

— Índice —

EL DAÑO CIVIL Y SU REPARACION

PARTE PRIMERA

CONCEPTO DE DAÑO Y SU CLASIFICACION. CARACTERISTICAS

Introducción	35
Plan	36

CAPITULO PRIMERO

QUE ES EL DAÑO

Planteamiento del problema	36
Diferencia entre daño y bien afectado que lo origina	36
Los bienes jurídicos reportan beneficios patrimoniales o morales que muchas veces son protegidos por el ordenamiento jurídico	37
Conclusión sobre el concepto de daño en responsabilidad civil	39

CAPITULO SEGUNDO

CARACTERISTICAS DEL DAÑO

Noción	39
--------------	----

SECCION I

EL DAÑO REPARABLE DEBE SER CIERTO

Planteamiento del problema	40
Certidumbre del nexo causal y de la lesión del bien que origina el perjuicio.	40
En qué consiste la certidumbre del daño	40
Certeza de la existencia del daño y certeza de su cuantía	41
El daño cierto puede ser pasado, presente o futuro.	42
Diferencia entre daño eventual y daño virtual	42
La pérdida de una oportunidad (chance) y la certidumbre del daño.	43
La pérdida de un chance en un concurso	45
La pérdida de un chance de ganar una acción judicial	45
Perjuicio virtual cuando la víctima directa no trabaja	46
Reclamación de personas diferentes a la víctima directa del daño	46
Reclamación de la víctima directa que sufre el daño estando sin empleo.	48

SECCION II
EL DAÑO DEBE SER PERSONAL

Planteamiento del problema	51
No se requiere que el BIEN LESIONADO pertenezca al demandante.	51
El perjuicio debe haber sido sufrido por el demandante o sus herederos	51
Titulares de la acción indemnizatoria cuando la víctima directa del daño continúa con vida	52
El daño personal puede ser cobrado por la víctima directa o por sus herederos	52

SECCION III
EL BENEFICIO AFECTADO POR EL DAÑO DEBE SER LICITO

Planteamiento del problema	53
----------------------------------	----

Subsección I

EL DEMANDANTE DEBE ESTAR FACULTADO LEGALMENTE PARA RECIBIR EL BENEFICIO AFECTADO POR EL DAÑO

Planteamiento del problema	53
Noción de derecho subjetivo	54
Aplicación de estas nociones en la responsabilidad civil.	55
I. LEGITIMACION DE LA VICTIMA DIRECTA, PARA EFECTOS DE RECLAMAR INDEMNIZACION DEL DAÑO SUFRIDO	56
II. LEGITIMACION DE PERSONAS DIFERENTES A LA VICTIMA DIRECTA DEL DAÑO, PARA EFECTOS DE RECLAMAR INDEMNIZACION	58
Introducción	58
a. Legitimación de los alimentarios para reclamar alimentación	58
b. Reclamación de parientes no alimentarios	59
c. Situación de la concubina	59
Derechos del concubino demandante en la acción de los herederos del concubino víctima	60
Acción personal del concubino (a)	60
Perjuicios materiales cobrados por el concubino (a)	61
Perjuicios morales sufridos por la concubina o el concubino	62
d. Derecho de terceros que, no siendo concubinos, tampoco tienen vínculo alimentario con la víctima directa	63

CAPITULO TERCERO

CLASIFICACION DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

Introducción	65
Clasificación propuesta por el Dr. ARTURO VALENCIA ZEA.	65
Crítica a la teoría del Dr. VALENCIA ZEA	66
De los perjuicios morales.	68
De los perjuicios materiales	69
Síntesis sobre la clasificación de los perjuicios.	70



EL DAÑO CIVIL Y SU REPARACION

PRIMERA PARTE

CONCEPTO DE DAÑO Y SU CLASIFICACION. CARACTERISTICAS

DR. FRANCISCO JAVIER TAMAYO J.

**Profesor de la Cátedra de Responsabilidad
Civil en la Facultad de Derecho U.P.B.
Director del Departamento de Investigaciones
Facultad de Derecho U.P.B.**

1. INTRODUCCION

El mundo normativo (moral, religioso o jurídico) busca obtener un determinado resultado al prescribir que los obligados se comporten de una cierta manera. Cuando la conducta imperada no es cumplida, o se produce la contraria, necesariamente surge la lesión del interés perseguido por el precepto. Se habla entonces, de que se ha causado un daño al bien que trataba de tutelarse. Si la norma política, religiosa o moral, estipulaba una consecuencia sancionatoria para el obligado, en caso de incumplimiento de éste, surge entonces la responsabilidad del violador de la prescripción.

Pero la sanción nunca se producirá si es que previamente no se ha incumplido el contenido de la prohibición o exigencia. La responsabilidad normativa es consecuencia del incumplimiento del deber o de la obligación impuesta; en consecuencia, toda violación del precepto comporta un daño para el orden normativo imperante. En ese mismo orden de ideas, las obligaciones impuestas inicialmente por la norma no constituyen responsabilidad del obligado; esta última sólo surge en la medida en que con la conducta se haya atentado contra el interés protegido por un orden a través de la norma.

Tenemos pues que la responsabilidad religiosa, moral o jurídica requieren que haya de por medio un daño para que pueda tipificarse. La mayoría de las veces, el daño moral o el religioso se estructuran por el simple comportamiento del obligado, independientemente de que haya un resultado material dañino, externo al sujeto. La moral busca la perfección del individuo y si éste viola la norma, ipso facto se produce el daño; por ello, la moral y la religión, la mayoría de las veces, agotan el daño en el simple comportamiento. En el mundo jurídico la situación es diferente si bien pueden darse situaciones similares. En efecto, el daño penal surge del quebrantamiento que el obligado hace de un interés tutelado por el Estado a nombre de la sociedad. Muchas veces, ese interés sólo se trasgrede mediante la producción de un resultado externo, tal por ejemplo, el hurto, el homicidio, la estafa, etc. Sin embargo, no siempre es así puesto que hay situaciones en las que el simple comportamiento da lugar a que se lesione el interés protegido por el derecho, independientemente de que se produzca un resultado externo. La tentativa por ejemplo, se estructura sobre un daño consistente en la zozobra y la inseguridad que produce la conducta del agente, aunque no haya una transformación externa. Igual cosa sucede en los denominados delitos de peligro, en donde a pesar de no existir la lesión de un objeto externo, se damnifica sin embargo el interés que tiene el Estado en que dichos peligros no se produzcan. Así por ejemplo, en los países donde conducir un vehículo en estado de embriaguez constituye una infracción, el daño se produce aunque el agente no lesione personas o destruya cosas. El daño surge porque al comportarse de acuerdo con el tipo, el agente lesionó la tranquilidad que el Estado perseguía al ordenar a sus obligados no crear una situación peligrosa.

No ocurre lo mismo en la responsabilidad civil. En efecto, la norma impone a todos los obligados respetar los intereses tutelados bien sea cumpliendo el contrato, bien sea cumpliendo la obligación general de prudencia. El bien jurídico pro-

tegido por el derecho, en la responsabilidad civil, nada tiene que ver con la conducta del obligado; por el contrario, lo que el derecho busca por medio de la conducta del agente es garantizar una serie de intereses particulares ajenos al obligado y que sólo de una forma indirecta, atentarían contra los intereses del Estado mismo. Así las cosas, el daño en materia de responsabilidad civil sólo surge cuando, al incumplirse la norma, se afectan intereses de los particulares. Mientras el conductor embriagado no afecte intereses de terceros no hay daño civil y en consecuencia la responsabilidad no surge. De allí que sea necesario determinar los alcances de ese daño que figura como requisito esencial de la responsabilidad civil.

2. PLAN

En el análisis del daño como elemento estructural de la responsabilidad civil será necesario analizar cuál es su esencia (Capítulo Primero). Definido el concepto de daño es conveniente precisar cuáles sean sus características principales (Capítulo Segundo), para posteriormente determinar cuáles son los sujetos cuyos intereses tutelados y violados dan lugar a la responsabilidad (Capítulo tercero). Un capítulo posterior permitirá clasificar los daños (Capítulo Cuarto). Finalmente estudiaremos lo relativo a la forma de evaluar, determinar y reparar los daños (Capítulo Quinto).

CAPITULO PRIMERO

QUE ES EL DAÑO

3. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Admitido que la responsabilidad civil sólo se estructura en la medida en que el comportamiento del agente afecte la situación jurídica de un particular, cabe el análisis sutil de precisar en qué consiste el daño. ¿Será la muerte de un ser querido, el daño patrimonial o moral de un tercero?, o por el contrario, ¿habrá que atribuir la calidad de daño sólo al menoscabo patrimonial y moral que de esa muerte se deriva? La situación así planteada casi siempre se ignora por los tratadistas o, la mayoría de las veces, queda mal planteada y confusa. De allí la necesidad de clarificar algunos criterios al respecto.

4. DIFERENCIA ENTRE DAÑO Y BIEN AFECTADO QUE LO ORIGINA

Desde el Derecho Romano se ha tratado de distinguir entre daño y perjuicio, atribuyéndose la primera acepción al deterioro del bien sobre el cual recae la conducta del causante del hecho dañino (en nuestro ejemplo, la muerte de una persona) y designándose como perjuicio el menoscabo patrimonial o moral que se deriva de la lesión a dicho bien. Hoy en día los términos daño y perjuicio son sinónimos lo que no quiere decir que los conceptos que se diferenciaban el derecho romano sean equivalentes actualmente. En efecto, la diferencia continúa existiendo.

En realidad, una cosa es el objeto (persona o cosa) que recibe la acción dañina de quien causa una lesión y otra, bien diferente, es el perjuicio patrimonial o mo-

ral que se deriva de dicha lesión. Cualquiera sea la denominación que se le dé a este fenómeno jurídico, lo cierto del caso es que se hace indispensable distinguir entre el perjuicio y el hecho que lo causa.

Por nuestra parte, consideramos que los términos daño y perjuicio son sinónimos. En esta forma tratamos de ser acordes con la terminología utilizada por la mayoría de la doctrina contemporánea. No obstante, es indispensable hacer la separación de conceptos a que hemos hecho referencia en los párrafos anteriores. En ese orden de ideas precisaremos las nociones de daño, y del hecho que lo produce.

Sea lo primero, averiguar la esencia del objeto sobre el cual recae la acción dañina. Por ello, es útil recordar que las cosas que tienen alguna utilidad se denominan bienes. Así, toda cosa, persona o situación se considera un bien en la medida que reporte alguna utilidad a una persona. Cuando esa utilidad o beneficio está protegida por la ley nos encontramos con que el objeto que la produce constituye un bien en sentido jurídico. Ahora, cuando ese bien jurídico es afectado por la acción dañina de una persona, la utilidad que el bien reportaba puede verse disminuida. Nos hallamos entonces frente a un BIEN LESIONADO, del cual se deriva un menoscabo de ese beneficio patrimonial o moral. Utilizaremos pues, el término convencional de BIEN LESIONADO queriendo significar con ello nuestra referencia, no al daño, sino al objeto sobre el cual recae la acción dañina. Para nosotros pues, el daño no consiste en la lesión al bien que reporta la utilidad. Ese BIEN LESIONADO no es más que el objeto del cual se deriva el daño.

5. LOS BIENES JURIDICOS REPORTAN BENEFICIOS PATRIMONIALES O MORALES QUE MUCHAS VECES SON PROTEGIDOS POR EL ORDENAMIENTO JURIDICO

A veces, el beneficio se encuentra indisolublemente unido al bien que lo soporta, tal por ejemplo, en las cosas materiales en las que lesionado el bien, ipso facto surge el perjuicio, en la medida en que el beneficio va unido al bien mismo. Si una porcelana se destruye, necesariamente, su dueño sufrirá un perjuicio.

Por el contrario, hay situaciones en las que el beneficio forma una entidad diferente en el espacio y en el tiempo, al bien que la produce. Verbigracia, la vida de una persona es diferente al beneficio patrimonial y moral que ella reporta a la persona misma o a un tercero. Igual cosa sucede con el Lucro Cesante que una persona sufre al ver deteriorada una cosa material. En estos dos últimos ejemplos se ve con claridad la distinción entre el bien lesionado y el daño, es decir, lo que los romanos trataban de distinguir entre daño y perjuicio. En cambio, en el primer caso la situación es un poco difícil de apreciar. Tratando de efectuar la distinción, el art. 2342 del C. C. establece que "puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño, sino el usufructo, habitación o uso . . ." Sin embargo, parece ser que Don ANDRES BELLO tenía algún rezago de la confusión entre el daño y la lesión del bien del cual se derivaba. Obsérvese cómo la norma habla de la cosa sobre la cual ha recaído el daño, cuan-

do en realidad, de lo que debería hablar sería de la cosa sobre la cual ha recaído la acción dañina. Realmente, la finalidad de la disposición es la de aclarar que un bien lesionado da lugar a varios daños, si frente a él hay varias personas que tienen algún beneficio protegido por el ordenamiento jurídico.

Hechas las aclaraciones anteriores podemos decir que el daño en sentido jurídico consiste en el menoscabo de un beneficio patrimonial o moral que una persona obtiene de sí misma, de otro individuo, de una cosa o de una situación. Pero ese daño sólo adquiere relevancia jurídica en la medida en que sea protegido por el derecho. Resta saber la esencia de esa protección jurídica para de esa forma, determinar la esencia del daño civil.

Basándose en la teoría del derecho subjetivo, de Von Ihering, algunos autores han sostenido que la lesión a los bienes no constituye la esencia del daño civil, ya que lo que la ley protege es el interés que los particulares tienen en esos beneficios patrimoniales o morales. En consecuencia, se define como daño en sentido jurídico **el menoscabo de un interés jurídicamente protegido.** (1)

Para esta doctrina, la esencia del daño en sentido jurídico, consiste pues, en el menoscabo de ese interés que la persona tiene, como corolario del atentado a un beneficio patrimonial o moral del que gozaba el titular.

Sin embargo, a esta teoría predominante cabe hacer algunas objeciones. En efecto, como bien lo anota Eduardo García Maynez, para el ordenamiento jurídico la protección del derecho no puede radicarse en el interés, psicológico o medio, que una persona tenga sobre un determinado beneficio patrimonial o moral, puesto que habrá ocasiones en que la protección jurídica siga existiendo a pesar de que no se posea el interés (2). Despsicologizada en esta forma la protección jurídica, habrá que decir que el daño en sentido jurídico civil radica en el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para obtener un beneficio patrimonial o moral que se deriva de un bien, independientemente de que su titular posea un interés en el mismo.

El concepto de facultades jurídicas a que se hace referencia, va unido a lo que a nuestro parecer constituye la esencia del derecho subjetivo. En efecto, siguiendo los derroteros del ya citado GARCIA MAYNEZ, debemos entender por derecho subjetivo la facultad legal que tiene una persona para exigir una determinada prestación o para disfrutar de un determinado bien jurídico, poco importa la situación psicológica de su titular (3). Dichas facultades pueden consistir en la posibilidad de exigir frente a determinada persona una prestación, o de disfrutar de un bien concreto (derechos personales y reales). Pero por otro lado, también puede consistir en la posibilidad que tienen los sujetos de derecho, para obtener

(1) DE CUPIS Adriano, "El Daño", Ed. Bosch, Barcelona, 1975, No. 8. ZANONI Eduardo A., "Revaluación de Obligaciones Dinerarias", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1977, No. 6.

(2) GARCIA MAINEZ Eduardo, "Introducción al Estudio del Derecho", Ed. Porrúa, México, 1974, p. 190, No. 102.

(3) G. M. OS P. Cit.

ciertos beneficios protegidos por el ordenamiento jurídico, a pesar de que los mismos no puedan ser exigidos de alguien en concreto, o no se posean sobre una cosa determinada. Para algunos autores en este caso no se trata de un auténtico derecho subjetivo, sino más bien del reverso lógico del deber jurídico de los demás. Nosotros nos acogemos a la teoría que sostiene que en semejantes casos existe un auténtico derecho subjetivo(4). Sin embargo, cualquiera sea la posición que se adopte, la verdad es que en semejantes circunstancias la Ley protege a quien lícitamente está recibiendo un beneficio, para que tal recepción se efectúe sin molestias, poco importa que el beneficiario no tenga el poder de exigir coercitivamente la prestación de quien voluntariamente se la está suministrando. Unas veces, la ley protege para exigir de una persona una prestación concreta; en otras, le protege, no la facultad de exigir, sino la de recibir o de disfrutar.

Así las cosas, debemos entender por facultad legal la posibilidad que tiene una persona de obtener un beneficio patrimonial o moral, bien sea exigiendo una prestación concreta, bien sea disfrutando aquello de lo cual la ley no le prohíbe beneficiarse.

Cuando esa facultad así entendida, es ultrajada porque se ha lesionado el bien que le servía de soporte, nos encontramos frente al daño jurídicamente indemnizable de acuerdo con el ordenamiento civil. **Daño pues, es el menoscabo de la facultad jurídica de obtener un beneficio patrimonial o moral.**

6 CONCLUSION SOBRE EL CONCEPTO DE DAÑO EN RESPONSABILIDAD CIVIL

Podemos concluir que el bien sobre el cual recae la acción dañosa recibe el nombre de BIEN LESIONADO. A su vez, el menoscabo patrimonial o moral que se derive de la lesión a ese bien, se denomina daño o perjuicio en sentido genérico. Por el contrario, debemos denominar como daño en sentido civil, al menoscabo que sufre la víctima, en sus facultades jurídicas para obtener ese beneficio patrimonial o moral que se deriva de una cosa, de una persona, o de la propia integridad personal.

CAPITULO SEGUNDO

CARACTERISTICAS DEL DAÑO

7. NOCION

El daño, para que sea indemnizable, debe reunir ciertas características. No basta que se produzca un perjuicio patrimonial o moral en cabeza de alguien para que éste pueda demandar reparación. La acción está subordinada al lleno de ciertos requisitos. Esas limitaciones están determinadas no sólo en consideración al perjuicio mismo sino a la calidad de las personas que lo sufren. Dos subsecciones

(4) En ese sentido: RECASENS SICHES Luis, *Filosofía del Derecho*, Edit. Poema, México, 7a. Ed. 1981, p. 235.

serán destinadas al análisis de estos dos factores que determinan el Perjuicio Indemnizable. ??

SECCION PRIMERA

EL DAÑO REPARABLE DEBE SER CIERTO

8. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

No basta que haya una acción culpable que lesione un bien, para que de allí surja la posibilidad de una demanda en responsabilidad civil. Mientras no exista la certidumbre del daño por el cual demanda reparación la víctima, no habrá lugar a demandar al autor de la acción dañina. Sin embargo, la certidumbre del daño está sujeta a una serie de matices y de dificultades en el espacio y en el tiempo, que hacen demasiado volátil cualquier principio general que trate de establecerse al respecto. En este aparte trataremos de precisar la noción de certidumbre del daño y los alcances de la misma.

9. CERTIDUMBRE DEL NEXO CAUSAL Y DE LA LESION DEL BIEN QUE ORIGINA EL PERJUICIO

Una primera aproximación nos lleva a observar que debe haber certeza de que un bien ha sido lesionado. Nadie puede demandar indemnización de perjuicios por la muerte de una persona, mientras no aparezca con certeza que su deceso se ha producido. En este sentido la certeza tiene visos de absoluta y no se puede encaminar la acción sobre la base de simples probabilidades de muerte.

10. De otro lado, debe establecerse con certidumbre la relación de causa a efecto, entre la lesión del bien y la conducta del demandado. Aunque éste es más bien un problema de causalidad, de todas formas, el fundamento de ella se basa en la certeza; así, aunque aparezca que alguien ha fallecido, la acción en responsabilidad contra una persona determinada no podrá iniciarse mientras no se establezca dentro del proceso que el hecho le es imputable al demandado.

11. Finalmente, se requiere probar que el menoscabo patrimonial o moral se deriva de la lesión a un bien; lesión que le es imputable al demandado, a una cosa o actividad que le pertenece, o a una persona por la cual debe responder. Muchas veces, aparece que el demandado sí causó deterioros a una cosa o persona determinada, sin que se demuestre que a raíz de dicha modificación de la realidad, se disminuyó el patrimonio moral o económico de alguien; en tales circunstancias, el fallo deberá ser absolutorio, pues al juez no le basta la prueba de la acción que lesiona un bien, sino que le es indispensable conocer las consecuencias dañinas de tal lesión. Absolutoria deberá ser también la sentencia, si a pesar de probarse la existencia del perjuicio y del bien lesionado, no se establece la relación de causa a efecto entre el uno y el otro.

12. EN QUE CONSISTE LA CERTIDUMBRE DEL DAÑO

Decimos que el daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción dañina del agente ha producido un perjuicio patrimonial o moral en el demandante.

Decimos que el perjuicio es hipotético, y que en consecuencia no hay lugar a reparación, cuando la víctima sólo tenía una posibilidad remota de obtener un beneficio, en caso de que no se hubiera producido la acción dañina. Sólo pues, cuando el juez tiene la convicción de que la demanda no está basada en una simple hipótesis o expectativa, la víctima tendrá derecho a reparación.

Sin embargo, la certeza absoluta no puede exigirse puesto que si así fuera, prácticamente nunca habría lugar a obtener la reparación de algún daño. En efecto, la certidumbre absoluta es imposible y sólo la prueba compuesta da lugar a que el juez infiera la existencia del perjuicio. Después del análisis probatorio el juez decidirá sobre la certidumbre del daño. Son las reglas de la experiencia las que le permiten al juez, utilizando la ley de las probabilidades, afirmar o negar la existencia del daño. Tratándose de perjuicios pasados o presentes el margen de error es mínimo y a veces ninguno, ya que el daño aparece "cristalizado", por así decirlo. No ocurre lo mismo en el perjuicio futuro, donde a causa del aleas del espacio, del tiempo y del mundo fenoménico, la certeza funciona de una forma relativa y sólo la ley de las probabilidades permite establecerlo. Esto es importante si se tiene en cuenta que el daño futuro es indemnizable, en lo cual son unánimes la mayoría de los autores. En consecuencia, el daño futuro debe tenerse por cierto y ser indemnizable si no es meramente hipotético y remoto, sino que aparece como un perjuicio inminente y virtual (Infra No. 15) (4).

13. CERTEZA DE LA EXISTENCIA DEL DAÑO Y CERTEZA DE SU CUANTÍA

No se debe confundir la incertidumbre del daño con la de su cuantía. Para que exista un fallo condenatorio se requiere la prueba más o menos exacta de que la víctima ha sufrido un perjuicio como consecuencia de la acción dañina del demandado(4 bis) Desde que el juez tenga la íntima convicción de que ese daño ha existido o existirá, no podrá abstenerse de condenar so pretexto de que no aparece suficientemente cuantificado. En tales circunstancias, la condena será en abstracto y tratándose de la liquidación de perjuicios a que hace referencia el art. 308 del C. de P. C., el juez debe condenar *ex aequo ex bono* (5) es decir, será su sano criterio el que la permitirá fijar una indemnización. No podrá argumentarse que tal liquidación no tiene una fundamentación legal, puesto que, por ejemplo, la condenación por perjuicios morales está basada en el mismo principio y la liquidación de perjuicios materiales, liquidados dentro del proceso penal le permiten al juez fallar apoyándose en este mismo criterio. (art. 107 del C.P..)

(4) Sobre la distinción entre daño EVENTUAL Y VIRTUAL, puede verse LE TOURNEAU Philippe, "La Responsabilité Civile", Ed. Dalloz, 1976, No. 409; GHESTIN -VINEY, "Droit Civil, Les obligations", Ed. L. G. D. J. París, 1982, No. 276.

(4 BIS) Por medio de Indicios, el Juez puede inferir la existencia del daño, si no dispone de pruebas directas O irrefutables. Probar con indicios no es lo mismo que presumir; esta última figura no requiere de prueba alguna.

(5) Equitativamente; de acuerdo con factores externos, tales como el nivel de vida de la víctima o de los demandantes. etc.

Al analizar el capítulo referente a las formas de evaluar el daño, tendremos oportunidad de referirnos a este mismo punto, pero en relación con las personas que no contando con un ingreso cierto al momento de ocurrir la lesión del bien, tenían sin embargo, la posibilidad cierta de obtener un beneficio posterior.

14. EL DAÑO CIERTO PUEDE SER PASADO, PRESENTE O FUTURO

En cierta forma, el daño presente y el pasado son uno mismo, puesto que el daño actual no es más que la prolongación permanente de un perjuicio que se ha venido generando desde el momento que se lesionó el bien de la víctima. Como lo decíamos anteriormente, hay casi una certeza absoluta en cuanto a la existencia de ese daño, aunque la forma de probarla varía de acuerdo con las circunstancias. Sobre el daño pasado o presente no se suscitan mayores discusiones en cuanto a su forma de indemnización.

La situación no es la misma en relación con el daño futuro, puesto que allí, las probabilidades de certeza varían en cada caso concreto.

No cabe duda de que el daño futuro da lugar a indemnización. En ese sentido, no se exige que sea actual; puede ser actual o futuro, a condición de que haya certidumbre en su existencia. Sin embargo, esa seguridad, como ya lo hemos dicho, está fundamentada en leyes de probabilidad, puesto que nada de lo futuro da certidumbre absoluta. El hecho de que durante millones de años el sol haya salido por la mañana, no quiere decir que necesariamente saldrá en el futuro, puesto que las leyes naturales pueden alterar el curso de la cadena causal. En ese mismo orden de ideas, ningún perjuicio futuro tiene las características de certeza absoluta, y no nos cansamos de repetirlo, el juez declarará la existencia del daño, con base en el curso normal de los acontecimientos.

15. DIFERENCIA ENTRE DAÑO EVENTUAL Y DAÑO VIRTUAL

Sobre la base de esa ley de probabilidades la doctrina excluye el daño meramente eventual o hipotético, puesto que la víctima sólo tenía probabilidades muy remotas de obtener un beneficio. Como no hay un criterio a priori para delimitar el punto en el cual las probabilidades dan lugar a considerar que el daño es cierto, se ha dicho que el daño futuro da lugar a indemnización cuando se considera como virtual(6); no reuniendo esta última característica, deberá considerarse como meramente hipotético o eventual, no dando lugar a indemnización. Virtual quiere decir que en el curso normal de los acontecimientos el daño muy seguramente se producirá. Es decir, sólo eventos extraordinarios e inesperados hacen variar la cadena causal. En cambio, en el daño meramente eventual, el perjuicio sigue siendo una mera posibilidad remota, a pesar de que el mundo fenoménico siga su curso normal. Si un individuo que acaba de terminar su bachillerato sufre una lesión, podrá demandar un perjuicio futuro y cierto sobre la base de un salario mínimo, aunque de hecho no esté trabajando. Esto ocurre así puesto que el daño no requiere ser actual y siendo futuro exige la virtualidad. En el ejemplo propues-

(6) P.H. Se tomaron, ob. cit. No. 409; GHESTIN-VINEY, Ob. cit. No. 276.

to, las estadísticas demuestran que muy seguramente, una persona de veinte años, que ha obtenido su título de bachiller, puede devengar un salario mínimo. Si las estadísticas prueban que el 85% de los bachilleres trabajan devengando un salario mínimo, habrá que decir que nos encontramos frente a un perjuicio futuro y virtual. Ahora, si ese bachiller demanda indemnización sobre la base de que sus ambiciones eran las de estudiar medicina, la situación varía fundamentalmente, puesto que un porcentaje mínimo, de los bachilleres de veinte años, llegan a obtener el título médico. Obsérvese como en los dos ejemplos nos encontramos frente a situaciones futuras, pero mientras que en el primer caso el daño está virtualmente realizado, en el segundo se trata de una simple posibilidad teórica.

15. Si el daño puede ser futuro, a condición de que sea cierto, no ocurre lo mismo con la lesión al bien que produce el beneficio del cual pide reparación la víctima. En efecto, nadie podrá pedir indemnización sobre la base de un bien que todavía no ha sido lesionado, ya que ello conduciría a lo que se denomina petición antes de tiempo. Si por ejemplo, un edificio se está deteriorando por la acción de una edificación contigua, lo máximo que puede hacer la víctima es pedir que disminuya la eventualidad de la lesión al bien protegido (art. 2359 del C.C.); por el contrario, el demandante no podrá exigir indemnización sobre la base de que su propiedad puede llegar a ser afectada por la construcción vecina. Lo mismo puede decirse en relación con la integridad física de una persona; en la medida en que la lesión a la vida no se haya producido, no habrá lugar a la indemnización. Así, los familiares de una persona que se ha accidentado, no podrán demandar indemnización argumentando que la víctima va a fallecer y que en consecuencia tal muerte les producirá un perjuicio. Mientras la víctima directa no fallezca la acción no podrá ser intentada por sus familiares. En consecuencia, se requerirá que el bien que produce el beneficio patrimonial o moral haya sido lesionado para que pueda haber lugar a la indemnización. Ahora, una vez que esa lesión se ha producido, los perjuicios pasados, presentes y futuros que de allí se deriven son indemnizables a condición lógicamente, de que aparezcan como ciertos.

16. LA PERDIDA DE UNA OPORTUNIDAD (CHANCE) Y LA CERTIDUMBRE DEL DAÑO

Un aspecto importante en el problema de la certidumbre del daño se presenta cuando la víctima se queja de que por la acción del demandado perdió la posibilidad (chance) de obtener un beneficio. Como tal oportunidad era solamente eso, nos preguntamos si habrá lugar a indemnización habida cuenta de la exigencia de que el daño sea cierto. A veces, los ejemplos son un poco excéntricos, tal el caso del dueño de un caballo que pierde la oportunidad de que el animal gane un premio en una carrera; igualmente, la de un pintor o la de un escritor que por culpa de un tercero no pueden competir en un concurso, perdiendo así la posibilidad de obtener el premio. En cambio, hay otra serie de eventos en los que la pérdida de la oportunidad se produce con más frecuencia y sus consecuencias tienen una mayor relevancia patrimonial y económica. Tal ocurre en la responsabilidad de los abogados, de los médicos, o en la persona que tenía la posibilidad

de obtener algunos ingresos superiores (7). En líneas generales, salvo algunas diferencias en cuanto al modo de evaluar el daño, la doctrina y la jurisprudencia son unánimes en considerar que la pérdida de un chance da lugar a un perjuicio cierto que en consecuencia, debe ser indemnizable. La forma de evaluación se efectúa normalmente, teniendo en cuenta la probabilidad de alcanzar el beneficio esperado con la posibilidad; sin embargo, no siempre es así, según tendremos oportunidad de estudiarlo, sobre todo, a propósito de la responsabilidad de los abogados (Infra 19).

17. Pero es conveniente cuidarse de una confusión en la que incurre la mayoría de los autores que identifican el perjuicio virtual con el verdadero problema de la pérdida de un chance. En efecto, la doctrina, al ejemplificar los eventos en que puede hablarse de la pérdida de un chance incluye casos como el de los padres que pierden la posibilidad de recibir auxilio a causa de la muerte de su hijo; o del estudiante que sufre una lesión que le imposibilita seguir sus estudios; sin embargo, eso sería mal razonar.

Veamos: En el perjuicio virtual hay una serie de condiciones en las que el curso normal de los fenómenos debe conducir a que si el hecho dañino no se hubiere producido, la víctima hubiere obtenido un beneficio económico o moral. Sólo el hecho de ser un evento futuro le quita la certeza absoluta, pero lo lógico y nada sorprendente es que el beneficio se produzca. Por ello, el juez debe tenerlo como un perjuicio cierto y la indemnización será total, debiendo el juez acudir a parámetros externos para liquidar el monto a pagar (Infra 22). Tal es el caso del estudiante universitario que a raíz de una lesión no puede seguir estudiando, o trabajando, posteriormente; allí no se trata de la pérdida de un chance, puesto que el éxito sólo dependía del azar en mínima parte y por el contrario, sólo faltaba el transcurso del tiempo para llegar a obtener un beneficio con certeza absoluta.

Por el contrario, hablamos de pérdida de un chance, cuando la víctima está en una situación en la que el hecho del agente le impide tener la posibilidad de que el azar le otorgue un beneficio. Las condiciones están dadas de tal manera que es igualmente lógico y esperable que el beneficio se obtenga o no. La posibilidad existe y ya no es cuestión del paso del tiempo o de confluencia de otros factores sino que sólo falta que intervenga la causa esperada que desatará la expectativa. Como dicen los señores MAZEAUD—TUNC—CHABAS "La realización del perjuicio no depende más de eventos futuros e inciertos (1)". Tal el caso de la destrucción del billete de lotería, o de la imposibilidad de concursar en un premio literario. Obsérvese como en estos casos, no cabe el más mínimo análisis del devenir como para que el juez pueda presumir que de no haber ocurrido el hecho dañoso la víctima hubiere obtenido un beneficio. El único daño cierto es el de la pérdida de la oportunidad, quedando únicamente por definir la forma de evaluarla.

(7) Sobre el tema de la indemnización por pérdida de un chance, puede verse: MAZEAUD—TUNC—CHABAS, *Traite de la Responsabilité Civile*, T. I. No. 219; igualmente, GHESTIN—VINEY, *Ob. Cit.*, T. IV, No. 278 y ss.

(1) MAZEAUD—TUNC—CHABAS, *Ob. Cit.*, T. I., No. 219. Sin embargo, estos autores incurren en la confusión.

A continuación veremos dos de los eventos en que con mayor frecuencia se presenta el problema de la pérdida de un chance: La imposibilidad de participar en un concurso y la pérdida de una acción judicial en la que el abogado no utilizó las facultades que le confería la ley; posteriormente, analizaremos el perjuicio real derivado de la lesión causada a una persona que no se hallaba trabajando al momento del hecho dañoso.

18. LA PERDIDA DE UN CHANCE EN UN CONCURSO

Puede suceder, y de hecho sucede, que un aspirante a un concurso determinado se vea privado de la posibilidad de participar en el evento debido a una culpa imputable a un tercero. Tal el caso del escritor o del pintor que no puede participar en un concurso o del aspirante a un empleo, que por culpa de un tercero, no puede llenar los requisitos suficientes para competir en la escogencia. En estos eventos y en otros similares, la posibilidad de haber obtenido el triunfo es más o menos remota. Sin embargo habrá ocasiones en que la obtención del resultado benéfico sea inminente. Una cosa es cierta: no hay la seguridad de que se hubiera obtenido el premio, pero tampoco hay duda de que con la pérdida del chance la víctima recibió un daño que debe ser indemnizado. Cuando las oportunidades de triunfo eran remotas o casi nulas, la víctima tendrá derecho cuando menos, al pago de los gastos en que incurrió para poder participar. Ahora, si existía esa inminencia de triunfo a que nos referimos anteriormente, el juez fallará *ex aequo ex bono* y en tal virtud no sólo deberá condenar por los gastos del concurso, sino también indemnizando lo relativo al premio que muy seguramente se iba a obtener. Un buen criterio de evaluación consistiría en calcular el monto de probabilidades de éxito, aunque tal sistema no deja de tener serios inconvenientes puesto que el monto indemnizable no puede derivarse de la mayor o menor certidumbre del daño. De todas formas siendo necesaria la determinación del daño el juez encontrará por este medio una buena forma de apoyar la decisión.

19. LA PERDIDA DE UN CHANCE DE GANAR UNA ACCION JUDICIAL

El problema de la pérdida de un chance aparece claramente en las acciones judiciales representadas por un abogado. Todos sabemos que quien demanda o es demandado tiene ante sí un resultado incierto que hace su situación más o menos azarosa en la medida en que el litigio pueda ganarse o perderse. ¿Cómo determinar la certidumbre del daño cuando un abogado descuida el proceso y el fallo es adverso a los intereses de su cliente? Al respecto, existe la incertidumbre de saber si la negligencia del abogado ha sido factor determinante en la pérdida del proceso; igualmente queda por dilucidar hasta qué punto la víctima tenía posibilidades de ganar el proceso puesto que aun con un abogado diligente la acción podría fracasar. En estos casos como en los anteriores, es difícil demostrar la posible ganancia, pero es muy fácil demostrar que hubo una pérdida. En circunstancias similares será el juez quien deberá fallar *ex aequo ex bono* teniendo en cuenta lo establecido dentro del proceso. En efecto, si un abogado deja de proponer una excepción de prescripción o de cosa juzgada, cuando en efecto había lugar a su excepción de prescripción o de cosa juzgada, cuando en efecto había lugar a su de-

claración por parte del juez, nos encontramos frente a una omisión que el fallador puede fácilmente considerar como causa cierta y absoluta del daño. Si al juez no le cabe duda de que la excepción era procedente, deberá condenar al abogado demandado por la totalidad de lo que valía la pretensión en caso de haberse propuesto la excepción a su debido tiempo. El extremo opuesto se presentaría cuando la víctima ha perdido un pleito en el que su abogado deja de interponer un recurso que según un observador jurídico imparcial sólo tendría remotas posibilidades de modificar la sentencia inicial. En este último evento podría casi decirse que el daño no existe más que en relación con los honorarios que le fueron pagados al abogado. Los abogados se obligan a defender pero no a dilatar los procesos. Tratándose de un punto discutible en derecho, la situación es más confusa puesto que las posibilidades de éxito se reparten en uno u otro sentido, siendo obligación del juez fallar a su conciencia puesto que el daño no puede quedar irreparado bajo el argumento de que se trataba de una simple eventualidad u oportunidad.

20. PERJUICIO VIRTUAL CUANDO LA VICTIMA NO TRABAJA

La mayoría de las veces, la víctima directa del daño o sus familiares reclaman un perjuicio bajo el argumento de que si no se hubiere producido la acción dañina la víctima hubiera obtenido en el futuro mejores ingresos derivados de una posición más beneficiosa dentro de su profesión o trabajo, o aunque no estuviere trabajando al momento del hecho, sí hubiere podido hacerlo en el futuro. Sobre este punto ha existido un **mare magnum** de confusión en la doctrina y la jurisprudencia colombianas. Para una mayor comprensión del problema estudiaremos cómo debe apreciarse esa pérdida cuando el demandante es la víctima directa o su sucesión, o cuando la acción es ejercida por los familiares o por cualquier otro tercero que reclaman la indemnización de un perjuicio personal. Empezaremos por esta última eventualidad.

21. RECLAMACION DE PERSONAS DIFERENTES A LA VICTIMA DIRECTA DEL DAÑO

Cuando la víctima directa de un accidente fallece, sus familiares pueden cobrar los perjuicios ocasionados con motivo de no seguir recibiendo o no llegar a recibir un beneficio proveniente de la víctima directa. Nos preguntamos: ¿cómo funciona el concepto de daño cierto en situación semejante teniendo en cuenta que los beneficios, si es que se obtienen, están diferidos periódicamente hacia el futuro? Los tribunales colombianos no ponen mayores trabas cuando la víctima directa se encontraba devengando un salario al momento de ocurrir el daño; en cambio, cuando el causante no obtenía ingreso alguno al momento de su muerte, se le niega, la mayoría de las veces, a sus familiares, la posibilidad de obtener alguna indemnización. Al respecto puede hacerse las siguientes observaciones: Los tribunales al negar la indemnización acuden siempre al argumento de que el daño meramente eventual o hipotético no es indemnizable y les parece como buen punto de apoyo el hecho de que la víctima no devengaba ingresos al momento de producirse el accidente. Sin embargo, el argumento no es suficiente y será necesario analizar si la incertidumbre es real, puesto que no es idéntica la situación de los

padres que demandan indemnización de perjuicios materiales por la muerte de un hijo, que la de una familia que demanda indemnización por la muerte del esposo que por cualquier circunstancia, se encontraba cesante al momento de ocurrir la muerte.

En el evento del niño fallecido, el perjuicio es meramente eventual y no da lugar a indemnización pero no es por la remota posibilidad de que el niño fuera a devengar un salario sino por aspectos diferentes. De un lado, el perjuicio se hace incierto puesto que aunque el niño llegare a obtener algún ingreso, es poco probable que sus padres y hermanos se hubieran beneficiado del mismo, puesto que en el curso normal de los acontecimientos cuando una persona adquiere la madurez forma un hogar aparte y raras veces, da parte de sus ingresos a sus padres o hermanos; de otro lado, aunque el menor llegare a tomar la decisión de entregar parte de ese ingreso a sus padres no siempre éstos tienen necesidad de los mismos. En este orden de ideas, la reparación que demandan los padres y hermanos de un menor fallecido se vuelve hipotética porque a la incertidumbre de que la víctima directa obtenga un ingreso se suma la de que ese ingreso fuera a ser necesitado por los demandantes, y entregado por el hijo.

No ocurre lo mismo cuando la esposa e hijos de la víctima directa reclaman la indemnización de un lucro cesante basado en que dejarán de recibir un ingreso debido a la muerte del esposo y padre.

En vía de eliminación de incertidumbres aparece claro que el marido auxiliará a su esposa hasta la muerte de uno de los dos, y a sus hijos los mantendrá económicamente por lo menos, hasta que éstos ganen por sí mismos su manutención. Igualmente la mayoría de las veces la esposa y los hijos derivan su sustento de los ingresos del esposo. En estos dos puntos pues, no cabe duda de la certidumbre del daño. Queda por analizar la posible incertidumbre que se deriva del hecho de que al momento de morir, la víctima se hallaba cesante.

En nuestro concepto, esto no es motivo para considerar que el perjuicio es incierto, puesto que lo que es indemnizable no es la pérdida de la producción, sino la pérdida de la productividad. Exigir que la víctima esté trabajando al momento del accidente, conlleva a que sólo sea indemnizable el daño presente cuando en el fondo nadie niega que el perjuicio futuro también puede ser cierto, así sea virtualmente.

La persona que se encuentra trabajando actualmente tiene las mismas posibilidades futuras de ingreso que las que tiene una persona de sus mismas calidades y que se halla cesante; en una economía donde la oferta y demanda de empleo es más o menos normal, y el índice de desempleo no es desproporcionalmente exagerado, tanto quien está trabajando como quien no lo esté, tienen posibilidades de ingreso futuro. Mirado hacia el futuro el trabajador que se halla laborando en la actualidad no tiene una certeza absoluta de ingresos próximos, puesto que la vida le puede deparar la pérdida del empleo; por el contrario, una persona que goce de buena salud, tiene amplias posibilidades de hallar un trabajo que le dé un ingreso normal. En ese sentido pues, que se esté trabajando o que se esté cesante, el perjuicio futuro siempre funciona sobre un margen de posibilidades y en consecuen-

cia, no hay una certeza absoluta de realización del perjuicio. Ahora, ello no quiere decir que el demandante no tenga derecho a indemnización puesto que ya sabemos (Supra 15) que cuando el perjuicio futuro es virtual debe tenerse por cierto. Al respecto, el señor Roger DALCO expresa lo siguiente: "De todas formas no se puede perder de vista que lo que debe ser probado, no es tanto lo que la víctima ganaba antes de su muerte, sino más bien lo que ella habría ganado en el porvenir si no hubiera muerto. El daño está, en efecto, constituido por la pérdida de todo o parte de los ingresos que la víctima habría normalmente continuado ganando, si el accidente, no se hubiera producido. La prueba de lo que la víctima ganaba antes del accidente, no constituiría nunca, más que una presunción que puede realmente ser desvirtuada, sea porque el demandante demuestre que la víctima habría ganado más en el porvenir que en el pasado, sea que el demandado pruebe que sus ganancias hubieran disminuido" (1). En conclusión, los familiares de una persona fallecida en un accidente tienen derecho a cobrar la indemnización aunque la víctima no estuviese devengando ingresos al momento del accidente, siempre y cuando tuviese capacidad laboral y realmente, los demandantes hubiesen obtenido alguna ayuda de la víctima, de no haber existido el accidente. En situaciones similares, el juez condenará *ex aequo ex bono* teniendo en cuenta el ingreso que normalmente obtendría una persona que con las mismas características de la víctima, estuviese empleada. Debe tenerse en cuenta títulos académicos, experiencias anteriores, en general, el nivel de ingresos anteriores al accidente.

22 RECLAMACION DE LA VICTIMA DIRECTA QUE SUFRE EL DAÑO ESTANDO SIN EMPLEO

En el número anterior estudiábamos el caso en que personas diferentes a la víctima directa del daño reclamaban una indemnización a pesar de que el causante se hallaba sin empleo al momento de ocurrir el accidente. Otra es la situación que se presenta cuando la demanda es instaurada por la misma víctima del accidente, que igualmente se hallaba sin empleo al momento de ocurrir el hecho dañino. ¿Habría que negar la indemnización en caso semejante?

Acá, las circunstancias son un poco distintas y la diferencia de edad de la víctima no tiene mayor trascendencia, como se verá más adelante. En líneas generales hay que decir que cualquiera sea la edad de la víctima, ésta tiene derecho a que se le indemnice sobre la pérdida de la posibilidad que ella tenía de ganarse la vida en una actividad lucrativa. En realidad, la ley de las probabilidades demuestra que una persona que se encuentra bien de salud está en posibilidad, con el solo transcurso del tiempo, de llegar a ganarse su sustento. Lo lógico es que cada uno trabaje para sí, y estando aliado, lo normal es que exista la posibilidad de un trabajo remunerado.

Es equívoco traer el planteamiento de que cuando el accidente es sufrido por un niño, el perjuicio es eventual. No se puede comparar esta situación con la que se presenta cuando son los padres o hermanos los que reclaman perjuicios por la

(1) DALCO Roger, "Traite de la Responsabilité Civile", 10a. ed., Ed. Maison Ferdinand Larquier S. A., Bruselas, 1967, T. II, No. 3548.

muerte de un menor. Como ya lo vimos, la eventualidad no radica en el aleas de que el menor llegue a devengar un salario, sino más bien, en la eventualidad de que los demandantes lleguen a obtener un beneficio de ese salario, o lo que es más eventual aún, lleguen a tener necesidad del mismo. Por el contrario, cuando el menor queda incapacitado a raíz de un accidente, ipso facto, y con absoluta certeza, van a quedar cercenadas sus posibilidades de ingresos, puesto que como ya lo vimos, en el desarrollo normal de los acontecimientos, ese menor, al llegar a la edad productiva, iba a obtener su propio sustento. Mientras que en la demanda instaurada por los padres o hermanos era muy aleatorio el beneficio que podrían recibir, en el presente caso no cabe duda de que en el evento de haber obtenido un ingreso, la víctima se hubiera beneficiado con él.

Pero lo más determinante en esta situación es que el menor nunca va a poder llegar a devengar un salario, cuando, de no haber ocurrido el accidente, el ingreso hubiera sido bastante probable. Observemos con un ejemplo, cómo serían las posibilidades de certeza, o de "virtualidad" que tiene el perjuicio derivado del accidente sufrido por un menor. Aproximadamente el noventa por ciento de los menores que gozan de salud adecuada obtienen un ingreso al llegar a su capacidad laboral, suficiente para su mantenimiento. Hasta allí puede hablarse de que el daño sufrido por un menor es cierto, habida cuenta de su virtualidad. Ahora, el porcentaje desciende radicalmente cuando nos preguntamos ¿de cada cien niños cuántos irán a sostener a sus padres y hermanos? Decimos que el porcentaje desciende en forma vertical puesto que en el desarrollo normal de la vida, sólo en excepcionales casos los hijos auxilian a sus padres y a sus hermanos, ya que son los primeros los que alimentan y educan a sus infantes; de allí que se tenga por cierto el perjuicio que sufren estos últimos a raíz de la muerte de sus padres. Finalmente, el porcentaje se reduce casi a su mínima expresión, cuando nos preguntamos cuántos padres y hermanos van a requerir auxilio futuro de un menor.

En conclusión, no es igual la situación que se presenta cuando el daño futuro es reclamado por un menor que ve su misma capacidad laboral disminuida, a la que se presenta cuando la demanda es instaurada por los padres o hermanos del menor. En el primer caso se dan todos los elementos que hacen configurar el daño futuro. No se invoque el hecho de que cuando la persona no esté trabajando el daño es eventual, puesto que ello sería confundir daño cierto con daño presente. Lo que la ley exige es que el daño sea más o menos cierto, poco importa que sea presente o futuro. Aquí caben las mismas observaciones que habíamos hecho anteriormente, en el sentido de que, mirado hacia el futuro, son iguales las posibilidades de lucro para la persona que está trabajando que para la que se encuentra cesante. Como sostienen algunos autores (1), con la ocurrencia del accidente se ha dejado a la víctima en peores condiciones de las que tenía antes de ocurrir el hecho. Quien no esté trabajando pero tenga la posibilidad de hacerlo, sufre un perjuicio cierto e

(1) MAZEAUD TUNC, Ob. cit. Tomo 1, No. 216. Supongamos que pocos días después del accidente le resulta un trabajo remunerado a la víctima, el cual debe rechazar por su incapacidad. ¿Cómo sostener que no tiene derecho a la indemnización de su lucro cesante, por el hecho de no estar trabajando al monto del hecho lesivo?

indemnizable, si por culpa de un tercero esa productiva se ve disminuida.

Si los argumentos se refieren al menor de edad que no tiene todavía capacidad laboral, con mucha mayor razón se deben aplicar esos mismos principios a la persona que ya tiene capacidad laboral pero que por cualquier circunstancia se encuentra cesante. Sería absurdo privar de la indemnización a una persona que la suerte lo tomó por desempleado al momento de ocurrir un hecho. Piénsese en un despido repentino, o en la situación de un profesional recién egresado que simplemente se halla a la espera de una oportunidad, y que por sufrir un accidente queda incapacitado de por vida. En el curso normal de los acontecimientos es muchísimo más probable que un profesional encuentre empleo a que se quede cesante toda su vida. Igualmente, lo normal es que ese profesional viva de los ingresos que le da su disciplina.

Sería absurdo por el contrario, que una persona que nunca trabaja por razón de salud o por destino de la vida, vaya a tener derecho de indemnización por el simple hecho de que se encontraba trabajando, al momento de ocurrir el accidente (1). El derecho de la responsabilidad civil no es producto esotérico y azaroso que quede al abandono de reglas de una rigurosa lógica formal. La mira del legislador es la de proteger a la víctima de un hecho dañoso. Si el hecho del accidente deja a la víctima en condiciones inferiores a las que tenía antes de ocurrir no habrá duda de que la obligación de indemnizar.

Ahora, aceptado que la víctima directa tiene derecho a reclamar indemnización aunque no se halle trabajando, obliga el análisis de saber cuál es la forma de calcular dicho daño. En efecto, el juez debe condenar cuando sepa que el daño existe, aunque no se pueda determinar con certeza absoluta cuál es su cuantía. Para determinar esta última, el juez debe acudir a las reglas del buen sentido. En ese orden de ideas, si el daño es sufrido por un menor cuyos estudios máximos son los de un bachillerato, su propia indemnización podrá establecerse con base en el salario mínimo, puesto que en la actualidad los empleos que otorgan este mínimo salario pueden ser ocupados por bachilleres o por personas que tengan mínimos estudios. Por el contrario, si el accidente es sufrido por un estudiante universitario o por una persona que ya estaba en plena capacidad productiva, el monto indemnizable se calculará con base en lo que gane un profesional de las mismas características del damnificado. Para ello bastará acudir a la costumbre del lugar y allí podrá averiguarse cuánto gana una persona con los mismos conocimientos y la misma experiencia de la víctima. En ese sentido, los artículos 106 y 107 del Código Penal son un buen derrotero legal que justifica una buena manera de calcular el perjuicio cuando no hay bases suficientes para hacerlo.

(1) En este caso, la víctima tendrá derecho a la indemnización pero no porque esté trabajando al momento del accidente, sino porque perdió su capacidad laboral.

SECCION SEGUNDA

EL DAÑO DEBE SER PERSONAL

23. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La doctrina y la jurisprudencia exigen que el daño sea personal, para que pueda proceder la acción indemnizatoria. Sin embargo, una confusión se presenta cuando advertimos que no solamente la víctima directa del daño puede pedir reparación, sino otras personas que de una u otra forma se ven damnificadas con el hecho del demandado. Ello nos conduce a la necesaria clarificación de conceptos que explique la consecuencia lógica de la acción de esos terceros. La diferenciación podrá hacerse perfectamente en la medida en que distingamos suficientemente entre el BIEN LESIONADO y el perjuicio propiamente dicho.

24. NO SE REQUIERE QUE EL BIEN LESIONADO PERTENEZCA AL DEMANDANTE

Don Andrés Bello intuyó, mas no clarificó completamente, la diferencia entre el BIEN LESIONADO y el daño. En efecto, el artículo 2342 del C.C. expresa que "puede pedir esta indemnización no sólo el que es dueño o poseedor de la cosa sobre la cual ha recaído el daño o su heredero sino el usufructuario, el habitante o el usuario, si el daño irroga perjuicio a su derecho de usufructo, habitación o uso".

La disposición quiere decir que el daño puede ser sufrido por personas diferentes al propietario del bien lesionado. Lo que acontece es que BELLO conserva rezagos de la confusión entre el BIEN LESIONADO y el daño (distinción entre daño y perjuicio, según los romanos).

Por otro lado, aunque la norma se refiere únicamente a daños que recaen sobre cosas, el principio puede hacerse extensivo a todos los bienes que llegaren a sufrir alguna lesión. En realidad, si una persona sufre algún atentado contra su integridad personal, no sólo ésta tendrá derecho a pedir indemnización, sino también, todo aquel que derive un beneficio patrimonial o moral de dicha integridad.

De acuerdo con todo lo anterior podemos decir que hay lugar a la indemnización aunque el BIEN LESIONADO no pertenezca a la persona que sufrió el perjuicio. Lógicamente, se requiere el lleno de otros requisitos, tales como la certeza del daño y la protección jurídica que el derecho daba al beneficio que se vio menoscabado.

25 EL PERJUICIO DEBE HABER SIDO SUFRIDO POR EL DEMANDANTE O SUS HEREDEROS

Si el BIEN LESIONADO no tiene que pertenecer necesariamente al demandante, no ocurre lo mismo con el perjuicio, el cual sí debe ser personal de quien reclama la indemnización. De allí que solamente la persona que sufre el perjuicio,

o sus herederos estén legitimados para actuar en justicia. Por lo tanto, si la víctima, o sus herederos, o quien se coloca jurídicamente en su lugar, no demandan reparación, ningún tercero tendrá derecho a reclamar perjuicios. En resumen, normalmente, el dueño del bien lesionado es quien sufre el perjuicio; sin embargo, puede suceder que el daño sea sufrido por persona que no sea propietaria del bien lesionado. La legitimación para actuar la tiene quien haya sufrido el daño, independientemente de su calidad de propietario o poseedor del bien lesionado.

26. TITULARES DE LA ACCION INDEMNIZATORIA CUANDO LA VICTIMA DIRECTA DEL DAÑO CONTINUA CON VIDA

Cuando la víctima directa del daño sufre una incapacidad laboral, se puede generar, a causa de ello, perjuicio a terceros. Sobre la posibilidad de que estos últimos sufran un perjuicio personal es necesario distinguir: Si el perjuicio es sufrido por terceros que obtenían un beneficio directo de los ingresos que obtenía la víctima por su capacidad laboral, solamente ésta, mientras viva, tendrá derecho a reclamar la indemnización. Así, los hijos y la esposa del lesionado no pueden reclamar indemnización por la merma de la ayuda que les otorgaba su esposo y padre que no ha muerto, pero que ha sufrido una incapacidad laboral. La prohibición se justifica puesto que si el causante del daño indemniza a la esposa y a los hijos, no podrá excepcionar pago de la obligación si en un momento determinado la víctima directa decide instaurar una demanda. Por ello, el que tiene el interés personal en la demanda es la víctima directa. Mientras él conserve esa legitimación, ningún otro tercero tendrá derecho a reclamar ese mismo perjuicio.

Sin embargo, si la víctima directa continúa con vida, pero otras personas, familiares o no, sufren un daño diferente, pero derivado del mismo hecho, tendrán legitimidad para demandar, puesto que su daño es personal. Si por ejemplo, el dueño de un circo ve disminuidos sus ingresos por la incapacidad de un artista, o si un patrono debe paralizar su industria por la incapacidad de un técnico especializado, tendrán pleno derecho a reclamar indemnización a pesar de que la víctima continúe con vida puesto que su perjuicio es diferente al que sufre el incapacitado. En efecto, el daño de la víctima directa está constituido por los ingresos que deja de recibir y por los gastos médicos y clínicos; en cambio, el daño recibido por los terceros radica en el lucro cesante y en el eventual daño emergente que ellos directamente sufrieron por la cesación de la actividad de la víctima.

27 EL DAÑO PERSONAL PUEDE SER COBRADO POR LA VICTIMA DIRECTA O POR SUS HEREDEROS

El hecho de que el daño deba ser personal, no quiere decir que sólo puede ser cobrado por la misma persona natural que lo ha sufrido, puesto que al fallecer ésta, sus herederos o mejor su sucesión recogen todos los derechos y obligaciones del causante. Como esos mismos herederos pueden llegar a sufrir un perjuicio que les es personal, conviene recordar la distinción entre la acción hereditaria y la acción personal.

Mediante la acción hereditaria, contractual o extracontractual, según que la víc-

tima sea o no un acreedor contractual del causante del daño, la sucesión retoma todos los derechos que tenía el causante frente a terceros. Por tal acción los familiares sólo podrán cobrar el perjuicio sufrido por el causante mismo. En cambio, esos mismos herederos, o cualquiera otro tercero que sufra un daño derivado del atentado contra la integridad personal de la víctima directa, tendrá derecho a reclamar la indemnización pero sobre la base de una acción personal, siempre extracontractual. Las acciones hereditaria y personal pueden estar en cabeza de una misma persona natural, pero ello no implica que los daños se puedan cobrar por una u otra. A cada daño corresponde una acción y los dos se pueden cobrar conjunta o separadamente, salvo el caso de las acciones derivadas del contrato de transporte, norma según la cual, se pueden cobrar los dos perjuicios, pero en forma separada o sucesiva (artículo 1006 del C. de Co.). De allí la necesidad de delimitar con precisión cuáles sean los perjuicios causados a la sucesión y cuáles los causados en forma personal al demandante. El daño indemnizable en cada una de estas acciones será tratado al momento de analizar su reparación.

SECCION TERCERA

EL BENEFICIO AFECTADO POR EL DAÑO DEBER SER LICITO

28. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

A veces, la indemnización es demandada por un acreedor contractual o por quien tenía un derecho alimentario frente a la víctima del daño. Otras veces, quien demanda la reparación del perjuicio no tenía ningún derecho para exigir a la víctima directa del daño la reparación del mismo, e inclusive, habrá oportunidades en que el demandante se hallaba en el ejercicio de una actividad ilícita que le produciría el beneficio del cual demanda reparación. Para justificar la legalidad de la acción indemnizatoria los autores y tribunales hablan de interés jurídicamente protegido, de interés legítimo o de violación de un derecho adquirido. La noción de todos estos conceptos es confusa y se vuelve agobiante sobre todo cuando se analiza la legitimidad de la concubina que reclama indemnización por la muerte de su compañero, o viceversa. Para una mejor comprensión del asunto será necesario analizar qué debe entenderse por interés jurídicamente protegido, por interés legítimo, o por derecho subjetivo. Con base en ello podremos estudiar la legitimidad de la víctima directa del daño y finalmente, analizar la situación de las personas diferentes a ella.

SUBSECCION I

EL DEMANDANTE DEBE ESTAR FACULTADO LEGALMENTE PARA RECIBIR EL BENEFICIO AFECTADO POR EL DAÑO

29. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Las dificultades que encuentra la doctrina para establecer en qué casos el

demandante está legitimado para ejercitar la acción indemnizatoria radica en una inadecuada comprensión de la teoría de los derechos subjetivos, de las situaciones jurídicas y de la licitud jurídica. A continuación estudiaremos cada una de estas situaciones para tratar de encontrar así una respuesta satisfactoria a esa legitimación del demandante, que pretende obtener reparación del perjuicio sufrido.

30. NOCIÓN DE DERECHO SUBJETIVO

Para algunos autores (1), el derecho subjetivo comprende la facultad de exigir de una persona determinada, una prestación de dar hacer o no hacer. Llámese a esta facultad derecho subjetivo de pretensión; al lado de este derecho de pretensión existiría un derecho subjetivo que no es más que el reverso del deber jurídico de los demás. En este último evento el titular no tiene la posibilidad de exigir una prestación concreta, pero las prohibiciones que pesan sobre la generalidad de los obligados lo faculta para desplegar lícitamente ciertas actividades tales como la libertad de locomoción, la libertad de opinión, la libertad de trabajo, etc. Estas facultades están englobadas dentro del principio lógico jurídico, según el cual "lo que no está prohibido está permitido".

Sin embargo, alguna parte de la doctrina sostiene que el derecho subjetivo está restringido únicamente al primer evento, es decir aquel caso que el titular tiene la posibilidad de exigir una prestación de dar hacer o no hacer, frente a una persona determinada, o cuando tiene el poder de disposición sobre un determinado bien. En el otro evento, es decir, en lo relativo a lo que en derecho se denomina el reverso del deber jurídico de los demás, no habría un auténtico derecho subjetivo, sino más bien un simple reflejo de las prescripciones impuestas a los particulares (2).

Nosotros nos acogemos a la primera teoría puesto que en ambos casos, directa o indirectamente, el orden jurídico está facultado a las personas para comportarse lícitamente, obteniendo un beneficio que el derecho protege. Sin embargo, cualquiera sea la posición que se adopte, el resultado es el mismo para efectos de nuestro estudio. En realidad, aunque se diga que en lo que se denomina el reverso del deber jurídico de los demás no hay un derecho subjetivo en el sentido exacto de la palabra, lo cierto es que la actividad humana está totalmente regulada y no quedan esferas neutras o indiferentes al orden jurídico. Una de dos: o el comportamiento es lícito, y entonces está protegido por el Estado, o, es ilícito y entonces ninguna facultad para pedir protección existe.

Que se adopte una posición o la otra, habrá que reconocer que aunque no exista el derecho de exigir una determinada prestación o disfrutar de una cosa concreta, todo el mundo tiene la posibilidad de exigir que el Estado lo proteja para disfrutar aquello que no está prohibido. En ese orden de ideas la protección existe

(1) RECASENS SICHES Luis, "Tratado general de filosofía del Derecho", p. 235.

(2) P. ROUBIER, *Droits Subjectifs et situations Juridiques*, Ed. Dailot, Paris, 1963, p. 47 ss.

no solo en el derecho de pretensión sino en ausencia del mismo. Obsérvese cómo en el derecho de pretensión su titular tiene la facultad no sólo de disponer de la cosa o de exigir la prestación de otra persona, sino que también, y en forma subyacente, tiene la posibilidad de que el Estado lo proteja frente a todo aquel que trate de perturbar el ejercicio de su derecho. El acreedor no sólo tiene la facultad de exigirle la prestación al deudor, sino que también está protegido por el Estado frente a todo aquel que trate de impedir el ejercicio oportuno del derecho. De igual forma, el titular de un derecho real está facultado para que el Estado lo proteja cuando alguien trate de perturbar el ejercicio de su derecho. En ese sentido pues, el derecho de pretensión es una doble facultad, puesto que por un lado permite exigir la prestación concreta y por el otro permite el disfrute del mismo. Ahora, cuando no existe el derecho real o el derecho personal, pero se disfruta lícitamente de una situación no prohibida por el Estado, la facultad jurídica, llámese o no derecho subjetivo, consiste en que el Estado con su aparato coercitivo sanciona a todo aquel que impida la obtención de ese beneficio lícito cuyo titular no tiene la facultad de exigir de un deudor concreto.

31. APLICACION DE ESTAS NOCIONES EN LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Aclaradas estas nociones digamos que para que haya un daño indemnizable basta que el beneficio por el cual se reclama indemnización estaba protegido en su disfrute por el ordenamiento jurídico. Lo que la ley protege no es únicamente la posibilidad de exigir una prestación concreta sino la de disfrutar de aquello que no está prohibido. Si se tiene un derecho real o personal, ya vimos que también se tiene la posibilidad de recibir y disfrutar la prestación; en el segundo evento, dicha facultad también existe a pesar de que no se tenga un derecho real o personal. Cuando alguien recibe una donación o cualquier beneficio a título gratuito, el Estado protege coercitivamente tal facultad. Ahora, como muchas veces la víctima obtenía el beneficio mediante una actuación ilícita se presenta el problema de saber si en tales circunstancias hay lugar o no a la indemnización.

Para ello basta con formularnos esta pregunta: ¿El demandante tiene la posibilidad de pedir la protección del orden jurídico para recibir el beneficio?; obsérvese que no preguntamos sobre la posibilidad de exigir el beneficio, sino la de recibirlo.

En ese orden de ideas, podemos concluir que hay lugar a la indemnización del daño cuando no estaba prohibido por el ordenamiento jurídico, recibir el beneficio. Con base en esta definición el daño consiste en un atentado contra la facultad jurídica de recibir un beneficio.

Hecha esta precisión conviene analizar la situación de la víctima directa del da-

ño (I) y la de terceros perjudicados (II), para determinar su legitimación al ejercer la acción indemnizatoria.

I. LEGITIMACION DE LA VICTIMA DIRECTA, PARA EFECTOS DE RECLAMAR INDEMNIZACION DEL DAÑO SUFRIDO

32. Sobre la base del principio según el cual está legitimado para reclamar la indemnización del daño todo aquel que tenía derecho a disfrutar un beneficio afectado por la acción dañina, debemos analizar la forma como la víctima directa del daño estaba protegida por el orden jurídico, para efectos de gozar y disfrutar de la situación jurídica que se vio damnificada.

33. Si nos encontramos frente a una responsabilidad de tipo contractual evidentemente, las nociones de objeto y causa lícita son requisitos indispensables para que la inexecución de la obligación contractual dé lugar a indemnización. Esta solución surge del principio jurídico que exige un contrato válidamente celebrado entre las partes, para que pueda hablarse de responsabilidad contractual. Por eso, si en una compraventa de narcóticos se incumple a una de las partes, ésta no podrá reclamar indemnización de perjuicios puesto que la ilicitud del negocio jurídico lo priva de todo derecho de reclamar reparación. En consecuencia, para que haya lugar a la indemnización por responsabilidad contractual se exige que el demandante tenga un interés jurídicamente protegido por el derecho.

34. Ahora, en el campo de la responsabilidad extracontractual la situación es diferente puesto que ya tendremos que abandonar el campo del objeto y de la causa como elementos de la relación jurídica. Los principios que serán aplicables están orientados por la protección que el orden jurídico le da a una persona para disfrutar ciertos beneficios patrimoniales o morales, a pesar de que éstos no constituyan un derecho real o personal.

De acuerdo con ello, la víctima directa de una acción dañina está legitimada para ejercitar la acción indemnizatoria cuando el Estado le garantizaba coercitivamente el disfrute de su beneficio patrimonial o moral, aunque no tuviera la facultad de exigir una prestación de un deudor determinado. En conclusión, no se requiere un derecho de pretensión frente a un obligado, puesto que la ley protege el derecho de recibir, aunque no se tenga la facultad de exigir. A contrario sensu si el derecho le niega la protección de ese disfrute, la acción indemnizatoria es contraria a derecho, y en consecuencia, no podrá ser recibida.

Así las cosas, si el dueño de un vehículo se estrella contra una casa en la cual funcionaba un laboratorio de cocaína, el dueño de ésta no podrá reclamar indemnización por la cocaína (aunque sí de la casa) puesto que la ley le negaba la protección para obtener el beneficio. Radicalizando más el ejemplo, imaginemos el

caso siguiente: Cuando Pedro intentaba regalarle a Juan una dosis de cocaína, Diego trata de oponerse a ello, razón por la cual, Juan (donatario) pide protección legal para que Diego se abstenga de obstaculizar la donación. En este caso, el orden jurídico le niega a Juan toda protección para recibir el narcótico, puesto que su circulación y su obtención es ilícita. Obsérvese que la desprotección no existe, no en razón de la ausencia de un derecho subjetivo de pretensión, sino porque el ordenamiento jurídico rechaza por todos los medios el disfrute del beneficio.

Estas consideraciones son aplicables en la responsabilidad aquiliana, puesto que el derecho rechaza cualquier protección a ciertos beneficios. En el ejemplo del vehículo que choca contra el laboratorio de cocaína, el dueño está desprotegido puesto que su beneficio era ilícito ante la ausencia de protección jurídica.

Ahora, sobre la base de esa desprotección conviene distinguir entre el daño presente y el daño futuro, sufrido por la víctima.

Todavía sobre el ejemplo del vehículo que choca contra el laboratorio de cocaína cabría decir que la víctima no está legitimada para cobrar el daño presente, y ya materializado, puesto que la entidad del mismo está totalmente cubierta por la ilicitud.

En cambio, una dificultad surge cuando se busca determinar la ilicitud del daño futuro. Supongamos que a raíz del accidente el dueño del laboratorio sufre una incapacidad permanente y demanda el pago de una indemnización. Si ante semejante situación la víctima reclama lucro cesante argumentando que su trabajo, consistente en procesar cocaína le producía un ingreso mensual de cien mil pesos, ¿habrá lugar a negar la reparación del daño? Creemos que no. En efecto, si no cabe duda de que el daño ya realizado es ilícito (pérdida de la droga almacenada y del laboratorio), no cabe decir lo mismo del daño futuro, puesto que la víctima estará siempre en la posibilidad de abandonar su ilicitud. El orden jurídico puede hablar de conducta ilícita presente o pasada, más no podrá hablar de conductas ilícitas hacia el futuro. ¿Cómo poder sostener que el narcotraficante dedicará toda su vida a dicha actividad? En consecuencia, lo lógico es que el daño pasado o presente pueda revestirse de ilicitud, y que en consecuencia no haya que indemnizarlo. En cambio, el daño futuro habrá que indemnizarlo si él recae sobre la capacidad laboral de la víctima, aunque ésta se encontrara en una actividad ilícita al momento del hecho dañoso.

Pero debe clarificarse que el cálculo del monto indemnizable no podrá hacerse sobre la base de los ingresos provenientes de la actividad ilegal sino **ex aequo ex bono**, es decir, teniendo en cuenta la capacidad laboral y los conocimientos de la víctima, para efectos de actividades lícitas.

De igual modo, la posibilidad de indemnizar el daño futuro sólo está referida a la capacidad laboral de la víctima, ya que no podrá hablarse por ejemplo, del lucro cesante que se deriva de la no utilización del laboratorio, puesto que el Estado no protege el funcionamiento del mismo. En cambio, cabría la posibilidad de pensar que en este caso, también habrá lugar al lucro cesante futuro si es que los

utensilios pudieran ser utilizados en una actividad lícita.

II. LEGITIMACION DE PERSONAS DIFERENTES A LA VICTIMA DIRECTA DEL DAÑO, PARA EFECTOS DE RECLAMAR INDEMNIZACION

35. INTRODUCCION

Si la situación jurídica de la víctima directa del daño no ofrece mayores dificultades, la situación no es igual cuando nos referimos a personas diferentes, tales como sus herederos, simples parientes, o terceros que no tienen ningún derecho frente a la víctima. Como parámetro para estudiar algunas situaciones concretas, tales como la de la concubina, los alimentarios, o los simples parientes, debemos insistir en que la ley no exige un derecho de pretensión, sino el derecho a disfrutar una situación benéfica. En consecuencia, no hay que buscar si ese tercero, diferente de la víctima, tenía derecho de exigirle a ésta una prestación, sino que basta averiguar si el beneficio recibido por medio de la víctima directa era tolerado y protegido por el orden jurídico. Con base en esta premisa estudiemos algunos casos concretos.

36. LEGITIMACION DE LOS ALIMENTARIOS PARA RECLAMAR INDEMNIZACION

Cuando la víctima directa fallece, sus herederos, al ejercer la acción hereditaria, no hacen más que colocarse en el lugar de la víctima y en consecuencia la legitimación de la acción se rige por lo visto en el número anterior. En cambio, cuando actúan a título personal, entonces lo que hay que buscar es si el ordenamiento jurídico protegía al demandante para obtener el beneficio que le reportaba la víctima directa. Es allí donde hay que radicar la legitimación del beneficio protegido.

Ahora, algunos de esos herederos son alimentarios de la víctima directa del daño y en consecuencia, la ley los protege para reclamar del alimentante, lo necesario para el sustento. En semejante situación, no cabe la menor duda de que estas personas están legitimadas para reclamar indemnización del daño sufrido, puesto que la ley no sólo los facultaba para exigir la prestación, sino para disfrutar la misma. En el desdoblamiento de la noción de derecho subjetivo, los demandantes tenían la facultad para exigir la prestación del alimentante, e igualmente tenían la facultad de que el ordenamiento jurídico los protegiera para que ningún tercero impidiera recibir el beneficio. Cuando el causante de la muerte de la víctima produce el resultado dañoso, está impidiendo que ese beneficio sea otorgado. Es allí donde radica la legitimación para reclamar indemnización. El derecho de exigir la prestación alimentaria es indispensable para reglamentar las relaciones entre la víctima y sus alimentarios; en cambio, para efectos de la responsabilidad civil las relaciones entre el demandante y el causante del daño están determinadas por la obligación que éste último tenía de permitirle al alimentario obtener su beneficio.

En consecuencia, cuando el demandante es un alimentario de la víctima directa

del daño, es indudable que se produce la legitimación para reclamar la indemnización del daño recibido.

37. RECLAMACION DE PARIENTES NO ALIMENTARIOS

No siempre la calidad de pariente, conlleva la de alimentario. La víctima directa puede otorgar un beneficio económico y afectivo a parientes frente a los cuales no tiene la obligación de pasar alimentos. Piénsese en el hijo que sostiene a sus padres o en el hermano que sostiene a los otros, sin que haya una sentencia judicial que los obligue a ello. En este caso el demandante no tiene un derecho de pretensión frente a la víctima directa del daño. A pesar de no existir tal derecho subjetivo ¿habrá lugar a la indemnización si la víctima directa, voluntariamente reportaba un beneficio al demandante, habida cuenta del parentesco entre los dos? La respuesta es afirmativa, y en ello está de acuerdo la jurisprudencia y la doctrina, posición que nosotros compartimos pero que la justificamos sobre el principio tantas veces anotado de que la legitimación para reclamar indemnización está fundamentada en la facultad que tiene el demandante, de disfrutar el beneficio que sufrió el menoscabo con la acción dañina. Así las cosas, si un hermano le fuese a regalar al otro un auxilio de mil pesos y un tercero tratase de impedir la donación, el donatario tiene la facultad de pedir la protección del orden jurídico para que el tercero no obstaculice la donación. Obsérvese como el donatario no tiene la facultad de exigir del donante el pago de dicha suma. En cambio, la ley le está prohibiendo a todo el mundo interferir la entrega de los mil pesos. **A contrario sensu** si la donación consistiera en una dosis de cocaína y el tercero tratase de impedir la donación, el donatario no tendría la protección del Estado, para recibir la dosis, puesto que el disfrute y la recepción son ilícitos. Todo se reduce a una fórmula: lo que no está prohibido está permitido, y si alguien obstaculiza esa permisión, está obligado a indemnizar ya que el Estado protege la obtención del beneficio.

38. SITUACION DE LA CONCUBINA

Queda por ver la situación más espinosa de todas las que pueden presentarse en el análisis de la legitimación para reclamar indemnización de perjuicios. Es la situación confusa que se deriva del concubinato y donde tanto el hombre como la mujer pueden ejercer una acción indemnizatoria basada en la muerte de su compañero o compañera. Difícilmente otra institución de la responsabilidad civil haya recibido tanta atención por parte de la doctrina y los tribunales. En una evolución histórica de la doctrina y la jurisprudencia se ha planteado siempre la ilicitud y la inmoralidad de las relaciones entre la víctima directa del daño y el demandante, es decir, la ilicitud de la relación entre los concubinos. Lo asombroso y lo contradictorio de la evolución doctrinal, es que la mayoría de los autores acepta que la concubina obtenga indemnización por la muerte de su compañero, a pesar de que las relaciones entre víctima y demandante sean ilícitas. Buscando la justificación para permitir la demanda de reparación, los tribunales insisten en el análisis de la evolución sociológica y moral, con respecto al concubinato, para deducir de allí la licitud o ilicitud del mismo y consecuentemente otorgar una indemnización.

En nuestro concepto el problema siempre ha sido mal planteado puesto que el análisis se hace partiendo de las relaciones entre la víctima directa y el demandante, cuando la ilicitud habrá que buscarla en la relación jurídica que existe entre el demandante y el causante del daño. A continuación veremos las hipótesis que se presentan teniendo en cuenta los diferentes daños cuya reparación podría ser demandada por el concubino o la concubina. Una distinción inicial se impone entre la acción ejercida por los herederos del concubino, víctima, y la acción personal ejercida por el concubino que sobrevive.

39 DERECHOS DEL CONCUBINO DEMANDANTE EN LA ACCION DE LOS HEREDEROS DEL CONCUBINO VICTIMA

Como bien sabemos, cuando el causante muere, sus herederos, o mejor su sucesión, retoman todos los derechos que el causante hubiere podido ejercer contra el agente que generó el daño. Por el contrario, cuando esos herederos o cualquiera otro tercero, cobran el perjuicio que ellos personalmente sufrieron con la muerte del causante, se habla entonces de la acción personal extracontractual. ¿Tendrá derecho la concubina a beneficiarse de la acción hereditaria? Es allí en donde a nuestro entender, se crea la confusión en torno a los derechos de la concubina, puesto que no es igual la situación que se presenta dentro de la acción hereditaria a la que se presenta dentro de la acción personal. En efecto, muchos de los defensores de los derechos de la concubina para efectos de reclamar indemnización por la muerte de su compañero, se basan en la evolución socio-jurídica que le ha permitido a la concubina tener acceso a prestaciones de la seguridad social y a que en veces, se diga que entre los concubinos hay una sociedad de hecho que para efectos prácticos, es similar a la sociedad conyugal. En efecto, todas esas consideraciones de tipo histórico, y de evolución del derecho serían discutibles a la luz de la acción hereditaria en la que se pretendiese cobrar los perjuicios de la víctima directa del daño. Así como se discute lo de la sociedad de hecho para efectos de liquidar los haberes del concubinato, igualmente cabría la discusión sobre los derechos de la concubina en lo que le corresponde a la víctima directa del daño, y que en razón de su muerte pasa a sus sucesores. Es allí pues donde todos los argumentos esgrimidos por la doctrina y la jurisprudencia encuentran la base de la discusión. No obstante pensamos que, por muy justos que aparezcan los argumentos que en semejante situación tratan de proteger a la concubina, ésta no tendrá derecho a participar en la indemnización del daño producido a la víctima directa, y que en razón de su muerte, pasa a sus herederos. En realidad, mientras el demandante no acredite la calidad de cónyuge o de heredero del causante, no estará legitimado para reclamar tal indemnización. Solamente estas personas tendrán derecho a reclamar para la sucesión tales perjuicios.

40. ACCION PERSONAL DEL CONCUBINO (A)

Cuando el concubino o la concubina no pretenden como herederos obtener indemnización del daño producido a su compañero, sino que reclaman su propio perjuicio, la solución se plantea diferente, según veremos a continuación.

En efecto, ya hemos visto, que los autores y los tribunales no exigen la existen-

cia de un derecho subjetivo de pretensión, sino que basta "un interés legítimo" para que de allí surja el derecho de reclamar indemnización del daño causado. No es necesario pues, que se tenga un derecho de exigirle a la víctima directa del daño, sino que basta la licitud del beneficio obtenido, y que se vio disminuido por la acción dañina.

Hasta allí estamos de acuerdo, pero insistimos en que ese interés legítimo hay que buscarlo, no en las relaciones entre el demandante y la víctima directa, sino entre el demandante y el resto de los obligados. Lo repetimos una vez más: tiene derecho a reclamar indemnización todo aquel que tenía un beneficio cuyo disfrute era protegido por la ley, en la medida en que nadie podía impedir, ni la ley misma, la obtención del mismo. Sobre la base de este presupuesto veamos como se hace su aplicación a los perjuicios materiales y morales cobrados por el concubino o la concubina, según el caso.

41. PERJUICIOS MATERIALES COBRADOS POR EL CONCUBINO (A)

Para nosotros, no cabe duda de que la concubina o el concubino tienen derecho a cobrar los perjuicios materiales que sufren a raíz de la muerte de su compañero siempre y cuando, el beneficio obtenido no fuera el precio del concubinato, o como denominan los autores "no fuera el salario del vicio".

En efecto, si se presenta una relación de concubinato basada en el afecto de la pareja, ninguno de los dos miembros de la misma podrá cobrarle al otro prestación alguna derivada de la vida en común, porque entonces nos encontraríamos frente a una prostitución permanente o esporádica; en cambio, si basados en el afecto, uno de los cónyuges auxilia al otro, ese beneficio no es ilícito puesto que no es la contraprestación de ningún objeto ilícito. Piénsese en el caso hipotético, pero posible, de una pareja que sin contraer matrimonio conviven sin que haya relaciones sexuales de por medio. Ahora, la convivencia no está prohibida por la ley y en consecuencia, esas liberalidades de los concubinos entre sí no pueden considerarse como ilícitas, puesto que la relación, aunque sea ilegal, no es la causa de la liberalidad, ni ésta es el precio de aquella. El beneficio es simplemente concomitante y surge del afecto existente entre la pareja.

42. Ahora, aunque se aceptara en vía de discusión, que tal beneficio sí es ilícito, quedaría vigente aquel principio que hemos defendido, según el cual, existe legitimación para reclamar la indemnización del daño, cuando el demandante tenía la facultad de recibir el beneficio, aunque no tuviese la posibilidad de exigirlo.

Ese principio que aparece claro cuando se trata de liberalidades entre parientes, aunque no sean alimentarios frente a la víctima directa, sigue existiendo igualmente, aunque aparentemente confuso, en tratándose del concubino. En efecto, la ley no impide ni puede impedir que un concubino entregue sumas de dinero a su compañero. Un ejemplo ilustrará lo aseverado: si la esposa legítima se da cuenta que su esposo le está entregando sumas de dinero a su concubina, lo máximo que podrá hacer es demandar ejecutivamente a su cónyuge para que cumpla las obliga-

ciones alimentarias, pero no posee herramienta jurídica para impedir tal liberalidad. Es más, si la esposa legítima trata de evitar por las vías de hecho tal donación, la concubina tiene derecho para que el aparato coercitivo del Estado la proteja y en consecuencia puede disfrutar de la donación. La liberalidad solamente sería ilícita cuando ella constituyera lo que se denomina "el salario del vicio". Cuando la relación es durable y afectuosa, la liberalidad no es ilícita (1).

En realidad, la concubina obtiene un beneficio lícito en la medida en que nadie está facultado para impedir el disfrute del mismo y el ordenamiento jurídico tampoco actúa por el simple hecho de la liberalidad. La concubina no está facultada para reclamarle nada a su compañero. Este está obligado a cumplir sus obligaciones alimentarias con su esposa e hijos legítimos, pero la ley no le prohíbe tener liberalidades para con su compañera.

Así las cosas, es inútil e innecesario seguir buscando la moralidad y la "desacriminación" del concubinato, para efectos de justificar la acción indemnizatoria del concubino. Mientras exista el matrimonio como relación legal, toda relación concubinaria será inmoral, pero ello no es óbice para que el derecho a la indemnización exista; ni el concubinato estable, ni las ideas modernas son lo que justifica la relación del concubino. Aún en las épocas en que las relaciones extramaritales eran reprochables moral y socialmente, nadie poseía la facultad de impedir la liberalidad entre concubinos, es decir, éstas eran permitidas, puesto que lo que no está prohibido está permitido. Ahora, si están permitidas es porque son lícitas, y si son lícitas gozan de la protección del Estado, puesto que nadie puede oponerse al beneficio de ese disfrute.

En conclusión, creemos que la concubina o el concubino tienen derecho a reclamar los perjuicios materiales que han sufrido a raíz de la muerte de su compañero, siempre y cuando el beneficio que se vio disminuido no fuere el precio de la relación, sino una liberalidad que se fundamenta en la estabilidad afectuosa de la relación. En la medida en que nadie puede oponerse a tal beneficio, el mismo es lícito y cualquiera que con su conducta lo menoscabe, está obligado a repararlo.

43. PERJUICIOS MORALES SUFRIDOS POR LA CONCUBINA O EL CONCUBINO

Tratándose de los perjuicios morales sufridos por el concubino o la concubina, a raíz de la muerte de su compañero, también habrá lugar a la indemnización de perjuicios morales. Sobre la base de los argumentos anteriores podemos esgrimir algunos adicionales.

Primero que todo, hay que tener en cuenta que en los perjuicios materiales se parte de que la víctima directa entrega un bien patrimonial que le pertenece, y lo

(1) Mazeaud-Tunc-Chabas, *Traite de la Responsabilité*, 6a. ed., Ed. Montchrestien, París, 1965, T.I., No. 279.

desplaza hacia el patrimonio del demandante. Allí cabría la discusión de si ese desplazamiento es lícito o ilícito y eventualmente, se presentaría la discusión de la legitimidad del demandante para efectos de reclamar la indemnización de ese perjuicio. En cambio, en el beneficio moral, cuya disminución da lugar al perjuicio moral, la víctima directa del daño, que es la que producía el beneficio, no está entregando nada de sí. El daño consiste en que se termina una satisfacción espiritual, por así decirlo, derivada de la integridad personal que poseía la víctima antes del hecho dañoso. Esa satisfacción emocional no producía ningún empobrecimiento en la víctima directa, situación que sí ocurre en los perjuicios materiales. Con todo ¿podrá decirse que es ilícito o inmoral sentir afecto y estabilidad emocional por una persona que no es cónyuge legítimo? ¿Podrá el orden jurídico volver contrario a derecho una situación de puro hecho que consiste en una estabilidad emocional que nada le está quitando a la sociedad? Porque inclusive, podría pensarse en el caso extremo de que una persona sufra un profundo dolor moral a raíz de la muerte de otra a pesar de que no tenía ninguna relación. Es que el beneficio moral y la satisfacción que él genera no está disminuyendo los bienes de ningún otro. Si se quiere, puede decirse que los auxilios pecuniarios que un concubino le daba al otro son ilícitos. Inclusive, podría argumentarse que el afecto que un concubino le da al otro es igualmente ilícito. Pero por ningún motivo podrían ser ilícitos la alegría y el bienestar emocional que la compañía de una persona nos causa, así sea la concubina. Si a alguien se le ocurre pensar que la ley puede intervenir para que el concubino no entregue ayudas pecuniarias a su compañero, no vemos qué posibilidades tenga para impedir que este último obtenga esa satisfacción emocional que puede producir una relación afectiva que no está legalizada frente al orden jurídico.

En conclusión, creemos que el concubino o la concubina están plenamente legitimados para cobrar, mediante el ejercicio de su acción personal extracontractual, los perjuicios morales que la muerte de su compañero les ha causado. La razón de ello radica en que el ordenamiento jurídico protege el disfrute de ese placer, aunque el demandante no hubiere tenido la posibilidad de exigir de la víctima directa, afectos o auxilios económicos de su parte.

44 Bis DERECHO DE TERCEROS QUE, NO SIENDO CONCUBINOS, TAMPOCO TIENEN VINCULO ALIMENTARIO CON LA VICTIMA DIRECTA

Finalmente, puede ocurrir que la muerte de la víctima directa ocasione perjuicios a personas que no siendo alimentarios de la víctima, derivaban sin embargo, algún beneficio ya sea por alguna relación contractual, ya sea por la simple liberalidad de la víctima, cuando ésta vivía.

En principio, nada se opone a que el acreedor contractual de la víctima directa cobre indemnización por el perjuicio recibido a causa de la muerte de su deudor. Piénsese en el empresario de un espectáculo cuyo artista principal sea la víctima de la acción dañina. En circunstancias semejantes, el empresario tendrá pleno derecho a cobrar la indemnización por el perjuicio que recibió a causa de la muerte del artista. Lógicamente, el daño cobrado no será el sufrido por la víctima, sino

el sufrido por el empresario mismo en razón de no haber podido presentar el espectáculo. En cambio, se considera que el perjuicio no es directo, y en tal virtud, faltaría el nexo causal, cuando por ejemplo, la muerte de la víctima directa le impide a su acreedor contractual obtener el pago de una deuda previamente contraída por la víctima. En este caso, se considera que no hay relación directa causal, para que el acreedor le cobre al causante del daño, el valor del crédito, bajo el pretexto de que a causa de la muerte de su deudor, la obligación no será extinguida.

Por otro lado, cuando el reclamante es un tercero que por mera liberalidad obtenía beneficios de la víctima directa, nada se opone a que obtenga indemnización siempre y cuando pruebe la certeza del daño.

Justamente, dicha dificultad probatoria es la que hace que los jueces muchas veces, tengan que negar reparación de posibles daños. En efecto, jurídicamente es posible que un amigo sufra perjuicios morales o materiales a causa de la muerte de la víctima. Sin embargo, resulta un poco contradictorio que esa persona, que dice haber sufrido el perjuicio moral, aparezca tratando de obtener reparaciones dinerarias que en nada mitigan su presunto dolor. Asimismo, aunque teóricamente es posible que una persona en forma voluntaria auxilie materialmente a un tercero con el cual no tiene obligación alguna, la verdad es que el daño futuro es muy incierto, pues no existe seguridad de que hacia el futuro la liberalidad permanezca. No se puede sentar un principio general, y será el juez en cada caso concreto, quien valorará la situación, puesto que si por ejemplo, la víctima directa, ha socorrido a un adolescente desde que estaba pequeño, es de presumirse que en el curso normal de las cosas, seguirá auxiliándolo hasta que termine sus estudios y se baste por sí mismo. En este caso, habrá derecho a indemnización.

Con todo, habría un obstáculo aparente para efectos de obtener indemnización cuando los beneficios otorgados procedan de mera liberalidad. El inconveniente provendría de la prohibición, que para hacer donaciones superiores a dos mil pesos, tiene establecido el Código Civil, en el artículo 1458, salvo que se hiciera la insinuación respectiva.

Sin embargo, la situación puede obviarse si se tiene que tal norma fue establecida en una época en que no existía la devaluación monetaria y con dos mil pesos se compraban bienes que hoy en día valen tres o cuatro millones de pesos. De aplicarse estrictamente el artículo 1458 del C.C., tendríamos que el mundo social y familiar actual, estaría profundamente sumido dentro de la ilicitud legal, ya que el obsequio más insignificante tiene un valor superior a dos mil pesos.

Para resolver el problema, bastaría acudir a la actualización que los tribunales vienen haciendo respecto del monto de los perjuicios morales. En efecto, se considera que hoy en día se requiere el valor de mil gramos de oro para poder comprar lo que en 1936 se adquiriría con dos mil pesos, que es la suma que por perjuicios morales contemplaba el Código Penal de 1936. Es decir, en la actualidad esos dos mil pesos, valen un millón sesenta mil pesos, aproximadamente. Lógicamente, en la época en que fue elaborado el Código Civil, los dos mil pesos de que habla

el artículo 1458, superan en mucho el valor de los dos mil pesos de los cuales hablaba el Código Penal de 1936. Bastaría pues, hacer la comparación de cuál era el valor adquisitivo real que en 1887 tenía la suma de dos mil pesos. En las notarías puede verse cómo en el centro de Medellín, se adquirían residencias de muy buena calidad, por precios inferiores a dicha suma. Así las cosas, sólo requerirían insinuación aquellas donaciones que por su volumen podrían atentar contra el patrimonio del donante o de sus herederos.

Si se aplica esta solución al caso que nos ocupa, no habría inconveniente jurídico alguno que impidiera reclamar indemnización, a quien por mera liberalidad recibía auxilios periódicos en forma regular, de la víctima. En esta forma, el beneficio sería lícito y adquiriría el elemento "certidumbre", condición indispensable para poder demandar reparación.

CAPITULO TERCERO

CLASIFICACION DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

44. INTRODUCCION

La lesión de un bien jurídico puede dar lugar al menoscabo patrimonial o moral de su titular. Ese BIEN LESIONADO puede consistir en una cosa con valor económico o ser la vida o la integridad personal de alguien. De otra parte, la disminución patrimonial puede afectar el valor intrínseco de los objetos dañados o puede disminuir e inclusive suprimir los futuros ingresos que la utilización de esa cosa iba a producir en el futuro. Asimismo, al producirse un atentado contra la vida o la integridad personal de alguien, la víctima deberá asumir no sólo la pérdida de su capacidad de trabajo sino que también deberá sufragar gastos médicos, hospitalarios, farmacéuticos, etc.

Finalmente, la ocurrencia de cualquier atentado contra las cosas, la vida o la honradez de las personas puede dar origen a que se afecte el estado emocional de quienes tenían frente al bien dañado alguna relación o que vean disminuido el goce vital que les proporcionaba el bien lesionado. Estos daños tienen entidades particulares que los diferencian entre sí. El presente capítulo será dedicado a la adecuada clasificación de todos ellos.

45. CLASIFICACION PROPUESTA POR EL DR. ARTURO VALENCIA ZEA

Dada la influencia que el pensamiento del Dr. ARTURO VALENCIA ZEA tiene en la doctrina y la jurisprudencia colombianas, proponemos como punto de partida de nuestro análisis, la clasificación que de daños y perjuicios da el autor, en la tercera edición del tomo referente a las Obligaciones, en su tratado de Derecho Civil (1). Aunque en ediciones posteriores el señor VALENCIA ZEA modifica su clasificación inicial, puede verse cómo la jurisprudencia se ha desarrollado bajo el auspicio de su posición inicial, que comentamos.

(1) VALENCIA ZEA Arturo, "Tratado de Derecho Civil, Obligaciones", 3a. ed., Ed. Temis, Bogotá, 1968, No. 56 y ss.

Para el Dr. VALENCIA ZEA los daños pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Habrá daños patrimoniales cuando el derecho subjetivo que se lesione "se encuentre en el comercio y sea avaluable en dinero". Tales serían los daños que recaen sobre derechos reales, sobre derechos personales, sobre derechos inmateriales, o sobre universalidades jurídicas.

Por el contrario, los daños a los derechos extrapatrimoniales están fundamentados en la lesión a "los derechos de la personalidad o derechos humanos y los de la familia". Tales serían la vida, la integridad corporal, la salud, la libertad, el nombre y apellido, el honor, el derecho sobre la propia imagen, etc. (2).

Al analizar los perjuicios extrapatrimoniales el autor expresa que "la repercusión que ocasiona en los derechos patrimoniales, la lesión a un derecho de la personalidad, suele denominarse DAÑO MORAL OBJETIVO y la que se produce en los sentimientos íntimos, DAÑO MORAL SUBJETIVO (3).

En resumen, para el Dr. VALENCIA ZEA los perjuicios pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Estos últimos se dividen en morales objetivados y morales subjetivos. Da la impresión que para el autor los perjuicios materiales no existen cuando el derecho lesionado es extrapatrimonial, tal por ejemplo, la muerte de una persona o las lesiones personales sufridas por ella. De igual modo, tratándose de perjuicios patrimoniales no hay lugar a perjuicios morales.

46. CRITICA A LA TEORIA DEL DR. VALENCIA ZEA

La clasificación propuesta por el Dr. VALENCIA ZEA ha dado lugar a numerosas confusiones, que no son todas atribuibles al pensamiento del autor.

La primera de ellas consiste en no distinguir entre el BIEN LESIONADO y el perjuicio que de dicha lesión surge. En efecto, la actividad del agente causante del daño puede lesionar un bien patrimonial o un bien extrapatrimonial. Habrá lo primero cuando se lesiona un bien que tiene un valor económico, tal por ejemplo, la destrucción de un vehículo o la competencia desleal que arruina la organización económica de alguien. La lesión de ese bien puede dar lugar al menoscabo de los beneficios económicos que la persona poseía y que provenían del uso y goce del bien. Asimismo, podrá ver disminuida la satisfacción emocional de que disfrutaba con la existencia del mismo.

Habrá lo segundo (lesión de un bien extrapatrimonial), cuando la acción dañina recaiga sobre un bien extrapatrimonial. En este caso el bien en sí, no tiene ningún valor pecuniario. Tal ocurre por ejemplo, cuando se causa la muerte a alguien o se le producen lesiones personales, o se atenta contra su honor. El bien en sí no tiene valor pecuniario, pero la víctima directa o, eventualmente, los terceros, ven disminuidos sus beneficios al producirse la acción dañina. Esos beneficios pueden ser

(2) VALENCIA ZEA Arturo, Ob. Cit., No. 56.

(3) VALENCIA ZEA Arturo, Ob. Cit., No. 56-2.

de índole económico, tales como el ingreso salarial o cualquier otro ingreso proveniente de la capacidad productiva de la víctima. Fuera de ello, la lesión puede disminuir la satisfacción emocional que producía la integridad física o la buena honra que poseía la víctima antes de ocurrir el daño.

Como puede verse, el BIEN LESIONADO puede ser patrimonial o extrapatrimonial. A su vez, los perjuicios que se derivan de la lesión a cualquiera de estos bienes, puede ser igualmente patrimonial o moral.

Clasificado el BIEN LESIONADO como patrimonial o extrapatrimonial, resta clasificar los perjuicios que se derivan de la lesión al mismo.

47. Un segundo punto de confusión, en la teoría del Dr. VALENCIA ZEA, está motivado por el concepto "perjuicios morales objetivados".

En efecto, el autor hace aplicación de tal figura cuando el bien lesionado se radica en un derecho extrapatrimonial de la víctima. En semejantes circunstancias, no habría perjuicios materiales, puesto que en el fondo son equivalentes los dos conceptos, ya que ambos no son más que la disminución patrimonial de la víctima.

En muchas oportunidades, la jurisprudencia intercala en una misma acción los perjuicios morales objetivados y los materiales, queriendo con ello, dar a entender que se trata de dos perjuicios diferentes. Sin embargo, esto es erróneo, puesto que ello daría lugar a que los demandantes cobrasen dos veces el mismo perjuicio. En realidad, los perjuicios materiales son idénticos a los perjuicios morales objetivados. Si se acepta la distinción del Dr. VALENCIA ZEA, habría que considerar que donde caben los unos, no pueden aceptarse los otros, ya que la diferencia sólo consistiría en el bien lesionado. Los materiales provendrían de la lesión a un bien patrimonial. Los morales objetivados provendrían de la lesión a un bien extrapatrimonial. En ambos casos, se trata de una disminución patrimonial. Por ello, sería un enriquecimiento ilícito si en un mismo proceso se cobran perjuicios materiales y morales objetivados.

Es más, si la angustia que sufre la víctima es la causa de su incapacidad laboral, tenemos que allí hay dos daños diferentes que son indemnizables. El perjuicio moral reparable consiste en esa angustia o en esa imposibilidad de seguir disfrutando la vida. Allí no se requiere disminución patrimonial. Pero, si a causa de la depresión que produce la acción dañina, la víctima ve disminuida su capacidad productiva, nos encontraremos entonces frente a un perjuicio patrimonial que tiene su causa mediata en un daño moral. De todas formas, aunque provienen de un mismo acontecimiento, ambos perjuicios son perfectamente deslindables.

En conclusión, la víctima tendría derecho a cobrar los perjuicios que se deriven de una disminución patrimonial, poco importa la denominación que se les dé. Por otro lado, tendría derecho a cobrar la disminución de su estabilidad emocional y del disfrute de los bienes de la vida. En este último caso, habría perjuicios morales. Si se aceptan las denominaciones que a tales conceptos da el Dr. VALENCIA ZEA, habría que concluir con razón, que los perjuicios morales objetivados, son

idénticos a los perjuicios materiales y que en consecuencia no serían acumulables.

48. DE LOS PERJUICIOS MORALES

En otro orden de ideas, es necesario precisar el concepto de perjuicios morales, puesto que como ya hemos visto, su terminología da lugar a ciertas confusiones.

Primero que todo, anotemos que los perjuicios, en tanto que disminución de un beneficio, pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. Con el fin de unificar términos, nosotros aceptamos que la disminución patrimonial se denomine "perjuicios materiales" y que todas aquellas disminuciones diferentes a la patrimonial, se denominen "perjuicios morales".

Por otra parte la jurisprudencia y la doctrina colombianas tienen una visión recortada de los perjuicios morales. En efecto, al hacer el análisis de los mismos, sólo se refieren a los de tipo subjetivo, es decir, al **pretium doloris**. Sin embargo, existen algunas distinciones que es necesario efectuar.

En realidad, el **pretium doloris**, no es más que una de las tantas formas en que se presenta el daño extrapatrimonial o moral. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia universales, van siendo unánimes en clasificar los perjuicios morales desde diferentes ángulos. Así, el **pretium doloris**, o precio del dolor, sólo existe en cabeza de la víctima directa del daño, ya que ella es quien ha sufrido el dolor de una lesión en su organismo o en su sistema nervioso. Por el contrario, cuando sus familiares o allegados han sufrido angustias a causa de la lesión de la víctima directa, se hablará entonces de "perjuicios de afección". En ambos casos hay lugar a indemnización por perjuicios morales.

Pero, independientemente, y a veces, paralelo a ese **pretium doloris**, pueden existir otros perjuicios de tipo moral, igualmente indemnizables. Tal sería el caso, de la víctima que ve disminuida su capacidad sexual a causa de un accidente o que simplemente queda imposibilitado para ejercer algún deporte o alguna actividad intelectual. Es lo que la doctrina francesa denomina "**prejudice d'agrement**", es decir, el perjuicio de no poder disfrutar la vida. Tomemos un ejemplo: A causa de un accidente, una persona sufre la lesión de una pierna, razón por la cual no puede volver a trabajar, lo que le produce una disminución patrimonial; fuera de lo anterior, la víctima debe retirarse de un grupo deportivo en el cual participaba habitualmente. El menoscabo patrimonial por falta de ingresos, constituiría el perjuicio material; el dolor físico constituiría el perjuicio moral subjetivo o **pretium doloris**; finalmente, el hecho de no poder utilizar su órgano en el disfrute de la actividad deportiva, daría lugar al perjuicio moral **d'agrement**. No se argumente que al pagarse la incapacidad laboral ya se estaban cubriendo todos los perjuicios, puesto que en realidad, la víctima obtenía dos beneficios: Uno de tipo laboral, que ya fue reparado, y uno de tipo vital, que también exige reparación. Piénsese en el caso de un deportista o un artista, que renuncian a una actividad lucrativa para poder disfrutar de sus capacidades físicas y mentales. Sería injusto negarle indemnización bajo el pretexto de que no estaba devengando salario alguno. No

debe olvidarse que el responsable debe reparar todas aquellas ventajas patrimoniales o extrapatrimoniales que fueron disminuidas a causa del accidente, puesto que el art. 2341 del C.C. no hace distinción de daños.

49. DE LOS PERJUICIOS MATERIALES

Así las cosas, podemos decir que los bienes sobre los cuales recae la lesión pueden ser patrimoniales o extrapatrimoniales. A su vez, los perjuicios que se derivan de la lesión a dichos bienes pueden ser materiales o morales. Serán los primeros cuando el menoscabo tenga un valor económico. Serán los segundos, cuando la disminución no tenga dicho carácter. Los primeros pueden ser cuantificados pecuniariamente, y en forma objetiva y experimental. Los segundos pueden ser probados en su existencia y en su intensidad, mas no, avaluados pecuniariamente.

En cuanto a los perjuicios materiales, los mismos pueden comprender el daño emergente y el lucro cesante. Entendemos por daño emergente la pérdida de un beneficio económico no proveniente de la ganancia o utilidad que reporta un capital, una cosa o una fuerza de trabajo. Por lucro cesante, entendemos precisamente esa utilidad que se obtiene por un capital, una cosa o la capacidad de trabajo.

En consecuencia, todo daño pecuniario debe enmarcarse dentro de uno u otro concepto. El daño emergente puede ser presente o futuro; por el contrario, el lucro cesante empieza a producirse a partir del momento en que se lesiona la cosa, el capital o la capacidad de trabajo.

Por otra parte, no es la periodicidad de un ingreso lo que hace que éste sea lucro cesante, ya que puede haber un daño emergente que se produzca por el no pago periódico de ciertos créditos que ya estaban en cabeza de la víctima; piénsese, por ejemplo, en el evento en que el deudor no pague un dinero que le había sido prestado y cuyo pago debía hacerse por abonos parciales. En este caso nos encontramos frente a un daño emergente.

Ahora, para que haya lucro cesante no basta que se trate de un beneficio patrimonial surgido de cualquier situación jurídica. Se requiere que ese beneficio surja del producto de un capital, de una renta de trabajo o de una cosa. Lucro quiere decir utilidad, ganancia. Por eso creemos que cuando la víctima directa de un accidente reclama la indemnización de su incapacidad laboral, está pidiendo la reparación de un lucro cesante. Por el contrario, cuando sus parientes ejercen la acción personal extracontractual que les pertenece, estarán reclamando un daño emergente puesto que el beneficio que ellos obtenían, aunque era periódico, no provenía de una cosa, de una capacidad de trabajo que ellos tuvieran, o de un capital, sino de una obligación alimentaria. Se trata pues de un daño emergente y no de un lucro cesante.

Los ejemplos abundan para distinguir el daño emergente del lucro cesante. Si un automotor se deteriora por una colisión, el precio de la reparación del vehículo y la depreciación del mismo constituye daño emergente; a su vez, lo que ese auto-

motor deja de producir durante la época de la reparación constituyen el lucro cesante. También será lucro cesante lo que el dueño del vehículo deje de ganar durante el tiempo que debió invertir en trámites de reparación del automotor.

El artículo 1614 del C.C. consagra la obligación de reparar tanto el daño emergente como el lucro cesante, y dicha norma es aplicable no sólo en materia contractual sino también en materia aquiliana.

Finalmente, los perjuicios morales o extrapatrimoniales pueden ser clasificados en la siguiente forma: a) Perjuicios morales subjetivos o pretium doloris: Tal daño hace referencia al dolor físico o a la angustia psicológica sufrida por la víctima a causa de las lesiones recibidas o por consecuencia de las intervenciones quirúrgicas del caso. Este perjuicio sólo es sufrido por la víctima directa. b) Perjuicio de afeción, que es lo mismo que perjuicio moral subjetivo, pero que no radica en cabeza de la víctima directa, sino en familiares tales como la esposa y los hijos. c) Perjuicios de disfrute de la vida (prejudice d'agrement), consistente en no tener la integridad personal, y en esa forma no poder disfrutar las satisfacciones vitales que ella proporciona. Fuera de lo anterior, los autores, y la doctrina hablan de perjuicio estético, juvenil, perjuicio sexual, etc.

Todos estos perjuicios morales son indemnizables y no pueden englobarse totalmente como si sólo se tratara de los perjuicios morales subjetivos. Sobre la forma de avaluar tales daños, volveremos en capítulos posteriores.

50. SINTESIS SOBRE LA CLASIFICACION DE LOS PERJUICIOS

