



**LA INCONVENIENCIA EN TÉRMINOS  
DE EFICIENCIA DEL PAGO ANTICIPADO  
DE LOS DAÑOS PATRIMONIALES FUTUROS  
PRODUCTO DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL**

***THE INCONVENIENCE IN TERMS  
OF EFFICIENCY OF ADVANCE COMPENSATION  
OF FUTURE DAMAGES AS A CIVIL  
LIABILITY PROCESS RESULT***

NATALIA GARAVITO ÁNGEL\*

*Fecha de recepción: 28 de agosto de 2018  
Fecha de aceptación: 13 de septiembre de 2018  
Disponible en línea. 30 de diciembre de 2018*

**RESUMEN**

En el presente texto se realiza un estudio escueto, desde el Análisis Económico del Derecho, de las figuras de eficiencia y enriquecimiento sin causa, para lograr entender en el marco de la responsabilidad civil cómo siguiendo el principio de reparación integral existen situaciones de hecho, en las cuales la indemnización de perjuicios futuros puede generar un enriquecimiento sin causa para la víctima de la conducta antijurídica o en últimas para sus herederos. El texto evidenciará a partir de algunos ejemplos, situaciones en las que ocurre lo descrito anteriormente y se propondrá en la conclusión una solución a la problemática, que responde al ideal de eficiencia del Derecho y concretamente de la administración de

---

\* Politóloga de la Pontificia Universidad Javeriana. Estudiante de Derecho en la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana-Bogotá. Miembro del semillero de Derecho Privado. Contacto: n.garavito@javeriana.edu.co

justicia, pues es el juez el que determina en la sentencia el monto de los daños a indemnizar y la forma en que debe realizarse el pago de las sumas.

**Palabras clave:** Eficiencia; Enriquecimiento sin causa; Responsabilidad civil; Daño futuro.

## **ABSTRACT**

This text presents a brief study from the Law & Economics view about the institutions of efficiency and unjust enrichment in order to understand, within the framework of tort law, how there are situations of fact in which compensation for future damages may generate unjustified enrichment in favor of the victim of the unlawful conduct or in favor of his or her heirs. The text takes into account some examples of unjustified enrichment scenarios in order to propose a solution that responds to the ideal of efficiency of the law and justice administration; such solution is directed to judges because they are who determine in their ruling the amount of damages to be compensated and the way in which payment must be made.

**Keywords:** Efficiency; Unjust Enrichment; Civil liability; Future Damage.

## **INTRODUCCIÓN**

El Derecho es un sistema complejo de normas y principios cuya finalidad es proporcionar a los sujetos una convivencia pacífica y permitir la realización de sus fines particulares en un ambiente de libertad, sin violentar los de otros. El Derecho, como ese conjunto de normas y principios se moldea dependiendo de las situaciones coyunturales de orden económico, político o social. Se trata de un concepto que en la mayoría de situaciones actúa como herramienta política usada con un fin de legitimación, y que sólo puede darse en las sociedades, por su naturaleza de fenómeno cultural<sup>1</sup>.

En consecuencia, el Derecho empieza a edificarse como un sistema que se valida según la eficacia de la norma, proceso que lleva a su vez al reconocimiento social del mismo. Es por ello que la forma procedimental para darle aplicabilidad a las normas va a constituirse en un tema esencial. Dicha aplicabilidad no

---

1 Cesáreo Rocha Ochoa. Manual de Introducción al Derecho. Pág. 42. Editorial: Universidad del Rosario, Bogotá. (2006).

debe ser solo formal sino que debe lograrse el objetivo de cada norma, de la manera más eficiente posible, es decir, usando la menor cantidad de recursos en el proceso.

Kelsen pensaría que la validez se genera en el mismo acto de creación de la norma y que por ende no sería más que el modo particular de su existencia<sup>2</sup>. Sin embargo es posible aseverar que la validez de la norma está relacionada con la eficacia y la eficiencia de la misma, pues si bien es cierto que para que la norma sea válida debe ser reconocida, más allá de ello lo importante es que la norma cumpla con su objetivo de la mejor manera. Si la norma cumple con dicho requisito el reconocimiento social aparece espontáneamente y se hace mucho más fuerte.

Para entender el objetivo de la norma individualmente considerada, hay que comprender la finalidad del Derecho como sistema, pues hay un deber de coherencia entre todas las normas que lo componen. En ese orden de ideas puede concebirse que el Derecho está encaminado a cumplir un deber de justicia y paz, y debe garantizar el orden de la sociedad. Como dice Cesáreo Rocha<sup>3</sup> “*las exigencias del Derecho pueden referirse a la justicia, la libertad, la moral, la seguridad jurídica, el orden y la paz*”, pero no puede perderse de vista que el Derecho es algo cotidiano y debe encontrarse en todas las conductas humanas. Luego la tarea más importante que debe desempeñar el Derecho es proporcionar formas efectivas y eficientes de convivencia pacífica entre las personas, y que ellas puedan realizar sus fines sin perjudicarse entre sí.

Particularmente la responsabilidad civil tiene como objetivos, servir de vehículo para evitar la ocurrencia de violaciones a los derechos de las personas y la consecución de la justicia social y la paz, y reparar las pérdidas que se causen los individuos entre sí. Cuando se habla del principio del *Neminem Laedere*<sup>4</sup>, el ordenamiento busca que todo aquel que cause un daño injustificado lo repare, y esa reparación siguiendo lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998<sup>5</sup>, debe ser integral. Se busca reestablecer el equilibrio entre las partes y

---

2 Hans Kelsen. Teoría pura del Derecho (1985). Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina.

3 Cesáreo Rocha Ochoa. Manual de Introducción al Derecho. Pág. 42. Editorial: Universidad del Rosario, Bogotá. (2006).

4 Es un principio que dispone que nadie puede perjudicar a otro injustamente. Por lo tanto, es el fundamento de equidad en que se apoya toda la institución de la responsabilidad civil y que es uno sólo universalmente aceptado a lo largo y ancho de las fronteras humanas y a través del tiempo, perdurando para permitir la convivencia civilizada.

5 Artículo 16 Valoración de daños: Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales.

dejar a la víctima indemne, es decir, en la posición que estaría de no haber ocurrido la conducta antijurídica. Por ende se afirma que la finalidad de la sanción en responsabilidad civil es meramente resarcitoria; sólo persigue el restablecimiento del equilibrio patrimonial afectado con el hecho dañoso.

La indemnización de los perjuicios, por su carácter integral, incluye tanto los perjuicios patrimoniales como los extrapatrimoniales, y en esas categorías permite reparar los daños ya causados al momento de proferir el fallo y los daños que, si bien no se han causado al momento del fallo, emanan una certeza de causación futura. Lo importante a la hora de reconocer la indemnización de daños es que estos sean directos, personales y ciertos<sup>6</sup>.

Puntualmente sobre el caso de los daños futuros debe precisarse que pueden existir situaciones en que el juez al momento del fallo considera ciertos los perjuicios que aún no se han causado pero en la práctica el perjuicio no termina causándose, con lo cual la víctima recibe efectivamente unas sumas a título de indemnización de perjuicios por un daño inexistente, lo que sin duda daría lugar a una situación de enriquecimiento sin causa y que contraviene de manera tajante el objetivo real de la norma que es la reparación integral, ni más ni menos, de lo efectivamente causado.

En definitiva, a partir de lo descrito anteriormente, se justifica el análisis de este tipo de situaciones a la luz del principio de reparación integral en el marco de la responsabilidad civil, con el propósito de plantear una solución al problema de eficiencia de la norma jurídica que se vislumbra.

En ese orden de ideas, el presente texto se propone examinar lo que se entiende por reparación integral en el contexto de la responsabilidad civil para evidenciar cómo en ciertas ocasiones los fallos judiciales al reconocer los perjuicios futuros pueden suscitar situaciones de enriquecimiento sin causa para la

---

LEY 446 DE 1998. Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia. 8 de julio de 1998. DO. No. 43.335.

6 Esto supone que el daño no sea autogenerado por el sujeto que reclama su indemnización, que verse sobre un interés jurídico lícito y finalmente que el individuo que reclama la indemnización sea el titular de ese interés lícito, de donde se deduce su carácter personal. Cuando se habla de perjuicios ciertos se limita la reparación a los daños efectivamente causados y no a los meramente hipotéticos o eventuales, y cuando se dice que deben ser directos lo que implica es que sean consecuencia del hecho antijurídico y no de las causas de la causa. Para mayor profundidad en la materia ver Juan Carlos Henao (1998). *El Daño*. Editorial Universidad Externado.

víctima y cómo esta situación desde la perspectiva del Análisis Económico del Derecho transgrede de forma categórica la finalidad de la norma de responsabilidad, cayendo en un escenario de completa ineficiencia. Por ello el documento se dividirá en cinco principales secciones: (i) en la primera se abordará sucintamente la noción de los conceptos de eficacia, efectividad y eficiencia relacionándolos con el objeto de la norma, (ii) luego se pasará a analizar la responsabilidad civil como institución y particularmente el principio de reparación integral y el concepto de daños futuros, (iii) seguidamente se hará una mención puntual sobre la figura del enriquecimiento sin causa, (vi) para lograr en la siguiente sección el planteamiento de las situaciones concretas en que puede existir enriquecimiento sin causa en el pago de perjuicios patrimoniales futuros a partir de una decisión judicial, y (v) por último se propondrá de manera concisa la constitución de la fiducia como solución al problema de eficiencia originado y se establecerán algunas conclusiones.

## 1. DE LA EFICIENCIA, LA EFICACIA Y LA EFECTIVIDAD

El propósito del Análisis Económico del Derecho<sup>7</sup> es definir si la ley y las instituciones están cumpliendo de manera eficiente y eficaz con las finalidades para las cuales fueron creadas. Mezclar la Ciencia Económica con la Ciencia Jurídica no fue una tarea sencilla; estuvo precedida por infinidad de críticas, pero se justificaba por la necesidad de dotar al Derecho de la objetividad y certeza propia de la Economía<sup>8</sup>. Las decisiones políticas y jurídicas tenían que empezar a responder a ejercicios racionales y no de mera intuición; es por ello que se empezaron a adoptar supuestos básicos de la Economía y se crea el AED como un método instrumental de análisis que ofrece valores de juicio adicionales para comprender la ley y las instituciones, pero que nunca tiene como pretensión ser el único método. En consonancia con lo anterior, William Leguizamón asegura que tanto el Derecho como la Economía “adelantan sus funciones sociales de una manera autónoma, pero interrelacionadas de tal modo que su estructura les permite actuar como una sola herramienta, diseñada para encontrar la solución de los problemas y en forma integral alcanzar la satisfacción de las necesidades generales de la sociedad”<sup>9</sup>.

El AED como cualquier método ha tenido una amplia evolución. Tiene su origen en la Universidad de Chicago, en la facultad de Economía, y ha ido extendiendo con el tiempo su objeto de análisis. En los textos de Richard Coa-

---

7 AED en adelante.

8 Franco Vargas, M. H. Derecho y Economía. Bogotá D.C. Leyer. (2012).

9 William Leguizamón Acosta. Derecho Económico, fundamentos. Ediciones Doctrina y ley LTDA. (2002) Pág. XIV.

se<sup>10</sup> empieza a hacerse un análisis sistemático de las instituciones del Derecho privado desde los postulados económicos; luego aparecen exponentes como Calabresi, Posner y Becker<sup>11</sup> que se enfocan en generar análisis positivos del Derecho y otros en hacer análisis normativos. Posner<sup>12</sup> adicionalmente se caracterizó por defender a ultranza la eficiencia como valor en el Derecho y, aunque su trabajo se limitó al Common Law, es perfectamente aplicable al concepto de eficiencia que se busca exponer en este texto. Para Posner, “el desarrollo de los contratos, de la responsabilidad extracontractual y de propiedad, cuyas bases desarrollaron los jueces, se explica por las consideraciones de eficiencia que ellos tienen en sus decisiones y que ha permitido históricamente una correspondencia entre las expectativas sociales y las decisiones jurídicas”<sup>13</sup>, luego es claro que existen expectativas sociales sobre la aplicabilidad de las normas y es el juez el que debe decidir haciendo consideraciones de eficiencia. Este argumento se ampliará más adelante, pero sirve para reconocer también la importancia de Posner en el desarrollo del AED.

Los postulados del AED son la racionalidad, la eficiencia y las normas como precios. Sin embargo, antes de adentrarse en el postulado de la eficiencia, es necesario distinguir este concepto de la eficacia y la efectividad de las normas<sup>14</sup>. En ese sentido es preciso señalar que según Capella<sup>15</sup>, la eficacia está

- 
- 10 En su evolución histórica, el primer vínculo sistemático entre el derecho de daños y la economía nace con Coase, en su propuesta del empleo de reglas de responsabilidad para alcanzar el logro de la eficiencia.
- 11 Guido Calabresi es un claro exponente en el camino de lo que se conoce como análisis económico normativo del derecho que tiene una pretensión de demostrar cual sería la mejor solución a un determinado asunto en función de ciertos valores. Mientras que Becker y Posner son partidarios del análisis positivo del derecho que se enfoca en explicar las interacciones reales entre los sujetos y las normas sin pretensiones prescriptivas.  
Carlos Morales de Setién Ravina. *Las bases del Análisis Económico del Derecho*. Pág. 27-28. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. (2011).
- 12 Richard Posner. *El Análisis Económico del Derecho*. México D.F. Fondo de Cultura Económica. (2007).
- 13 Carlos Morales de Setién Ravina. *Las bases del Análisis Económico del Derecho*. Pág. 36. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. (2011).
- 14 “Los conceptos de eficacia, efectividad y eficiencia de las normas nos remiten a sus efectos y consecuencias, es decir, a la conexión misma entre normativa jurídica y realidad social, relación por la cual Elster las ha calificado como “cemento de la sociedad”, lo que anticipa la idea de su relevancia epistemológico-práctica, fundada, entre diversas razones, en el valor que las normas tienen para inspirar y guiar la vida social, porque hacen posible, en definitiva, la integridad y la subsistencia de las sociedades en virtud del papel que ellas juegan para hacer más eficiente un grupo social “. Héctor Omar García. *Eficacia, efectividad y eficiencia de las normas que regulan el ejercicio del derecho de huelga y sus métodos de composición*. Apuntes críticos. (2005).
- 15 Juan Capella. “El derecho como lenguaje”, Madrid. (1968). Pág. 104 y ss.

relacionada con la consecución de los propósitos perseguidos por el legislador; y la efectividad por su parte, implica el reconocimiento real de la norma como tal por parte de sus destinatarios y su real aplicación. Díez-Picazo<sup>16</sup>, por otro lado, asegura que la efectividad tiene dos variantes: la primera implica que los sujetos de la norma la absorban de manera espontánea en su vida cotidiana y la segunda requiere que la norma en efecto sea aplicada por los jueces. Para Carlos Nino<sup>17</sup> habría correspondencia entre la eficacia y la eficiencia de la norma jurídica cuando la observancia de la misma conduce a una suma agregada mayor de satisfacción de preferencias, descontando la frustración de preferencias.

Ahora bien, la eficiencia tiene que ver con la satisfacción del objetivo pero de la manera más óptima posible. Luego es posible decir que la idea de eficacia está ligada al hecho de haber logrado o no el resultado, mientras que la eficiencia conlleva al logro del resultado con la menor cantidad de costos de transacción posibles. En este texto, como se explicó previamente, se sostiene la idea de que el legislador al crear las normas de responsabilidad buscaba unos resultados socioeconómicos concretos. No obstante, siguiendo a Leguizamón “el Derecho, con base en la norma jurídica, pretende obtener un resultado previsto de antemano por el legislador, el cual puede no corresponder a la época presente; en este caso y como una constante en el ejercicio de creación de las leyes, no existe preocupación por los efectos y consecuencias posteriores que la aplicación de la ley pueda tener”<sup>18</sup>, por lo cual se hace importantísima la intervención del juez al aplicar el Derecho, para que deje de ser un concepto anquilosado y por el contrario se adecúe a las necesidades de la vida en sociedad, que está en constante mutación.

Una forma de hacerlo es tomar los principios propios de la Economía y conseguir con ello no sólo la aplicación contextualizada de la norma sino además la eficiente administración de justicia. Tiene sentido seguir los postulados económicos por cuanto “*la economía se basa en los hechos reales y actuales para formular las propuestas que se deben seguir hacia el futuro; examina los costos y los beneficios que puedan reportar, por medio de métodos experimentales matemáticos. Por lo general, si la propuesta no genera beneficios con los costos obtenidos, la propuesta económica es desechada y se busca otra alternativa*”<sup>19</sup>;

---

16 Luis Díez- Picazo. “Experiencias jurídicas y teoría del derecho”, 3ª edición corregida y puesta al día, Editorial Ariel S.A., Barcelona. (1999).

17 Carlos Nino. Un país al margen de la ley. Editorial Ariel. (2005) Pág. 38.

18 William Leguizamón Acosta. Derecho Económico, fundamentos. Ediciones Doctrina y ley LTDA. (2002) Pág. 16.

19 William Leguizamón Acosta. Derecho Económico, fundamentos. Ediciones Doctrina y ley LTDA. (2002) Pág. 16.

esto implica un método de ensayo y error que lleva a que las decisiones sean más eficientes, luego se justifica la incorporación del sentido de eficiencia económica en el contexto de la norma jurídica para lograr que ésta se acate y se aplique de la manera más óptima.

## 2. RESPONSABILIDAD CIVIL

El análisis que se hará en este trabajo no será el usual que desarrolla el AED al tratar la responsabilidad civil<sup>20</sup>, pues el objeto no es explicar de forma eficiente como prevenir la ocurrencia de accidentes o daños, sino en el supuesto de que los daños ya existen analizar la forma más eficiente para su indemnización. Por ende este capítulo pretende de forma concisa sentar las bases de la responsabilidad civil en Colombia y entender cómo se ha determinado y cuantificado el daño en la jurisprudencia cuando se trata de perjuicios futuros.

### 2.1. REPARACIÓN INTEGRAL

Se ha dicho de manera suficiente en la doctrina y la jurisprudencia que cuando un sujeto ocasiona un daño a otro nace la obligación para el primero de indemnizar al segundo en todos los perjuicios que se hayan causado. Existen respondiendo a esa obligación resarcitoria varios modos de reparación del daño: la restitución *in natura*<sup>21</sup> y la indemnización de perjuicios o reparación mediante equivalente pecuniario<sup>22</sup>.

20 La óptica usual del AED frente a la responsabilidad civil es considerar que “si alguien puede prever que realizando un acto o actividad cualquiera recibirá consecuencias más disvaliosas que valiosas, no lo ejecutará, o modificará su accionar, mientras que tenderá a realizar ese acto o actividad, caso contrario. Las reglas de responsabilidad, en este sentido, imponen (o no) consecuencias indeseables, constituidas por los costos de verse sometido a la carga económica de un daño, sea por tener que afrontar una indemnización (el dañador), sea por verse imposibilitado de reclamarla (la víctima). Un sistema correcto de responsabilidad civil, por lo tanto, servirá para poner “en línea” los incentivos para que el accionar privado, guiado exclusivamente por el propio interés del agente, conduzca a su vez a la mejor situación social posible”. Hugo Acciarri. El análisis económico del derecho de daños. En línea en: [http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo\\_de\\_contenidos/Documents/IurisDictio\\_1/El\\_analisis\\_economico\\_del\\_derecho\\_de\\_danos\\_responsabilidad.pdf](http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_1/El_analisis_economico_del_derecho_de_danos_responsabilidad.pdf)

21 Se trata de entregar a la víctima los bienes que se menoscabaron con el objeto de que se restablezca el equilibrio en su patrimonio. Con este tipo de reparación es el autor del daño el que debe asumir el riesgo de la depreciación de la moneda al adquirir con sus recursos los bienes o elementos que se requieren para la reparación. Los daños extrapatrimoniales no son susceptibles de este tipo de reparación pues se puede concebir una compensación del daño y nunca dejar a la víctima en el estado en que se encontraba.

22 Atiende a que se compense o resarza el menoscabo patrimonial a través de la entrega de una suma de dinero equivalente.



Frente a esa obligación de reparación que tiene su fuente en el hecho dañoso, aparece el principio de reparación integral del daño, que no busca más que se indemnicen de forma plena y completa todos los perjuicios generados con el actuar del agente dañoso. Ese principio de reparación integral, como lo expone Solarte<sup>23</sup>, se deriva directamente de la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad civil, aun cuando hoy en día se le atribuyan también a esta institución jurídica funciones de prevención y sanción.

Actualmente la Ley 446 de 1998, en su artículo 16, consagra el principio de reparación integral del daño. Sin embargo, la figura de la reparación integral tiene su origen en el ordenamiento colombiano en materia penal, pues desde antes la entrada en vigencia del actual Código de Procedimiento Penal (Ley 906/04) ya existía un mecanismo que permitía la extinción en la acción penal, en el marco de los delitos contra el patrimonio económico, consistente en la reparación plena de los efectos del delito. Luego, con la Ley 906 del 2004, se creó formalmente la figura del incidente de reparación integral para todo tipo de delitos, aunque vale aclarar que la sola reparación no extingue la acción penal sino en casos excepcionales. Por último, cabe agregar que en la Ley de Justicia y Paz (Ley 975/2005) se hizo una aplicación exhaustiva del principio, lo cual evidencia la importancia que tiene en Colombia la reparación bajo el criterio de ser plena, completa e integral.

Ahora, la reparación integral debe sustentarse en el análisis de varios factores. En primer lugar debe acreditarse un daño real en la víctima como persona<sup>24</sup> y/o en su patrimonio, para luego examinar el nexos causal entre la conducta antijurídica y la generación del daño. También debe tenerse en cuenta que la mayor o menor gravedad de la culpa no puede tener ninguna incidencia en la determinación y cuantificación del perjuicio, en la medida en que la responsabilidad civil no impone una pena, lo que implica que el juicio de reproche no tiene en cuenta las particularidades específicas del agente dañoso sino que el parámetro de comparación se sintetiza en el hombre medio. Por ello lo único que se persigue es que la víctima restablezca la situación que tendría de no haber ocurrido el daño y no hay una pretensión sancionatoria o punitiva contra el

---

23 Arturo Solarte Rodríguez. El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo, en *Tendencias de la Responsabilidad Civil en el siglo XXI*. Pontificia Universidad Javeriana y Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá. 2009.

24 Esto teniendo en cuenta que pueden generarse daños tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, estos últimos que afectan la esfera afectiva o interior de la víctima o la esfera externa de la misma incidiendo de forma negativa sobre su vida en relación. El juez por ende al analizar los daños debe considerar tanto el patrimonio afectado como la situación actual de la víctima en los aspectos que la hacen humana.

agente dañoso. De ese punto se deriva el último factor, que consiste en entender que la reparación nunca puede dar lugar a enriquecimiento de la víctima.

Esta acepción es la que se predica del ordenamiento colombiano, pues en otros ordenamientos, como en el Derecho norteamericano, sí se concibe el daño punitivo y excepcionalmente se permite el enriquecimiento de la víctima. Esto en razón de que la finalidad de la norma es de carácter sancionatorio para el agente dañoso y pretende ser un incentivo general para que el agente dañador y la sociedad interioricen la prohibición de la norma y no se cometan ese tipo de conductas en el futuro.

La indemnización de los perjuicios, por su carácter integral, incluye tanto los perjuicios patrimoniales como los extrapatrimoniales, y en esas categorías permite reparar los daños ya causados al momento de proferir el fallo y los daños que si bien no se han causado al momento del fallo emanan una certeza de causación futura. Lo importante a la hora de reconocer la indemnización de daños es que estos sean directos, personales y ciertos.

La Corte Suprema de Justicia ha reconocido el principio de reparación integral de manera extensa. Según sentencia del 3 de septiembre de 1991 la reparación “debe ser completa para que como satisfactoria extinga la obligación correspondiente, y, de la otra, no se constituya, el mismo daño como causa o fuente idéntica de indemnización”<sup>25</sup>. En otra providencia la Corte manifestó que “cuando la ley manda a resarcir los perjuicios causados a otro, la indemnización tiene que ser omnicompreensiva, esto es, cubrir absolutamente todo el detrimento que el hecho culposo del agente irroga a la víctima”<sup>26</sup>, y más adelante en la misma sentencia agrega que “si bien el autor del perjuicio no debe indemnizar menos de lo que debe, es lo cierto que tampoco está obligado a indemnizar más de lo que es. Repara no más que los daños efectivamente causados”<sup>27</sup>, de donde se puede aseverar que la reparación integral no da pie para eventos de enriquecimiento sin causa para ninguna de las partes del vínculo jurídico. Lo anterior se reitera en la sentencia del 1º de abril de 2003, donde se asegura que la Corporación ha sostenido como postulados esenciales de la responsabilidad civil “tanto que la reparación no puede ser fuente de enrique-

---

25 Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. Sentencia del 3 de septiembre de 1991. ID: 268889. (M.P. Héctor Marín Naranjo).

26 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de noviembre de 1998, Proceso: 5002 (M.P. Rafael Romero Sierra).

27 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de noviembre de 1998, Proceso: 5002 (M.P. Rafael Romero Sierra).

cimiento como que el damnificado debe recibir la reparación total del perjuicio sufrido, con las salvedades limitativas o extensivas que la ley o el libre acuerdo de las partes dispongan”<sup>28</sup>.

En la sentencia del 18 de diciembre de 2012 se dijo que “el juez tendrá que ordenar al demandado la *restitutio in integrum* a favor del damnificado, es decir que deberá poner al sujeto perjudicado en una situación lo más parecida posible a aquélla en la que se encontraría de no haber ocurrido el daño. Por ello, una vez establecidos los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual, el sentenciador tendrá que cuantificar el monto de la indemnización en concreto, esto es que habrá de tomar en consideración todas las circunstancias específicas en que tuvo lugar el daño, su intensidad, si se trata de daños irrogados a las personas o a las cosas, y la forma adecuada de resarcir el perjuicio”<sup>29</sup>, pronunciamiento que lleva a entender la importancia en el marco de la reparación integral de poner a la víctima en el lugar en el que habría estado de no haber ocurrido el hecho dañoso y de contemplar de forma omnicompreensiva los perjuicios a indemnizar según un juicio particular que el juez hace de la situación concreta.

Según sentencia de 28 de junio de 2017, cuyo magistrado ponente fue Ariel Salazar<sup>30</sup>, la Corte Suprema reafirmó que la reparación integral corresponde a un principio que atiende tanto a la obligación legal de resarcir todos los daños ocasionados a la persona o bienes del lesionado como a la restricción de no sobrepasarlos, principio que lleva implícito el deber de considerar las circunstancias específicas en que tuvo lugar el hecho dañoso y su intensidad. Además se dice que los perjuicios futuros se establecen mediante criterios de probabilidad a partir de las reglas de la experiencia y los cálculos actuariales, lo cual se hace relevante para el próximo apartado.

Puede entenderse entonces que en materia de responsabilidad, el legislador buscaba la aplicación del principio de reparación integral y que el juez debe emplearlo al tomar una decisión, salvo que se dispongan topes indemnizatorios o baremos en la misma ley, casos en los que el legislador buscaría otro objetivo con la norma.

---

28 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de abril de 2003, Proceso: 6499 (M.P. Jorge Santos Ballesteros).

29 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2012, Proceso: 05266-3103-001-2004-00172-01 (M.P. Ariel Salazar Ramírez).

30 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de junio de 2017, Proceso: 11001-31-03-039-2011-00108-01 (M.P. Ariel Salazar Ramírez).

## 2.2. DAÑO FUTURO (DAÑO EMERGENTE/LUCRO CESANTE)

La consideración del daño futuro parte de una tradicional clasificación doctrinaria de los daños entre el daño presente o actual y el daño futuro. La particularidad de esta clasificación reside en el momento del análisis del daño, pues dependerá de la resolución judicial. Así entonces, los daños ya acaecidos para el momento de la sentencia serán actuales o pasados y los daños que con certeza ocurrirán después, pero que aún no se han efectuado al momento de la providencia, serán los denominados futuros.

Sobre los daños futuros se ha discutido siempre si son capaces de llevar en sí la certeza necesaria para su resarcimiento, interrogante frente al cual se ha respondido acudiendo al ejercicio de un juicio de verosimilitud basado en las reglas de la experiencia, de tal suerte que, a pesar de que el perjuicio aún no haya ocurrido, la experiencia permite vaticinar su ocurrencia. Este tipo de daño puede ser continuado<sup>31</sup> (prolongación del daño actual) o puede tratarse de un daño que aún no se ha producido pero puede determinarse con certeza que se producirá. Siguiendo a Yzquierdo<sup>32</sup>, lo importante en últimas no es que el daño sea actual o futuro sino que sea cierto y no eventual.

Recogiendo lo dicho hasta ahora, conviene recordar lo que Adriano De Cupis plantea en los siguientes términos: *“Por daño futuro, se comprende aquel que aún no se ha llegado a producir, considerado en tal momento. La distinción adquiere su propio significado en relación con el momento del juicio sobre el daño. (...) Puede suceder que en el momento del juicio aún no se haya producido [el daño], por lo que la situación perjudicial no ha devenido apreciable, sensible, y en consecuencia no se está en presencia de un daño actual, sino futuro, y por ello, el juicio recae sobre un daño que es futuro, considerado en relación con el juicio mismo”*<sup>33</sup>.

La sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 31 de agosto de 2015, con ponencia de Fernando Giraldo<sup>34</sup>, hace un recuento muy interesante sobre el daño futuro tanto en la jurisprudencia como en la doctrina. Esta sentencia ayu-

---

31 En términos de Zannoni, se da “un interés patrimonial actualmente afectado que, en razón del evento dañoso, sufre también lesión o menoscabo con proyección hacia el futuro”. Eduardo Zannoni. *El daño en la Responsabilidad civil*. Buenos Aires. (1987). Pág. 72.

32 Mariano Yzquierdo Tolsada. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Dykinson. 2001. Págs. 144-156.

33 Adriano de Cupis. *El daño: Teoría general de la Responsabilidad Civil*. Editorial Bosch, S.A. (1975). Págs. 320 ss.

34 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de agosto de 2015, Proceso: 11001-31-03-020-2006-00514-01 (M.P. Fernando Giraldo).

da a consolidar la postura de la Corte respecto a la indemnización del lucro cesante futuro atendiendo a un criterio de certeza en la ocurrencia del daño. Se menciona la sentencia del 1º de noviembre de 2013<sup>35</sup>, en la cual la sala hace la diferencia entre el perjuicio actual y el futuro, y asocia el alto grado de probabilidad objetiva como el criterio para que el perjuicio futuro sea indemnizable.

En ese sentido, la Corporación ha apuntado que “el lucro cesante actual no ofrece ninguna dificultad en cuanto hace a la certidumbre del daño ocasionado, pues, como viene de explicarse, se trata de la ganancia o del provecho no reportado al patrimonio del interesado, como hecho ya cumplido. En cambio, en el lucro cesante futuro, precisamente, por referirse a la utilidad o al beneficio frustrado cuya percepción debía darse más adelante en el tiempo, su condición de cierto se debe establecer con base en la proyección razonable y objetiva que se haga de hechos presentes o pasados susceptibles de constatación, en el supuesto de que la conducta generadora del daño no hubiere tenido ocurrencia, para determinar si la ganancia o el provecho esperados, habrían o no ingresado al patrimonio del afectado”<sup>36</sup>. Con lo cual se reitera la necesidad de que exista certeza del menoscabo, ya sea actual o ulterior, pero indispensable para la responsabilidad.

En sentencia del 9 de septiembre de 2010, la Corte resaltó que “la certidumbre del daño futuro sólo puede apreciarse en un sentido relativo y no absoluto, considerada la elemental imposibilidad de predecir con exactitud el desenvolvimiento de un suceso en el porvenir, por lo cual, se remite a una cuestión de hecho sujeta a la razonable valoración del marco concreto de circunstancias fácticas por el juzgador según las normas jurídicas, las reglas de la experiencia, la lógica y el sentido común”<sup>37</sup>; y luego dispuso que frente al daño futuro en particular el lucro cesante debe acudirse a determinar un mínimo razonable de certidumbre o usar juicios de probabilidad objetiva ya que no es posible tener

---

35 “Se debe diferenciar el perjuicio denominado actual en contraposición del distinguido como futuro, según el momento en el que se le aprecie, que corresponde, por regla, a la fecha de la sentencia. Aquel equivale al daño efectivamente causado o consolidado y éste al que con certeza o, mejor, con un ‘alto grado de probabilidad objetiva’ sobre su ocurrencia, según expresión reiterada en la jurisprudencia de la Sala, habrá de producirse. En tratándose del lucro cesante, el actual es la ganancia o el provecho que, se sabe, no se reportó en el patrimonio del afectado; y el futuro es la utilidad o el beneficio que, conforme el desenvolvimiento normal y ordinario de los acontecimientos, fundado en un estado actual de cosas verificable, se habría de producir, pero que, como consecuencia del hecho dañoso, ya no se presentará”. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 1 de noviembre de 2013. Proceso: 08001-3103-008-1994-26630-01 (M.P. Arturo Solarte).

36 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 1 de noviembre de 2013. Proceso: 08001-3103-008-1994-26630-01 (M.P. Arturo Solarte).

37 Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. Sentencia del 9 de septiembre de 2010. Proceso: 17042-3103-001-2005-00103-01. (M.P. William Namén Vargas).

absoluta certeza de cómo habrían transcurrido los acontecimientos sin la ocurrencia del hecho<sup>38</sup>.

En conclusión de este apartado puede decirse que el daño emergente futuro ha sido definido como aquella suma que saldrá efectivamente del patrimonio en una fecha posterior al momento de la liquidación de los perjuicios. Según María Cristina Isaza<sup>39</sup>, este tipo de gastos deben guardar una relación de causalidad directa con el daño sufrido; en estos casos el reclamante recibe la indemnización en una suma anticipada que se supone producirá un rendimiento hasta el momento en que en efecto se cause la erogación correspondiente<sup>40</sup>. Por su parte el lucro cesante futuro<sup>41</sup> será el valor que no ingresará en el patrimonio de la víctima, calculado en consideración a un principio de razonabilidad y a un juicio de probabilidad teniendo en cuenta el curso normal de las cosas. Este valor se determina desde que se efectúa la liquidación hasta la finalización del periodo indemnizable<sup>42</sup>, se toma el valor de las sumas mensuales traídas a valor presente restando la tasa de interés del 6% anual de acuerdo al número de mesadas a indemnizar<sup>43</sup>. Adicionalmente, debe buscarse su determinación bajo un criterio de verosimilitud entendido desde las reglas de la experiencia.

---

38 La Corte asegura que en estos casos debe acudirse “a un prudente sentido restrictivo cuando en sede litigiosa, se trata de admitir la existencia material del lucro cesante y de efectuar su valuación pecuniaria, haciendo particular énfasis en que procede la reparación de esta clase de daño en la medida en que obre en autos, a disposición del proceso, prueba concluyente en orden a acreditar la verdadera entidad de los mismos y su extensión cuantitativa, lo que significa rechazar por principio conclusiones dudosas o contingentes acerca de las ganancias que se dejaron de obtener, apoyadas tales conclusiones en simples esperanzas, expresadas estas en ilusorios cálculos que no pasan de ser especulación teórica, y no en probabilidades objetivas demostradas con el rigor debido”. Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. Sentencia del 9 de septiembre de 2010. Proceso: 17042-3103-001-2005-00103-01. (M.P William Namén Vargas).

39 María Cristina Isaza Posse. Manual Teórico-Práctico. Temis. 2009. De la cuantificación del daño. Capítulo 3 de la página 22 a la 56.

40 Si la erogación futura consiste en una suma única, el valor de la indemnización se calcula tomando el valor acreditado en el momento de la liquidación y descontando el 6% anual desde el momento en que se efectúa el pago de la indemnización hasta el momento en que se causará el gasto. Por el contrario, si se trata de una suma periódica, se toma el valor de la erogación mensual al día de la liquidación descontando el 6% de acuerdo con el número de mesadas que se deben indemnizar. Ver: María Cristina Isaza Posse. Manual Teórico-Práctico. Temis. 2009. De la cuantificación del daño. Capítulo 3 de la página 22 a la 56.

41 Para calcular el lucro cesante futuro se tienen en cuenta dos criterios básicos, a saber, el periodo indemnizable y los ingresos de la víctima.

42 El periodo indemnizable depende de varias variables entre ellas la duración de la incapacidad, la edad de la víctima y de los reclamantes, el género de las víctimas y los reclamantes, la condición de válida o inválida de la víctima y/o los reclamantes, y el periodo de dependencia económica.

43 Si se trata de una suma única se calcula el valor de la indemnización tomando el valor del ingreso futuro acreditado a la fecha de liquidación y descontando el 6% anual durante el tiempo

### 3. DEL ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA

El enriquecimiento sin causa es una figura jurídica que consiste en el aumento de un patrimonio a expensas de otro sin que medie causa jurídica que lo justifique. Constituye, según Cubides<sup>44</sup>, uno de los hechos con virtualidad para obligar más importantes del Derecho moderno. Desde el Derecho romano se entendió que “es equitativo que ninguno se haga más rico con detrimento de otro y con injuria”<sup>45</sup>, y actualmente el enriquecimiento sin causa funciona como un principio general del Derecho.

El Código de Comercio en su artículo 831 consagró el principio de que “nadie podrá enriquecerse sin justa causa a expensas de otro”, pero si pese a esa finalidad de la norma el enriquecimiento tiene lugar, siguiendo a Díez Picazo y Ponce De León, “la prohibición del enriquecimiento injusto se convierte en norma concretamente sancionadora de que la situación de enriquecimiento, que no ha podido evitarse, tiene que corregirse”<sup>46</sup>. El enriquecimiento no requiere la culpa del enriquecido porque no se fundamenta en un acto ilícito sino en el mero deslizamiento patrimonial sin fundamento. Frente a este instituto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha estado apoyada esencialmente en la equidad como principio general del Derecho y lo dispuesto en los artículos 5, 8 y 48 de la Ley 153 de 1887<sup>47</sup>, por lo que si existe una causalidad que no se ajuste al deber jurídico de no enriquecerse sin causa debe procederse a corregir el resultado.

Según Álvarez Caperochipi<sup>48</sup>, el enriquecimiento sin causa puede darse por cinco causales: (i) los pagos sin causa o pago de lo no debido, (ii) el uso de una

---

que transcurrirá hasta el momento en que se cause el gasto. Si es una suma periódica, se toma la erogación mensual y se la trae a valor presente a la fecha de valoración descontando una tasa de interés del 6% de acuerdo con el número de mesadas que se deba indemnizar. Ver: María Cristina Isaza Posse. Manual Teórico-Práctico. Temis. 2009. De la cuantificación del daño. Capítulo 3 de la página 22 a la 56.

44 Jorge Cubides Camacho. Obligaciones. Séptima Edición. Grupo Editorial Ibañez. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá (2012) Pág. 279.

45 Este precepto está recogido en el Digesto 50, 17, 206, en el texto de Pomponio del libro Nono “*Ex variis lectionibus*”. Luis Díez-Picazo y Ponce de León. La doctrina del enriquecimiento sin causa. Editorial Ibañez, Depalma y Pontificia Universidad Javeriana. (2011).

46 Luis Díez-Picazo y Ponce de León. La doctrina del enriquecimiento sin causa. Editorial Ibañez, Depalma y Pontificia Universidad Javeriana. (2011). Pág. 54.

47 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2009, Proceso: 25899-3103-002-2005-00267-01 (M.P. Arturo Solarte).

48 Jose Antonio Álvarez Caperochipi. El enriquecimiento sin causa. Santiago de Compostela. (1979).



cosa ajena sin título, (iii) el consumo de la cosa ajena sin título, (iv) el empleo sin título de una actividad profesional, y (v) la incorporación de provechos a una cosa ajena. Para lo que concierne a este texto es pertinente la causal primera referida al pago de lo no debido, el cual puede tener un carácter objetivo o subjetivo. José Armando Bonivento, en su libro “Obligaciones”, explica el doble carácter del pago de lo no debido: es objetivo cuando la obligación que le sirve de causa es totalmente inexistente, ya sea porque no nació a la vida jurídica o porque, a pesar de haberlo hecho, se desploma su apariencia y desaparece (pago efectuado por error); de otro lado es subjetivo cuando el error se produce en la persona, ya sea porque el pago se hace por el deudor o un tercero a favor de quien no es acreedor o bien porque quien lo hace no es deudor, pagándose deuda ajena<sup>49</sup>. Con lo cual, para el tema que se estudia, se estaría aludiendo al enriquecimiento sin causa por pago de lo no debido en su carácter objetivo, por cuanto se creía que había una causa existente de la obligación (condena de perjuicios futuros por la sentencia judicial), pero ésta se desploma al no causarse en la praxis el daño futuro.

#### **4. POSIBILIDAD DE ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA EN EL PAGO DE PERJUICIOS PATRIMONIALES FUTUROS**

Es evidente que un escenario de reparación de daños sería mucho más fácil de realizar si proviniera de la espontaneidad de las partes<sup>50</sup> y la disposición del agente dañoso para cumplir con todo lo debido en plenitud, contexto en el cual la obligación indemnizatoria del responsable se extinguiría por pago, sin mediar sentencia judicial. Sin embargo, como bien lo manifiesta Solarte<sup>51</sup>, en gran parte de los casos se hace necesario acudir a la jurisdicción para que se declare la existencia de la obligación, el *quantum* de los perjuicios y la forma de pago de los mismos. Es por ello que la labor del juez va a tomar una importancia sustancial, al determinar los perjuicios aplicando el principio de reparación integral.

El juez tiene que tomar el riesgo de que los daños en efecto no se den, porque tiene que buscar la reparación integral. Sin embargo, una forma eficiente de

---

49 José Armando Bonivento Jiménez. Obligaciones. Legis Editores S.A. (2017). Pág. 431.

50 Mediante convenio extintivo o transacción.

51 Arturo Solarte Rodríguez. El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo, en *Tendencias de la Responsabilidad Civil en el siglo XXI*. Pontificia Universidad Javeriana y Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá. 2009. Pág. 130.



cumplir con el objetivo de la norma es establecer un patrimonio autónomo que sea administrado por una fiduciaria y que sea la fiduciaria la que desembolse las sumas de dinero cuando efectivamente se causen tales daños y de no llegar a causarse las devuelva al agente dañador.

Se dice que la forma actual de impartir justicia frente a perjuicios futuros es ineficiente porque al no llegarse a causar el perjuicio se incumpliría con el principio de reparación integral y se generaría un enriquecimiento sin causa a favor de la víctima, caso en el cual el agente dañoso podría poner en marcha la acción *in rem verso*<sup>52</sup>, que congestionaría aún más el sistema de justicia. Es entonces pertinente proponer dos supuestos para ilustrar la problemática: un supuesto de daño emergente futuro y uno de lucro cesante futuro.

Supóngase un caso en el que como consecuencia de un accidente de tránsito, se adelanta un proceso de responsabilidad civil extracontractual en el que el juez da por sentados los presupuestos de la responsabilidad<sup>53</sup>. En el curso del proceso el demandante demuestra una variedad de gastos en los que incurrió para hacer frente a las consecuencias físicas del accidente, entre ellos varias cirugías. Sin embargo, también acredita por medio del peritaje médico la necesidad de realizarse unas cirugías en cinco (5) años. El juez condena al demandado al pago de la suma de quinientos millones de pesos (\$ 500.000.000) por el daño emergente tanto pasado como futuro. Supóngase entonces que el demandado paga todo lo debido y cinco años después la víctima no quiere realizarse las cirugías porque ya no las considera necesarias, o no quiere someterse a los procedimientos. Incluso piénsese en que la víctima tiene una evolución que no se esperaba en su condición médica y ya no requiere de las intervenciones. ¿No habría entonces un enriquecimiento para la víctima, si efectivamente nunca incurrió en los gastos alegados como daño emergente futuro? ¿No se rompería efectivamente con el principio de reparación integral, que busca indemnizar efectivamente lo causado?

Ahora piénsese en un caso en el que como consecuencia de una intervención médica mal ejecutada el paciente pierde por completo la sensibilidad en todas sus extremidades con lo cual no puede volver a desplazarse y depende completamente de un tercero para realizar las actividades normales de la vida. El

---

52 Acción contemplada para cuando existe enriquecimiento sin causa.

53 A saber un hecho antijurídico, la existencia de daño, la culpa del demandado y el nexo causal entre la conducta del agente y la generación del daño. En este caso la responsabilidad sería objetiva por el ejercicio de la actividad peligrosa, por lo cual solo se requeriría el hecho antijurídico, el daño y el nexo causal.

paciente demanda al médico y persigue una indemnización de perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales. En los patrimoniales su pretensión radica en que se le indemnice su lucro cesante ya que no podrá volver a trabajar. El período indemnizable determinado fue de veintitrés (23) años, con base a un salario de diez millones de pesos (\$10.000.000), por lo que el lucro cesante futuro total se calcula en un valor de \$1.549.390.244 millones de pesos. El juez condena al pago de dicha suma más los perjuicios extrapatrimoniales y lo correspondiente a daño emergente y lucro cesante consolidado, con lo cual puede ilustrarse la magnitud de la suma total. Tómese para efectos de este caso que la víctima muere antes de lo previsto, por ejemplo, quince (15) años antes de lo calculado. ¿No existiría entonces enriquecimiento sin causa para los herederos del causante? ¿No se evidencia entonces la desproporción en el pago del perjuicio en detrimento del demandado?

Puede pensarse en infinidad de combinaciones de los elementos de la responsabilidad y de las clases de daños en donde se podría llegar a la misma conclusión, evidenciada por los dos casos precedentes: el **pago de perjuicios futuros de manera anticipada es completamente inconveniente** porque puede dar lugar al enriquecimiento sin causa de la víctima o de sus herederos y romper tajantemente el principio de reparación integral que busca el ordenamiento jurídico<sup>54</sup>.

Ahora bien, debe recordarse aquí que el principio de reparación integral de la responsabilidad civil, ha considerado que “la indemnización de perjuicios debe limitarse estrictamente a resarcir la lesión patrimonial o extrapatrimonial efectivamente inferida a la víctima, sin que pueda superarla o excederla, pues, se repite nuevamente, la finalidad de la institución es, fundamentalmente, la reparación del damnificado. Si se permitiera que la víctima quedara en mejor situación en relación con la que tendría de no haberse presentado el hecho ilícito, la atribución patrimonial correspondiente a tal excedente no tendría causa jurídica que la justificara, con lo cual, de contera, se produciría en el obligado a sufragar tales erogaciones un correlativo empobrecimiento que, igualmente, carecería de justificación”<sup>55</sup> (se resalta).

54 “Ciertamente el postulado de la reparación integral, en su dimensión negativa, supone que solamente se indemnizaran los daños *efectivamente* irrogados al perjudicado, por lo que aquellos que tienen el carácter de inciertos o meramente hipotéticos (...) no pueden ser objeto de indemnización” Ricardo Vélez Ochoa. La carga de evitar la extensión y propagación del siniestro. Editorial Ibañez y Pontificia Universidad Javeriana. (2013) Pág. 53.

55 Arturo Solarte Rodríguez. El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo, en Tendencias de la Responsabilidad Civil en el siglo XXI. Pontificia Universidad Javeriana y Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá. 2009. Pág. 142.

Elementales razones de justicia y equidad<sup>56</sup> imponen concluir que la norma no está siendo eficaz en los casos propuestos, pues no se cumple con la finalidad de la responsabilidad civil de resarcir los daños causados por medio de la conducta antijurídica de un sujeto determinado, sino que además la justicia no está siendo eficiente porque no se logra el resultado con la mínima cantidad de recursos empleados. Razón por la cual es necesario buscar una alternativa que cumpla con los fines de las instituciones jurídicas analizadas, y reduzca al máximo los costos de transacción para cumplir con las funciones, que en búsqueda de esos fines<sup>57</sup> se plantean. Se hace imperativa así la implementación de una solución eficiente a la regla de la responsabilidad de indemnizar el daño<sup>58</sup>, solución que se presenta en el apartado siguiente.

## **5. LA FIDUCIA: UNA SOLUCIÓN AL PROBLEMA DEL PAGO ANTICIPADO DEL DAÑO FUTURO**

Se ha justificado hasta aquí que las cantidades a pagar en los casos planteados resultarían excesivas en relación con el daño realmente causado y sufrido por las víctimas, las cuales se enriquecen más allá de los perjuicios verdaderamente sufridos, por lo que aumentan, sin causa jurídica alguna, su patrimonio. Es claro entonces que las decisiones judiciales producen un impacto económico sustancial, por lo cual debe buscarse la eficiencia de las mismas.

La jurisprudencia es unánime en declarar que no puede haber responsabilidad sin perjuicio y la inmensa mayoría de la doctrina se limita a consignar esta regla: no sólo que no pueda existir responsabilidad sin perjuicio, sino que ésta debe ser directamente proporcional a aquel; en otras palabras, la reparación no

---

56 Hart dice que la justicia es un segmento de la moral más específico que la distinción entre el bien y el mal, porque la justicia está relacionada con la equidad en situaciones de distribución o de compensación-indemnización. Mantiene o restablece un equilibrio o proporción, y en ese sentido la justicia debe ser imparcial y objetiva, cuando se habla del proceder en el derecho. Herbert Hart. *El concepto de Derecho*. Oxford University Press. (1961). Cap. 8.

57 La función de la responsabilidad civil es la de restablecer económicamente a la víctima a la situación en que se encontraría de no haber ocurrido el evento dañoso.

58 Deben diseñarse las normas de manera que intenten reproducir la solución eficiente cuando existen costos de transacción que impiden realizar los intercambios de derechos necesarios que conduzcan al óptimo. Toda institución jurídica ha cumplido o ha debido cumplir, a lo largo de los siglos y en todo ordenamiento, algún tipo de función, como parte del engranaje en pro del cumplimiento de los fines de, bien sea, un gobernante, una sociedad, un estado o el derecho mismo como ente abstracto. Así, cada una de estas instituciones debe jugar, según el fin perseguido, un papel específico; ya sea en búsqueda de la equidad, la protección de la propiedad, la libertad, etc., y en últimas, de la justicia y la paz sociales.

puede desconocer el daño, ni por exceso ni por defecto<sup>59</sup>. Por ende, para evitar una indemnización superior a los daños efectivamente causados puede constituirse un patrimonio autónomo en favor de la víctima, que sea administrado por una Entidad fiduciaria<sup>60</sup> y que esté sujeto a la ocurrencia efectiva de los perjuicios<sup>61</sup>.

El artículo 1226 del Código de Comercio define la fiducia mercantil como un “negocio jurídico en virtud del cual una persona, llamada fiduciante o fideicomitente, transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario, quien se obliga a administrarlos o enajenarlos para cumplir una finalidad determinada por el constituyente, en provecho de éste o de un tercero llamado beneficiario o fideicomisario”<sup>62</sup>. El agente dañador estaría llamado entonces a transferir las sumas a la fiduciaria para que ésta los administre y las entregue a la víctima (beneficiario), exclusivamente, una vez se hayan causado o se vayan causando los perjuicios que eran futuros al momento de la decisión judicial.

Esta alternativa no sólo permite que se indemnicen los daños efectivamente causados y que no se trasgreda el principio de reparación integral, sino que también le da seguridad a la víctima de que su victimario pagará lo adeudado, pues el patrimonio ya estaría constituido. Si los daños no llegaran a producirse la fiduciaria simplemente restituiría el dinero al constituyente y se evitaría caer en un escenario de enriquecimiento injusto.

Ésta opción fue acogida por primera vez en la sentencia del 28 de junio de 2017, cuyo magistrado ponente fue Ariel Salazar<sup>63</sup>, en la cual se declaró civilmente responsable a la EPS Sanitas S.A. por los perjuicios ocasionados en virtud del menoscabo a la salud de un menor, causado por la deficiente atención médica que recibió la madre con ocasión del parto. La Corte, en la parte

---

59 Jaime Esteban Arrubla Devis. De la función de la Responsabilidad civil y las penas privadas o punitive damages. (Tesis de Pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. (2014). Pág. 16.

60 Por disposición legal, sólo podrán ser fiduciarios los establecimientos de crédito y las sociedades fiduciarias especialmente autorizados por la Superintendencia Financiera.

61 La fiducia está regulada en el Título XI del Capítulo II del Código de Comercio, pero a modo de somera presentación, se puede definir como un contrato real en virtud del cual se transmite un derecho económico, con fines administrativos y cuyo objeto se circunscribe a la transmisión a título fiduciario de una serie de bienes específicos para cumplir con un fin concreto, usualmente asociado a un beneficiario. Esto quiere decir, que se constituye un patrimonio autónomo, que se separa del patrimonio personal de la fiduciaria y se concreta como universalidad jurídica sobre la cual recaerá la función de la fiducia, como negocio jurídico.

62 Código de Comercio Colombiano [CCo]. Decreto 410 de 1971. Art. 1226. 16 de junio de 1971.

63 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de junio de 2017, Proceso: 11001-31-03-039-2011-00108-01 (M.P Ariel Salazar Ramírez).

resolutiva de la citada sentencia, ordenó que se constituyera “un patrimonio autónomo, cuenta fiduciaria, póliza o caución” para garantizar el pago de la renta periódica que constituye el lucro cesante futuro del menor. Dicha sentencia marca una pauta importante para el pago de indemnizaciones (sin perjuicio de lo controversial que puede ser el asunto del lucro cesante de los menores) y abre la puerta para que los jueces al impartir justicia sigan adoptando esta alternativa y sea plausible la eficiencia del Derecho.

Se puede concluir entonces que el fin perseguido con la indemnización de perjuicios es la justicia. De tal manera que con la constitución del patrimonio autónomo por medio del contrato de fiducia se lograría reparar a la víctima en la medida del daño sufrido, cumpliendo a cabalidad no sólo con el fin de justicia contenido en la cláusula general de responsabilidad civil, sino también con el principio de reparación integral, que implicaría el restablecimiento del equilibrio económico interno entre demandado y demandante.

Así pues, este texto evidencia la inconveniencia del pago anticipado de los perjuicios futuros y propone la constitución de un patrimonio autónomo como la mejor solución a la problemática. Está claro que los jueces toman decisiones por las consideraciones de eficiencia que realizan al proferir sus fallos, pero no es posible tener seguridad absoluta de cómo habrían ocurrido los hechos sin que no ocurran aún, por lo cual a pesar de que el juicio de verosimilitud y razonabilidad, que se hace al tratarse de perjuicios futuros, sea un criterio importante, siempre existirá duda sobre la ocurrencia efectiva del daño y por ende de la correspondencia de la indemnización con el principio de reparación integral.

Acudir al presupuesto de la eficiencia propuesto por el AED permite entender cómo se ha trasgredido en los casos propuestos la finalidad de los principios de la responsabilidad civil, a su vez que proporciona el fundamento para proponer el patrimonio autónomo como solución<sup>64</sup>. Es claro cómo el AED en su calidad de método instrumental de análisis ofrece valores de juicio adicionales para comprender la ley y las instituciones, y que se justifica la incorporación del sentido de eficiencia económica en el contexto de la norma jurídica para lograr que ésta se acate y se aplique de la manera más óptima posible.

---

64 Una crítica al patrimonio autónomo podría consistir en los costos de la administración del mismo que cobraría la fiducia, y frente al tema debe decirse que es el operador judicial el que tendría que determinar si el costo de la fiducia es mayor al daño no producido para buscar aplicar lo más eficiente.

## BIBLIOGRAFIA

### Doctrina:

- Adriano de Cupis. El daño: Teoría general de la Responsabilidad Civil. Editorial Bosch, S.A. (1975).
- Arturo Solarte Rodríguez. El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo, en Tendencias de la Responsabilidad Civil en el siglo XXI. Pontificia Universidad Javeriana y Biblioteca Jurídica Diké. Bogotá. (2009).
- Carlos Morales de Setién Ravina. Las bases del Análisis Económico del Derecho. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. (2011).
- Carlos Nino. Un país al margen de la ley. Editorial Ariel. (2005).
- Cesáreo Rocha Ochoa. Manual de Introducción al derecho. Editorial: Universidad del Rosario, Bogotá. (2006).
- Eduardo Zannoni. El daño en la Responsabilidad civil. Buenos Aires. (1987).
- Franco Vargas, M. H. Derecho y Economía. Bogotá D.C. Leyer. (2012).
- Hans Kelsen. Teoría pura del Derecho (1985). Editorial Universitaria de Buenos Aires, Argentina.
- Héctor Omar García. Eficacia, efectividad y eficiencia de las normas que regulan el ejercicio del derecho de huelga y sus métodos de composición. Apuntes críticos. (2005). En línea en:
- <http://relaciondetrabajo.com/campus/ensayos%20y%20apuntes%20de%20clase/Eficacia,%20efectividad%20y%20eficiencia%20de%20las%20normas%20sobre%20huelga.pdf> (15 de Septiembre, 2005).
- Herbert Hart. El concepto de Derecho. Oxford University Press. (1961).
- Hugo Acciarri. El análisis económico del derecho de daños. En línea en: [http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo\\_de\\_contenidos/Documents/IurisDictio\\_1/El\\_analisis\\_economico\\_del\\_derecho\\_de\\_danos\\_responsabilidad.pdf](http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_1/El_analisis_economico_del_derecho_de_danos_responsabilidad.pdf)
- Jaime Esteban Arrubla Devis. De la función de la Responsabilidad civil y las penas privadas o punitive damages. (Tesis de Pregrado). Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá. (2014).
- Jorge Cubides Camacho. Obligaciones. Séptima Edición. Grupo Editorial Ibañez. Pontificia Universidad Javeriana. Bogotá (2012)
- José Antonio Álvarez Caperochipi. El enriquecimiento sin causa. Santiago de Compostela. (1979).
- José Armando Bonivento Jiménez. Obligaciones. Legis Editores S.A. (2017).
- Juan Capella. “El derecho como lenguaje”, Madrid. (1968).
- Luis Díez- Picazo. “Experiencias jurídicas y teoría del derecho”, 3ª edición corregida y puesta al día, Editorial Ariel S.A., Barcelona. (1999).
- Luis Díez-Picazo y Ponce de León. La doctrina del enriquecimiento sin causa. Editorial Ibañez, Depalma y Pontificia Universidad Javeriana. (2011).
- María Cristina Isaza Posse. Manual Teórico-Práctico. Temis. De la cuantificación del daño. (2009).

- Mariano Yzquierdo Tolsada. Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual. Dykinson. (2001).
- Richard Posner. El Análisis Económico del Derecho. México D.F. Fondo de Cultura Económica. (2007).
- Ricardo Vélez Ochoa. La carga de evitar la extensión y propagación del siniestro. Editorial Ibañez y Pontificia Universidad Javeriana. (2013).
- William Leguizamón Acosta. Derecho Económico, fundamentos. Ediciones Doctrina y ley LTDA. (2002)

**Jurisprudencia:**

- Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. Sentencia del 3 de septiembre de 1991. ID: 268889. (M.P. Hector Marín Naranjo).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 5 de noviembre de 1998, Proceso: 5002 (M.P. Rafael Romero Sierra).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 3 de abril de 2003, Proceso: 6499 (M.P. Jorge Santos Ballesteros).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2012, Proceso: 05266-3103-001-2004-00172-01 (M.P. Ariel Salazar Ramírez).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de junio de 2017, Proceso: 11001-31-03-039-2011-00108-01 (M.P. Ariel Salazar Ramírez).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de agosto de 2015, Proceso: 11001-31-03-020-2006-00514-01 (M.P. Fernando Giraldo).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 1 de noviembre de 2013. Proceso: 08001-3103-008-1994-26630-01 (M.P. Arturo Solarte).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. Sentencia del 9 de septiembre de 2010. Proceso: 17042-3103-001-2005-00103-01. (M.P. William Namén Vargas).
- Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 18 de diciembre de 2009, Proceso: 25899-3103-002-2005-00267-01 (M.P. Arturo Solarte).