derechos infringidos.

(...)

Por el contrario, la reparación integral que opera en relación con los daños derivados de la lesión a un bien jurídico tutelado, diferente a un derecho humano, se relaciona, específicamente, con la posibilidad de indemnizar plenamente todos los perjuicios que la conducta dañosa ha generado, sean éstos del orden material o inmaterial. Entonces, si bien en esta sede el juez no adopta medidas simbólicas, conmemorativas, de rehabilitación, o de no repetición, dicha circunstancia, per se, no supone que no se repare íntegramente el perjuicio. En ese contexto, resulta imprescindible diferenciar dos escenarios al interior del derecho de la reparación, los cuales pueden ser expresados en los siguientes términos: i) de un lado, los relativos a los restablecimientos de daños antijurídicos derivados de violaciones a derechos humanos y derechos fundamentales y, por el otro, ii) los referentes al resarcimiento de daños antijurídicos emanados de lesiones a bienes o intereses jurídicos que no se refieran a derechos humanos de la persona. La anterior distinción permitirá establecer, en el marco del derecho interno, qué efectos

genera el pronunciamiento de un organismo o un tribunal internacional que juzgue los hechos en los cuales se controvierta la responsabilidad del Estado por violaciones a derechos humanos y, adicionalmente, servirá para determinar, en el caso de las acciones constitucionales, con qué potestades cuenta el juez nacional para hacer cesar la amenaza o vulneración del correspondiente derecho. (p.39)

(...)

Como corolario de lo anterior, para la Sala, la reparación integral propende por el restablecimiento efectivo de un daño a un determinado derecho, bien o interés jurídico y, por lo tanto, en cada caso concreto, el operador judicial de la órbita nacional deberá verificar con qué potestades y facultades cuenta para obtener el resarcimiento del perjuicio, bien a través de medidas netamente indemnizatorias o, si los supuestos fácticos lo permiten (trasgresión de derechos humanos en sus diversas categorías), a través de la adopción de diferentes medidas o disposiciones. (p.42)

En pocas palabras, es imperante, en todos los casos, la aplicación del principio de reparación integral al decretar la indemnización de los perjuicios causados a una persona, en razón al daño sufrido; en aras de recuperar, en lo posible, su estado anterior.

3.3. Tipología del perjuicio vía jurisprudencial

En cuanto a la indemnización de perjuicios en el contexto de la responsabilidad civil y del Estado, los máximos Tribunales de cierre, por décadas, han desarrollado diferentes categorías de perjuicios indemnizables en el marco de la reparación integral.

Siguiendo a (M´Causland, 2015), al comparar la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia (CSJ) y del Consejo de Estado (CE) se deduce que los máximos órganos judiciales difieren en la estructura y el *quantum* de los tipos de perjuicios que merecen ser

indemnizados (p.9). Tendencia jurisprudencial que avanza en contravía de los designios constitucionales en el contexto de un Estado Social de Derecho, en virtud a la inexistencia de un marco legal que establezca la tipología de perjuicios y el monto de la indemnización, en aras de garantizar la igualdad y la equidad en la reparación del daño.

La pérdida de la capacidad laboral (PCL) se ha constituido en un parámetro importante para determinar la magnitud del daño irrogado a la víctima y cuantificar la indemnización de los perjuicios. El análisis del alcance de la PCL en el contexto de la responsabilidad civil y del Estado implica abordar la tipología del perjuicio propuesta por los órganos de cierre en las Jurisdicciones Ordinaria – Sala Civil y Sala Laboral, y de lo Contenciosa Administrativa.

Para efectos de la presente investigación, el análisis se emprende a partir del 25 de septiembre de 2013, fecha en la que el CE - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, mediante Acta núm. 23, recopila la línea jurisprudencial y establece los criterios de unificación para la reparación de los perjuicios inmateriales. Siendo este un momento histórico en el ámbito de la reparación de daños en el Jurisdicción Contenciosa Administrativa, dado que en adelante, la PCL se constituyó en el parámetro para determinar el *quatum* de la indemnización, que en otra, obedeció al *arbitrium judicis*.

3.3.1. Tipología de perjuicios para la Corte Suprema de Justicia

Las Salas Civil y Laboral de la CSJ, a partir de los presupuestos constitucionales y legales, relativos a la reparación integral de los perjuicios sufridos por las víctimas, en ocasión a los daños irrogados a sus bienes jurídicamente protegidos, cuyo objeto es recuperar la situación o estado en el que se encontraba si los hechos dañosos no hubiesen ocurrido y prever el enriquecimiento o empobrecimiento de la víctima; han decantado la tipología de los perjuicios

objeto de indemnización o compensación, previa la verificación de: i) la existencia y magnitud real del daño indemnizable, ii) el análisis y cuantificación de las consecuencias del daño (perjuicio) en la órbita patrimonial; y iii) el análisis y cuantificación de las consecuencias del daño (perjuicio) en la órbita extrapatrimonial.

Partiendo de la existencia de un daño relevante para el Derecho, la Sala Civil de la CSJ concreta la siguiente tipología de perjuicios: i) perjuicios patrimoniales, entendidos como “aquellas repercusiones negativas, que por su propia naturaleza, son estimables en dinero” (Martínez Rave, 2003; citado en Rojas, 2015, p.46); y, ii) perjuicios extrapatrimoniales, referidos a “todas aquellas repercusiones dañosas que no son estimables pecuniariamente mediante un método preciso de cuantificación” (Tamayo, 2014; citado en Rojas, 2015, p.107).

3.3.1.1. Perjuicios patrimoniales.

Los perjuicios patrimoniales, al tenor del artículo 1613 del estatuto Civil, se subdividen en daño emergente y lucro cesante. “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 cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento” (art.1614 *ibidem*). Tanto el daño emergente como el lucro cesante, vía jurisprudencial, se desglosan en pasado o consolidado, y, futuro.

En tal sentido, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia emitida el 5 de mayo de 2015, bajo el radicado 11001-31-03-020-2006-00514-01, acogiendo los postulados de Adriano de Cupis, trae a colación lo dicho por la misma Corporación en la sentencia radicado 1994-26630-01 del 28 de agosto de 2013, en cuanto a la connotación de pasado o futuro:

Se debe diferenciar el perjuicio denominado actual en contraposición del distinguido como futuro, según el momento en el que se le aprecie, que corresponde, por regla, a la fecha de la sentencia. Aquel equivale al daño efectivamente causado o consolidado y éste al que con certeza o, mejor, con un ‘alto grado de probabilidad objetiva’ sobre su ocurrencia, según expresión reiterada en la jurisprudencia de la Sala, habrá de producirse. En tratándose del lucro cesante, el actual es la ganancia o el provecho que, se sabe, no se reportó en el patrimonio del afectado; y el futuro es la utilidad o el beneficio que, conforme el desenvolvimiento normal y ordinario de los acontecimientos, fundado en un estado actual de cosas verificable, se habría de producir, pero que, como consecuencia del hecho dañoso, ya no se presentará.

(...)

“El lucro cesante actual no ofrece ninguna dificultad en cuanto hace a la certidumbre del daño ocasionado, pues, como viene de explicarse, se trata de la ganancia o del provecho no reportado al patrimonio del interesado, como hecho ya cumplido. En cambio, en el lucro cesante futuro, precisamente, por referirse a la utilidad o al beneficio frustrado cuya percepción debía darse más adelante en el tiempo, su condición de cierto se debe establecer con base en la proyección razonable y objetiva que se haga de hechos presentes o pasados susceptibles de constatación, en el supuesto de que la conducta generadora del daño no hubiere tenido ocurrencia, para determinar si la ganancia o el provecho esperados, habrían o no ingresado al patrimonio del afectado. (p. 30, 31)

En suma, son perjuicios pasados o consolidados todos aquellos que se han materializado a la fecha de la decisión judicial, actualizados a valor presente, aunado el interés mínimo que produce el dinero en un estado normal, según el caso.

El monto del daño emergente pasado puede corresponder a una suma única, *verbi gratia*, el reconocimiento de gastos de medicinas, cirugías o transporte; o, a sumas periódicas, tales como pago de salarios mensuales por los servicios prestados por una enfermera que ayuda a la víctima, desde la fecha de la lesión hasta la fecha del fallo. Entre tanto, el daño emergente futuro corresponde a los gastos en los que posiblemente se incurrirá en virtud de las lesiones irrogadas.

En todo caso, solo se indemnizan los perjuicios ciertos y reales, que resulten probados en el juicio; no obstante, la jurisprudencia, en virtud al principio de equidad, ha indicado que en aquellos casos en los que se evidencia que el perjuicio existe pero no se puede determinar el monto, podrá el juez a su arbitrio determinarlo acudiendo a las reglas generales del derecho. (Rojas, 2015, p.64).

El cálculo del lucro cesante, ingreso cierto y real dejado de percibir, es un tanto complejo pues implica aplicar una serie de operaciones matemáticas sobre la suma frustrada para determinar su real cuantía; la que podrá pretender todo aquel que demuestre haberlo sufrido, como la víctima directa y sus dependientes económicos. El monto del lucro cesante depende de tantas variables concurran en cada caso específico; entre estas, si la víctima directa trabaja o no, si es dependiente o independiente laboralmente, si devenga un salario fijo o variable, si ha sufrido una merma en su capacidad laboral, ha queda inválida o ha fallecido.

Y es exactamente, en este punto, en el que cobra importancia la PCL para la Sala Civil de la CSJ; dado que, si se trata de una incapacidad parcial, el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral se aplica al ingreso promedio mensual de la víctima, para determina el valor ingreso base de liquidación de la indemnización; empero, si es una incapacidad total o un estado de invalidez, el lucro cesante corresponde a la totalidad del ingreso percibido.

El lucro cesante definitivo es la sumatoria del pasado que se halle probado y del futuro que revista certeza relativa y razonable (Rojas, 2015, p.92). Al igual que en el daño emergente, será reconocido como una suma única o sumas periódicas, aplicando las fórmulas matemáticas que magistralmente han sido diseñadas para tal fin, con la inclusión de los factores que inciden en el *quantum*: el índice de precios al consumidor (IPC), el interés legal del 6%, y la expectativa de vida de la víctima directa.

Con respecto a la variable denominada expectativa de vida de víctima directa, en Colombia se tasa con base en las tablas de mortalidad recogidas por la Superintendencia Financiera, que varían según el género de la víctima (hombre o mujer) y de su condición de persona válida o inválida a la fecha de ocurrencia del hecho dañino que irrogó la lesión o daño (Isaza, 2015, p. 32).

La PCL se acredita mediante el dictamen médico-legal elaborado por las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez, que gozan de credibilidad en sede judicial; en su defecto, con otras pruebas del mismo o superior rigor científico que revistan credibilidad; pruebas que se someterán a la valoración del juez conforme a la sana crítica.

3.3.1.2. Perjuicios extrapatrimoniales.

Los perjuicios extrapatrimoniales obedecen al desarrollo jurisprudencial de las Cortes, y corresponden a las consecuencias no patrimoniales del daño; “por esta razón en esta esfera se compensan – y no se indemnizan *stricto sensu* – menoscabos no estimables pecuniariamente sobre intereses de particular valía como la honra o la vida colectiva” (Rojas, 2015, p. 108).

La Sala Civil del CSJ, actualmente, reconoce tres tipos de perjuicios extrapatrimoniales: el daño moral, el daño a la vida de relación, y, la lesión a bienes personalísimos de especial relevancia constitucional.

3.3.1.2.1. Daño moral.

Quiroz (2017), Magistrado de la Sala Civil del C.S.J., en cuanto a los perjuicios extrapatrimoniales, mediante auto que resolvió el recurso de queja en el proceso radicado número 11001-02-03-000-2017-00405-00, explicó que:

el juzgador debe hacer un estudio ponderado de su valor, acorde con las circunstancias de cada caso y la jurisprudencia sobre la materia, en aras de determinar en forma razonable, a su prudente arbitrio (*arbitrium judicis*), una suma o prestación económica que compense la afectación que pudo haber sufrido la persona que reclama el resarcimiento, por el detrimento correspondiente. (p. 8)

Atendiendo el criterio del supremo órgano colegiado de la jurisdicción ordinaria civil, (Quiroz, 2017), aduce que el daño moral

(...) no tiene una valoración pecuniaria, en sentido estricto, pues al pertenecer a la siquis de cada persona es inviable de valorar al igual que una mercancía o bien de capital, justamente porque los sentimientos carecen de apreciación monetaria, frente a lo cual lo único que puede hacerse es otorgar al afectado una prestación de valor económico, tan sólo para compensarle el dolor -pasado, presente o futuro-, es decir, que pueda mitigarle en cierta medida el sufrimiento.

De ahí que sea razonable estimar, por un lado, que en cada caso el juez realice una valoración concreta de la congoja del afectado, con la debida objetividad, y le otorgue una prestación económica equitativa, y por otro lado, que no parece apropiado que las partes puedan estimar el valor económico de su propio sufrimiento, ya que eso iría en contravía de la naturaleza especial del perjuicio inmaterial o espiritual, que escapa al ámbito de lo pecuniario. Por esas razones, esta Corporación ha considerado que labor semejante compete al juez, aunque dentro de unos topes o límites, cuando cabe la condena por ese aspecto. (p. 9)

De la jurisprudencia de la CSJ Sala Civil se deduce que la lesión al interés extrapatrimonial, en la órbita interna de la persona, se refleja en sentimientos de tristeza, aflicción y congoja, y da lugar a una compensación denominada daño moral. Dicha compensación puede ser pretendida por la víctima directa y por todos aquellos que acrediten el padecimiento de los sentimientos de tristeza, aflicción y congoja, en virtud al daño irrogado a la víctima directa, representado en una lesión a la integridad de la persona o la muerte.

Cabe destacar, que la cuantificación del daño moral en la jurisdicción ordinaria - civil, no acata un procedimiento matemático específico; por el contrario, resulta de la discrecionalidad judicial, que se orienta por el prudente arbitrio del juez de conocimiento, limitado por los topes que por vía jurisprudencial se han establecido en línea vertical. No obstante, el fallador de instancia podrá separarse de dichos topes, argumentando razones extraordinarias que justifiquen un mayor valor para la compensación.

3.3.1.2.2. Daño a la vida de relación.

El perjuicio denominado daño a la vida de relación hace parte de la tipología de perjuicios

extrapatrimoniales reconocidos por la Sala Civil de la C.S.J., bajo la advertencia, que se distingue del daño moral al tratarse de un perjuicio autónomo que se refleja en el contexto social no patrimonial de la víctima, “sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño –patrimonial o extrapatrimonial– que poseen alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad”. (Expediente radicado: 1997-9327-01 citado por la Sala Civil de la C.S.J. sentencia radicado: 11001310300320030066001 del 5 de agosto de 2014, p. 32)

La extensa jurisprudencia relacionada con la indemnización de perjuicios inmateriales en la jurisdicción civil, reitera el contenido del perjuicio denominado daño a la vida de relación, como “la imposibilidad o dificultad en la que se halla el sujeto de relacionarse en condiciones de normalidad, lo que supone entre otras, la privación de cierto placeres de la vida, la restricción de libertades ordinarias y, en general la obstrucción de ciertos vínculos colectivos que, en condiciones ordinarias, el individuo habría podido disfrutar” (CJS, 2013 citado en Rojas, 2015, p.133)

Respecto a la cuantificación del mencionado perjuicio extrapatrimonial, la Corte sigue las mismas reglas del daño moral, esto es, *arbitrium judicis*, con fundamento en las pruebas que den cuenta de su existencia, respetando los límites del precedente judicial.

3.3.1.2.3. Daños a los bienes personalísimos de especial protección constitucional.

La Sala Civil de la C.S.J., el 5 de agosto de 2014, mediante la sentencia radicado núm. 11001310300320030066001, introdujo un nuevo perjuicio extrapatrimonial denominado daños a

bienes jurídicos de especial protección constitucional, argumentando, en otras palabras, que la Corte ha mostrado preocupación en adecuar sus decisiones a los cambios jurídicos, sociales y económicos, en aras de garantizar los derechos fundamentales de las personas, vislumbrándose “la posibilidad de reconocer “en forma prudente y razonada, nuevas clases de perjuicios resarcibles, encaminados a desarrollar el mentado principio de reparación integral y a salvaguardar los derechos de las víctimas, como ahincadamente lo impone el derecho contemporáneo...” (Resaltado y subrayado propio del texto en referencia). (*ibídem*, p.33)

Entre líneas, la Corte despliega otras razones que apoyan el reconocimiento de un nuevo perjuicio extrapatrimonial, citados en (M´Causland, 2015, p. 19-26):

Los anteriores referentes jurisprudenciales permiten deducir que el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales, no encaja dentro de las categorías tradicionales en que se subdivide el daño extrapatrimonial, por lo que no es admisible forzar esas clases de daño para incluir en ellas una especie autónoma cuya existencia y necesidad de reparación no se pone en duda.

De ahí que el daño no patrimonial se puede presentar de varias maneras, a saber: **i)** mediante la lesión a un sentimiento interior y, por ende, subjetivo (daño moral); **ii)** como privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, tener relaciones íntimas, etc., (daño a la vida de relación); o, **iii)** como vulneración a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección

constitucional.

Las dos primeras formas de perjuicio han sido amplia y suficientemente desarrolladas por esta Corte. El **menoscabo a los bienes jurídicos personalísimos de relevancia constitucional**, en cambio, aunque se ha enunciado tangencialmente por la jurisprudencia, no ha sido materia de profundización, dado que hasta ahora no se había planteado ese asunto en sede de casación.

El artículo 1º de la Constitución Política consagra que el Estado colombiano está fundado “en el respeto de la **dignidad humana**, en el trabajo y la solidaridad de las personas” que lo integran y en la prevalencia del interés general.

A su turno, el inciso 2º del artículo 2º de la Carta Fundamental preceptúa que “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, **honra**, bienes, creencias y demás derechos y libertades...”

Mientras que el artículo 15 dispone que el Estado debe respetar y **hacer respetar** los derechos a la intimidad personal y familiar **y al buen nombre**.

Por su parte, el artículo 5º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre reconoce que “toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos **a su honra, a su reputación** y a su vida privada y familiar”.

En tanto que el artículo 11 de la Convención Americana de los Derechos Humanos protege la honra y la dignidad al consagrar: “Toda persona tiene derecho **al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad**. Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su

correspondencia, **ni de ataques ilegales a su honra y reputación**".

A su vez, el artículo 17 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos señala: "Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o en su correspondencia, **ni de ataques ilegales a su honra y reputación**. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques". (Resaltado propio del texto en referencia). (*Ibidem*, p.34-36)

La CSJ para defender la existencia del nuevo perjuicio extrapatrimonial, fortalece sus argumentos advirtiendo que:

(...) "ya no resulta posible concebir el derecho civil como un conjunto de normas con significado netamente patrimonial, porque la protección de los intereses superiores de los ciudadanos hace necesaria la intervención del derecho privado cuando aquéllos resultan vulnerados, pues de otro modo la tutela de los bienes jurídicos protegidos por la Constitución y por las disposiciones internacionales que declaran derechos humanos, no lograría hacerse del todo efectiva y quedaría relegada al ámbito de las buenas intenciones.

De ahí que las normas constitucionales que consagran la inviolabilidad de los derechos fundamentales deben ser objeto de protección y exigibilidad en el campo del derecho civil, es decir que si esos derechos realmente son inalienables y constituyen intereses jurídicos tutelados por el ordenamiento positivo, entonces tienen que ser resarcibles en todos los casos en que resulten seriamente vulnerados. (*ibídem*, p.38)

En cuanto a la cuantificación del nuevo perjuicio, la Corte se limitó a indicar que sigue la suerte del daño moral y del daño a la vida de relación; es decir, el prudente arbitrio judicial.

Corolario, se infiere que para la Corte Suprema de Justicia - Sala Civil, la PCL es tan solo un parámetro de referencia para calcular el lucro cesante de la víctima directa y de sus dependientes económicos. La existencia de la PCL no es determinante para la cuantificación de los perjuicios extrapatrimonial, a lo sumo, será un indicio de la existencia de estos.

Ahora bien, es importante revisar la tipología de perjuicios reconocida por la Sala Laboral de la CSJ, cuyo alcance, también, abarca los daños patrimoniales y los extrapatrimoniales.

Al igual que la Sala Civil, los daños patrimoniales se clasifican en daño emergente y lucro cesante, similares en la definición, contenido, y subdivisión en pasado y futuro. “Sin embargo, cuando el trabajador sobrevive al infortunio profesional y la relación laboral continúa vigente hasta la fecha del fallo, la Corte no reconoce el lucro cesante pasado, ya que el empleador no incumplió con obligaciones laborales o de seguridad social alguna” (Sánchez, 2015, p. 44); *contrario sensu*, ocurre en los casos en que el trabajador fallece, “debido a que su muerte produce la terminación del contrato de trabajo y, por ende, automáticamente se genera el lucro cesante pasado” (*ibídem*, p.44).

Para el cálculo del lucro cesante, la Sala Laboral adopta la metodología amparada por su homóloga Civil, incorporando las tablas de la Superintendencia Financiera relacionadas con los índices de la expectativa de vida, y el porcentaje de la PCL.

Los perjuicios inmateriales reconocidos por la Sala Laboral de la CSJ se contraen al daño moral y al daño a la vida de relación, que a título de compensación su *quantum* se determina *arbitrium iudicis* para cada caso en particular. En este punto, el máximo órgano laboral precisó “que toda lesión corporal, por mínima que sea, aflige al ser humano causándole, además del dolor físico que le es propio, uno moral que no puede ser, en modo alguno, resarcido a plenitud”. (CSJ

Sala Laboral, 2005, citado en Sánchez, 2015, p. 49)

Sánchez (2015) afirma que, para el trabajador, la lesión corporal *per se* “conlleva el daño a la vida de relación, al impedirle a la víctima volver a realizar las actividades sociales que ejecutaba antes del siniestro, es decir, que el daño psicofísico presume el menoscabo en relación”; cuyo *quantum* bordea máximo los 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes (SMLMV); y no acarrea presunción alguna para las víctimas de rebote, quienes deben probar su existencia para obtener la compensación deseada. (p. 61)

El fundamento jurídico que sustenta el *petitum* de indemnización y compensación de los perjuicios causados por el siniestro de origen laboral, imputable a título de culpa patronal, se halla en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo.

A manera de colofón, se observa que la Sala Laboral del C.S.J. aplica el porcentaje de la PCL solo para calcular el lucro cesante; no obstante, su magnitud puede incidir en la cuantificación del daño moral y del daño a la vida de relación. Sin perjuicio, de lo reconocido por el sistema de seguridad social a través de la entidad administradora de riesgos laborales (ARL), que, en virtud del aseguramiento, otorga una indemnización al trabajador, por una sola vez, equivalente a un número de salarios devengados mensualmente (ingreso base de cotización a riesgos laborales) al momento de acaecido el siniestro laboral.

3.3.2. Tipología de los perjuicios para el Consejo de Estado

El Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, publicó el 28 de agosto de 2014, el documento final que contiene la recopilación de la línea jurisprudencial y la unificación de criterios para la reparación de los perjuicios inmateriales. Este documento se ha constituido en el referente para los Jueces Administrativos, puesto que

parametriza el *quatum* del perjuicio inmaterial con base en la PCL, que al parecer proscribe el método *arbitrium judicis*.

En cuanto a los perjuicios materiales, el órgano superior de la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conserva la tipología de este perjuicio que, por décadas, ha reconocido a las víctimas que sufrieron lesión a sus bienes por causa de la acción u omisión de los agentes del Estado.

3.3.2.1. Perjuicios materiales

El Consejo de Estado subdivide los perjuicios materiales en daño emergente y lucro cesante. La Sección Tercera – Subsección A, en la sentencia proferida el 14 de Julio de 2016, radicado núm. 730012331000200502702-01, con fundamento en el artículo 1614 del Código Civil, circunscribe el daño emergente a:

las pérdidas económicas que se causan con ocasión de un hecho, acción, omisión u operación administrativa imputable a la entidad demandada que origina el derecho a la reparación y que, en consideración al principio de reparación integral del daño, consagrado en el artículo 16 de la Ley 446 de 1.998, se concreta que solamente pueden indemnizarse a título de daño emergente los valores que efectivamente empobrecieron a la víctima o que éstos debieron sufragar como consecuencia de la ocurrencia del hecho dañoso y del daño mismo.(p. 39)

La anterior definición no amerita explicación alguna, dado que encaja con la definición legal y jurisprudencial reconocida en el contexto de la responsabilidad; y tan solo se ordenará el reconocimiento y pago del daño emergente que resulte probado en el curso del proceso judicial.

Ahora bien, el lucro cesante para el CE es el perjuicio materiales que engloba los ingresos frustrados en virtud al daño irrogado. Aun cuando, por obvias razones, no hay lugar a su reconocimiento en los casos en que fallece la víctima directa; sí procede para las víctimas indirectas que logren demostrar su dependencia económica de aquel.

El *quantum* del lucro cesante depende del valor de los ingresos que se recibía la víctima y se prueben en el juicio; no obstante, de no resultar probado dicho monto, bajo la certeza de su existencia, habrá lugar a presumir su valor equivalente a un SMMLV a la fecha de la sentencia, adicionado con el 25% por concepto de prestaciones sociales. De la suma que resulte se descuenta el 25% por concepto de gastos personales, en los que presuntamente incurriría la víctima, mensualmente, en vida. El lucro cesante pasado se calcula desde la fecha del fallecimiento hasta la sentencia; y, el futuro desde la sentencia hasta por el resto de vida probable de la víctima fallecida.

Por otro lado, frente a las lesiones que producen estados de invalidez o PCL, el CE reconoce la indemnización aplicando el porcentaje de PCL sobre el salario o ingresos que devengó la víctima al momento de la lesión. A título de lucro cesante pasado o consolidado, desde la fecha de irrogado el daño hasta la sentencia; y, futuro desde la sentencia hasta la expectativa de vida de la víctima.

En tratándose de menores que sufren una PCL, el CE reconoce el lucro cesante desde el inicio de la edad productiva hasta la expectativa de vida; pues sin duda “afectará su capacidad laboral, y, con ello, las posibilidades de obtener ingresos producto de esta”. (CE, 2016, Exp. 40057, p. 31-32)

Hasta este punto, para el CE, el porcentaje de PCL es simplemente un parámetro para cuantificar el lucro cesante pasado y futuro como perjuicios materiales.

A continuación, se aborda la novedad que introdujo el CE, en el año 2014, respecto a la tipología de los perjuicios inmateriales.

3.3.2.2. Perjuicios inmateriales

Siguiendo de cerca la recopilación de la línea jurisprudencial y la unificación de criterios para la reparación de perjuicios inmateriales, se tiene que el CE subdivide el daño inmaterial en tres clases: i) daño moral, ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico) derivado de una lesión corporal o psicofísica, y, iii) daños por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. A su vez, el CE en cuanto al daño moral propone tres escenarios: i) en caso de muerte, ii) en caso de lesiones personales, y, iii) en el caso de privación injusta de la libertad. (p.5,6)

3.3.2.2.1. Daño moral.

En materia de daño moral, la Sección Tercera del CE afirma que “el concepto se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo” (*ibídem*, p.5); cuya reparación depende del escenario en el que se ubique el daño o lesión a la persona.

Un primer escenario corresponde a la indemnización del daño moral en caso de muerte de la víctima directa. Para tal efecto, el CE diseñó una escala de 5 niveles, correspondientes a los grados de consanguinidad y las relaciones afectivas; en su orden, conyugales o de compañeros

permanentes/estables, paterno-filiales, abuelos, hermanos, nietos, primos y no familiares. Asignando por cada nivel un porcentaje equivalente en SMMLV, cuyo máximo valor no supera los 100 salarios; como se aprecia en la siguiente tabla.

Tabla 2.
Reparación del daño moral en caso de muerte.

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
REGLA GENERAL					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relaciones afectivas del 2o de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relaciones afectivas del 3o de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas del 4o de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en SMMLV	100	50	35	25	15

Fuente: Consejo de Estado – Documento Final – Reparación de perjuicios inmateriales (p.6)

Un segundo escenario, corresponde al daño moral en caso de lesiones personales a la víctima directa, para el que se determinaron 6 niveles de gravedad de la lesión ponderada con la PCL; asignándole un monto indemnizatorio en SMMLV que no excede los 100 salarios mínimos.

Tabla 3.
Reparación del daño moral en caso de lesiones personales.

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES PERSONALES					
REGLA GENERAL					
GRAVEDAD DE LA LESIÓN (PCL)	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relaciones afectivas del 2o de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relaciones afectivas del 3o de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas del 4o de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMMLV	SMMLV	SMMLV	SMMLV	SMMLV
Igual o superior al 50% de PCL	100	50	35	25	15

Igual o superior al 40% e inferior al 50% de PCL	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40% de PCL	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30% de PCL	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20% de PCL	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10% de PCL	10	5	3,5	2,5	1,5

Fuente: Consejo de Estado – Documento Final – Reparación de perjuicios inmateriales (p.7)

Por último, el tercer escenario, corresponde a la reparación del daño moral en caso de privación injusta de la libertad; en el que se establecieron 8 rangos de tiempo de privación de la libertad, y la indemnización en SMMLV cuyo tope máximo es de 100 salarios mínimos. Veamos, para una fácil comprensión la siguiente tabla.

Tabla 4.
Reparación del daño moral en caso de privación injusta de la libertad.

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE PRIVACION INJUSTA DE LA LIBERTAD					
REGLA GENERAL					
TIEMPO DE PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD EN MESES	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales	Relaciones afectivas del 2o de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relaciones afectivas del 3o de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas del 4o de consanguinidad o civil	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	SMMLV	SMMLV	SMMLV	SMMLV	SMMLV
Superior a 18	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

Fuente: Consejo de Estado – Documento Final – Reparación del daño moral en caso de privación injusta de la libertad (p.10) – Rediseño del investigador.

Adicionalmente, el CE reconoce un plus al *quantum* de la indemnización en casos excepcionales, concernientes a graves violaciones a los DDHH o de advertir una mayor intensidad y gravedad del daño moral; sin que sobrepase el triple del monto indemnizatorio indicado en las tablas anteriores; previa exposición de los motivos que lo justifiquen. (p.9)

Conviene resaltar que el CE realizó un plausible trabajo al establecer la escala de indemnización del daño moral, en aplicación del principio de reparación integral y de equidad. Se destaca la cuantificación propuesta para el escenario de lesiones personales, que se calcula tomando como parámetro el porcentaje de la PCL; no obstante, genera incertidumbre la falta de explicación sobre los factores que determinaron la asignación de uno u otro valor en SMMLV para cada nivel; por tanto, es posible inferir, que responde al *arbitrium iudicis* de la Sección Tercera del CE.

3.3.2.2.2. Daño a la salud.

El Consejo de Estado, en el documento que recoge los parámetros para la indemnización de los perjuicios inmateriales, omitió la definición del concepto de daño a la salud. Para su análisis, se trae a colación la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011 (expediente 19031) de la misma Corporación, en la que se adopta el concepto de daño a la salud, en síntesis: i) Existe cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, y es autónomo; ii) está encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal; y, iii) comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. (p.41)

Al igual que la indemnización del daño moral por lesiones personales, la PCL se aplica para determinar la cuantía de los daños causados a la salud de la víctima directa, así:

Tabla 5.
Reparación de daños a la salud.

REPARACIÓN DE DAÑOS A LA SALUD REGLA GENERAL	
GRAVEDAD DE LA LESIÓN (PCL)	Víctima directa
Igual o superior al 50% de PCL	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50% de PCL	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40% de PCL	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30% de PCL	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20% de PCL	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10% de PCL	10

Fuente: Consejo de Estado – Documento Final – Reparación de daños a la salud (p.11)

El supremo Tribunal de lo Contencioso Administrativo reconoce un plus para la indemnización de este perjuicio, permitiéndole al juez de instancia ordenar la indemnización máximo por 400 SMMLV, previa argumentación de la existencia de una mayor gravedad de la afectación corporal o psicofísica, “relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano” (p.12). Para tal fin, enlistó la siguiente serie de variables a verificar en cada caso en concreto:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente); la anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental; la exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano; la reversibilidad o irreversibilidad de la patología; la restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria; los excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria; las limitaciones o impedimentos para el desempeño de

un rol determinado; los factores sociales, culturales u ocupacionales; la edad, el sexo; y , las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima. (p.12)

A primera vista, las mencionada variables coinciden con aquellas que son objeto de valoración para determinar el porcentaje de deficiencia, discapacidad y minusvalía que confluyen para calcular el porcentaje PCL de las personas que han sufrido una lesión corporal y que se encuentran en edad productiva; o de la pérdida de la capacidad ocupación para quienes se encuentran en el rango de la población no productiva, es decir, menores y adultos mayores pensionado o inactivos laboralmente.

De lo anterior, se infiere que, el daño a la salud entendido como el perjuicio materializado en la lesión corporal merece una indemnización cuantificada a partir del porcentaje de PCL; más otro tanto, hasta 400 SMMLV, si el juez considera que se trata de una lesión grave que apareja una o algunas variables de las antes mencionadas, equiparables *per se* a componentes de la pérdida de la capacidad laboral (deficiencia, discapacidad y minusvalía).

Entonces, si una persona que trabaja como digitadora, sufre una lesión corporal irrogada por un agente del Estado, *verbi gracia*, fractura del pie izquierdo y es calificada con el 25% de PCL, recibirá una indemnización de 40 SMMLV. En contraste, si sufriera una lesión de los dedos de la mano derecha perdiendo su movilidad y es calificada con el 55% de PCL, recibirá una indemnización, en primer momento, de 100 SMMLV; empero, en razón a su estado de invalidez irreversible y la imposibilidad de desarrollar alguna actividad normal como cortar, merece que el juez le otorgue un plus hasta por 400 SMMLV.

En palabras del CE, “el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y

objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona”. (p.42)

Nuevamente, la PCL es solo un parámetro para determinar el *quantum* de la indemnización del daño a la salud, al igual que el daño moral en caso de lesiones personales.

3.2.2.2.3. Daño por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucional amparados.

Con fundamento en los artículos 8.1. y 63.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, el CE introdujo una nueva tipología de perjuicios relacionado con la afectación relevante a los bienes o derechos de protección convencional o constitucional, entre estos, el derecho a: la libertad, al debido proceso, la defensa y la dignidad humana; para los cuales dispuso una compensación a través de medidas reparadoras no indemnizatorias, en favor de la víctima directa y del su núcleo familiar de primer nivel; proporcional a la gravedad del daño irrogado.

De forma excepcional, en aquellos casos en los que el operador judicial encuentre que no es posible alcanzar la reparación integral a través de las medidas de satisfacción, podrá otorgar adicionalmente, *arbitrium iudicis*, a título de indemnización el pago de una suma máximo de 100 SMMLV.

Corolario de lo anterior, el papel que juega la pérdida de la capacidad laboral en el contexto de la responsabilidad civil y del Estado, bajo el principio de reparación integral, no va más allá de ser un parámetro o medida para cuantificar algunos perjuicios; extrapatrimoniales para CSJ, e inmateriales para el CE.

Vale recordar, que la secuela es el estado final de la lesión corporal surtido el proceso de rehabilitación; que solo hay lugar a la valoración de la PCL cuando existe concepto médico de no recuperación, esto es, que es irreversible la lesión y se ha materializado la secuela. También que, la PCL es el resultado de la sumatoria combinada de la ponderación de tres componentes: i) la deficiencia, que corresponde a la alteración en las funciones fisiológicas o en las estructuras corporales de una persona; que puede consistir en una pérdida, defecto, anomalía o cualquier otra desviación significativa respecto de la norma estadísticamente establecida; ii) la discapacidad, que incluye limitaciones en la realización de una actividad, rol laboral, rol ocupacional y otras áreas ocupacionales; y, iii) la minusvalía, entendida como toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o discapacidad que le impide o limita para el desempeño de un rol que es normal en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales, ocupacionales; refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales. (Méndez et.al., 2015, p.21)

Al cotejo de las definiciones de deficiencia, discapacidad y minusvalía con el concepto de daño a la salud y las variables que inciden en el cálculo del *quantum* indemnizatorio, en la jurisprudencia del CE se observa que el daño a la salud coincide con el concepto de la deficiencia, es decir, los términos hacen referencia a la alteración, pérdida o defecto anatómico o de las funciones fisiológicas; y el plus de la indemnización que procede en virtud de la presencia de una o varias de las variables enlistadas, corresponde a los componentes de discapacidad y minusvalía.

A esta altura del análisis, es ineludible, formular el siguiente el interrogante: ¿dado el caso, en el que una lesión personal produce una deficiencia corporal, que no afecta la capacidad laboral, es decir, que la PCL es calificada con 0%; en el contexto del precedente judicial emanado del CE, hay lugar al reconocimiento de los perjuicios daño moral y daño a la vida de relación?

3.4. Análisis de la pérdida de la capacidad como perjuicio autónomo e indemnizable en el contexto de la responsabilidad civil y del Estado

Parece una utopía, pensar que la PCL alcance el status de perjuicio autónomo e indemnizable. Sin embargo, contra todo pronóstico, se intentará desentrañar los argumentos que lo sustente.

Al término de la revisión documental que se desarrolló en los capítulos anteriores, acerca del dilema de si el daño es diferente al perjuicio, o si, por lo contrario, son similares; se acogió la tesis planteada por el grupo de juristas que consideran que el perjuicio es la consecuencia del daño; esto es, que el daño es diferente al perjuicio.

A partir del análisis de la importancia de la PCL en el contexto del Sistema de Seguridad Social, se deduce que la PCL es la merma o disminución de la capacidad de un individuo para desempeñar una labor o trabajo, derivada de la enfermedad o de las lesiones personales sufridas producto de un accidente, ya sea de origen laboral o común.

Según el Manual único de calificación de la pérdida de la capacidad laboral (MUCPCLO), el porcentaje de la PCL se determina a partir de la sumatoria aritmética de los porcentajes que individualmente arrojan la deficiencia, y, la discapacidad y la minusvalía conjuntamente.

La deficiencia se concibe, desde el punto vista médico, como toda alteración anatómica y funcional de las estructuras corporales que padece una persona en razón a una enfermedad o lesión sufrida. Por ejemplo, amputación de la extremidad superior derecha derivada de las múltiples fracturas sufridas en un accidente.

La discapacidad y la minusvalía, se ponderan en un solo título, denominado valoración del rol laboral, rol ocupacional y otras áreas ocupacionales de la vida; y corresponde a la valoración del “impacto de la deficiencia sobre el rol laboral y ocupacional, de acuerdo con la etapa del ciclo de vida en que se encuentre la persona”. (capítulo 6 – Anexo Técnico – MUCPCLO)

La calificación del rol laboral abarca la valoración de las restricciones generadas por la deficiencia para ejecutar las actividades de un trabajo o empleo, teniendo en cuenta las habilidades y destrezas a nivel cognitivo, perceptual, motor, psicosocial en relación con los procesos propios del puesto de trabajo. El rol ocupacional valora la incidencia de la deficiencia en el desarrollo de actividades rutinarias o diarias; entre estas, la limpieza personal, alimentarse por sí mismo, movilidad, tareas domésticas, y, actividades de estudios, recreación y juego.

De lo anterior se concluye que la PCL es un perjuicio que se estructura a partir de la sumatoria de la deficiencia *per se* (lesión corporal o síquica), con el efecto de la deficiencia en el rol profesional u ocupacional de la víctima que ha sufrido el daño.

En el ámbito de la tipología de perjuicios reconocidos por las Salas Civil y Laboral del CSJ, no se vislumbra que la PCL, como perjuicio extrapatrimonial, se traslape con los perjuicios denominado daño moral, daño a la vida de relación, y la lesión a los bienes personalísimos de especial relevancia constitucional; por las siguientes razones, acorde con el precedente de la CSJ: i) el daño moral atañe a los sentimientos de tristeza, aflicción y congoja que sufre la víctima; ii) el daño a vida de relación alude a la privación de cierto placeres de la vida, la restricción de libertades ordinarias y, en general la obstrucción de ciertos vínculos colectivos que, en condiciones ordinarias, el individuo habría podido disfrutar; y , iii) la lesión de bienes

personalísimos de relevancia constitucional se relaciona con la vulneración o afectación de los derechos humanos.

Algo similar ocurre con la tipología que reconoce el CE, en cuanto al daño moral y la afectación a bienes jurídicos de especial protección constitucional. El primero, igual que la CSJ, hace referencia a la tristeza, aflicción y congoja; y el segundo, a la vulneración de derechos de estirpe constitucionales y convencionales, como la libertad, la honra y el buen nombre; definiciones que se no acompañan con la PCL.

El daño a la salud, perjuicio inmaterial reconocido por el CE, pareciera que en un punto no muy claro, coincide con la definición del perjuicio PCL. Sin embargo, al detallar su contenido, se evidencia que el perjuicio daño a la salud hace referencia a la lesión corporal como tal, *verbi gratia*, miembro superior derecho amputado. Y el plus que otorga en virtud a la gravedad de la lesión, se refiere a los componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano; que en términos médicos, acorde con el MUCPCLO, corresponde a la deficiencia; empero, no incorpora los conceptos de rol laboral u ocupacional y de otras actividades ocupacionales que afectan a la víctima del daño. Por tanto, el concepto de daño a la salud es tanto solo un componente de la PCL.

Es de anotar, que existen deficiencias que no dan lugar a la PCL; es decir, que la calificación de la PCL es 0%; por ejemplo, en el caso de una cicatriz que no afecta el desempeño laboral u ocupacional de la víctima. Teniendo en cuenta que la indemnización del daño a la salud para el CE se termina por el porcentaje de la PCL, la indemnización del perjuicio daño a la salud, en el ejemplo citado, es cero.

La capacidad laboral hace parte del patrimonio intangible de la persona; es el insumo para el desempeño laboral, y la realización profesional y económica del individuo; erigiéndose como el pilar fundamental para la construcción de una familia y la dignificación del ser humano.

Cosa diferente ocurre en el sistema de riesgos laboral, en el que se reconoce la PCL como un perjuicio y se le otorga una indemnización, cuantificada con el porcentaje de PCL y el ingreso base de liquidación; independiente de la indemnización de los perjuicios que el juez laboral ordene, si ha mediado la culpa patronal.

Para ilustrar la cuantificación de la indemnización que otorga la ARL, veamos un ejemplo: Un trabajador, cuyo salario es de \$ 1.200.000, sufre una caída de su propia altura, durante su jornada laboral. A la valoración médica el diagnóstico resultante es hombro derecho dislocado. Una vez finalizado el tratamiento médico, el galeno tratante emite el concepto de rehabilitación de “No favorable”, en razón a que la lesión no va a mejorar pese a los tratamientos y terapias que se le realicen; esto es, se ha configurado la secuela. Suponemos para el ejemplo, la pérdida de los arcos de movilidad del hombro derecho que corresponde a una deficiencia.

En el caso hipotético, la ARL, a través de la Junta médica Laboral, determina la PCL del trabajador igual al 20%, dado que la deficiencia produce una merma en la capacidad para desempeñar su rol laboral.

En virtud a que la PCL es menor del 50%, el trabajador tendrá derecho a una indemnización, que la ARL debe pagar, equivalente a 9,5 veces el ingreso base de liquidación, a la fecha de ocurrido el accidente de origen laboral.

En síntesis, el trabajador recibirá la suma de \$ 11.400.000, a título de indemnización del porcentaje perdido de capacidad laboral; y debe regresar a su puesto de trabajo, con restricciones

y recomendaciones, si hay lugar a estas, ostentando en adelante el derecho a la estabilidad laboral en razón a su discapacidad.

Si en el accidente de trabajo media la culpa patronal, por alguna razón como la de no proveer al trabajador del calzado adecuado para desplazarse por un lugar resbaladizo, o no haberle suministrado los elementos de seguridad industrial; el juez laboral podrá ordenar el pago del perjuicios extrapatrimoniales que resulten probados, entre estos, el daño moral y el daño a la vida de relación.

Ahora, consideremos el mismo caso cambiando el lugar de ocurrencia. Suponemos que el accidente ha ocurrido al interior de las instalaciones de la Alcaldía Municipal, en razón a que el piso estaba mojado y no existieron barreras o avisos que advirtieran el peligro. La víctima demandará ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativa la reparación de los daños. El Juez Administrativo, una vez probada la responsabilidad del Estado, procederá a ordenar la indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales - daño moral y el daño a la salud - cuantificados con el porcentaje de PCL.

La víctima tendrá que reintegrarse a laborar con una PCL del 20% que le implica la reubicación del puesto de trabajo. En caso, de querer cambiar de empleo, las oportunidades se reducen, teniendo en cuenta que difícilmente un empleador lo aceptará ostentando una discapacidad.

Por otra parte, si el accidente ocurre en un lugar de propiedad de un particular; la víctima demandará ante la Jurisdicción Ordinaria Civil, pretendiendo la indemnización de los perjuicios. Si el Juez encuentra probados los elementos de la responsabilidad civil, ordenará el pago de los

siguientes perjuicios extrapatrimoniales: daño moral y daño a la vida de relación, los que cuantificará el Juez con el método *arbitrium judicis*.

Resulta oportuno recordar, que ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y la Ordinaria Civil, no hay lugar a la indemnización de la PCL por parte de la ARL, dado que el accidente es de origen común y no laboral.

Las cosas así, tratándose de reparación del daño, solo se aplica el principio de la reparación integral cuando se trata de daños causados en ocasión a una enfermedad o accidente de origen laboral en el que ha mediado la culpa patronal; toda vez que, se reconoce la indemnización de la PCL, entendido como un perjuicio inmaterial, en razón a la cobertura del aseguramiento de la ARL; además, la indemnización del daño moral y daño a la vida de relación por desarrollo jurisprudencial.

Corolario, sin duda alguna, la pérdida de la capacidad laboral debe ser un perjuicio inmaterial, autónomo e indemnizable en el contexto de la responsabilidad civil y del Estado, en aplicación del principio de la reparación integral. Afirmación de origen académico que dejará de ser una utopía en el futuro próximo.

Conclusiones

A manera de conclusión, se itera, de forma concreta, sobre algunos aspectos que se analizaron en el curso de la investigación, y que se consideran pueden ser relevantes para el estudio de la reparación del daño, en otros ejercicios académicos.

1. El objeto central de la responsabilidad civil es la reparación integral del daño.
2. El perjuicio es la consecuencia del daño; luego, el daño y el perjuicio son disímiles.
3. La pérdida de la capacidad laboral (PCL) es el perjuicio que se deriva de la lesión corporal o psíquica (daño), causado a una persona por un hecho dañoso.
4. La pérdida de la capacidad laboral (PCL), para la Corte Suprema de Justicia - Salas Civil y Laboral, no es más que un parámetro para cuantificar el lucro cesante pasado y futuro; y, un indicio para el *arbitrium iudicis* al determinar el *quantum* del daño moral y el daño a la vida de relación.
5. La pérdida de la capacidad laboral (PCL) para el Consejo de Estado, igualmente, es solo un parámetro para determinar el *quantum* del lucro cesante pasado y futuro, el daño moral por lesiones personales y el daño a la salud.
6. El Sistema de Riesgos Laborales reconoce la pérdida de la capacidad laboral como el perjuicio autónomo, derivado de la enfermedad o del accidente de origen laboral; y otorga su indemnización equivalente a la aplicación del porcentaje de PCL al ingreso base de liquidación.

7. La PCL debe ser considerado un perjuicio inmaterial, autónomo e indemnizable en el contexto de la responsabilidad civil y del Estado, a luz del principio de reparación integral.

Recomendaciones

Al término de la presente investigación, se requiere a la comunidad académica para que promueva la formulación de problemas jurídicos que generen discusión al interior de las aulas de clase, en aras de contribuir a la evolución y perfeccionamiento de un ordenamiento jurídico que garantice la reparación integral del daño causado y permita consolidar una sociedad justa, en la que prevalezca la equidad.

La responsabilidad civil y del Estado se ha constituido en el tema central de grandes debates jurídicos, razón por la cual es importante que las Instituciones de formación en Derecho promuevan la creación y sostenimiento de los semilleros de investigación, como una metodología del aprendizaje del derecho y de la investigación jurídica, y como un espacio académico que le permite a los discentes desarrollar sus primeras propuestas de investigación y acompasar su formación con la realidad jurídica.

Igualmente, es de gran importancia promover el estudio del desarrollo del derecho laboral a partir de la precedente judicial, en cuanto a la responsabilidad del empleador y la indemnización de los perjuicios causados al trabajador en ocasión a la culpa patronal, en aras promover la verdadera reparación integral de los perjuicios causados al trabajador.

Por último, el debate interdisciplinario e interinstitucional resulta enriquecedor para la academia; por lo cual, sugiero a nuestra UPB liderar la convocatoria de las diferentes facultades de derecho de la región al debate y la discusión jurídica, entorno a la responsabilidad civil y del Estado en el contexto de las relaciones laborales, en aras de consolidar propuestas de reformas legislativas.

Lista de Referencias

Bibliográficas

- Alonso Santos, J. (2010). *Criterios de valoración del daño corporal. Situación actual*. Madrid, España: Ediciones Díaz de Santos.
- Bénoit, F.-P. (1957). *Essai sur les conditions de la responsabilité en droit public et privé* (Problèmes de causalité et d'imputabilité. FCP, Francia.
- Cubides Camacho, J. (2012). *Obligaciones*. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez . Séptima edición.
- De Cupis, A. (1975). *El Daño - Teoría General de la Responsabilidad Civil* (2a. ed.). Barcelon, España: Bosch, Casa Editorial S.A.
- Garrone, J. A. (2009). *Diccionario Manual Jurídico Albeleo-Perrot*. Argentina: Albeledo-Perrot.
- Giraldo Gómez, L. F. (2011). *La pérdida de la oportunidad en la responsabilidad civil - aplicación en el campo de la responsabilidad civil médica* (Primera ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Henaó Pérez, J. (1998). *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extacontractual del Estado en el Derecho colombiano y francés*. Bogotá, Colombia: Publicaciones Universidad Externado de Colombia.
- Hinestro Forero, F. (1967). *Derecho de Obligaciones*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Isaza Posse, M. (2015). *De la cuantificación del daño - Manual teórico y práctico* (Cuarta ed.). Bogotá, Colombia: Temis.
- Jouvencel, M. (2001). *Manual del perito médico: Fundamentos técnicos y jurídicos* (1a. ed.). Díaz de Santos.
- M'Causland Sánchez, M. (2015). *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Medina Crespo, M. (2017). *El nuevo baremo del tráfico - Comentario crítico a las disposiciones genrales (Ley 33/2015, de 22 de septiembre)*. Barcelona, España: Wolters Kluwer S.A.
- Méndez Amaya , J. D., & Rodríguez, L. A. (2016). *Manual único para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional* (primera ed.). Bogotá, Colombia: Ediciones de la U.
- Pothier, R. J. (1761). *Traité des obligatiions* (Vol. 1). Paris - Orleans, Francia: Casa de Debure y Rouzuau-Montaut.

- Rodríguez Meza, R. (2014). *Sistema General de Riesgos Laborales* (Primera ed.). Bogotá, Colombia: Universidad del Norte - Ediciones de la U.
- Rodríguez, E. (1989). *Responsabilidad contractual de la administración pública*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Rojas Quiñonez, S. (2015). *El daño a la persona y su reparación - Sobre la teoría general, los sistemas de cuantificación, la prueba y los casos difíciles* (primera ed.). Bogotá, Colombia: Ibañez - IARCE.
- Ruiz Cervigón, M. (Diciembre de 2015). *Estudio y valoración de los cambios introducidos en el nuevo baremo relativos a las secuelas traumatológicas en los cuatro miembros*. (Elsevier, Ed.) *Española Medicina Legal*, 41(4), 173-178.
- Sánchez Acero, D. (2015). *Un nuevo concepto de la culpa patronal*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil, Segunda Edición*, Tomo I. Bogotá, Colombia: Legis Editores S.A.
- Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil*, Segunda Edición, Tomo II. Bogotá, Colombia: Legis Editores S.A.
- Tamayo Jaramillo, J. (2017). *Nuevas reflexiones sobre el daño*, Primera Edición, Bogotá, Colombia: IARCE – Legis Editores S.A.
- Tapias Rocha, H. (2009). La acción de responsabilidad contractual. En T. B. Mantilla Espinosa Fabricio (Ed.), *Los Contratos en el Derecho Privado* (Segunda ed., pág. 230). Bogotá, Colombia: Editorial Legis.
- Viney, G. (2007). *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité* (segunda ed.). (F. M. Mateus, Trad.) Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Zeno Santiago, C. (2016). *La Responsabilidad Civil Extracontractual de los Empresarios. Estudio comparado entre España y Puerto Rico*. Madrid, España: Dykison.

Hemerográficas

- Departamento Administrativo Nacional de Estadística. (2015). *Informe de Discapacidad 2015*. Bogotá.
- Garzón Arévalo, D., & Parada Vargas, D. (enero-diciembre de 2015). Las obligaciones de medio y de resultado y su incidencia en la carga de la prueba de la culpa contractual. *Ciencias Jurídicas*(12), 241 - 252.

Henao Pérez, J. (Enero - Junio de 2015). La formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas la reparaciones contra el Estado. Revista de derecho privado(28), 277 - 366. (U. E. Colombia, Ed.) Bogotá, Colombia.

Henao Pérez, J. (25 de Agosto de 2017). Ponencia Formas de reparación. XI Encuentro Internacional de responsabilidad civil. Medellín, Colombia.

Henao Pérez, J. C. (septiembre de 2000). Responsabilidad del Estado Colombiano por daño ambiental. ensayo. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.

Organización Mundial de la Salud (OMS). (2011). Informe mundial sobre la discapacidad. Ginebra - Suiza.

Rousset Siri, A. (2011). El Concepto de reparación integral en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. (C. L. Humanos, Ed.) Revista Internacional de Derechos Humanos, 59-79.

Sánchez Hernández , L. C. (enero-junio de 2016). De la culpa de la lex Aquilia del derecho romano al principio de la responsabilidad por culpa en el derecho civil Colombiano. Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia(30), 287-335.

Sandoval Garrido, D. A. (Julio de 2013). Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la personas como garantía de los derechos de las víctimas. Revista de Derecho Privado (25), 235 - 271.

Tamayo Jaramillo, J. (29 de octubre de 2015). Reflexiones sobre la ontología del daño y la relación entre el daño y perjuicio. Ámbito Jurídico. Bogotá, Colombia.

Torrent, A. (2017). El concepto de iustitia en los juristas romanos. Revista Vergentis , Edición Junio 2017. p.39-56.

Jurisprudenciales

Corte Constitucional – M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. (9 de Diciembre de 2010). Sentencia Expediente D-8146. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional - Sala Plena - M.P. Gloria Stella Ortíz Delgado. (3 de Mayo de 2017). Sentencia Expediente D-11669 . Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional - M.P. Alejandro Linares Cantillo. (24 de Mayo de 2017). Sentencia C-344. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional - Sala Primera de Revisión. (14 de marzo de 2013). Sentencia T-143, M.P. María Victoria Calle Correa. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional , Sala Quinta de Revisión. (10 de Agosto de 2011). Sentencia T-594 - M.P. Jorge Ivan Palacio Palacio. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional. (3 de febrero de 2017). Sentencia T-057 , M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Bogotá, Colombia.

Corte Constitucional Sala Plena. (26 de abril de 2005). Sentencia C-425 , M.P. Jaime Araujo Rentería. 25. Bogotá, Colombia.

Concejo de Estado - Sección Tercera - Subsección B . (3 de Octubre de 2016). Sentencia radicado: 05001233100019990205901, Expediente : 40057 , C.P. Ramiro Pazos Guerrero. Bogotá, Colombia.

Consejo de estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección A. (14 de Julio de 2016). Sentencia 730012331000200502702 01 - C.P. Hernán Andrade Rincón. 48. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección C . C.P. Enrique Gil Botero. (20 de Octubre de 2014). Sentencia 05001-23-31-000-2004-04210-01 (40.060). 134. Bogotá, Colombia.

Consejo de Estado- Sala de lo Contencioso Administrativo-Sección Tercera. (28 de agosto de 2014). Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales. Documento final, 500. Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia – Sala Civil – M.P. Arturo Solarte Rodríguez. (16 de septiembre de 2011). Sentencia expediente 2005-000058-01. Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral - M.P.Jorge Mauricio Burgos Ruiz. (13 de marzo de 2012). Sentencia expediente No. 39798. 19. Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, M.P. Ariel Salazar Ramírez. (5 de Agosto de 2014). Sentencia SC-10297. Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia – Sala Civil – M.P. Ariel Salazar Ramírez. (24 de agosto de 2016), Sentencia expediente 05001-31-03-003-2005-00174-01. Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil – M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, (11 de mayo de 2017). Auto AC 2923. 13. Expediente 11001-02-03-000-2017-00405-00. Bogotá, Colombia.

Corte Suprema de Justicia - Sala Penal - M.P.Fernando Alberto Castro Caballero. (14 de Junio de 2017). SP-8463. Bogotá, Colombia.

Normativas

Ley 57 de 1915, Diario oficial 15646 del 15 de noviembre de 1915.

Ley 6 de 1945, Diario oficial 25790 del 19 de febrero de 1945.

Ley 90 de 1946, Diario oficial 26322 del 7 de enero de 1947.

Ley 100 de 1993, Diario oficial 41148 del 23 de diciembre de 1993.

Ley 1295 de 1994, Diario oficial 41405 del 22 de junio de 1994.

Ley 446 de 1998, Diario oficial 43335 del 8 de julio de 1998.

Ley 762 de 2002, Diario oficial 44889 del 5 de agosto de 2002.

Ley 776 de 2002, Diario oficial 45037 del 17 de diciembre de 2002.

Ley 975 de 2005, Diario oficial 45980 del 25 de julio de 2005.

Ley 1562 de 2012, Diario oficial 48488 del 11 de julio de 2012.

Ley 1801 de 2016, Diario oficial 49949 del 29 de julio de 2016.

Decreto Ley 019 de 2012, Diario oficial 48308 del 10 de enero de 2012.

Decreto 2663 de 1950, Diario oficial 27403 del 9 de septiembre de 1950.

Decreto 3743 de 1950, Diario oficial 27504 del 11 de enero de 1951.

Decreto 3135 de 1968 del 26 de diciembre de 1968.

Decreto 1848 de 1969, Diario oficial 32937 del 20 de noviembre de 1969.

Ministerio de Salud y de la Protección Social. (12 de Agosto de 2014). *Manual único para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional*. Recuperado el 1 de Febrero de 2018, de <http://www.mintrabajo.gov.co/documents/20147/51963/Manual+Unico+de+Calificaciones+Decreto.pdf/7d224908-ef78-1b90-0255-f62a3e409e4>

Superintendencia de Pensiones, Comisión Técnica de Invalidez. (1o de marzo de 2012). Normas para la evaluación y calificación del grado de invalidez de los trabajadores afiliados al nuevo sistema previsional. *sexta edición*, 122. Chile: Diario Oficial del 1o de marzo de 2012.

Convenciones y Tratados Internacionales

ONU, O. d. (13 de Diciembre de 2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). Nueva York, Estados Unidos.

Concepto jurídico

Ministerio de Salud de Colombia. (27 de enero de 2017). Concepto 201711400114671. Bogotá, Colombia.

