

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Condena

SÍNTESIS DEL CASO: El 4 de diciembre de 1999, la motocicleta en la cual se transportaban Héctor Alfonso Pulido –conductor- e Isneida Rincón Valverde –pasajera-, colisionó contra un obstáculo compuesto de tierra y piedras, cuando transitaban por calles del municipio de Acacías – Meta; la empresa de Gases del Llano S.A, adelantaba obras de instalación de redes en el sitio del siniestro, dejó materiales de desecho, sin haber colocado la respectiva señalización que advirtiera el peligro. El 9 de diciembre, siguiente, falleció la señora Isneida por presentar “hematoma epidural y contusiones cerebrales debido a trauma craneoencefálico”.

COMPETENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA – Por el factor cuantía

El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 16 de enero de 2017 por el Tribunal Administrativo del Meta, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, en razón de la cuantía procesal contenida en la demanda. En consideración a que la empresa Gases del Llano S.A. fue llamada a responder solidariamente con el municipio de Acacías, el a quo, asumió la competencia, con fundamento en el fuero de atracción, conforme al cual, cuando se formula una demanda de manera concurrente contra una entidad estatal, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa y contra un sujeto cuyo juzgamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria, aquélla adquiere competencia para definir la responsabilidad de todos los demandados.

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – Término. Cómputo / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN – No operó. Demanda interpuesta dentro del término legal

[L]a acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos años contados –decía la norma en la época de presentación de la demanda- a partir del acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos. En el sub examine la responsabilidad administrativa que se impetra se origina en los daños sufridos por los demandantes con ocasión de la muerte de Isneida Rincón Valverde ocurrida el 9 de diciembre de 1999 y, como quiera que la demanda se interpuso el 3 de marzo de 2000, se impone concluir que la presente acción se ejerció en tiempo oportuno.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 136

RECURSO DE APELACIÓN CON EL OBJETO DE QUE SE AUMENTE LA INDEMNIZACIÓN / CONCAUSA

Aunque el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se dirige únicamente a cuestionar la negativa del Tribunal a quo en acceder a la indemnización plena por perjuicios morales y a tratar de obtener la indemnización por perjuicios materiales, lo cierto es que ese primer aspecto impone el análisis de la responsabilidad de los entes demandados, pues se edifica sobre la base de la inexistencia de una concurrencia de culpas, la cual no puede ser abordada de manera aislada a la responsabilidad patrimonial que pudiere predicarse respecto de

la parte demandada. En otras palabras, el hecho de que la parte actora pretenda impedir que se le reduzca el quantum de la indemnización necesariamente comporta, per se, un cuestionamiento frente a la concausa y ello habilita a la Corporación para analizar el punto relacionado con la responsabilidad de la Administración frente al daño alegado por los actores. **NOTA DEL RELATORIA:** Al respecto consultar sentencia de 8 de junio de 2011, exp. 20418

MUERTE DE CIUDADANA EN ACCIDENTE DE TRÁNSITO / CONFIGURACIÓN DE UNA FALLA EN EL SERVICIO / INSTALACIÓN DE REDES DE GAS NATURAL / ACUMULACIÓN DE DESHECHOS DE CONSTRUCCIÓN, VIA EN MAL ESTADO / OMISIÓN EN LA SEÑALIZACIÓN / DEFICIENTE ALUMBRADO EN VÍAS PÚBLICAS / DEBER DE SEGURIDAD DE LA CIRCULACIÓN EN VÍAS PÚBLICAS

[P]ara el caso sub examine, a partir del análisis detallado del material probatorio aportado al proceso, es posible deducir que las demandadas son responsables del daño alegado por los demandantes, esto es, por la muerte de Isneida Rincón Valverde, ocurrida como consecuencia del accidente de tránsito que tuvo lugar el 4 de diciembre de 1999 a la altura de la calle 15 con carrera 22 del municipio de Acacías, comoquiera que (i) dicha empresa, en desarrollo de las obras de instalación de las redes para la distribución del servicio público de gas domiciliario, dejó un montículo de tierra y piedras que ocupaban la vía, el que, además, se encontraba sin señalización, lo cual impedía advertir sobre su ubicación a quienes transitaban por la misma, es decir, omitió la señalización requerida para evitar accidentes de tránsito en razón de trabajos y obras sobre la vía pública; y (ii) el municipio incumplió su obligación referida a mantener en estado de uso adecuado las vías públicas dentro del perímetro urbano de su jurisdicción, teniendo en cuenta el deficiente alumbrado público en el sitio del accidente. (...) para la Sala es claro que el daño le es imputable a la Empresa Gases del Llano S.A, por cuanto las obras que estaba realizando no estaban señalizadas debidamente y, por lo tanto, el montículo dejado durante su ejecución, no pudo ser advertido por el señor Héctor Alfonso Pulido, quien conducía el vehículo en el que se transportaba, como acompañante, la señora Isneida Rincón Valverde. En este orden de ideas, se tiene que en el presente asunto se presentó una omisión atribuible a la referida empresa demandada. [La inexistencia de señales de prevención] no permitió que el conductor de la motocicleta siniestrada advirtiera el obstáculo en la vía – como debió hacerlo -, lo que ocasionó el accidente que hubiera podido prevenirse con la instalación de las señales de advertencia pertinentes. (...) las dos circunstancias anotadas previamente son la causa adecuada del daño acaecido, pues de haber existido señalización en relación con la obra realizada por la Empresa Gases del Llano S.A. y de haber contado ésta con el alumbrado público correspondiente, el accidente de tránsito en cuestión se habría podido evitar. **NOTA DE RELATORÍA:** Sobre la seguridad de circulación en vías públicas, consultar sentencia de 4 de octubre de 2007, exp. 16058

INFORME DE ACCIDENTE DE TRÁNSITO – Prueba idónea /

[L]a Sala da crédito a lo consignado en el informe de accidente de tránsito, en la medida en que refleja lo que pudo constatar el agente de la policía que llegó al lugar de los hechos y ayudó a la víctima poco después del accidente, sin que lo allí señalado pueda tacharse de parcializado, toda vez que su dicho no fue desmentido por ninguna de las demandadas y sí, por el contrario, se ve reforzado por lo declarado por el único testigo directo de los hechos, lo que en síntesis, demuestra que no existía en ese lugar una adecuada señalización preventiva y le resta credibilidad al dicho del ingeniero residente de la obra Andrés Llinás Gómez.

CAUSAL DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD / HECHO DE UN TERCERO

Aunque está demostrado que el conductor de la motocicleta, señor Héctor Alfonso Pulido, estaba ejerciendo una actividad peligrosa en el momento del accidente, no se acreditó que hubiera actuado de manera negligente, bien porque condujera a una alta velocidad o porque lo hiciera en estado de embriaguez, afirmaciones de la empresa demandada que no encontraron respaldo en el material probatorio del proceso, de modo que el daño no es imputable a un tercero.

CAUSAL DE EXONERACIÓN DE RESPONSABILIDAD / CULPA DE LA VÍCTIMA / ACCIDENTE DE TRÁNSITO / CONDUCCIÓN DE MOTOCICLETA SIN CASCO DE PROTECCIÓN / CONCURRENCIA DE CULPAS / VÍCTIMA ASUMIÓ EL RIESGO DEL ACCIDENTE / OMISIÓN DE ADOPTAR MEDIDAS LEGALES DE CONDUCCIÓN DE MOTOCICLETA / INFRACCIÓN DE DEBER LEGAL / CONCURRENCIA DE CULPAS EN LA PRODUCCIÓN DEL DAÑO / REDUCCIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN EN UN 50% POR EL ACTUAR IMPRUDENTE DE LA VÍCTIMA

[L]a víctima no se atemperó al deber objetivo de cuidado inherente al uso de este tipo de vehículos y su conducta imprudente de transportarse como pasajera en una motocicleta, sin el casco protector, contribuyó con la causación del daño, cuya indemnización se demanda. (...) en el presente caso se configura una concurrencia de culpas con el hecho de la propia víctima, en razón a que se encuentra probado con el informe del accidente de tránsito obrante en el encuadernamiento -como ya se había dicho- que la occisa Isneida Rincón Valverde no portaba casco mientras se transportaba en motocicleta. (...) dado que la hoy occisa falleció debido al golpe sufrido en su cabeza, la cual se encontraba sin la protección del casco, la Sala encuentra que en el presente caso la víctima asumió el riesgo de transportarse en una motocicleta sin portar el elemento de protección exigido por el ordenamiento jurídico con el fin de proteger su vida y salud. (..) el actuar omisivo de la víctima, consistente en no portar casco mientras se transportaba como parrillera en una motocicleta, además de infringir una obligación legal que -bueno es decirlo- se creó con la finalidad de proteger a los conductores y pasajeros de dichos vehículos en caso de accidentes, repercutió directamente en el daño causado. Por lo tanto, habrá lugar a confirmar la sentencia de primera instancia, pues se encuentra probada la existencia de una concurrencia de culpas y, en consecuencia, se condenará a la entidad territorial demandada al pago de perjuicios en un 50%, toda vez que la víctima contribuyó también de manera determinante en la producción del daño, al asumir su propio riesgo. **NOTA DE RELATORÍA:** En relación con el actuar irresponsable por parte de los motociclistas de no portar casco, consultar sentencias de 20 de mayo de 2013, exp. 28024 y de 27 de enero de 2016, exp. 36567.

VALORACIÓN Y TASACIÓN DE PERJUICIOS / ACREDITACIÓN DE PARENTESCO COMO COMPAÑERO PERMANENTE E HIJOS DE LA VÍCTIMA – Valoración de testimonios

El señor Yamid Weimar Rey, quien dijo acudir en calidad de compañero permanente de la señora Isneida Rincón Valverde, demostró ese hecho con la declaración rendida ante el Tribunal Administrativo del Meta por los señores Jaime Morales Marín y Medardo Rincón García, quienes aseguraron que el antes mencionado convivía con la señora Isneida Rincón Valverde y que tenían dos hijos de nombre Deiber Yamid y Cristian Julián Rey Rincón. La Sala da crédito a estos testimonios y, por lo tanto, tendrá a este demandante como compañero para

efectos del reconocimiento de la indemnización de perjuicios morales, pues si bien, el señor Medardo Rincón García funge como parte demandante dentro del proceso, pues se tiene acreditado que es el progenitor de la víctima, esta circunstancia no impide darle pleno crédito a su dicho, toda vez que su testimonio está dirigido a la prueba de un asunto que no es medular en la existencia de la responsabilidad y se dirige a señalar como legitimado a uno de los demandantes, cuyo reconocimiento en nada beneficia o afecta al testigo en su particular interés indemnizatorio en el proceso. Adicionalmente, para efecto de demostrar la convivencia, qué mejor testimonio que el de una persona perteneciente al núcleo familiar que conoce de primera mano las relaciones afectivas, amén de concordar su dicho con el hecho de que el señor Yamid Weimar Rey es el padre de los menores Deiber Yamid y Cristian Julián Rey Rincón, conforme a sus respectivos registros civiles de nacimiento.

VALORACIÓN Y TASACIÓN DE PERJUICIOS / RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MORALES / CONCURRENCIA DE CULPAS / RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MORALES POR PARTES IGUALES ENTRE ENTIDAD DEMANDADA Y PARTICULAR CAUSANTE DEL DAÑO /

Por concepto de perjuicios morales, en la sentencia de primera instancia el *a quo* condenó al Municipio de Acacías y a la Empresa Gases del Llano S.A a pagar proporcionalmente una suma equivalente a quinientos (500) gramos de oro a favor de Yamid Weimar Rey Velázquez, en calidad de compañero permanente, quinientos (500) gramos de oro a favor de Deiber Yamid Rey Rincón, (500) gramos de oro a favor de Cristian Julián Rey Rincón (hijos), quinientos (500) gramos de oro a favor de Medardo Rincón García (padre) y doscientos cincuenta (250) gramos de oro a favor de Aleyda Rincón Valverde (hermana). Ahora bien, comoquiera en el análisis de la concurrencia de culpas se redujo el grado de participación de la víctima a un 50%, procede la Sala a fijar de forma adecuada el reconocimiento de la indemnización por concepto de perjuicios morales a favor de los demandante que, sí acreditaron en debida forma la condición con la que concurrieron al presente proceso.

RECONOCIMIENTO Y TASACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES / DAÑO MATERIAL O PATRIMONIAL POR EL FALLECIMIENTO DE LA PERSONA DEDICADA A LA ECONOMÍA DOMÉSTICA O DEL HOGAR / EXTENDIBLE A SITUACIONES ANÁLOGAS – Hombre o parejas del mismo sexo

[L]os análisis que serán efectuados a continuación en relación con la indemnización proveniente del fallecimiento “de la persona encargada de la economía y cuidados domésticos”, serán replicables a situaciones análogas dadas las cambiantes formas de familia que tienen reconocimiento y protección por parte del Estado. Así, por tanto, los criterios que fijados serán aplicables a eventos en los que sea el hombre quien desempeñe el rol de “amo de casa” o en aquellos en los que la estructura familiar sea monoparental, así como para el caso de parejas del mismo sexo. De lo dicho se deriva que si bien en lo que sigue se reitera la referencia al “ama de casa” –dado que, por lo general, es esa la figura que se presenta en el seno de las familias–, ello no obsta para que las reflexiones que se efectúen no sean predicables de las otras formas de familia antes mencionadas.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA / PERSONA DEDICADA A LA ECONOMÍA DOMÉSTICA O DEL HOGAR / FAMILIA COMO NÚCLEO FUNDAMENTAL DE LA SOCIEDAD / REIVINDICACIÓN DEL PAPEL DE LA MUJER EN LA SOCIEDAD / GARANTÍA DE REPARACIÓN INTEGRAL ANTE LA PERTURBACIÓN DE LA ESTABILIDAD EN EL HOGAR / TIPIFICACIÓN DE

LOS DAÑOS / EXTENDIBLE A ESTRUCTURA MONOPARENTALY PARA EL CASO DE PAREJAS DEL MISMO SEXO

[S]i bien la Sala hará explícita la intención de reivindicar el papel de la mujer en la sociedad, particularmente por el indiscutible e invaluable aporte que desde el hogar ha efectuado para el mantenimiento y desarrollo de la sociedad, aún a costa de su propia dignidad, las medidas a cuya adopción se insta por la fuerza del precedente mediante la presente sentencia de unificación pretenden, sin duda, salvaguardar la familia como núcleo fundamental de la sociedad (artículo 42, Constitución Política), de lo cual se deriva la necesidad de adoptar medidas que permitan prodigarle una protección jurídica preferente, entre las que se encuentra, no solo procurar por la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, sino el amparo de su patrimonio (...) La garantía de la reparación integral y, por lo tanto, la adecuada tipificación de los daños que pueden afectar a la familia cobra fundamental vigencia ante situaciones que perturben su estabilidad, pues un adecuado restablecimiento de la situación patrimonial, mediante medidas indemnizatorias, compensatorias o resarcitorias, propende, sin duda, por la protección de la cohesión y estabilidad de la familia y de cada uno de sus integrantes.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA – Reconocimiento y tasación de perjuicios a personas encargadas de la economía y cuidado del hogar / RECONOCIMIENTO Y TASACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES POR EL DAÑO OCASIONADO A AMA DE CASA / PRESUNCIÓN O INFERENCIA DE UN SALARIO MÍNIMO MENSUAL LEGAL VIGENTE / PERJUICIOS INDEMNIZABLES POR MUERTE O LESIONES PSICOFÍSICAS SUPERIORES AL 50%, SUFRIDAS POR PERSONAS QUE DESARROLLAN LAS LABORES DE ECONOMÍA Y CUIDADO DEL HOGAR / EXTENDIBLE A ESTRUCTURA MONOPARENTALY PARA EL CASO DE PAREJAS DEL MISMO SEXO

[L]a Sala unifica su posición en el sentido de que los perjuicios materiales derivados de la ausencia de la persona que funge como “encargada de la economía y cuidado del hogar” y que se relacionen tanto con las actividades domésticas como con las de cuidado a su cargo, deberán considerarse como un lucro cesante en cabeza de quienes, comprobadamente, se beneficien directamente de actividades desplegadas por el “ama de casa” para lo cual se aplicará la presunción o inferencia de un (1) salario mínimo mensual legal vigente. Reitera la Sala que lo que hasta aquí se ha señalado en relación con las personas dedicadas a la economía del hogar, dadas las cambiantes formas de familia que tienen reconocimiento y protección por parte del Estado, debe predicarse, también, de otras estructuras familiares en las que uno de los individuos (hombre o mujer) se encargue de las labores domésticas y las actividades de cuidado.

NOTA DE RELATORÍA: Providencia con aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque y salvamento parcial de voto de los consejeros Stella Conto Díaz del Castillo y Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 50001-23-31-000-2000-30072-01(33945)B

Actor: YAMID WEIMAR REY VELASQUEZ Y OTRO

Demandado: MUNICIPIO DE ACACIAS Y OTRO

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)

Temas: Indebida señalización en desarrollo de obra en vía pública - Deficiente iluminación en la vía pública / Causales de exoneración – El hecho de un tercero. No acreditación. La culpa de la víctima. Concurrencia de culpas por no usar casco de protección / Indemnización de perjuicios materiales / Daño emergente y lucro cesante – concepto / Daño material o patrimonial por el fallecimiento del “ama de casa”. Contexto normativo y jurisprudencial de reivindicación de la mujer. Economía del cuidado o trabajo invisible del trabajador doméstico no remunerado mal denominado labores de “ama o amo de casa”. Tipología del daño patrimonial o material causado por el fallecimiento del trabajador doméstico no remunerado. Posición de la Sala y unificación jurisprudencial - Criterios para la fijación de los montos de indemnización por el lucro cesante ocasionado ante el fallecimiento de la persona encargada de la economía y cuidado doméstico (“Ama de casa”). Posición de la Sala y unificación jurisprudencial – Criterios para la indemnización o reparación de la vulneración a bienes constitucional y convencionalmente protegidos por el fallecimiento o lesión de la persona encargada de las labores de economía y cuidado doméstico.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora en contra de la sentencia proferida el 16 de enero de 2007 por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante la cual la cual se adoptaron las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERO: DECLARAR al municipio de Acacías – Meta y a la empresa prestadora del servicio público de gas ‘GASES DEL LLANO S.A.’ administrativa y patrimonialmente responsables de la muerte de la señora ISNEIDA RINCON VALVERDE.

SEGUNDO: CONDENAR a las entidades demandadas a pagar solidariamente por razón de los perjuicios morales causados a los demandantes las siguientes cantidades:

A favor de YAMID WEIMAR REY VELAZQUEZ, en calidad de compañero permanente de la víctima, el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro.

A favor de DEIBAR YAMID REY RINCON y CRISTIAN JULIAN REY RINCON, en cabeza de su padre que los representa, en calidad de hijos de la víctima, el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro, para cada uno.

A favor de MEDARDO RINCON GARCIA, en calidad de padre de la víctima, el equivalente en pesos a quinientos (500) gramos de oro.

A favor de ALEYDA RINCON VALVERDE, en calidad de hermana de la víctima, el equivalente en pesos a doscientos cincuenta (250) gramos de oro.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

“(…)”

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 3 de marzo de 2000¹ por intermedio de apoderado judicial, los señores Yamid Weimar Rey Velázquez, quien actúa en nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad Deiber Yamid y Cristian Julián Rey Rincón; Medardo Rincón García y Aleyda Rincón Valverde, interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa en contra del municipio de Acacías - Meta y la Empresa de Gases del Llano S.A., con el fin de que se les declarara administrativa y patrimonialmente responsables por la totalidad de los perjuicios a ellos causados, derivados de la muerte de Isneida Rincón Valverde, ocurrida el 9 de diciembre de 1999 en el municipio de Acacías, como resultado de un accidente de tránsito.

Como consecuencia de la anterior declaración, en la demanda se solicitó que se condenara a las entidades demandadas a pagar a Yamid Weimar Rey Velázquez, Deiber Yamid y Cristian Julián Rey Rincón una suma equivalente a dos mil (2.000) gramos de oro, para cada uno de ellos y, para Medardo Rincón García y Aleyda

¹ Folios 1 a 15 del cuaderno principal.

Rincón Valverde, el equivalente a mil quinientos (1.500) gramos de oro para cada uno de ellos, por concepto de indemnización de perjuicios morales.

Finalmente, se pidió en la demanda, se reconociera a favor de cada uno de los demandantes, Yamid Weimar Rey Velázquez, Deiber Yamid y Cristian Julián Rey Rincón, por concepto de indemnización de perjuicios materiales, la suma de doscientos millones de pesos (\$200'000.000) o los valores que resultaran demostrados en el proceso.

Como **fundamentos de hecho** de sus pretensiones narró la demanda, en síntesis, que la señora Isneida Rincón Valverde sufrió un accidente de tránsito el día 4 de diciembre de 1999, cuando se movilizaba como parrillera en una motocicleta, la cual chocó intempestivamente con un montículo de tierra y piedra que había sido dejado en plena vía del perímetro urbano del municipio de Acacías.

Según se afirmó en el libelo, como consecuencia del impacto, el conductor y su acompañante perdieron el equilibrio y cayeron sobre la vía sufriendo varias lesiones, las cuales, debido a su gravedad, le causaron la muerte a Isneida Rincón Valverde, lo que ocurrió el día 9 de diciembre de 1999, cuando era atendida en el hospital local de ese municipio.

Indicó la demanda, asimismo, que el área donde sucedió el accidente carecía - en absoluto - de alumbrado público, lo que no permitió visualizar por parte del conductor de la moto, ni su acompañante, el peligro que se cernía sobre la vía, a lo que se sumaba que la misma no disponía de señales preventivas que advirtieran el peligro que encarnaba dicho obstáculo.

Se sostuvo en el libelo que por el accidente ocurrido era responsable la Empresa de Gases del Llano S.A, pues, cuando adelantaba obras de instalación de redes en el sitio del siniestro, dejó materiales de desecho, sin haber colocado la respectiva señalización que advirtiera sobre su presencia en el lugar.

Finalmente, en la demanda se expresó que le asistía, igualmente, responsabilidad al municipio de Acacías, pues a través de su Secretaría de Tránsito tenían el deber legal de exigir a la Empresa de Gases del Llano S.A la debida señalización de advertencia en la obra que ejecutaba, aunado a que omitió el

mantenimiento adecuado del alumbrado público dispuesto sobre las vías de su perímetro urbano.

La demanda, así formulada, se admitió por auto de 5 de abril de 2000², providencia que se notificó en debida forma a las demandadas³ y al señor Agente Ministerio Público⁴.

2. Las contestaciones de la demanda

2.1.- El municipio de Acacías – Meta contestó la demanda dentro de la respectiva oportunidad procesal y se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas por la parte demandante.

Se limitó a expresar que no le constaban los hechos que le daban sustento a la demanda y a solicitar que se oficiara al Instituto de Tránsito Departamental del Meta y a las Secretarías de Tránsito de Acacías y Villavicencio para que certificaran, con destino a este proceso, si el señor Medardo Rincón García, conductor de la motocicleta accidentada, tenía licencia de conducción que lo habilitara para su manejo⁵.

2.2.- Por su parte, la Sociedad Gases del Llano S.A, contestó la demanda y se opuso a todas y a cada una de las pretensiones. Indicó, en síntesis, que en el presente caso se configuraron a su favor los siguientes eximentes de responsabilidad:

- *“El hecho de un tercero”*, por considerar que el conductor de la motocicleta violó innumerables normas de tránsito que, a la postre, se convirtieron en la causa eficiente del accidente que terminó con la vida de Isneida Rincón Valverde, tales como su estado de alicoramiento y la alta velocidad a la que transitaba por la carretera, lo cual explica por qué no observó la cinta de protección y los escombros que se encontraban sobre la vía.

- *“La culpa exclusiva de la víctima”*, pues la señora Rincón Valverde permitió imprudentemente que la transportara una persona en estado de

² Folio 39 del cuaderno principal.

³ La notificación al municipio de Acacías (M) se llevó a cabo el día 25 de julio de 2000 (folio 49 del cuaderno principal).

⁴ La notificación al Agente del Ministerio Público se llevó a cabo el día 22 de junio de 2000 (folio 41 reverso del cuaderno principal).

⁵ Folios 52 a 54 del cuaderno principal.

alicoramiento y omitió portar el casco de protección que, por ley, se exige a los ocupantes de esa clase de vehículos.

- *“Existencia de señales de precaución en el lugar del accidente”*, en tanto el sitio donde se produjo el accidente estaba aislado con cinta de carácter reflectivo que advertía sobre los trabajos en la vía y que en condiciones normales debía ser observada por el conductor de la motocicleta⁶.

En escrito separado, radicado el 6 de septiembre de 2000⁷, la Sociedad Gases del Llano S.A llamó en garantía a la Compañía Aseguradora Colseguros S.A., en virtud de la póliza de responsabilidad civil extracontractual No. 92837-3⁸, vigente para la época de los hechos.

El Tribunal admitió el llamamiento en auto de 20 de mayo de 2003⁹ y ordenó suspender el proceso por el término legal para vincular al llamado, sin que durante este término se hubiese provisto los emolumentos necesarios para su vinculación.

3. Los alegatos de conclusión en primera instancia

Mediante auto de 15 de abril de 2004¹⁰, el Tribunal Administrativo del Meta abrió el proceso a pruebas y, concluido el período probatorio, mediante providencia de 28 de marzo de 2006¹¹ corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo.

3.1. En esta oportunidad, el municipio de Acacías manifestó que en el expediente obraba la Resolución No. 178 de 1998 por la cual se otorgó el permiso a la Empresa de Gases del Llano para realizar la instalación del servicio por ella ofrecido, acto administrativo que se expidió en acatamiento de la Ley 142 de 1994 y en el que se exigió a la empresa la necesidad de realizar la señalización preventiva a que hubiera lugar, por lo que estimó que no existía título de imputación que pudiera conducir a decretar su responsabilidad.

⁶ Folios 58 a 61 del cuaderno principal.

⁷ Folios 69 a 70 del cuaderno principal.

⁸ Folios 71 a 72 del cuaderno principal.

⁹ Folios 159 a 164 del cuaderno principal.

¹⁰ Folios 172 a 177 del cuaderno principal.

¹¹ Folio 409 del cuaderno principal.

Alegó, asimismo, que en el caso concreto concurrió la causal de culpa exclusiva de la víctima como elemento que rompe el nexo de causalidad, al aparecer demostrado que el conductor de la motocicleta conducía con exceso de velocidad y que su acompañante no utilizaba el casco protector que se requería para el ejercicio de este tipo de actividad, el cual era obligatorio en el municipio de Acacías conforme a lo dispuesto en la resolución No. 004 de 1999, razón por la que solicitó se reduzca el porcentaje a que fue condenada, fijando un 80% a cargo de la víctima y un 20% a cargo de los demandados en consideración a la concurrencia de causas determinantes del fallecimiento Isneida Rincón Valverde.¹²

3.2. En sus alegatos, la Empresa de Gases del Llano S.A. manifestó que en el presente caso adoptó todas las medidas necesarias de seguridad y precaución inherentes al permiso otorgado por el municipio de Acacías para la ejecución de los trabajos.

Adicionalmente, sostuvo que en el punto en donde se presentó la colisión se dejaron cintas reflectivas, bombones de señalización y mecheros, en razón al deficiente alumbrado que había en el sector¹³.

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

4. La sentencia apelada

Cumplido el trámite legal correspondiente, el Tribunal Administrativo del Meta profirió sentencia el 16 de enero de 2007, oportunidad en la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, en los términos transcritos al inicio de esta sentencia.

Para arribar a tal decisión, el juzgador de primera instancia consideró, básicamente, que los elementos de juicio aportados al expediente reflejaban la negligencia en que incurrieron las demandadas, la Empresa Llano Gas, por dejar el montículo de material en la vía, sin señales de tránsito que

¹² Folios 411 a 415 del cuaderno principal.

¹³ Folios 416 a 420 del cuaderno principal.

advirtieran su presencia y, el municipio de Acacías, por la falta de iluminación y adecuada señalización en el lugar del accidente.

De igual forma, el *a quo* señaló que carecía de sustento probatorio el argumento presentado por las demandadas con respecto al posible estado de embriaguez del conductor de la motocicleta al momento del accidente, puesto que ni en el informe de accidente de tránsito rendido por la policía existía una anotación en tal sentido, ni tampoco en el proceso penal se avistó prueba alguna que permitiera acreditar ese hecho.

Encontró el *a quo* que en la producción del hecho fatídico concurrieron varias causas: *i)* la conducta omisiva del municipio de Acacías al no existir alumbrado público en la vía donde acaeció el accidente de tránsito, *ii)* el no haber dispuesto la Empresa Gases del Llano S.A. los medios adecuados de señalización con el fin de indicar el peligro de las obras de construcción en la vía y, *iii)* la conducta imprudente de la víctima en la conducción de la motocicleta al no portar casco de protección.

Con base en los anteriores argumentos, el Tribunal *a quo* condenó a las demandadas a pagar el 50% del monto efectivo de la indemnización por concepto de perjuicios morales y negó el reconocimiento de la indemnización de perjuicios materiales deprecada en la demanda, pues estimó que no existía prueba alguna que demostrara que alguno de los demandantes dependiera económicamente de la víctima¹⁴.

5.- Los recursos de apelación

Contra la sentencia de primera instancia, las partes interpusieron, oportunamente, sendos recursos de apelación, los cuales fueron concedidos por el Tribunal *a quo* el 13 de marzo de 2007¹⁵; no obstante, comoquiera que los recursos de apelación formulados por las demandadas no fueron sustentados oportunamente, se declararon desiertos por esta Corporación mediante proveído fechado el 22 de junio de 2007¹⁶; en esa misma providencia se admitió la impugnación presentada por la parte actora.

¹⁴ Folios 424 a 444 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁵ Folio 455 a 457 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁶ Folio 467 del cuaderno del Consejo de Estado.

En la sustentación, la parte recurrente manifestó su desacuerdo para con la sentencia de primera instancia en lo atinente a la reducción en un 50% de la indemnización de perjuicios morales, por cuanto no se presentó la aludida concurrencia de culpas, dado que con las pruebas obrantes en el expediente se tenía acreditada la falla en el servicio, sin que mediara una causal de exoneración o algún elemento que atenuara la responsabilidad administrativa y patrimonial de las demandadas, específicamente que Isneida Rincón Valverde no llevara casco protector al momento del accidente.

Finalmente, señaló que el *a quo* desconoció el reconocimiento de la indemnización de perjuicios materiales solicitada a favor de su compañero permanente y sus hijos menores de edad.

En relación con los últimos, señaló que existían elementos de juicio que demostraban que la señora Isneida Rincón Valverde se dedicaba a las labores del hogar y a la crianza de sus dos pequeños hijos, de escasos dos meses de nacido y tres años de edad, desconociendo el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, según el cual, a las labores domésticas, por lo menos, se les debe dar un contenido económico equivalente al salario mínimo legal mensual vigente¹⁷.

6. Los alegatos de conclusión en segunda instancia

Posteriormente, mediante providencia de 19 de julio de 2007¹⁸ se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto de fondo.

6.1. En sus alegatos de conclusión, la Empresa Gases del Llano S.A. argumentó que la causa efectiva del accidente no fue la falta de señalización, sino la falta de iluminación, como lo pone de presente en su declaración el conductor

¹⁷ Folios 463 a 465 del cuaderno del Consejo de Estado.

¹⁸ Folio 469 del cuaderno del Consejo de Estado.

de la motocicleta, cuando afirmó que no observó la cinta, ni el material que se encontraba en la vía porque el lugar estaba oscuro.

Indicó, también, que contrario a lo indicado por la parte demandante, el informe de tránsito y el acta de inspección del cadáver demostraron que la señora Isneida Rincón Valverde no portaba casco protector al momento del accidente, configurándose la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima al no acatar las normas de tránsito.

Finalmente, señaló que era clara la intervención de un tercero en la producción del daño, pues si el conductor de la motocicleta hubiera transitado a la velocidad permitida, habría observado las señales preventivas colocadas por la Empresa Gases del Llano S.A. y, por tanto, evitado la colisión en la que falleció la señora Rincón Valverde¹⁹.

Las demás partes y el Ministerio Público guardaron silencio en esta etapa procesal.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el presente asunto sometido a su conocimiento.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 16 de enero de 2017 por el Tribunal Administrativo del Meta, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, en razón de la cuantía procesal contenida en la demanda²⁰.

¹⁹ Folios 470 a 475 del cuaderno del Consejo de Estado.

²⁰ La cuantía del proceso supera la exigida para que esta Corporación pueda conocer en segunda instancia respecto de un proceso de reparación directa, de conformidad con la Ley 954 de 2005, esto es 500 S.M.L.M.V., que equivalían a \$ 130'050.000 teniendo en cuenta que la demanda se presentó en el año 2000 y el salario mínimo para ese año se fijó en la suma de \$260.100; por concepto de perjuicios materiales se solicitó la suma de \$ 200'000.000, para cada uno de los demandantes, Yamid Weimar Rey Velázquez, Deiber Yamid y Cristian Julián Rey Rincón.

En consideración a que la empresa Gases del Llano S.A. fue llamada a responder solidariamente con el municipio de Acacías, el *a quo*, asumió la competencia, con fundamento en el fuero de atracción, conforme al cual, cuando se formula una demanda de manera concurrente contra una entidad estatal, cuyo conocimiento corresponde a la jurisdicción contenciosa administrativa y contra un sujeto cuyo juzgamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria, aquélla adquiere competencia para definir la responsabilidad de todos los demandados.

2. El ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del C.C.A., la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos años contados –decía la norma en la época de presentación de la demanda²¹- a partir del acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos.

En el sub examine la responsabilidad administrativa que se impetra se origina en los daños sufridos por los demandantes con ocasión de la muerte de Isneida Rincón Valverde ocurrida el 9 de diciembre de 1999 y, como quiera que la demanda se interpuso el 3 de marzo de 2000²², se impone concluir que la presente acción se ejerció en tiempo oportuno.

3. Objeto del recurso de apelación

Aunque el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se dirige únicamente a cuestionar la negativa del Tribunal *a quo* en acceder a la indemnización plena por perjuicios morales y a tratar de obtener la indemnización por perjuicios materiales, lo cierto es que ese primer aspecto impone el análisis de la responsabilidad de los entes demandados, pues se edifica sobre la base de la inexistencia de una concurrencia de culpas, la cual no puede ser abordada de manera aislada a la responsabilidad patrimonial que pudiere predicarse respecto de la parte demandada. En otras palabras, el hecho de que la parte actora pretenda impedir que se le reduzca el *quantum* de la indemnización necesariamente comporta, *per se*, un cuestionamiento frente a la concausa y ello habilita a la Corporación para analizar el punto relacionado con la responsabilidad de la

²¹ Decreto 2304 de 7 de octubre de 1989, artículo 23.

²² Folio 15 del cuaderno principal.

Administración frente al daño alegado por los actores, tal como lo ha considerado la Sala²³:

*“Aunque en el presente caso sólo impugnó la sentencia de primera instancia la parte demandante y dicho recurso se dirige a cuestionar la negativa del Tribunal a quo en acceder a la indemnización plena por perjuicios morales y a tratar de obtener la indemnización por perjuicios materiales, lo cierto es que para desatar el recurso de alzada la Subsección deberá analizar la responsabilidad del ente demandado y la consiguiente existencia, o no, de la concurrencia de culpas prevista en el fallo cuestionado, **comoquiera que ese segundo aspecto –la concausa– no puede ser abordado de manera aislada al primero de ellos –responsabilidad patrimonial del ente demandado–.***

De conformidad con lo anterior, el Consejo de Estado, en su condición de juez de la segunda instancia, procederá a examinar y a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, sin que ello implique en modo alguno la afectación de la garantía constitucional de la no reformatio in pejus que ampara a la parte recurrente”. (Se destaca).

4. Los hechos probados en el proceso

De conformidad con el material probatorio obrante en el expediente, recaudado oportunamente y con el lleno de los requisitos legales, se tiene debidamente acreditado:

- Que el 4 de diciembre de 1999 a las 23:45 p.m., la motocicleta en la cual se transportaban Héctor Alfonso Pulido –conductor- e Isneida Rincón Valverde –pasajera-, colisionó contra un obstáculo compuesto de tierra y piedras, cuando transitaban por la calle 15 con carrera 22 del municipio de Acacías – Meta, según se consignó en el informe de accidente de tránsito realizado por la Policía Nacional, en el que además se dejaron como observaciones: i) obras de construcción sin las respectivas señales de tránsito, ii) el conductor de la motocicleta no observó la cinta y el material que estaba en la vía porque el lugar estaba oscuro y, iii) la pasajera no usaba casco de protección²⁴.

²³ Sentencia del 8 de junio de 2011, exp. 20.418, M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

²⁴ A folios 21 a 22 del cuaderno principal, obra copia auténtica del informe de accidente de tránsito No. 98-03790²⁴, en el cual se indicó como lugar, fecha y hora de los hechos: Calle 15 con carrera 22, el 4 de diciembre de 1999, a las 23:45 horas. Respecto de las características y condiciones de la vía describió que correspondía a una vía recta, de doble sentido, dos carriles, condición seca, en buen estado, con mala iluminación; con respecto al vehículo, señaló: motocicleta, servicio particular, placas YCT- 02A, Licencia de tránsito: Sí. **Casco Conductor: NO**, Casco Pasajero: NO. Como causas probables del accidente, por

- Que la señora Isneida Rincón Valverde - pasajera de la motocicleta - fue llevada en estado de inconsciencia al servicio de urgencias del Hospital Local de Acacías, lugar al que ingresó con diagnóstico de trauma cráneo encefálico *“moderado a severo”*²⁵.
- Que la señora Isneida Rincón Valverde falleció el día 9 de diciembre de 1999, como consecuencia de un hematoma epidural y contusiones cerebrales debido a trauma craneoencefálico²⁶.
- Que en el momento de los hechos la Empresa Gases del Llano S.A., realizaba una obra sobre la vía en que ocurrió el accidente²⁷, pues mediante Decreto No. 178 de 15 de mayo de 1998 el municipio de Acacías – Meta le había concedido permiso para la instalación de redes de distribución del servicio público de gas domiciliario, imponiéndole la obligación de sujetarse a las normas de circulación y tránsito adoptadas en ese municipio²⁸.
- Que con ocasión de los hechos ocurridos el 4 de diciembre de 1999, la Fiscalía 22 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito inició de oficio investigación penal en contra de Héctor Alonso Pulido por el delito de homicidio culposo, dentro de la cual se abstuvo de imponer medida de aseguramiento en su contra, por considerar que el accidente de tránsito que originó las lesiones y posterior muerte de Isneida Rincón Valverde *“se debió a la negligencia de las*

establecer. Según la versión del conductor *“venía bajando y no vi la cinta ni el material que se encontraba en la vía porque el lugar estaba oscuro”*. Como observaciones se consignó que *“Según el manual de accidentes de tránsito en el código No. 305 informa las obras de construcción sin las respectivas señales de tránsito”*.

²⁵ A folios 23 a 24 del cuaderno principal, obra copia simple de la historia clínica de la atención médica prestada a la señora Isneida Rincón Valverde en el servicio de urgencias del Hospital Local de Acacías, en la cual se aprecia como diagnóstico de ingreso *“Paciente que es traída inconsciente posterior a trauma en accidente de moto como pasajera hace aproximadamente 20 minutos. Dx: Trauma cráneo encefálico moderado a severo”*.

²⁶ A folios 23 a 24 del cuaderno principal, obra copia simple del acta de inspección al cadáver No. 482, procedente de la Fiscalía Sexta Seccional Meta y llevada a cabo el 9 de diciembre 1999 en la morgue del Hospital Departamental del Meta, en la que se anotó: *Posible manera de la muerte: Accidente de tránsito”*
A Folio 20 del cuaderno principal, obra copia auténtica del registro civil de defunción de Isneida Rincón Valverde, en el que consta como fecha de defunción el día 9 de diciembre de 1999 y como causas del deceso *“muerte violenta”*.

A folio 25 a 26 del cuaderno principal, obra copia simple del protocolo de necropsia No. 486/1999 de 14 de diciembre de 1999, expedido por la Dirección Regional Oriente del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, en la cual se consignó la siguiente conclusión *“Adulta joven quien falleció por hematoma epidural y contusiones cerebrales debido a trauma craneoencefálico a causa de politraumatismo en accidente de tránsito”*.

²⁷ Según el Decreto 178 de 15 de mayo de 1998 expedido por el municipio de Acacías y la declaración del ingeniero residente Andrés Llinás Gómez (folios 189 a 194 del cuaderno principal), en el momento de los hechos la Empresa Gases del Llano S.A., realizaba una obra sobre la vía en que ocurrió el accidente, con el fin de instalar redes de distribución para la prestación del servicio público de gas domiciliario.

²⁸ A folios 198 a 199 del cuaderno principal, obra el Decreto 178 de 15 de mayo de 1998, expedido por el municipio de Acacías, por medio del cual concede a la Empresa Gases del Llano S.A. permiso para instalación de redes para la distribución del servicio público de gas domiciliario, en cuyo inciso tercero ordena que es obligación de las empresas prestadoras de servicios públicos *“sujetarse a las normas que sobre planeación urbana, circulación y tránsito, uso del espacio público, seguridad y tranquilidad ciudadana adopten los municipios, exigiendo a la vez garantías adecuadas a los riesgos que se puedan crear”*.

*personas que estuvieron realizando la obra, al dejar aquel material de tierra y piedras sin las señales preventivas necesarias, a lo cual contribuyó la falta de alumbrado público*²⁹.

5.- Conclusiones probatorias y caso concreto

Establecida la existencia del daño por cuya indemnización se demandó, esto es la muerte de Isneida Rincón Valverde, ocurrida como consecuencia de un en un accidente de tránsito, aborda la Sala el análisis de imputación con el fin de determinar si en el presente asunto dicho daño le puede ser atribuido a la demandada y si es deber jurídico de ésta resarcir los perjuicios que del mismo se derivan.

En relación con la imputabilidad del daño, en el caso concreto se señaló en la demanda que por el accidente ocurrido eran responsables la Empresa de Gases del Llano S.A, pues, cuando adelantaba obras de instalación de redes en el sitio del siniestro, dejó materiales de desecho, sin haber colocado la respectiva señalización que advirtiera el peligro y, el municipio de Acacías, pues el área donde sucedió el accidente carecía - en absoluto - de alumbrado público, lo que no permitió al conductor de la motocicleta visualizar el peligro que se cernía sobre la vía.

Ahora bien, para el caso *sub examine*, a partir del análisis detallado del material probatorio aportado al proceso, es posible deducir que las demandadas son responsables del daño alegado por los demandantes, esto es, por la muerte de Isneida Rincón Valverde, ocurrida como consecuencia del accidente de tránsito que tuvo lugar el 4 de diciembre de 1999 a la altura de la calle 15 con carrera 22 del municipio de Acacías, comoquiera que (i) dicha empresa, en desarrollo de las obras de instalación de las redes para la distribución del servicio público de gas domiciliario, dejó un montículo de tierra y piedras que ocupaban la vía, el que, además, se encontraba sin señalización, lo cual impedía advertir sobre su ubicación a quienes transitaban por la misma, es decir, omitió la señalización requerida para evitar accidentes de tránsito en razón de trabajos y obras sobre la vía pública; y (ii) el municipio incumplió su obligación referida a mantener en estado de uso adecuado las vías públicas dentro del perímetro urbano de su

²⁹ A folios 153 a 247 del cuaderno principal, obra copia de la investigación penal adelantada por la Fiscalía 22 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito en contra del señor Héctor Alonso Pulido por el delito de homicidio culposo.

jurisdicción³⁰, teniendo en cuenta el deficiente alumbrado público en el sitio del accidente.

Sobre el particular, en relación con lo dispuesto en el Manual sobre Dispositivos para el Control del Tránsito en Calles y Carreteras, adoptado por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte mediante Resolución 5246 del 2 de julio de 1985³¹, en sentencia del 20 de septiembre de 2007 (expediente 21322, C.P. Ruth Stella Correa Palacio)³², la Sección sostuvo respecto de la señalización en etapas de construcción y las señales preventivas, lo siguiente:

“En efecto, el capítulo III del Manual de dispositivos para el control de tránsito en calles y carreteras -a la sazón vigente- (adoptado como reglamento oficial mediante Resolución No. 5246 de 1985 expedida también por el Ministerio de Obras Públicas y Transporte) normalizó la señalización de etapas de construcción, reconstrucción o conservación de carreteras.

Según dicho acto administrativo, la señalización en etapas de construcción y conservación de carreteras era de carácter temporal y su instalación debía ser anterior a la iniciación de la obra, permanecer durante su desarrollo y ser levantada cuando se establezca la circulación de la vía.

En los términos del referido reglamento las señales debían ser reflectivas o debidamente iluminadas, para garantizar su visibilidad en horas de la noche y debían permanecer en posición correcta, limpias y legibles, y debían ser reparadas en caso de deterioro.

De conformidad con el citado Manual sobre dispositivos para el control de tránsito en calles y carreteras, editado por el entonces Ministerio de Obras Públicas y Transporte, como reglamento oficial en materia de señalización vial, la señalización en etapas de construcción y conservación de carreteras se clasificaba en i) señales preventivas, ii) señales reglamentarias, iii) señales informativas y iv) varias. Las señales preventivas eran las de vía en construcción a 500 y 300 metros, se debían poner en forma de rombo, pero por su carácter de seguridad debían tener un mayor tamaño que las usuales (60 a 75 cm. de lado) y ser de color anaranjado, las letras y las orlas negras (SP- 101 y SP-102). A su turno, entre las señales reglamentarias se

³⁰ La Sección en sentencia de 4 de octubre de 2007, expediente No. 16.058, señaló: “La seguridad de la circulación en las vías públicas, no puede estar comprometida u obstaculizada por situaciones anormales, que en eventos como el de autos, constituyen una trampa mortal para los usuarios de las mismas, quienes al fin y al cabo solo ejercen una pluralidad de derechos y principios consagrados en todo el plexo normativo en esta materia, tales como los que se recogen en las siguientes disposiciones: artículos 678 y 1005 del Código Civil, artículo 8º del decreto 21 de 1909, que hacen referencia al derecho de uso y goce de las vías públicas; el artículo 1º inciso segundo del Código Nacional de Tránsito, el capítulo octavo de la ley 336 de 1996, que desarrollan el principio de la seguridad entre otros; el artículo 24 de la Constitución Política que se refiere a la libertad de locomoción con (sic) un derecho fundamental...”

³¹ Mediante resoluciones Nos. 8171 de 1987, 1212 de 1988 y 11886 de 1989, el Ministerio de Obras Públicas y Transporte introdujo algunas modificaciones y adiciones al Manual sobre dispositivos para el control del tránsito en calles y carreteras, que fueron incorporadas en la segunda edición del Manual, publicado en 1992, adoptado por el entonces Instituto Nacional de Transporte y Tránsito, como reglamento oficial mediante Resolución No.3968 del 30 de septiembre del mismo año y ratificado por el Instituto Nacional de Vías, por medio de la Resolución No.3201 del 5 de mayo de 1994.

³² En igual sentido, se puede consultar la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes 13232 -15646, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

encontraban las de desvío, redonda, de 120 cm. de diámetro, en fondo blanco, orla roja y letras negras y con una flecha que oriente el sentido del mismo (SR-102). Y finalmente, las señales informativas tenían por objeto suministrar los datos básicos de la obra.

El capítulo III del manual en comento también preveía las señales “varias” en el sitio de la construcción: barricadas, conos de guía, canecas, mecheros y delineadores que por su carácter temporal podían transportarse fácilmente y emplearse varias veces. Las barricadas tenían varias alternativas de diseño, pero debían estar formadas por varios listones de no más de tres metros de largo por 30 cm. de ancho, ubicados de manera horizontal y de una altura mínima de 1.50 metros. Estos debían estar pintados en franjas, en ángulo de 45° vertical, alternadas negras y anaranjadas reflectivas, debían obstruir la calzada o el eje de la vía donde no debe haber circulación.

Al tenor de la aludida normativa si las barricadas no eran factibles, se podían utilizar canecas, pintadas alternativamente con franjas de negro y anaranjado reflectivas de 20 cm. de ancho, su altura no debe ser inferior a 80 cm. Los conos de delineación debían ser de color rojo o anaranjado, con un área de 15 x 20 cm. y altura mínima de 30 cm. (figura 19 b). Podían utilizarse delineadores luminosos a una distancia de no más de diez metros o mecheros o antorchas distanciados no más de cinco metros, para el tránsito nocturno cuando se presentaran riesgos temporales. Las tres últimas señales se empleaban para delinear canales temporales de circulación, especialmente en los períodos de conservación de las marcas viales en el pavimento, y en la formación de canales que entran a zonas de reglamentación especial o en general cuando el flujo de tránsito había de ser desviado temporalmente de su ruta³³.

Asimismo, el artículo 1º de la Resolución No. 8408 de 1985³⁴, expedida por el ministerio de Obras Públicas y Transporte, en uso de sus facultades legales en particular las que le confería el artículo 111 del Decreto ley 1344 de 1970³⁵ (el entonces Código Nacional de Tránsito Terrestre), exigía una cantidad mínima de siete (7) señales de aproximación a frentes de trabajo en las etapas de construcción y conservación de calles o carreteras.

Según las voces del artículo 3º de esta última resolución igualmente la señalización temporal en el sitio mismo del frente de trabajo que tenía por objeto advertir al usuario de una vía la existencia de un peligro o la naturaleza de éste, que hacía parte de las denominadas señales de prevención o preventivas debía hacerse utilizando conos reflectivos o delineadores con espaciamiento mínimo de dos metros y dos barricadas o caneca ubicadas una a cada lado del sitio.

Del mismo modo, el artículo 4º eiusdem disponía que en todo frente de trabajo debía regularse el tránsito de vehículos por intermedio de dos

³³ Vid. CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Sentencia de 4 de septiembre de 2003, Exp. 11.615 (- 5880), Actores: Edilberto de Jesús Montoya y otros, Demandados: Nación – Ministerio de Obras Públicas y Transporte, Fondo Vial Nacional e Instituto Nacional de Transporte (INTRA), C. P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

³⁴ Cfr. Fls. 132 a 136 y 154 a 155 c.1

³⁵ De acuerdo con su artículo 111 el Ministerio de Obras Públicas determinaba las señales, convenciones y demarcaciones de tránsito por las vías del país y dará instrucciones sobre su interpretación y uso. Normativa expedida en ejercicio de las facultades extraordinarias que le confirió la Ley 8 de 1969 y publicado en Diario Oficial No. 33.139.

personas con sus respectivos chalecos reflectivos, ubicadas una a cada lado del sitio.

Igualmente el artículo 6º de la resolución en estudio ordenaba a la entidad contratante a exigir a los contratistas el cumplimiento de las estipulaciones sobre señalización temporal, por medio del interventor respectivo.

Conforme a lo establecido en la reglamentación vigente a la época de los hechos, antes reseñada, sobre señales preventivas en obras que se adelantaran en calles y carreteras en referencia, se concluye que los tres (3) “avisos”, los “mechones” y las “dos pilas de arena” a que aludió el celador de la obra no corresponden a las que se exigían reglamentariamente; para ello era preciso, se insiste, la ubicación de una cantidad mínima de siete (7) señales temporales de aproximación a frentes de trabajo, ubicación en el sitio mismo de conos reflectivos o delineadores, dos barricadas o canecas ubicadas una a cada lado del sitio, además de la regulación del tráfico por medio de dos personas con sus respectivos chalecos reflectivos.”

Conforme a lo anterior, para la Sala es claro que el daño le es imputable a la Empresa Gases del Llano S.A, por cuanto las obras que estaba realizando no estaban señalizadas debidamente y, por lo tanto, el montículo dejado durante su ejecución, no pudo ser advertido por el señor Héctor Alfonso Pulido, quien conducía el vehículo en el que se transportaba, como acompañante, la señora Isneida Rincón Valverde.

En este orden de ideas, se tiene que en el presente asunto se presentó una omisión atribuible a la referida empresa demandada. En los términos del Código Nacional Terrestre –Decreto Ley 1344 de 1970-, vigente al momento de la ocurrencia de los hechos- la vía debía contar con señales de prevención con el fin de “...advertir al usuario de la vía la existencia de un peligro y la naturaleza de éste” –artículo 112-. Lo anterior no permitió que el conductor de la motocicleta siniestrada advirtiera el obstáculo en la vía – como debió hacerlo -, lo que ocasionó el accidente que hubiera podido prevenirse con la instalación de las señales de advertencia pertinentes.

Ahora bien, debe destacar la Sala que sobre este aspecto la prueba resulta ser contradictoria, pues, por un lado, el ingeniero residente Andrés Llinás Gómez³⁶, quien para el momento de los hechos prestaba sus servicios a la Empresa Gases del Llano S.A, afirmó que sí había señales que indicaban la existencia del peligro que representaba el montículo de tierra dejado sobre la vía y, por el otro, en el informe de accidente de tránsito se hizo alusión al código 305 del manual de

³⁶ Folios 189 a 194 del cuaderno principal.

accidente de tránsito referente a la existencia de obras de construcción sin las respectivas señales de tránsito, visión de los hechos que es coincidente con lo manifestado por el señor Jaime Morales Marín, testigo presencial de los hechos, para quien el accidente de tránsito se produjo porque no había ninguna señal preventiva que advirtiera la presencia del obstáculo en la vía.

Ante esta discrepancia, la Sala da crédito a lo consignado en el informe de accidente de tránsito, en la medida en que refleja lo que pudo constatar el agente de la policía que llegó al lugar de los hechos y ayudó a la víctima poco después del accidente, sin que lo allí señalado pueda tacharse de parcializado, toda vez que su dicho no fue desmentido por ninguna de las demandadas y sí, por el contrario, se ve reforzado por lo declarado por el único testigo directo de los hechos, lo que en síntesis, demuestra que no existía en ese lugar una adecuada señalización preventiva y le resta credibilidad al dicho del ingeniero residente de la obra Andrés Llinás Gómez.

Ahora bien, de acuerdo con el informe de accidente de tránsito y lo sostenido por el testigo presencial de los hechos, además de la inadecuada señalización, la iluminación de la calle era deficiente. De hecho, en el informe referido, en el apartado de *“Características de las vías”* se precisó: *“Iluminación: mala”*

En este punto, es preciso tener en cuenta que de acuerdo con el artículo 1° de la Resolución 043 de 1995 *“Por la cual se regula de manera general el suministro y el cobro que efectúen las empresas de servicios públicos domiciliarios a municipios por el servicio de energía eléctrica que se destine para alumbrado público”*, expedida por la Comisión de Regulación de Energía y Gas, el alumbrado público es un servicio público que consiste en

“... la iluminación de las vías públicas, parques públicos, y demás espacios de libre circulación que no se encuentren a cargo de ninguna persona natural o jurídica de derecho privado o público, diferente del municipio, con el objeto de proporcionar la visibilidad adecuada para el normal desarrollo de las actividades tanto vehiculares como peatonales. También se incluirán los sistemas de semaforización y relojes electrónicos instalados por el Municipio. Por vías públicas se entienden los senderos peatonales y públicos, calles y avenidas de tránsito vehicular.”³⁷ (Se destaca).

³⁷ Al respecto cabe consultar lo expuesto por la Sala en sentencia proferida el 19 de mayo de 2005; Radicación número: 63001-23-31-000-2002-00719-02; Referencia: AP – 00719, Consejero ponente: Dra. María Elena Giraldo Gómez y la sentencia de 16 de febrero de 2006, Radicación número: 17001-23-31-000-2004-00237-01(AP), Consejero ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 2 de la citada resolución, los municipios³⁸ tienen a su cargo la prestación del servicio de alumbrado público dentro del perímetro urbano y el área rural comprendidos en su jurisdicción, a cuyo efecto están facultados *“para celebrar contratos o convenios para la prestación del servicio de alumbrado público, de manera que el suministro de energía sea de responsabilidad de la empresa distribuidora o comercializadora con quien el municipio llegue a tal acuerdo, al igual que se podrá contratar con la misma o con otra persona natural o jurídica el mantenimiento o expansión del servicio de responsabilidad municipal”*.

En el presente caso ha quedado suficientemente acreditado que la deficiente iluminación en la vía pública incidió positivamente en la ocurrencia del accidente, pues resulta evidente que en estas condiciones el sector donde se hallaba el obstáculo fuente de riesgo no se encontraba en un estado adecuado para su utilización por parte de la ciudadanía, obligación que es del resorte del ente municipal demandado.

A juicio de la Sala, entonces, las dos circunstancias anotadas previamente son la causa adecuada del daño acaecido, pues de haber existido señalización en relación con la obra realizada por la Empresa Gases del Llano S.A. y de haber contado ésta con el alumbrado público correspondiente, el accidente de tránsito en cuestión se habría podido evitar.

En este orden de ideas, la Sala concluye que la responsabilidad predicable respecto de las demandadas se encuentra acreditada, de modo que se entrará a analizar las causales eximentes de responsabilidad expuestas por la Empresa Gases del Llano S.A, consistentes en el hecho de un tercero y la culpa exclusiva de la víctima, al asegurar que el conductor de la motocicleta conducía a alta velocidad y en estado de alicoramiento y por cuanto la víctima omitió portar el casco de protección que por ley se exige a los ocupantes de esa clase de vehículos, causal esta última que sirvió de fundamento al *a quo* para reducir el monto de la condena en el fallo de primera instancia.

6. Causales de exoneración

³⁸ El artículo 311 de la Constitución Política dispone: *“Al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.”*

6.1. El hecho de un tercero

Aunque está demostrado que el conductor de la motocicleta, señor Héctor Alfonso Pulido, estaba ejerciendo una actividad peligrosa en el momento del accidente, no se acreditó que hubiera actuado de manera negligente, bien porque condujera a una alta velocidad o porque lo hiciera en estado de embriaguez, afirmaciones de la empresa demandada que no encontraron respaldo en el material probatorio del proceso, de modo que el daño no es imputable a un tercero, como lo planteó en sus escritos de excepciones.

6.2. La culpa de la víctima

Ahora bien, la Sala no pasa por alto que la víctima, ciertamente, infringió la Resolución No. 3606 de 1998 del Ministerio de Transporte y la Resolución No. 004 de 19 de enero de 1999 del municipio de Acacías, que establecieron la obligación del uso del casco protector por parte de conductores y parrilleros, pues así lo pone en evidencia el informe de accidente de tránsito, en el cual se consignó en el punto “10. Víctimas: Pasajeros y Peatones, Espacio relativo al Casco: NO”.

En este sentido, lo probado en el proceso deja en claro que la víctima no se atemperó al deber objetivo de cuidado inherente al uso de este tipo de vehículos y su conducta imprudente de transportarse como pasajera en una motocicleta, sin el casco protector, contribuyó con la causación del daño, cuya indemnización se demanda.

En efecto, la Sala encuentra que en el presente caso se configura una concurrencia de culpas con el hecho de la propia víctima, en razón a que se encuentra probado con el informe del accidente de tránsito obrante en el encuadernamiento -como ya se había dicho- que la occisa Isneida Rincón Valverde no portaba casco mientras se transportaba en motocicleta.

Pues bien, dado que la hoy occisa falleció debido al golpe sufrido en su cabeza, la cual se encontraba sin la protección del casco, la Sala encuentra que en el presente caso la víctima asumió el riesgo de transportarse en una motocicleta sin portar el elemento de protección exigido por el ordenamiento jurídico con el fin de proteger su vida y salud.

Esta Subsección ya se había pronunciado sobre el actuar irresponsable por parte de los motociclistas de no portar casco, en un caso donde consideró probada la causal eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, entre otros factores, por la mencionada omisión, así:

“No obstante, si bien la omisión del Municipio demandado en suministrar el casco protector, eventualmente hubiere podido dar lugar a que el señor Parra Zambrano solicitara el cumplimiento de esa obligación, sea in natura o por el valor del importe del aludido elemento accesorio o, incluso, pudo haber conducido a que la víctima directa del daño se hubiere abstenido de usar ese vehículo, de manera alguna lo excusaba para que, si decidía ejercer la actividad de conducir, lo hiciera sin el correspondiente porte y utilización del referido casco protector.

Ciertamente, cada persona, en principio, es responsable de su propia seguridad y más aún cuando de manera voluntaria y libre decide ejercer una actividad peligrosa, situación que, como se explicó con anterioridad, implica tanto la asunción de los riesgos propios de esa actividad, como la obligación de extremar las medidas para evitar lesionarse.

Se agrega, además, que la víctima directa tenía o debió tener pleno conocimiento de la prohibición prevista en la Resolución 3606 del 18 de noviembre de 1998, proferida por el Ministerio de Transporte, según la cual no se encuentra autorizado el tránsito, por el territorio nacional, en motocicleta sin que el conductor de la misma y el parrillero portaran el casco protector, motivo por el cual (...) el señor Parra Zambrano al ejercer la aludida actividad peligrosa era un conductor y, como tal, debía someterse a las reglas previstas en el ordenamiento para tales efectos.

Así las cosas, si una persona para el ejercicio de determinada actividad conoce de la existencia de requisitos para realizarla, cuyo cumplimiento se encuentra a su alcance, esto es que su inobservancia resulta inexcusable y de manera libre y espontánea decide practicar esa actividad, debe necesariamente someterse al reglamento correspondiente, aún más cuando algunos de esos requisitos han sido previstos, precisamente para garantizar la seguridad de los que efectúan esa actividad.

(...)

No sobra reiterar que la conducción de motocicletas constituye una actividad altamente peligrosa y, por tanto, exige de manera necesaria e ineludible que quien la ejerza extienda las medidas de precaución tanto para garantizar su propia seguridad, como la de los demás conductores y usuarios de las vías, con mayor razón si algunas de esas herramientas de seguridad son de uso obligatorio”³⁹.

Tal como se observa, el actuar omisivo de la víctima, consistente en no portar casco mientras se transportaba como parrillero en una motocicleta, además de

³⁹ Providencias de 20 de mayo de 2013, exp. 28024; 27 de enero de 2016, exp. 36567.

infringir una obligación legal que -bueno es decirlo- se creó con la finalidad de proteger a los conductores y pasajeros de dichos vehículos en caso de accidentes, repercutió directamente en el daño causado.

Por lo tanto, habrá lugar a confirmar la sentencia de primera instancia, pues se encuentra probada la existencia de una concurrencia de culpas y, en consecuencia, se condenará a la entidad territorial demandada al pago de perjuicios en un 50%, toda vez que la víctima contribuyó también de manera determinante en la producción del daño, al asumir su propio riesgo.

7. Valoración y tasación de perjuicios

Los señores Yamid Weimar Rey Velázquez, Deiber Yamid Rey Rincón, Cristian Julián Rey Rincón, Medardo Rincón García y Aleyda Rincón Valverde solicitaron que se reconociera a su favor una indemnización por los perjuicios morales y materiales a ellos causados, como consecuencia de la muerte de la señora Isneida Rincón Valverde.

Se encuentra acreditado que la señora Isneida Rincón Valverde era la madre de Deiber Yamid Rey Rincón y Cristian Julián Rey Rincón, asimismo, se encuentra acreditado que era hija de Medardo Rincón García y hermana de Aleyda Rincón Valverde⁴⁰.

El señor Yamid Weimar Rey, quien dijo acudir en calidad de compañero permanente de la señora Isneida Rincón Valverde, demostró ese hecho con la declaración rendida ante el Tribunal Administrativo del Meta por los señores Jaime Morales Marín y Medardo Rincón García⁴¹, quienes aseguraron que el antes mencionado convivía con la señora Isneida Rincón Valverde y que tenían dos hijos de nombre Deiber Yamid y Cristian Julián Rey Rincón.

La Sala da crédito a estos testimonios y, por lo tanto, tendrá a este demandante como compañero para efectos del reconocimiento de la indemnización de perjuicios morales, pues si bien, el señor Medardo Rincón García funge como

⁴⁰ A folios 16 y 17 del cuaderno principal, obra el registro civil de nacimiento de Deiber Yamid Rey Rincón y Cristian Julián Rey Rincón. A folio 34 ibídem, obra el registro civil de nacimiento de Isneida Rincón Valverde, que da cuenta de que es hija del señor Medardo Rincón García. A folio 35 ibídem, obra el registro civil de nacimiento de Aleyda Rincón Valverde, que da cuenta de que es hermana de la señora Isneida Rincón Valverde.

⁴¹ Folios 358 a 360 del cuaderno principal.

parte demandante dentro del proceso, pues se tiene acreditado que es el progenitor de la víctima, esta circunstancia no impide darle pleno crédito a su dicho, toda vez que su testimonio está dirigido a la prueba de un asunto que no es medular en la existencia de la responsabilidad y se dirige a señalar como legitimado a uno de los demandantes, cuyo reconocimiento en nada beneficia o afecta al testigo en su particular interés indemnizatorio en el proceso. Adicionalmente, para efecto de demostrar la convivencia, qué mejor testimonio que el de una persona perteneciente al núcleo familiar que conoce de primera mano las relaciones afectivas, amén de concordar su dicho con el hecho de que el señor Yamid Weimar Rey es el padre de los menores Deiber Yamid y Cristian Julián Rey Rincón, conforme a sus respectivos registros civiles de nacimiento.

7.1. Indemnización de perjuicios morales

Por concepto de perjuicios morales, en la sentencia de primera instancia el *a quo* condenó al Municipio de Acacías y a la Empresa Gases del Llano S.A a pagar proporcionalmente una suma equivalente a quinientos (500) gramos de oro a favor de Yamid Weimar Rey Velázquez, en calidad de compañero permanente, quinientos (500) gramos de oro a favor de Deiber Yamid Rey Rincón, (500) gramos de oro a favor de Cristian Julián Rey Rincón (hijos), quinientos (500) gramos de oro a favor de Medardo Rincón García (padre) y doscientos cincuenta (250) gramos de oro a favor de Aleyda Rincón Valverde (hermana).

Ahora bien, comoquiera en el análisis de la concurrencia de culpas se redujo el grado de participación de la víctima a un 50%, procede la Sala a fijar de forma adecuada el reconocimiento de la indemnización por concepto de perjuicios morales a favor de los demandante que, sí acreditaron en debida forma la condición con la que concurrieron al presente proceso, no sin antes recordar que de acuerdo con lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001⁴², en la cual se determinó la necesidad de adecuar los montos indemnizatorios a salarios mínimos legales mensuales, razón por la cual se asignarán los porcentajes, para cada uno de los demandantes, en los valores que se indican a continuación:

Yamid Weimar Rey Velázquez (compañero)	50 SMMLV
--	----------

⁴² Consultar sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646, M.P. Alier Hernández Enríquez.

Deiber Yamid Rey Rincón (hijo)	50 SMMLV
Cristian Julián Rey Rincón (hijo)	50 SMMLV
Medardo Rincón García (padre)	50 SMMLV
Aleyda Rincón Valverde (hermana)	25 SMMLV

7.2. Indemnización de perjuicios materiales

En la sustentación del recurso de apelación, la parte recurrente manifestó su desacuerdo para con la sentencia de primera instancia en lo atinente a la negación del reconocimiento de los perjuicios materiales solicitados en la demanda a favor de Yamid Weimar Rey Velázquez, Deiber Yamid y Cristian Julián Rey Rincón, en su calidad de compañero permanente e hijos de la señora Isneida Rincón Valverde.

En el recurso de apelación se afirmó que la señora Isneida Rincón Valverde se dedicaba exclusivamente a las labores del hogar y a la crianza de sus dos pequeños hijos, de escasos dos meses de nacido y tres años de edad, por lo que se pidió en el recurso de apelación, que se reconociera una indemnización por este concepto, teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial del Consejo de Estado, según el cual, a las labores domésticas, por lo menos, se les debe dar un contenido económico equivalente al salario mínimo legal mensual vigente.

7.2.1 Daño material o patrimonial por el fallecimiento de la persona dedicada a la economía doméstica o del hogar⁴³

La Sala Plena de la Sección Tercera, con el objeto de unificar su jurisprudencia sobre la conceptualización y valoración de los perjuicios provenientes del fallecimiento de la persona dedicada a la economía y cuidado del hogar, pasará a referirse, en lo que sigue, a los siguientes aspectos: (i) contexto normativo y jurisprudencial de reivindicación de la mujer; (ii) economía de cuidado o trabajo

⁴³ En este punto la Sala advierte que la terminología tradicionalmente empleada es la de “ama de casa” pero que sociológicamente resulta discriminatoria porque se circunscribe injustificadamente al género femenino, motivo por el que se adecuará a la de “persona dedicada a la economía doméstica o del hogar”.

invisible de las labores del hogar; (iii) tipología del daño causado por el fallecimiento de las personas dedicadas a la economía y cuidado del hogar, su desarrollo jurisprudencial y la fijación de jurisprudencia sobre ese particular; y (iv) criterios para la fijación de los montos de indemnización ante el fallecimiento de la persona dedicada a la economía y cuidado del hogar.

Debe precisar la Sala, no obstante el cometido antes señalado, que los análisis que serán efectuados a continuación en relación con la indemnización proveniente del fallecimiento “de la persona encargada de la economía y cuidados domésticos”, serán replicables a situaciones análogas dadas las cambiantes formas de familia que tienen reconocimiento y protección por parte del Estado. Así, por tanto, los criterios que fijados serán aplicables a eventos en los que sea el hombre quien desempeñe el rol de “amo de casa” o en aquellos en los que la estructura familiar sea monoparental, así como para el caso de parejas del mismo sexo.

De lo dicho se deriva que si bien en lo que sigue se reitera la referencia al “ama de casa” –dado que, por lo general, es esa la figura que se presenta en el seno de las familias–, ello no obsta para que las reflexiones que se efectúen no sean predicables de las otras formas de familia antes mencionadas.

Por otra parte, si bien la Sala hará explícita la intención de reivindicar el papel de la mujer en la sociedad, particularmente por el indiscutible e invaluable aporte que desde el hogar ha efectuado para el mantenimiento y desarrollo de la sociedad, aún a costa de su propia dignidad, las medidas a cuya adopción se insta por la fuerza del precedente mediante la presente sentencia de unificación pretenden, sin duda, salvaguardar la familia como núcleo fundamental de la sociedad (artículo 42, Constitución Política), de lo cual se deriva la necesidad de adoptar medidas que permitan prodigarle una protección jurídica preferente, entre las que se encuentra, no solo procurar por la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, sino el amparo de su patrimonio, pues, tal como tuvo oportunidad de observarlo la Corte Constitucional, “...sólo la disponibilidad de los bienes económicos necesarios para la subsistencia puede asegurar el desarrollo integral de sus miembros” ⁴⁴.

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia C-560 del 23 de julio de 2002. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

La garantía de la reparación integral y, por lo tanto, la adecuada tipificación de los daños que pueden afectar a la familia⁴⁵, cobra fundamental vigencia ante situaciones que perturben su estabilidad, pues un adecuado restablecimiento de la situación patrimonial, mediante medidas indemnizatorias, compensatorias o resarcitorias, propende, sin duda, por la protección de la cohesión y estabilidad de la familia y de cada uno de sus integrantes.

7.2.1.1. Contexto normativo y jurisprudencial de reivindicación de la mujer

La Sala, antes de referirse en concreto al daño material o patrimonial que se causa con el fallecimiento del “ama de casa”, considera importante precisar que la jurisprudencia de la Corporación al estudiar los diferentes tópicos relativos a la mujer y su situación actual, pretende reivindicar su papel como actor principalísimo en la sociedad, evidenciar las situaciones que históricamente han obstruido su normal desenvolvimiento y, en lo posible, adoptar medidas que propendan por su plena dignificación.

En las últimas décadas (con mayor acento a partir de los años 50's y 60's) los esfuerzos desde el punto de vista normativo para garantizar en el plano material la igualdad de todas las personas ante la ley han resultado evidentes tanto en el derecho nacional como en el internacional, en ambos casos como reflejo indudable del trabajo incesante de la sociedad en busca de generar mejores condiciones de vida para las mujeres que, históricamente, han sido discriminadas por razones de sexo.

Actualmente son evidentes los avances normativos respecto del tratamiento igualitario de la mujer en la sociedad. La Constitución Política de 1991, al recoger el principio de igualdad y no discriminación, lo hace desde una doble óptica: de una parte, el artículo 5 establece que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad. Por su parte, el artículo 13 *ejusdem* reconoce que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

⁴⁵ “Sólo a través del reconocimiento pleno de las diferentes vicisitudes que haya sufrido una víctima – o mejor, esa víctima – en su patrimonio o en sus intereses vinculados con los bienes de la personalidad o en su esfera espiritual, puede entenderse que se ha realizado una reparación integral. Solarte, Arturo. “*El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo*”. En: “*Tendencias de la responsabilidad civil en el S.XXI*”, Colección Jornadas No. 1. Pontifica Universidad Javeriana, biblioteca jurídica Dike, Bogotá D.C. 2009.

Sobre este particular, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁴⁶ señaló que los principios de igualdad y no discriminación no se agotan con su simple consagración normativa, sino que implican, también, una advertencia acerca de las frecuentes e históricas causas generadoras de desigualdad, opuestas, por lo demás, a la dignidad de la persona humana en que se funda la organización estatal y la consecución de un orden político, económico y social justo, tal como se ordena en el preámbulo y en el artículo 1 de la Carta Política.

Así, la evidencia de tal realidad impone remediar las situaciones de inferioridad afincadas en estereotipos o prejuicios sociales de reconocida persistencia y erradicar prácticas culturales que han ubicado a personas o a sectores de la población en posiciones desfavorables.

Lo previsto en el artículo 13 constitucional, a más de formular un principio general de no discriminación, impone al Estado un comportamiento efectivo encaminado a superar las injusticias seculares, a promover los sectores menos favorecidos de la sociedad y a disminuir las barreras económicas o sociales que les impiden acceder a la igualdad sustancial, lo que comporta que las medidas que se adopten ostenten cualidades compensatorias o reparadoras de previas desigualdades reales⁴⁷.

En este sentido, la Carta Política dispone tanto obligaciones positivas como omisivas en punto de la igualdad entre hombres y mujeres, pues, por una parte, prohíbe la discriminación por razones de género y, por otra, impone a las autoridades públicas la obligación de reducir los efectos generados por la transgresión histórica de dicha prohibición.

Constitucionalmente, también, se estructura un sistema específico de protección a la mujer que obedece a la necesidad de reivindicar su rol en la sociedad y de superar los efectos de agudos procesos de estigmatización y marginamiento.

El sistema referido está sustentado en el ya mencionado artículo 13 que prohíbe, en general, cualquier forma de discriminación. Más adelante, de manera específica, el artículo 43 prescribe, categóricamente, no sólo que la mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación, sino que tendrá los mismos

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2010, expediente 18101. C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-410 del 15 de septiembre de 1994. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

derechos y oportunidades que el hombre. La misma disposición exige una especial protección de la mujer durante el embarazo, en el postparto, ante situaciones de desamparo o desempleo y cuandoquiera que sea cabeza de familia. Los artículos 40, 42 y 53 de la Constitución también establecen mecanismos de protección para la mujer.

Es claro, entonces, que la Carta Política a partir del reconocimiento de la discriminación padecida por las mujeres por razón de su sexo y de las consecuencias negativas que tal situación ha generado al limitar su autonomía y, en últimas, al afectar su dignidad, establece una serie de imperativos para el Estado y la sociedad con los que se pretende restablecer el equilibrio perdido y, además, compensar o resarcir la marginalización de la que son aún víctimas.

Ahora bien, como lo ha advertido la Corte Constitucional, no resulta compatible con el sistema de inspiración igualitaria estructurado en la Constitución que las medidas de apoyo especial a las mujeres estén dirigidas, principalmente, a permitir que cumplan bien su rol doméstico dentro del hogar, puesto que ello constituiría una reafirmación del estereotipo que, precisamente, está asociado a las desigualdades sociales que el constituyente quiso corregir. Por eso ha de entenderse que el apoyo especial garantizado por la Constitución en estos casos es aquel que permite a la mujer desarrollar libre y plenamente sus opciones de vida⁴⁸.

Desde el punto de vista legal el Congreso de la República ha adelantado una importante labor con el objeto de materializar los dictados constitucionales sobre igualdad y no discriminación. Tal ejercicio normativo, posterior a la Constitución de 1991, se remonta a la Ley 11 de 1992, con la que se aprobó el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales con medidas en favor de mujeres, llegando hasta recientes disposiciones como Ley 1486 de 2011 con la que se garantiza la igualdad salarial y de retribución laboral entre hombres y mujeres, se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación y se dictan otras disposiciones⁴⁹. Entre una y otra norma han sido

⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-184 del 4 de marzo de 2003. M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

⁴⁹ Ley 11 de 1992, en la que se aprueba el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra para protección de víctimas de los conflictos armados con medidas en favor de mujeres; Ley 82 de 1993 o “Ley de mujer cabeza de familia”; Ley 188 de 1995 (Plan de Desarrollo 1995 – 1998) en la cual se crea la Dirección Nacional para la Equidad de las Mujeres; Ley 248 de 1995 “Por la cual se aprueba la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer”; Ley 581 de 2000 en la que se reglamenta la adecuada y

expedidas múltiples disposiciones que buscan desde proteger a la mujer contra la violencia, garantizar su acceso igualitario al mercado laboral, hasta visibilizar su contribución en el desarrollo económico y social del país.

El panorama en el derecho internacional no es nada diferente. En efecto, existe una multiplicidad de instrumentos, de los que el Estado colombiano hace parte, en los que el principio de igualdad y el mandato de no discriminación se reitera e impone para superar la estigmatización de la mujer.

Entre tales instrumentos, cuyo detalle se deja en cita⁵⁰, baste señalar, por una parte, que la Convención Americana sobre Derechos Humanos proclama que cada uno de los Estados Parte se compromete a "*respetar los derechos y*

efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la diferentes ramas y órganos del Poder Público; Ley 731 de 2002, "por la cual se dictan normas para favorecer a las mujeres rurales"; Ley 823 de 2003, "Por la cual se ordena institucionalizar la equidad e igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en el Estado"; Ley 882 de 2004 o "Ley de los ojos morados" que penaliza el delito de violencia intrafamiliar; Ley 984 de 2005 "Por la cual se aprueba el Protocolo facultativo de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer"; Ley 1009 de 2006 "Por la cual se crea el Observatorio de Asuntos de Género"; Ley 1232 de 2008 en la que se modifica la Ley 82 de 1992 sobre mujeres cabeza de familia; Ley 1257 de 2008 sobre sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres; Ley 1413 de 2010, por medio de la cual se regula la inclusión de la economía del cuidado en el sistema de cuentas nacionales con el objeto de medir la contribución de la mujer en el desarrollo económico y social del país; y la Ley 1496 de 2011 "Por la cual se garantiza la igualdad salarial y de retribución laboral entre hombres y mujeres, se establecen mecanismos para erradicar cualquier forma de discriminación y se dictan otras disposiciones".

⁵⁰ Algunos de estos instrumentos internacionales son: Carta de la OEA (artículo 3.1); Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 1 y 24); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (artículo 2); Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador" (artículo 3); Carta de las Naciones Unidas (artículo 1.3); Declaración Universal de Derechos Humanos (artículos 2 y 7); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículos 2.2 y 3); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 2 y 26); Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (artículo 2); Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 2); Declaración de los Derechos del Niño (Principio 1); Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43, 45.1, 48, 55 y 70); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (artículos 2, 3, 5 a 16); Declaración sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Fundadas en la Religión o las Convicciones (artículos 2 y 4); Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo y su Seguimiento (2.d); Convenio No. 97 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (revisado) (artículo 6); Convenio No. 111 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) relativo a la Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (artículos 1 a 3); Convenio No. 143 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre los Trabajadores Migrantes (disposiciones complementarias) (artículos 8 y 10); Convenio No. 168 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre el Fomento del Empleo y la Protección contra el Desempleo (artículo 6); Proclamación de Teherán, Conferencia Internacional de Derechos Humanos de Teherán, 13 de mayo de 1968 (párrs. 1, 2, 5, 8 y 11); Declaración y Programa de Acción de Viena, Conferencia Mundial de Derechos Humanos, 14 a 25 de junio de 1993 (I.15; I.19; I.27; I.30; II.B.1, artículos 19 a 24; II.B.2, artículos 25 a 27); Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas (artículos 2, 3, 4.1 y 5); Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Programa de Acción, (párrafos de la Declaración: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 y 104); Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza (artículo 3); Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales (artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9); Declaración sobre los Derechos Humanos de los Individuos que no son Nacionales de País en que Viven (artículo 5.1.b y 5.1.c); Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 20 y 21); Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículos 1 y 14); Carta Social Europea (artículo 19.4, 19.5 y 19.7); Protocolo No.12 al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (artículo 1); Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos "Carta de Banjul" (artículos 2 y 3); Carta Árabe sobre Derechos Humanos (artículo 2); y Declaración de El Cairo sobre Derechos Humanos en el Islam (artículo 1). [tomado de: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 17 de marzo de 2010, expediente 18101. C.P. Mauricio Fajardo Gómez]

libertades" consagrados en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación, entre otras razones, por el sexo.

Por otra parte, de manera específica, dentro del sistema interamericano de derechos, puede mencionarse la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Ley 51 de 1981, en la que se advierte que la expresión "*discriminación contra la mujer*" denota toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. Señala, igualmente, que los Estados Parte deben adoptar e implementar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, una política encaminada a eliminar la discriminación contra la mujer, lo cual incluye el deber de abstenerse de incurrir en todo acto o práctica de discriminación contra la mujer, así como de garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación.

7.2.1.2. Economía del cuidado o el trabajo invisible de la persona dedicada a la economía del hogar

En las sociedades occidentales, no obstante los indudables avances que dan cuenta de un proceso de reivindicación de la mujer y de un tratamiento cada vez más igualitario –tal como se dejó indicado en el apartado precedente–, el rol que ha desempeñado parte de un supuesto *orden natural* o *deber ser de las cosas* que ha sido construido a lo largo de sociedad patriarcal e impone a las mujeres la obligación de asumir como propias, con carácter excluyente, las actividades domésticas, lo cual obedece a una aparente complejidad de las actividades del hogar que exigiría una total dedicación y que predica de las mujeres especiales virtudes, de las que los hombres carecerían para llevarlas a cabo, las que, por ello, se asumen como connaturales a las mujeres por razón de su sexo e, incluso, moralmente exigibles a ellas. A la par de la exaltación de pretendidas virtudes femeninas, la estimación del trabajo doméstico y de las labores de cuidado ha sido subvalorado e, incluso, ocultado, al punto de considerar que no se trata de trabajo.

Esta forma de ser y entender la sociedad, a más de radicalizar la exclusión de la mujer del ámbito público y de relegarla al privado, se convirtió en una de las principales fuentes de la desigualdad de género que, actualmente, trata de corregirse desde todos los ámbitos.

La dependencia económica de la mujer frente al hombre por la falta de remuneración de su actividad doméstica y de cuidado, aunada a la imposibilidad de acceder al mercado laboral por falta de capacitación adecuada, dada su dedicación exclusiva al hogar, se convierte en un círculo vicioso de sometimiento de la mujer y la deja con opciones reducidas para su supervivencia y en una situación precaria de protección pues, por ejemplo, en muchos casos, el amparo de los riesgos de enfermedad y vejez depende, exclusivamente, de la labor remunerada del varón.

El acceso de las mujeres al mercado laboral “*formal*”, por su parte, no ha comportado una redistribución de las cargas de trabajo entre los sexos y, por tal razón, se presenta una sobrecarga laboral en ellas, al tener que asumir tareas extra e intradomésticas, sin una variación importante de estas últimas en cabeza de los hombres⁵¹.

Ahora bien, tal como se indicó previamente, el trabajo doméstico asignado a la mujer ha sido minusvalorado, al punto que, desde la ciencia económica se le negó, por muchos años, un valor específico, lo que repercutió, indudablemente, en que en el mundo del derecho también tardara su reconocimiento.

Sin embargo, hoy por hoy resulta indiscutible la importancia del trabajo de las amas de casa para la sociedad, lo que ha propiciado, no obstante su falta de remuneración, que sea ubicado dentro de la categoría de las actividades productivas. Esta circunstancia, impulsó la creación de instrumentos en el derecho nacional e internacional que permiten estimar económicamente esa actividad, actualmente denominada, también, como “*economía del cuidado*”, la cual se refiere, de acuerdo con el Departamento Nacional de Estadística⁵², a “[l]a producción, distribución, intercambio y consumo de los servicios de cuidado”, que

⁵¹ DANE, Encuesta Nacional de Uso del Tiempo (ENUT). Boletín de prensa. Diciembre 5 de 2013: “*Cuando se analizan hombres y mujeres, se observa que al combinar el tiempo que ellas dedican al trabajo comprendido como no comprendido en el SCN [Sistema de Cuentas Nacionales]. Este llega a ser de 2 horas y 12 minutos más al día que el de los hombres, esta diferencia está marcada principalmente por el tiempo adicional que las mujeres dedican a las actividades de trabajo doméstico y de cuidados (4 horas más que los hombres)*”. En: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ENUT/Bol_ENUT_2012_2013.pdf

⁵² Ver: https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ENUT/pres_ENUT_2012_2013.pdf

podrán ser de carácter indirecto cuando se asimilan al trabajo doméstico y directo si involucran el desarrollo de una relación interpersonal y comprende: suministro de alimentos a miembros del hogar; mantenimiento de vestuario para las personas del hogar; compras y administración del hogar; actividades con menores de 5 años; cuidado físico de miembros del hogar; apoyo a miembros del hogar; actividades de voluntariado; y actividades conexas al trabajo no comprendido en el Sistema de Cuentas Nacionales.

En primera instancia, debe mencionarse la Declaración de Beijing de 1995, comoquiera que marcó un hito político en punto de la importancia de reconocer el aporte económico en todas las formas de trabajo –remunerado o no remunerado– como condición esencial para lograr la igualdad de género, en cuyo párrafo 156 se advierte:

“La mujer contribuye al desarrollo no sólo mediante su trabajo remunerado sino también mediante una importante labor no remunerada. Por otra parte, la mujer participa en la producción de bienes y servicios para el mercado y el consumo de los hogares, en la agricultura, la producción de alimentos o las empresas familiares. (...) la mujer sigue realizando también la mayor parte de la labor doméstica y de la labor comunitaria no remunerada, como el cuidado de los niños y de las personas de más edad, la preparación de alimentos para la familia, la protección del medio ambiente y la prestación de asistencia voluntaria a las personas y los grupos vulnerables y desfavorecidos. Esta labor no se suele medir en términos cuantitativos y no se valora en las cuentas nacionales. La contribución de la mujer al desarrollo se ve seriamente subestimada y, por consiguiente, su reconocimiento social es limitado. La plena visibilidad del tipo, el alcance y la distribución de esta labor no remunerada contribuirá también a que se compartan mejor las responsabilidades”.

Posteriormente, en el Consenso de Quito, adoptado en la décima Conferencia Regional de la Mujer de América Latina y el Caribe, realizada entre el 6 y el 9 de agosto de 2007, se reconoció el valor social y económico del trabajo doméstico no remunerado de las mujeres y se instó a adoptar medidas en todas las esferas de la vida democrática institucional y, en particular, en los ámbitos económico y social, incluidas medidas legislativas y reformas institucionales tendientes a garantizar el reconocimiento del trabajo no remunerado y su aporte al bienestar de las familias y al desarrollo económico de los países y a promover su inclusión en las cuentas nacionales.

Producto de las referidas Declaración y Acuerdo, el Congreso de la República de Colombia expidió la Ley 1413 de 2010, con la que se reguló la inclusión de la

“economía del cuidado” en el sistema de cuentas nacionales, con el objeto de medir la contribución de la mujer en el desarrollo económico y social del país.

Por virtud de la mencionada Ley, el DANE debe realizar, cada 3 años, una encuesta de uso del tiempo, la cual se concibió como un instrumento metodológico que permite medir el tiempo dedicado por las personas a las diferentes actividades, trabajo remunerado y no remunerado, estudio, recreación y ocio, entre otros.

Este tipo de encuestas han permitido identificar tres características que son comunes a todas las sociedades: (i) desde un tratamiento integral del trabajo mercantil y el doméstico, las mujeres trabajan más horas que los varones; (ii) en promedio, las mujeres dedican más horas al trabajo no remunerado que al trabajo remunerado; y (iii) las mujeres asumen, normalmente, tanto las tareas domésticas que tienen una gratificación menor como aquellas que son de difícil programación o sustitución⁵³.

En el caso colombiano, la encuesta sobre uso del tiempo realizada en el año 2012⁵⁴, permitió establecer que para tal vigencia el trabajo doméstico no remunerado alcanzó un monto \$232.8 billones de pesos (19.3% del PIB)⁵⁵. Igualmente, se determinó que las mujeres están a cargo de realizar el 79% del trabajo doméstico no remunerado y que, como se mencionó previamente, las mujeres asumen un mayor número de horas laborales diarias –remuneradas y no remuneradas– respecto de los hombres.

7.2.1.3. Tipología del daño patrimonial o material causado por el fallecimiento de la persona dedicada a la economía y cuidado del hogar

En este apartado, la Sala, en primer lugar, pondrá de presente algunos de los fallos en los que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha estudiado el fenómeno de la tipología del daño patrimonial o material causado por el fallecimiento del “ama de casa” y sobre tal particular fijará su posición, toda vez que, como se verá, tales decisiones no han sido uniformes y, si bien las últimas providencias proferidas han reiterado que el mencionado daño patrimonial

⁵³ Cfr. Nuño Gómez, Laura. “El mito del varón sustentador...” *ob cit.* Pp. 165.

⁵⁴ Cfr. En: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema-2/pobreza-y-condiciones-de-vida/encuesta-nacional-del-uso-del-tiempo-enut>

⁵⁵ Cfr. En: http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/cuentas/ec/Bol_CS_Econo_cuidado_Fasell_11_2014.pdf

corresponde a un lucro cesante, no se han hecho explícitas las razones para ello, ni examinado por qué se abandona la categoría del daño emergente para estos eventos.

Debe precisarse que los análisis que serán efectuados no comprenden el estudio del perjuicio inmaterial que, por estas mismas circunstancias, pueda afectar al grupo familiar y, por lo mismo, su estudio, en el caso concreto, deberá someterse a los criterios jurisprudenciales definidos por esta Corporación y a la libre apreciación del juez.

7.2.1.3.1. Recuento jurisprudencial

Mediante sentencia del 24 de octubre de 1990⁵⁶, en la que se estudió una inadecuada intervención médica a la madre de 5 hijos, quien, a la postre, sufrió una pérdida de capacidad laboral igual al 100%, que la privó de la posibilidad de continuar con sus labores como ama de casa, se reconoció que el daño ocasionado correspondía a un lucro cesante, en tanto las actividades que realizaba previamente constituían *“...sin lugar a dudas un ingreso en especie en las finanzas del hogar”*. Se agregó en esa oportunidad que *“...el no poder atender los oficios domésticos de su casa por el resto de su vida, implica que debe contratar a una persona que los realice y no se puede negar que en el desarrollo normal de la vida dichos oficios tienen que darse, puesto que la preparación de alimentos, cuidado de los vestidos, limpieza de la casa son básicos en el diario acontecer...”*.

La indemnización otorgada en esa oportunidad se tasó con fundamento en el salario mínimo legal teniendo como referencia lo devengado por un empleado doméstico y se indicó, expresamente, que quedaría sin indemnización *“...la atención y cuidado prodigados al esposo e hijos”*.

Más tarde, en sentencia del 31 de octubre de 1997, en la que se estudió la responsabilidad del Estado por la muerte de varias personas en un accidente aéreo, entre las que se encontraba una “ama de casa”, se consideró que los gastos en los que había incurrido y habría de incurrir el cónyuge de la difunta por el cuidado de sus hijas menores debían repararse a título de daño emergente,

⁵⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 24 de octubre de 1990, exp. 5902. C.P.: Gustavo De Greiff Restrepo.

pues correspondían al reconocimiento de las sumas pagadas a la trabajadora encargada del cuidado de las menores⁵⁷.

Luego, en el año 2006, bajo expediente 14.400⁵⁸, en un caso de muerte de una ama de casa por una inadecuada atención médica, si bien el demandante solicitó la indemnización del lucro cesante por “...los gastos en los que debía incurrir para el cuidado de sus hijos menores...”, dado que la difunta “...se dedicaba por completo a su atención...”, se indicó que dicha reclamación correspondía “...más exactamente a una modalidad de daño emergente consolidado y futuro...”, pues se trataba de sumas de dinero que han salido o habrán de salir del patrimonio del demandante.

En esta providencia se advirtió, además, que si bien la labor de ama de casa no es un trabajo remunerado, por cuanto la mujer normalmente lo desempeña como una actividad propia de su condición de madre y esposa y porque se trata de su hogar y de su familia y, por lo tanto, actúa movida por sentimientos de afecto y responsabilidad, lo cierto es que cuando ella falta, esas labores en todo caso deben ser realizadas por otra persona que, generalmente, no lo hará en forma gratuita sino que cobrará un salario, el cual corresponderá, por lo menos, al mínimo legal. La sentencia en comento fundó estas conclusiones en la sentencia del año 1990 previamente citada, no obstante que, como se dejó visto, en ésta se calificó el daño como un lucro cesante.

En otro asunto similar de muerte de una ama de casa, imputado, también, a una falla en la prestación del servicio médico, en sentencia del 30 de julio de 2008⁵⁹ el Consejo de Estado, tomando como referente jurisprudencial la sentencia del 2006 antes mencionada, reconoció, bajo la modalidad de lucro cesante, el aporte en especie que la difunta realizaba a las finanzas del hogar en su calidad de ama de casa. En este caso también se acogió el salario mínimo como sustento para la estimación de la indemnización.

⁵⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 31 de octubre de 1997, expediente 10250. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁵⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2006, expediente 14400. C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁵⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 30 de julio de 2008, expediente 16.483. C.P. Enrique Gil Botero.

Así mismo, en sentencia del 13 de junio de 2013⁶⁰ el Consejo de Estado consideró que *“...ante una actividad que no era remunerada a la víctima, pero que para quien la ejerza después de su desaparición deberá serlo, se presume en tal remuneración el salario mínimo legal mensual vigente. En este orden de ideas –se afirmó en la providencia–, se reconocerá el lucro cesante deprecado en el libelo”*.

Finalmente, sin que este somero recuento pretenda ser un listado acabado de las providencias que la Corporación ha proferido en casos similares, en sentencia del 28 de enero de 2015⁶¹, en la que se estudió otro evento de falla médica que ocasionó la muerte de un ama de casa, la Corporación advirtió el equívoco del Tribunal al negar el reconocimiento de perjuicios materiales al no observar que la víctima desempeñaba una actividad productiva y señaló sobre este particular que la atención y el cuidado prodigado por la madre a sus hijos corresponde a una *“...labor tanto económica como socialmente productiva que implica, per se, un reconocimiento patrimonial”*. En este sentido, se condenó al pago del lucro cesante ocasionado.

En suma, observa la Sala que si bien en los más recientes pronunciamientos de las diferentes subsecciones, en estos casos el perjuicio se ha calificado como un lucro cesante, lo cierto es que no se han puesto de presente las razones por las cuales, aparentemente, se abandonó la tesis de catalogarlo como un daño emergente, por lo que es necesario explicitar tal circunstancia y sentar la posición de la Sala sobre tal particular.

7.2.1.3.2. Posición de la doctrina

Encuentra la Sala que la doctrina nacional tampoco es uniforme al momento de calificar el perjuicio material por la muerte del “ama de casa”.

En efecto, el tratadista Juan Carlos Henao, al analizar el concepto del daño emergente y, particularmente, al ejemplificarlo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, advierte que ese tipo de daño se presenta *“...en el caso en que a raíz de la muerte de la madre se deba contratar a una persona para que atienda los*

⁶⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 13 de junio de 2013, expediente 26.800. C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de enero de 2015, expediente 28.617. C.P. Hernán Andrade Rincón.

hijos del padre sobreviviente...”, hipótesis que extrae de la sentencia del 31 de octubre de 1997, a la que se hizo referencia anteriormente⁶².

Javier Tamayo Jaramillo, por su parte, advierte que en el caso de muerte de un ama de casa se estará ante un lucro cesante. Discurre el autor, en los siguientes términos:

*“La jurisprudencia y la doctrina aceptan que en caso de muerte de una ama de casa, que desde luego no tenía ingreso salarial alguno, se justifica la indemnización por lucro cesante a favor del esposo y los hijos. En efecto, al producirse el fallecimiento, los demandantes se verán privados de la ayuda permanente de la víctima directa, lo cual significa la necesidad de contratar una tercera persona o que alguno de los hijos, generalmente una mujer, reemplace a la madre en las labores hogareñas. En tales circunstancias, el valor mensual de la indemnización será equivalente al valor del salario mínimo legal”*⁶³.

7.2.1.3.3. Posición de la Sala

Por perjuicio material o patrimonial, en términos generales, se entiende todo menoscabo o detrimento que sufre una persona en sus derechos o intereses de contenido económico o valorable pecuniariamente y que se concreta en las pérdidas sufridas por disminución cierta del patrimonio del afectado (daño emergente) o en la frustración o imposibilidad, también cierta, de incrementos patrimoniales, ganancias o provechos esperados (lucro cesante)⁶⁴.

En el medio colombiano, tanto en el plano contractual como en el extracontractual⁶⁵, el perjuicio material se ha clasificado entre el daño emergente y el lucro cesante, lo que resulta consonante con su tratamiento legal⁶⁶.

⁶² Henao, Juan Carlos. *“El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés”*. Universidad Externado de Colombia. Bogotá D.C., 1998. Pp. 201.

⁶³ Tamayo Jaramillo, Javier. *“Tratado de Responsabilidad Civil”*. Tomo II. Ed. Legis. Bogotá D.C. 2013. Pp. 1007.

⁶⁴ *“El daño patrimonial es el menoscabo o lesión que afecta los bienes de la víctima o de los perjudicados con los hechos imputados a la administración, que para el caso se verifican con el empobrecimiento real de aquellos y ‘que puede generarse tanto por la destrucción, deterioro, privación del uso y goce, etc., de bienes existentes en el patrimonio al momento del evento dañoso, como por los gastos que, en razón de ese evento, la víctima ha debido realizar”*. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 1997, expediente 10.250. C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁶⁵ Henao, Juan Carlos. *“El daño... ob. cit.* Pp. 196.

⁶⁶ Código Civil, artículo 1613. *“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Exceptúense los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente”*. Artículo 1614, ejusde: *“Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”*.

Huelga precisar que la distinción entre estos dos tipos de daño no está determinada por el hecho de que uno de ellos sea actual y el otro futuro, pues ambos pueden haberse o no concretado al momento de la definición judicial correspondiente, de ahí que pueda existir en un caso determinado tanto daño emergente como lucro cesante pasados (consolidados o debidos) o futuros (no consolidados).

La diferencia radica en que el daño emergente es la disminución patrimonial por la salida cierta de bienes del patrimonio y que el lucro cesante es la imposibilidad de aumento de dicho patrimonio por la ganancia o provecho que dejó de percibirse a causa del daño.

En cuanto a su origen, tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden surgir por un daño a la integridad física de la persona (muerte o lesiones personales totales, parciales, definitivas o temporales) o por daños a bienes (pérdida total, parcial, definitiva o temporal).

Pues bien, considerado lo anterior, en punto de los perjuicios materiales causados por la muerte de una persona encargada de las labores de la economía y cuidado del hogar, observa la Sala que, tal como se dejó precisado en apartados anteriores, las labores domésticas y de cuidado son actividades que, si bien no gozan de una remuneración, son evidentemente productivas, por manera que, ante la ausencia temporal o definitiva del “ama de casa”, se frustra o imposibilita una ganancia o provecho a su núcleo familiar, pues dejan de percibir los bienes o servicios que de esa actividad se derivan. Es indudable que las actividades a las que se hace referencia constituyen un verdadero aporte a la economía familiar y, por lo mismo, ha de entenderse que tan proveedor es quien adelanta actividades productivas remuneradas, como quien, en el hogar, se ocupa del bienestar de la familia.

Una visión como la planteada, además de reconocer una verdad que hoy por hoy es más que evidente, reivindica el papel de la mujer dentro del hogar, pues le da un nuevo significado a su aporte tanto a la familia como a la sociedad, así como también hace visible lo que antaño no lo fue y permite colocar a la mujer en pie de igualdad ante el varón en calidad de proveedora.

Destaca, ahora, la Sala que al calificar el perjuicio objeto de estudio como daño emergente a favor de quien se encarga de proveer los medios económicos para la subsistencia de los integrantes de la familia (ordinariamente el hombre), se incurre en el error de asumir que la falta de remuneración de las labores domésticas y de cuidado las hace improductivas, lo cual desconoce realidades sociales y económicas evidentes, tal como se dejó indicado.

Persistir en calificar el daño ocasionado por la muerte de las personas encargadas de la economía y cuidado del hogar como un daño emergente resulta, sin más, en la cosificación de la mujer, pues entender al daño emergente como la salida, actual o futura, de un bien de contenido económico del patrimonio de la víctima (ordinariamente del hombre), de lo cual se deriva una disminución de una utilidad integrada al mismo, es tanto como afirmar que ella misma –el ama de casa– hace parte del patrimonio de su pareja y de la familia en general, lo cual supone una indudable afrenta a su dignidad como ser humano y una acción discriminatoria contra su condición y, por lo mismo, violatoria de los dictados constitucionales y convencionales.

En cambio, ubicar tal perjuicio dentro del concepto de lucro cesante y entender la ausencia de los bienes y servicios dispensados por la persona encargada de la economía y cuidado del hogar como aquello que, por causa del daño, deja de ingresar al patrimonio de la familia, como en algunos eventos lo entendió la Corporación, comporta reivindicar el rol de la mujer como proveedora de la familia y reconocer que la fuerza de trabajo dedicada tanto a las labores domésticas como de cuidado genera un ingreso cierto en el patrimonio familiar o un aporte en especie o industria como lo ha calificado la Corte Constitucional⁶⁷, que, ante la ocurrencia del fenómeno dañoso, deja de presentarse.

A partir de la ejecutoria de esta providencia, en consecuencia, la Sala unifica su posición en el sentido de que los perjuicios materiales derivados de la ausencia de la persona que funge como “encargada de la economía y cuidado del hogar” y que se relacionen tanto con las actividades domésticas como con las de cuidado a su cargo, deberán considerarse como un lucro cesante en cabeza de quienes, comprobadamente, se benefician directamente de actividades desplegadas por el “ama de casa” para lo cual se aplicará la presunción o inferencia de un (1) salario mínimo mensual legal vigente.

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia T-494 de 1992. M.P. Ciro Angarita Barón.

Reitera la Sala que lo que hasta aquí se ha señalado en relación con las personas dedicadas a la economía del hogar, dadas las cambiantes formas de familia que tienen reconocimiento y protección por parte del Estado, debe predicarse, también, de otras estructuras familiares en las que uno de los individuos (hombre o mujer) se encargue de las labores domésticas y las actividades de cuidado.

De esta manera se tiene que el salario base de liquidación es de \$737.717,00. A esa suma se adicionará el 25% por prestaciones sociales \$922.146,00 y, de otra parte, se deducirá de dicho valor el 25%, correspondiente al valor aproximado que la propia Isneida Rincón Valverde destinaba para su propio sostenimiento \$691.609,00. A esta suma, a su vez, se descontará el porcentaje imputable al comportamiento de la propia víctima que asciende al 50% en el caso concreto, lo que arroja una base de liquidación de \$345.804,00

Esta suma final se dividirá en dos partes iguales, esto es, en \$172.902,00 como base para calcular la indemnización a favor del señor Yamid Weimar Rey Velázquez y, \$86.451,00 para cada uno de sus hijos Deiber Yamid y Cristian Julián Rey Rincón.

Para Yamid Weimar Rey Velázquez (compañero permanente):

Indemnización debida o consolidada

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Dónde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta o ingreso mensual actualizado que equivale a \$172.902,00

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período de la indemnización: desde el día de ocurrencia del hecho: 4 de diciembre de 1999 hasta la fecha de la sentencia, esto es, 210,07 meses.

$$S = \$172.902,00 \frac{(1 + 0.004867)^{210.07} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$62'986.581,00$$

Indemnización futura o anticipada

Para la liquidación de la indemnización futura o anticipada que corresponde al período comprendido entre el día siguiente de la fecha de esta sentencia y el término probable de vida de la señora Isneida Rincón Valverde, quien era mayor que su compañero permanente, esto es, 677.97 meses.

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n}$$

$$S = \$172.772,85 \frac{(1 + 0.004867)^{677.97} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{677.97}}$$

$$S = \$ 34'420.798,15$$

Total indemnización de perjuicios materiales a favor Yamid Weimar Rey Velázquez \$ 97.407.379,63.

Para Deiber Yamid Rey Rincón (hijo):

Indemnización debida o consolidada

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Dónde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta o ingreso mensual actualizado que equivale a \$86.451,00

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período de la indemnización: desde el día de ocurrencia del hecho: 4 de diciembre de 1999 hasta la fecha de la sentencia, esto es, 210.07 meses.

$$S = \$86.451,00 \frac{(1 + 0.004867)^{210,07} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$31.493.290,5$$

Indemnización futura o anticipada

Para la liquidación de la indemnización futura o anticipada que corresponde al período comprendido entre el día siguiente de la fecha de esta sentencia y la

fecha en que Deiber Yamid Rey Rincón cumpla los 25 años – 18 de junio de 2021 - teniendo en cuenta que para la fecha de esta providencia tiene 20 años, 3 meses y 22 días, de manera que el período a indemnizar corresponde a 48,97 meses.

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n}$$

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta o ingreso mensual que equivale a \$242.386,42

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: 48,97

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n}$$

$$S = \$86.451 \frac{(1 + 0.004867)^{48,97} - 1}{0.004867 (1+0.004867)^{48,97}}$$

$$S = \$3'803.844,00$$

Total indemnización de perjuicios materiales a favor Deiber Yamid Rey Rincón
35.297.134,5.

Para Cristian Julián Rey Rincón (hijo):

Indemnización debida o consolidada

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Dónde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta o ingreso mensual actualizado que equivale a \$86.451,00

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período de la indemnización: desde el día de ocurrencia del hecho: 4 de diciembre de 1999 hasta la fecha de la sentencia, esto es, 210.07 meses.

$$S = \$86.451 \frac{(1 + 0.004867)^{210,07} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$31.493.290,5$$

Indemnización futura o anticipada

Para la liquidación de la indemnización futura o anticipada que corresponde al período comprendido entre el día siguiente de la fecha de esta sentencia y la fecha en que Cristian Julián Rey Rincón cumpla los 25 años – 9 de octubre de 2024 - teniendo en cuenta que para la fecha de esta providencia tiene 16 años y 5 meses, de manera que el periodo a indemnizar corresponde a 88,04 meses.

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n}$$

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta o ingreso mensual que equivale a \$86.451

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: 88.04 meses.

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n}$$

$$S = \$86.451 \frac{(1 + 0.004867)^{88,04} - 1}{0.004867 (1+0.004867)^{88,04}}$$

$$S= \$6.230,313.28$$

Total indemnización de perjuicios materiales a favor Cristian Julián Rey Rincón
37.723.603,00.

Daño Emergente.

La Sala no reconocerá rubro alguno por este concepto, por cuanto no existe prueba de su causación.

7.3. Daños a bienes constitucional y convencionalmente protegidos

En relación con la actividad de economía y cuidado del hogar, tal y como se precisó con anterioridad, es imperativo y fundamental distinguir entre las **labores domésticas propiamente dichas** y las **responsabilidades domésticas**.

Entre las primeras, pueden encontrarse actividades tales como el suministro de alimentos a miembros del hogar, el mantenimiento de vestuario para las personas del hogar, el mantenimiento y limpieza del hogar y la realización de compras de alimentos y elementos de aseo. En cambio, entre las responsabilidades domésticas se encuentran la coordinación de las labores domésticas propiamente dichas (si es que un tercero apoya en su ejecución), la administración general del hogar, las actividades con menores de 5 años, el cuidado físico de miembros del hogar, el apoyo a miembros del hogar, las actividades de voluntariado, entre otras.

Así, las actividades de la mujer no se reducen a la preparación de alimentos, limpieza del hogar, lavado de la ropa, etc., sino que pasan por el transporte y aseo de personas, suministro de medicinas, apoyo a miembros del hogar, orientación psicológica, educación, recreación de niños y atención a los ancianos o discapacitados del grupo familiar⁶⁸.

De hecho, la Ley 1413 de 2010 a la que se aludió en precedencia, enumera en su artículo 3 algunas de las actividades de trabajo en el hogar y de cuidado no remunerado, entre las que incluye: organización, distribución y supervisión de tareas domésticas; preparación de alimentos; limpieza y mantenimiento de vivienda, enseres y vestido; cuidado, formación e instrucción de los niños (traslado al colegio y ayuda al desarrollo de tareas escolares); cuidado de ancianos y enfermos; compras, pagos o trámites relacionados con el hogar; reparaciones destinadas al hogar; y servicios a la comunidad y ayudas no pagadas a otros hogares de parientes, amigos y vecinos.

De todo lo que se deja dicho, se sigue que, contrario a la posición reiterada por esta Sección, partir de la base del salario mínimo como monto para fijar el *quantum* indemnizatorio en estos casos, puede generar, eventualmente, una reparación parcial del daño, pues, de acuerdo con los pronunciamientos señalados anteriormente, dicha suma se tomó haciendo referencia a la remuneración que recibiría una empleada o empleado doméstico, sin tener en cuenta que la actividad de “ama de casa” es de tiempo completo y dedicación exclusiva.

⁶⁸ Duque García, Carlos Alberto. “Hogares y cuidado doméstico no remunerado en Colombia”. Ensayos de Economía No. 47. Universidad Nacional de Colombia. Julio – Diciembre de 2015.

De hecho, en la sentencia del 24 de octubre de 1990, en la cual se sentó inicialmente la base del cálculo de la indemnización en el salario mínimo, se reconoció, expresamente, que la condena efectuada **dejaba sin reparación “...la atención y cuidado prodigados al esposo e hijos”**, con lo que, amén de apartarse del imperativo de reparar íntegramente el daño, se prohíja la visión según la cual eso hace parte de las obligaciones connaturales al sexo femenino, a ese falso deber ser de las cosas al que se hizo referencia precedentemente.

Además de lo que se deja dicho, que por sí solo se aparta del imperativo de reparar integralmente el daño, el citado criterio no tiene en cuenta **las actividades de cuidado a cargo del ama casa**, por lo que se dejaron de lado las actividades asociadas a la organización o administración del hogar, la formación e instrucción de los niños, cuidado de ancianos, la realización de trámites, etc., según de dejó indicado.

De allí que pueda entenderse que la posición jurisprudencial tradicional parte de una errada percepción del significado del trabajo de las amas de casa, **pues, además de las actividades materiales asimilables a las que estarían a cargo del servicio doméstico remunerado, sobre ellas recae la “responsabilidad doméstica”**⁶⁹ concepto más amplio y exigente que, en últimas, refiere al bienestar de la familia. En esta, como ya se dijo, se incorporan actividades de administración del hogar, guía y educación de menores y cuidado de ancianos, entre otras, por lo que, el reconocimiento de un salario mínimo, como base para la indemnización originada por la ausencia de las labores del ama de casa, se advierte claramente insuficiente.

Ahora bien, advertido el contenido de las labores de cuidado, concepto que, como se señaló, hace referencia al bienestar de la familia, lo cierto es que esta afectación o lesión debería ser resarcidas a título compensatorio como perjuicios inmateriales del cónyuge, compañero(a) e hijos supérstites bajo la égida de los bienes constitucional y convencionalmente protegidos porque lo que se vulnera en este caso es el derecho fundamental a la familia.

Las llamadas responsabilidades domésticas o actividades de cuidado son de contenido personalísimo y, por lo tanto, no pueden ser reparadas como perjuicio de contenido material ya que no es posible tasarlas por equivalente en la medida

⁶⁹ Nuño Gómez, Laura. “El mito del varón sustentador...”, *ob. cit.* Pp. 163.

que no pueden ser trasladadas a una persona mediante contrato laboral o de prestación de servicios.

En efecto, el tiempo que la persona dedicada a las labores de la economía y cuidado del hogar dedicaba a la instrucción, educación y recreación de sus hijos, los cuidados al cónyuge, hijos o ancianos cuando estos se enfermaban, la guía y administración del hogar, etc., son labores que no pueden trasladarse a un empleado o trabajador y que, por consiguiente, ante el fallecimiento o incapacidad de la persona que las desarrollaba generan una lesión al bien constitucional a la familia.

Al respecto, cabe resaltar que mediante sentencia proferida el 14 de septiembre de 2011, la Sección Tercera de esta Corporación precisó la tipología de los perjuicios inmateriales en los siguientes términos:

*“La tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); **iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño** (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación”⁷⁰ (Se destaca)*

Así las cosas, a partir de dicho pronunciamiento jurisprudencial, se estableció una cláusula residual en relación con los perjuicios inmateriales frente a los cuales no es posible adecuarlos bajo el contenido y denominación de *“daño moral”* o *“daño a la salud”*, razón por la cual se les ha clasificado bajo la tipología de daños derivados de *“vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados”*.

En efecto quienes sufren una vulneración o afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tienen derecho a su reparación integral mediante la adopción de medidas no pecuniarias a favor de la víctima y sus familiares más cercanos y, excepcionalmente, cuando dicha medida

⁷⁰ Consejo de Estado, sentencia de Sala Plena del 14 de septiembre de 2011, rad. 19031 y 38222, M.P. Enrique Gil Botero.

no sea procedente, al reconocimiento de una indemnización de hasta 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes exclusivamente a favor de la víctima directa⁷¹.

Así pues, la Sala ha considerado que cuando se trata de alteraciones que afectan la calidad de vida de las personas *-fuera de los daños corporales o daño a la salud-*⁷², tales perjuicios se reconocerán bajo la denominación antes mencionada, evento en el cual se podrá solicitar una indemnización adicional a la que se reconoce por el perjuicio moral⁷³.

Dicho perjuicio, como los demás, puede acreditarse a través de cualquier medio probatorio e incluso puede darse por demostrado en consideración a las circunstancias particulares del caso, relacionadas con la afectación grave de algún derecho constitucional convencionalmente protegido, no obstante debe advertirse que no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio.

En síntesis, el daño imputable por la muerte o la invalidez de una persona que se dedicaba a las labores de economía y cuidado doméstico genera los siguientes perjuicios resarcibles: i) daño o perjuicio moral según los criterios unificados de esta Sección, ii) perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, que serán liquidables a partir de la presunción de salario mínimo y iii) daños a bienes convencional y constitucionalmente protegidos, para lo cual se podrá acudir, en principio, a medidas no pecuniarias que tiendan a reestablecer el núcleo esencial de los derechos lesionados o, en su defecto, reconocer una indemnización de perjuicios que podrá llegar hasta la suma de 100 SMMLV.

Ahora bien, comoquiera que esta sentencia de unificación comporta una modificación jurisprudencial que tendría efectos en la tasación y liquidación de nuevos perjuicios frente a los cuales no operó el principio de contradicción, la Sala empleará la figura de la jurisprudencia anunciada y, por tal motivo, esta alteración del precedente solo será aplicable a los procesos que se inicien con posterioridad a esta providencia, en aras de garantizar los principios constitucionales al debido

⁷¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, rad. 26251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

⁷² Respecto del perjuicio por el denominado *“daño a la salud”* consultar, Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 28 de marzo de 2012, rad. 22.163, demandante: Luis Carlos González Arbeláez y otros. M.P. Enrique Gil Botero.

⁷³ Cf. Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 1 de noviembre de 2007, rad.16.407.

proceso y a la defensa de las entidades y sujetos demandados ante esta jurisdicción.

Por tal motivo, la Sala no estudiará de fondo el reconocimiento de daños derivados a bienes convencional y constitucionalmente protegidos en el *sub examine*.

8. Condena en costas

Comoquiera que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, debido a que ninguna procedió de esa forma en el *sub lite*, no habrá lugar a su imposición.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO. UNIFICAR LA JURISPRUDENCIA en relación con los perjuicios indemnizables tratándose de daños por muerte o lesiones psicofísicas superiores al 50%, sufridas por personas que desarrollaban las labores de economía y cuidado del hogar, según lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. MODULAR los efectos del cambio jurisprudencial contenido en esta sentencia, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. MODIFICAR la sentencia del 16 de enero de 2007, proferida por el Tribunal Administrativo del Meta y, en su lugar, se dispone:

“PRIMERO. DECLARAR administrativamente y solidariamente responsables al municipio de Acacías y la Empresa Gases del Llano S.A, por los daños y perjuicios morales y materiales ocasionados a los demandantes, con ocasión de la muerte de la señora Isneida Rincón Valverde.

SEGUNDO. En consecuencia, CONDENAR solidariamente al municipio de Acacías y la Empresa Gases del Llano S.A, a pagar, en partes iguales, por concepto de indemnización de perjuicios morales, los montos que a continuación se describen y a favor de las siguientes personas:

Yamid Weimar Rey Velázquez (compañero)	50 SMMLV
Deiber Yamid Rey Rincón (hijo)	50 SMMLV
Cristian Julián Rey Rincón (hijo)	50 SMMLV
Medardo Rincón García (padre)	50 SMMLV
Aleyda Rincón Valverde (hermana)	25 SMMLV

TERCERO. CONDENAR solidariamente al municipio de Acacías y la Empresa Gases del Llano S.A, a pagar, en partes iguales, por concepto de indemnización de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, los montos que a continuación se describen y a favor de las siguientes personas:

Para Yamid Weimar Rey Velázquez la suma de noventa y siete millones cuatrocientos siete mil trescientos setenta y nueve pesos con sesenta y tres centavos \$97.407.379,63.

Para Deiber Yamid Rey Rincón la suma de treinta y cinco millones doscientos noventa y siete mil ciento treinta y cuatro pesos con cinco centavos \$35.297.134,5.

Para Cristian Julián Rey Rincón la suma de treinta y siete millones setecientos veintitrés mil seiscientos tres pesos \$37.723.603,00.

CUARTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SEXTO. Las condenas se cumplirán en los términos de los Arts. 176 a 178 del C.C.A.”.

CUARTO. Sin condena en costas.

QUINTO. Una vez en firme esta providencia, devuélvase el expediente al Tribunal de origen”.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

RAMIRO PAZOS GUERRERO

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

DANILO ROJAS BETANCOURTH

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 50001-23-31-000-2000-30072-01(33945)B

Actor: YAMID WEIMAR REY VELASQUEZ Y OTRO

Demandado: MUNICIPIO DE ACACIAS Y OTRO

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (ACLARACIÓN DE VOTO)

JURISPRUDENCIA ANUNCIADA-Sólo se aplica a las demandas que se presenten en el futuro.
ECONOMÍA Y CUIDADO DEL HOGAR-El reconocimiento es materia privativa del legislador.

ACLARACIÓN DE VOTO

1. Acompañé la decisión que se adoptó en la providencia del 27 de junio de 2017, porque como resultado de la discusión en Sala se dispuso que la unificación sobre la indemnización de los perjuicios producidos por la muerte o lesiones sufridas por quien se dedica a la economía y cuidado del hogar se aplicará a las demandas que se presenten en el futuro, pues se trata de “una jurisprudencia anunciada”.

En el entretanto, a mi juicio, esta sentencia permitirá que el legislador, dentro del ámbito de su libertad de configuración, adopte las determinaciones que estime oportunas.

2. De haberse aplicado al caso en estudio, la indemnización de los perjuicios por la pérdida de quien se dedica a la economía y cuidado del hogar que aquí se hubiese reconocido convertiría al juez administrativo en

un formulador implícito de políticas públicas con un impacto enorme en la sostenibilidad fiscal.

Además, la Ley 1413 de 2010, que sirve de fundamento a ese reconocimiento, no regula la actividad del juez administrativo, sino que tiene por destinatarios al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y al Departamento Nacional de Estadística –DANE (arts. 4 y 5), para que se incluya la economía del cuidado conformada por el trabajo de hogar no remunerado en el Sistema de Cuentas Nacionales, se mida la contribución de la mujer al desarrollo económico y social del país y sirva de herramienta para la definición y puesta en práctica de políticas públicas.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LOS CONSEJEROS STELLA CONTO
DÍAZ DEL CASTILLO Y JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: HERNÁN ANDRADE RINCÓN

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de junio de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 50001-23-31-000-2000-30072-01(33945)B

Actor: YAMID WEIMAR REY VELASQUEZ Y OTRO

Demandado: MUNICIPIO DE ACACIAS Y OTRO

**Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (SALVAMENTO PARCIAL
DE VOTO)**

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

Consejeros:

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

De conformidad con el num. 7 del art. 33 del Reglamento Interno del Consejo de Estado -Acuerdo n.º 58 de 1999, modificado por el art. 1 del Acuerdo n.º 35 de 2001-, procedemos a consignar las razones por las cuales salvamos parcialmente y aclaramos el voto en el asunto de la referencia.

Se modifica la sentencia de 16 de enero de 2007 mediante la cual se accedió parcialmente a las peticiones impetradas por los familiares de la señora Isneida Rincón Valverde, con ocasión de su muerte en accidente de tránsito imputable al municipio de Acacías, Meta y la empresa de servicios públicos “Gases de Llano S.A”. Así mismo, se unifican los criterios jurisprudenciales para la indemnización del lucro cesante, derivado de la muerte o lesión causada a personas dedicadas al hogar.

La Sala reiteró las consideraciones del *a quo* en cuanto a la imputabilidad del daño a las entidades demandadas, así como en lo relativo a la concurrencia de culpas, derivada de que la señora Rincón Valverde viaja en motocicleta sin casco, esto es sin sujeción a lo prescrito por la ley. Empero, se apartó del fallo en lo que respecta a la indemnización del lucro cesante, que el *a quo* negó en razón de que consideró que la víctima no realizaba actividades productivas, en cuanto su dedicación al hogar.

Sobre este último punto la Sala unificó su jurisprudencia⁷⁴, en el sentido de reiterar la procedencia de la indemnización por lucro cesante a quienes se dedican a actividades como el trabajo del hogar, en cuanto productivas y altamente valiosas, que inequívocamente contribuyen a la economía y el bienestar social, aunque no se remuneren. Para su cuantificación reiteró el criterio general del lucro cierto en cuantía indeterminable, a saber, la fijación de la base liquidatoria en un salario mínimo legal incrementado en un 25%, correspondiente a las prestaciones sociales. Ello a pesar del reconocimiento explícito de que el trabajo que se desempeña en el hogar comporta mayor responsabilidad, desgaste y exigencia que propio del servicio doméstico, cuya remuneración ordinariamente equivale a un salario mínimo. El reconocimiento de la falta de equivalencia del trabajo de quien tiene a su cargo la dirección del hogar y el servicio doméstico contratado, lleva a la Sala a entender que el detrimento producido por la muerte o lesión de quien se desempeña en el hogar produce un daño cierto, y gravísimo, no totalmente subsumible dentro de la categoría del lucro cesante sino más bien comprendida dentro del genérico concepto de violación grave de bienes convencionales, que, por lo general es objeto de medidas de reparación extrapatrimoniales pero que, excepcionalmente, puede dar lugar a indemnización monetaria. Sin embargo, en un giro inesperado, la Sala optó por la figura de la “jurisprudencia anunciada”, esto es, por no reconocer la procedencia de la reparación (monetaria o no) del daño en el caso concreto, y en su lugar, anunciar un cambio de jurisprudencia en el futuro.

Aunque comparto las consideraciones mayoritarias en lo que respecta al juicio de responsabilidad y, por supuesto, al imperativo de reconocer el lucro cesante debo

⁷⁴ Es de anotar que conforme lo decidido por la Sala Plena Contenciosa en los términos del auto del 18 de noviembre del 2015, radicado nº. 25000-23-24-000-2012-00806-01, M.P. Hernán Andrade Rincón, en vigencia del C.C.A. no se cuenta con competencia para unificar.

lamentar que la sala no haya logrado avanzar en el ajuste propuesto inicialmente por el ponente, esto es, la reparación integral por la muerte o incapacidad de quien asumía el cuidado en el grupo familiar, con un significado superior en dedicación y compromiso al simple trabajo doméstico. Lo anterior en cuanto aunado a que se advierte la perpetuación de estructuras sociales patriarcales injustas, se logra permear la aplicación inmediata de las normas constitucionales y los tratados internacionales suscritos por Colombia, en materia de discriminación y violencia de género. Se advierte, además, extraño y en sí mismo discriminatorio, entender que toda violación de derechos humanos se repara inmediatamente en tanto lo relativo a la violencia de género se reconoce, pero la reparación se deja para el futuro. Además, es de advertir que como la Sala acepta explícitamente del daño y al tiempo declara que no será reparado, desconoce el artículo 90 Constitucional y el mandato de reparación integral de la Ley 446 de 1998, en cuanto opta porque la víctima mantenga su condición de damnificada, dado que la reparación integral se trata como una simple aspiración.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia sostiene que cuando se trata de daños antijurídicos ocasionados a mujeres en supuestos de violencia de género o sexual la perpetuación de las estructuras sociales patriarcales comprende la violación de los derechos humanos reconocidos con base en los criterios siguientes: (i) porque constituyen una ofensa a la dignidad humana⁷⁵; (ii) porque son manifestación “*de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres*”⁷⁶, creando estereotipos o

⁷⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Favela Nova Brasília vs Brasil, sentencia de 16 de febrero de 2017 párrafo 245. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), preámbulo.

⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Favela Nova Brasília vs Brasil, sentencia de 16 de febrero de 2017 párrafo 245. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), preámbulo. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4/84, Resolución de 19 de enero de 1984, párrafo 65. “*En el primer tercio del presente siglo se inicia un movimiento contra estos principios tradicionales, tanto por el reconocimiento de la capacidad decisiva de la mujer, como por la difusión de la igualdad de los sexos dentro del concepto de la no discriminación por razón del mismo. Esta evolución, que se puede comprobar con un análisis de derecho comparado, encuentra su impulso determinante desde el plano internacional. En el ámbito americano, el 26 de diciembre de 1933, se celebró el Convenio de Montevideo sobre la Nacionalidad de la Mujer, que en su artículo 1 estableció: “No se hará distinción alguna, basada en el sexo, en materia de nacionalidad, ni en la legislación ni en la práctica” (Séptima Conferencia Internacional Americana, Montevideo, 3-26 diciembre 1933). También el Convenio sobre la Nacionalidad suscrito en la misma fecha, en Montevideo igualmente, determinó en su artículo 6: “Ni el matrimonio ni su disolución afectan a la nacionalidad de los cónyuges o de sus hijos”. Por su parte, la Declaración Americana en su artículo II estableció: Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los deberes y derechos consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”. Estos mismos principios han sido incorporados en el artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas y en el artículo 3.j) de la Carta de la OEA*”.

modelos sesgados⁷⁷; (iii) que trascienden a todos los sectores de la sociedad⁷⁸; (iv) afectando negativamente sus propias bases⁷⁹; (v) promoviendo actos de violencia sexual, que “*constituye una forma paradigmática de violencia contra las mujeres cuyas consecuencias, incluso, trascienden a la persona de la víctima*”⁸⁰; (vi) o permitiendo que se arraiguen actos de violencia de género, y en especial, de carácter sexual que comprenden una “*experiencia sumamente traumática que puede tener severas consecuencias y causa gran daño físico y psicológico, que deja a la víctima “humillada física y emocionalmente”, situación difícilmente superable por el paso del tiempo, a diferencia de lo que acontece en otras experiencias traumáticas*”⁸¹; (vi) pese a que los estándares, mandatos y deberes convencionales indican la exigencia de no discriminar a la mujer⁸², de manera que se menoscabe o anule su reconocimiento bajo cualquier forma, modalidad, expresión o instrumento, tanto del Estado, como de particulares que no sean sometidos a la legalidad, y en especial cuando se trata de reparar integral y plenamente los daños antijurídicos y los perjuicios de los que son objeto las mujeres ante actos de violencia de género; de (vii) modo que la discriminación puede provenir de toda manifestación o expresión en la que está comprometido el Estado, en especial cuando es la administración de justicia es la que deja de

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párrafo 401. “*En similar forma, el Tribunal considera que el estereotipo de género se refiere a una pre-concepción de atributos o características poseídas o papeles que son o deberían ser ejecutados por hombres y mujeres respectivamente. Teniendo en cuenta las manifestaciones efectuadas por el Estado [...], es posible asociar la subordinación de la mujer a prácticas basadas en estereotipos de género socialmente dominantes y socialmente persistentes, condiciones que se agravan cuando los estereotipos se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades de policía judicial, como ocurrió en el presente caso. La creación y uso de estereotipos se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer*”.

⁷⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Favela Nova Brasília vs Brasil, sentencia de 16 de febrero de 2017 párrafo 245. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), preámbulo.

⁷⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Favela Nova Brasília vs Brasil, sentencia de 16 de febrero de 2017 párrafo 245. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará), preámbulo.

⁸⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Favela Nova Brasília vs Brasil, sentencia de 16 de febrero de 2017 párrafo 251. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Fernández Ortega y otros vs. México, sentencia de 30 de agosto de 2010, párrafo 119.

⁸¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Favela Nova Brasília vs Brasil, sentencia de 16 de febrero de 2017 párrafo 255. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso del Penal Castro Castro vs. Perú, sentencia de 25 de noviembre de 2006, fondo, reparaciones y costas, párrafo 303 y 311.

⁸² Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párrafo 394. “*Desde una perspectiva general la CEDAW define la discriminación contra la mujer como “toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera*”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Espinoza Gonzáles vs. Perú, sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrafo 221.

corresponderse con los mencionados principios y estándares convencionales⁸³, bien porque no actúa, porque es pasiva ante las situaciones, o porque aplica limitadamente el alcance de la protección, como ocurre cuando por una jurisprudencia anunciada deja de reconocerse una posición jurídica⁸⁴ y la debida reparación a la que había lugar en el caso en concreto.

La reparación en el moderno derecho de daños no se reduce a la demostración, constatación y resarcimiento del perjuicio, sino que parte de considerar a la víctima, por lo que el fin último obliga a armonizar el contenido económico y la tutela eficaz de los derechos y libertades, con lo que se concrete la verdadera “*restitutio in integrum*”, de manera que dejar desprovista de esta esencia al abordar el reconocimiento y liquidación de los perjuicios a una víctima, en especial a aquella que fue objeto de violencia de género representan un total desconocimiento de este modelo y de la vocación garantista que las sociedades y democracias modernas han implantado en las últimas décadas en todos los sistemas jurídicos, apartándose de los estándares, mandatos y deberes convencionales, produciéndose una suerte de “*inconvencionalidad*” en la sentencia de la que nos apartamos parcialmente con todo respeto⁸⁵, y generando

⁸³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párrafo 396. Corte Europea de Derechos Humanos, case of Opuz vs. Turkey, Judgement of 9 June 2009, párrafos 180, 191 y 200.

⁸⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México, párrafo 398. “*En el presente caso, el Tribunal constata que el Estado señaló ante el CEDAW que la “cultura de discriminación” de la mujer “contribuyó a que [los] homicidios [de mujeres en Ciudad Juárez] no fueran percibidos en sus inicios como un problema de magnitud importante para el cual se requerían acciones inmediatas y contundentes por parte de las autoridades competentes”. Además, el Estado también señaló que esta cultura de discriminación contra la mujer estaba basada “en una concepción errónea de su inferioridad”*”. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Veliz Franco vs. Guatemala, sentencia de 19 de mayo de 2014, párrafo 67. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Espinoza Gonzáles vs. Perú, sentencia de 20 de noviembre de 2014, párrafo 280. “*En este sentido, la Corte reitera la ineficacia judicial frente a casos individuales de violencia contra las mujeres propicia un ambiente de impunidad que facilita y promueve la repetición de los hechos de violencia en general y envía un mensaje según el cual la violencia contra las mujeres puede ser tolerada y aceptada, lo que favorece su perpetuación y la aceptación social del fenómeno, el sentimiento y la sensación de inseguridad de las mujeres, así como una persistente desconfianza de éstas en el sistema de administración de justicia. Dicha ineficacia o indiferencia constituye en sí misma una discriminación de la mujer en el acceso a la justicia. Por ello, cuando existan indicios o sospechas concretas de violencia de género, la falta de investigación por parte de las autoridades de los posibles móviles discriminatorios que tuvo un acto de violencia contra la mujer, puede constituir en sí misma una forma de discriminación basada en el género*”.

⁸⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, *El concepto de convencionalidad. Vicisitudes para su construcción sustancial en el sistema interamericano de derechos humanos. Ideas fuerza rectora*, 1ª ed, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2017, p.570. “*Luego, cuando la reparación se analiza como principio, como derecho, en el contexto de la protección y garantía de los derechos humanos, debe tener en cuenta no sólo su contenido económico, tradicional al esquema ordinario del régimen de responsabilidad extracontractual, sino que al establecerse la atribución a las acciones, omisiones o inactividad del Estado trasciende más allá de lo pecuniario, ya que se producen violaciones, vulneraciones o afectaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario no sólo de víctimas determinadas y determinables, sino de comunidades*

que al no operar la reparación y sólo quedar como jurisprudencia anunciada la vulneración, violación o afectación en términos convencionales, constitucionales y legales no haya desaparecido⁸⁶.

1) Sobre la jurisprudencia anunciada

Lo primero que debe resaltarse del fallo mayoritariamente adoptado es la improcedencia de la figura de la jurisprudencia anunciada. Para ello, se ha de partir de la comprensión del origen de la misma y de su finalidad. Lo primero que se resalta es un modelo jurídico-procesal en el que es más o menos indiscutido que el acto judicial, más que reconocer derechos y obligaciones preexistentes a la situación fáctica que plantea el conflicto, constituye una instancia de creación normativa, en la que la interpretación y la norma que se interpretan se confunden. Desde las coordenadas de este modelo, en el que la función interpretativa tiene un carácter cuasi legislativo (la jurisprudencia pasa a integrar el contenido normativo de la disposición aplicada), no extraña la regla analogable a la vigencia futura que rige en el campo de lo legislativo, con las excepciones ampliamente conocidas.

Ahora bien, por más de que es bien sabido que desde la promulgación de la Constitución Política de 1991 el modelo colombiano ha aceptado, con creciente intensidad el valor del precedente y las fronteras entre los modelos surgidos de la tradición romano-germano-canónica y anglosajona se diluyen progresivamente, tal movimiento no alcanza la envergadura para mutar la concepción de la función judicial como acto de prudencia, orientado a hacer efectivos derechos y obligaciones que la ley define y regula frente a los cuales el juez no puede hacer más reconocerlos o negarlos en justicia.

enteras que abogan ya por el restablecimiento de sus derechos, con lo que el concepto de indemnidad se proyecta en una dimensión en donde es la dignidad humana y la eficacia de los derechos lo que orienta la integralidad, abriéndose paso a una vocación de la reparación que promueve no sólo el “resarcimiento”, sino también, la verdad [acceso al conocimiento de los hechos que dieron origen a las vulneraciones, sus responsables, los factores que las desencadenaron], la justicia [de manera que todos los responsables sean puestos a disposición de las autoridades para su juzgamiento] y de reparación [que no sea sólo individual, sino colectiva también]”.

⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia, párrafos 238, 341 y 342; caso Baldeón García, párrafo 174; caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, párrafo 195; caso Acevedo Jaramillo y otros, párrafo 294. “La Corte Interamericana señala que las reparaciones consisten en las medidas que tienden a hacer desaparecer los efectos de las violaciones cometidas. Su naturaleza y su monto dependen del daño ocasionado en los planos material e inmaterial y, por consiguiente, las mismas no pueden implicar ni enriquecimiento ni empobrecimiento para la víctima o sus sucesores”.

En otras palabras, si bien se han abandonado los paradigmas del positivismo puramente legalista que limitaba la función judicial a la determinación del tenor literal de la ley, en los casos concretos, con gran perjuicio de la justicia material, en ningún momento ha mutado el principio de la primacía de los derechos y garantías existentes, como tampoco la subordinación del juez a su primacía.

La titularidad del derecho es, así pues, antecedente y no consecuencia del acto de juicio que, en definitiva, consiste en una instancia de conocimiento (o reconocimiento) de una realidad objetiva y preexistente, no de creación del mismo. Precisamente, en virtud de esta preexistencia del derecho –y de los parámetros para regularlo y medirlo– una sentencia puede ser reputada justa o injusta, toda vez que, como bien lo precisó la tradición jurídica desde Roma, el acto de justicia es el acto de dar a cada quien su derecho.

Ahora bien, ordinariamente, el derecho y las obligaciones se encuentran reglados o medidos por normas (*regula iuris*). La interpretación normativa en el acto judicial resulta relevante, pues en la medida en que a través de ella se esclarece la naturaleza, el origen (salvo en el caso de los derechos innatos) y el límite del derecho u obligación, siendo estos últimos exigencias verdaderas; se sigue, entonces, que la interpretación de la norma no es instancia creativa e indeterminada.

Ahora bien, si tanto el derecho como la norma son preexistentes, se entiende que la interpretación jurisprudencial, incluso variando respecto del precedente existente, carece de una función creativa. La variación de la jurisprudencia tiene más bien un carácter correctivo, en tanto implica la declaración de que las decisiones precedentes no se compadecen con los derechos y obligaciones que se definen y, en ese sentido no reconoce lo que ahora se considera exigible. Todo lo anterior apunta a reconocer que, al menos desde la concepción de la función judicial como garante del derecho, no existe justificación para crear una suerte de extensión de una regla general con proyección futura, propia de los actos de legislación.

Se insiste, la previsión de nuevas reglas para futuro –no aplicables a presente– no es propia de la función judicial, la cual se orienta al establecimiento de lo que es actual y certeramente exigible en el caso concreto.

Podemos advertir que la sentencia de la Sala Plena al acudir a la figura de la jurisprudencia anunciada, sin reconocer la reparación integral a la víctima en los términos del artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (incorporada a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley 16 de 1972), y en los del artículo 90 constitucional y 16 de la Ley 446 de 1998, no hace más que crear un obstáculo interno para la eficacia de los artículos 1.1, 2, 25 y 63.1 de la mencionada Convención, que le da sustento a los mandatos constitucional y legal señalado.

En este sentido, la sentencia de la Sala Plena seriamente puede encontrarse en contravía del principio convencional del “*pacta sunt servanda*”, que a tenor del artículo 26 de la Convención de Viena de 1969 (Derecho de los Tratados) consagra que todo “tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”.

Si esta es la premisa inicial, sin duda todas las autoridades de los diferentes poderes de un Estado (legislativo, ejecutivo y judicial) están obligados a corresponderse con el mismo, en especial cuando en el fondo se trata de la protección eficaz de los derechos humanos de personas que siendo víctimas revisten una tutela que debe ser completa en integral.

Por lo tanto, cuando la Sala Plena no reconoce y liquida los perjuicios a favor de la víctima está consolidando una acción que se opone al mencionado principio universal, pero en especial a la existencia y operatividad del recurso judicial efectivo en los términos de la Convención Americana de Derechos Humanos. En esencia, la Sala Plena desconoce lo consagrado en el artículo 27 de la Convención de Viena de 1969, ya que la jurisprudencia anunciada como figura procesal aplicada es una clara manifestación de una disposición, decisión o medida judicial de derecho interno que se invoca para incumplir con lo consagrado en la Convención Americana de Derechos Humanos en el artículo 63.1, así como en la Convención de Belém do Pará y en la Declaración Americana de Derechos Humanos, generando como consecuencia que la víctima en el caso concreto no haya sido resarcida, restablecida y reparada integralmente, por lo que no han desaparecido los efectos de las violaciones y vulneraciones que el daño antijurídico produjo en la víctima.

2) Precisión sobre el principio de confianza legítima y la aptitud de la jurisprudencia anunciada para preservarla

Parte de la justificación a la que recurrió la mayoría para la aplicación de la figura de la jurisprudencia anunciada, radica en la necesidad de preservar el principio de la confianza legítima, ante la amenaza que supone la variación indisciplinada de las líneas jurisprudenciales. Ahora bien, no se puede desconocer que la jurisprudencia proporciona a los asociados un conocimiento, llamado a ser estable, sobre el sentido y el contenido de las normas jurídicas que sirven de *regula iuris* (medida de las cosas efectivamente debidas en justicia), a partir del cual estos guían su conducta, planifican sus proyectos y fundan sus intereses. Consecuentemente, tampoco se puede desconocer que los derechos y la seguridad de los mismos se ven seriamente afectados cuando las Cortes, y muy especialmente las de cierre, modifican constantemente su interpretación sobre el sentido y alcance de las normas. De hecho, tal variación interpretativa, termina por hacer incognoscible el significado de las normas y, por lo tanto, degenera en un auténtico estado de anomia, con las consecuencias sociales concomitantes que la sociología ha estudiado extensivamente.

Más aún, la hipermovilidad jurisprudencial, tiene efectos particularmente sensibles frente a quienes son parte en procesos ventilados ante la jurisdicción, pues la estrategia litigiosa se realiza con base en la jurisprudencia existente, de modo que un cambio “súbito” de posición bien puede tornar en obsoleta la defensa o las pretensiones de las partes.

Lo anterior no significa necesariamente que los cambios jurisprudenciales deban proscribirse. Si la función judicial tiene por objeto reconocer y hacer efectivos los derechos concretos de los asociados (o lo que es lo mismo, la justicia), carece de razón sacrificar la justicia en aras de la certeza. Y es que la injusticia cierta no es, desde ningún punto de vista, sustituto de la justicia real ni la función del juez perpetuar los errores del pasado. Aunado a lo anterior, los inevitables cambios sociales, pueden hacer imprudente e incluso injusta la interpretación que alguna vez fue adecuada. Debido, pues, a la conjunción de la necesidad de estabilidad y la inevitabilidad de una eventual variación, corresponde al órgano judicial adoptar las medidas necesarias para preservar al máximo la estabilidad de la jurisprudencia, sin petrificarla en detrimento de la justicia. Lo que se impone preguntar entonces es si, la medida consistente en diferir la aplicación de una nueva línea jurisprudencial es un medio eficaz y legítimo para este fin, y más

específicamente, para salvaguardar razonablemente la confianza legítima de quienes ya son parte en procesos ante la jurisdicción.

En lo que tiene que ver con la eficacia, no parece que la figura de la jurisprudencia anunciada ofrezca suficientes garantías. En efecto, en cuanto a su aplicación, puede entenderse como exigencia diferida al momento inmediatamente posterior al caso que se resuelve o bien como una conminación a cambiar la línea en un futuro indefinido. En el primer supuesto, las garantías procesales en los casos inmediatamente subsiguientes al decidido sufrirán exactamente la misma afectación que supuestamente se pretende evitar con el diferimiento de los efectos de la nueva interpretación. En efecto, supóngase que en la Sala inmediatamente posterior a la presente, se conozca otro caso con un supuesto de hecho similar al sublite. Frente a este caso, habrá inevitablemente un cambio de jurisprudencia que las partes no pudieron prever y frente al cual no pueden tomar acción alguna, puesto que ya se han agotado las instancias de intervención. Tratándose de un supuesto fáctico que dista mucho de ser excepcional, en el medio judicial colombiano, tampoco es razonable diferir la aplicación de la jurisprudencia más justa a un supuesto en el que los casos con igual o similar situación fáctica, iniciados antes de la sentencia que anuncia el cambio de jurisprudencia, hayan sido resueltos, pues ello conllevaría una espera de décadas, dado el conocido estado de congestión que aqueja sistemáticamente a la rama judicial y, de modo especial, a la jurisdicción contenciosa, en particular a esta Sección. Es de anotar, además, que resulta posible que cuando se pretenda aplicar el pretendido anuncio, el estado de la cuestión no lo permita.

Por otra parte, la interpretación según la cual la jurisprudencia anunciada se aplicará en un futuro indeterminado, equivale pura y simplemente a negar el cambio de jurisprudencia, toda vez que deviene en una simple manifestación de buenos deseos. En el fondo, consiste en decir que la jurisdicción aspira a que algún día se corrija una situación de injusticia que ella misma reconoce pero confirma.

Toda vez que en los supuestos en que se acepta la aplicación del cambio de línea a los casos inmediatamente subsiguientes, la figura de la jurisprudencia anunciada no evita significativamente los efectos negativos de la variación jurisprudencial (solo lo hace respecto del caso concreto examinado) y que, en los supuestos en los que la aplicación del cambio se difiere a un futuro indeterminado, realmente no

existe la variación de la jurisprudencia exigida en justicia, se impone la conclusión de que la figura de la jurisprudencia anunciada es ineficaz para cumplir los fines que persigue. Y, toda vez que la idoneidad y eficacia es criterio de razonabilidad y, por ende de legitimidad, de cualquier medida que comporte restricción de los derechos (en este caso, el de reparación), se sigue como inconcuso, que la figura referida, es improcedente, al menos en el ámbito de la acción de reparación directa.

3) Sobre la contradicción implícita en el reconocimiento del daño y la negación de su reparación

Si en términos generales se puede decir que la figura de la jurisprudencia anunciada en nada contribuye a los fines que supuestamente pretende buscar y, en su lugar, desdibuja la función judicial, en tanto que se convierte en declaración de tolerancia a una injusticia reconocida, en el caso de la acción de reparación directa el grado de desnaturalización es todavía mayor.

En efecto, existen instancias excepcionales en que por la índole de la acción, puede el juez reconocer una injusticia o disfuncionalidad sistemática y, al mismo tiempo, desestimar las pretensiones por no ser objeto directo de la acción. No ocurre lo mismo en el caso del reconocimiento del daño en el caso de la acción de reparación directa.

En efecto, como su nombre lo indica, el objeto de esta acción es la reparación del daño antijurídico imputable al Estado, esto es, el cumplimiento del imperativo contenido en el artículo 90 de la Constitución.

De ahí que resulte particularmente sorprendente el hecho de que una sentencia de reparación directa, admita explícitamente la configuración de un daño cierto e imputable al Estado y no ordene la reparación del mismo sino que enuncie la conveniencia de hacerlo a futuro. Y es que, si la vía de la reparación directa se cierra, cabe preguntarse ¿a qué vía pueden acudir los asociados para reclamar por los daños que no tenían que soportar? No se trata de una cuestión simplemente retórica, pues no está de más recordar que la historia comprueba que cuando las vías judiciales se cierran, la sociedad acude a la autocompensación.

4) Sobre la patente irracionalidad de la sentencia y la vulneración de la pretensión de corrección

Además de desdibujar la función judicial y de contradecir la esencia y la finalidad de la acción de reparación directa, el fallo en comento no satisface los requisitos mínimos de la juridicidad. En efecto, como advierten Alexy y Habermas, todo discurso práctico (dentro del cual se inserta el discurso jurídico) se caracteriza por una pretensión de corrección, de la que deriva su legitimidad. De ahí que sea una contradicción performativa la afirmación de que “esto es derecho pero es injusto”.

Ahora bien, la reparación del daño antijurídico es principio general de derecho de gentes, en tanto reconocido por todas las tradiciones jurídicas, tanto antiguas como modernas, orientales y occidentales⁸⁷. Además, está reconocido en tratados internacionales de derechos humanos (Convención Americana de Derechos Humanos art, 63), la Constitución Política (art. 90), la legislación civil (2341 Código Civil) y administrativa (Ley 446 de 1998, art.16). A la luz de esta normatividad no hay modo de concluir que, por fuera de las causales de exoneración, un daño imputable al Estado no deba ser objeto de reparación. Más aún, como se ha reiterado en más de una ocasión, la misma sentencia, constituye un reconocimiento explícito de que hay un daño que desborda el lucro cesante y de que debería haber indemnización integral pecuniaria, más allá del salario mínimo.

Ahora bien, la afirmación según la cual se debe reparar, comporta inevitablemente la conclusión de que no hacerlo retiene a la víctima lo que le pertenece, esto es, no dar a la víctima lo que le corresponde que es justamente la definición de injusticia. De ahí que, implícitamente el reconocimiento de un daño imputable al Estado y la negación subsiguiente de la indemnización lleva implícito el reconocimiento de que el fallo es injusto, esto es, el reconocimiento de su propia irracionalidad.

5) La imperatividad de la Constitución y los tratados internacionales y la jerarquía de las fuentes del Derecho

⁸⁷ Por mencionar algunas fuentes ajenas a la tradición de origen romano baste mencionar las disposiciones de responsabilidad civil contenidas en el Código de Hamurabi, el el Levítico, o en las disposiciones jurídicas registradas en la China desde las Dinastías Quin (221-a 206 a.C) y Han (206 A.C a201. A.C) .

Otra de las deficiencias que comporta la aceptación de un daño que no genera el deber de reparación, tiene que ver con la negación de la imperatividad de la Constitución y de los tratados internacionales. En efecto, como se verá más adelante, la conclusión de que la labor de quien desempeña el cuidado en el hogar, en tanto no esencial pero sí sociológicamente ligado a los imaginarios sobre el sexo femenino, exige una valoración que va más allá de la simple equiparación con el propio de relaciones contractuales, tiene su fundamento en instrumentos internacionales de derechos humanos que directa o indirectamente combaten toda forma de discriminación de género y la minsuvaloración del trabajo femenino. En particular, el imperativo de proscripción de la minsuvaloración de trabajos tradicionalmente considerados femeninos, se prevé en la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), el cual, por lo demás, contempla una disposición directamente aplicable a la remuneración del trabajo “en sectores no monetarios de la economía” (art. 14).

Por otra parte y de modo aún más directo, la Constitución Política dispone la reparación del daño antijurídico, de un modo tan radical, que incluso abandona la tradicional dependencia de la declaración de culpa.

Que la necesidad de reparación del daño explícitamente aceptado esté sustentada en normas de rango constitucional y en tratados internacionales de derechos humanos tiene especial significación, toda vez que, su desconocimiento supone necesariamente una inaceptable redefinición de la normatividad.

En efecto, cuando una decisión judicial, por razones de supuesta conveniencia, deja de aplicar un mandato contenido en normas de rango constitucional y exigencias de tratados internacionales sobre derechos humanos, no susceptibles de su revisión no aún en estados de excepción implícitamente atribuye a normas imperativas que no lo permiten un rango inferior de orden programático, a voluntad de los jueces que ni siquiera alcanza el rango demandado.

Ello significa, por una parte, el retorno a un modelo constitucional ya abandonado, en el que la Constitución se entiende únicamente como directriz política no vinculante. La incompatibilidad de este modelo con la intención del Constituyente de 1991, queda patente en el texto del artículo 4 de la Carta en el que se dispone: <<. **La Constitución es norma de normas.** En todo caso de incompatibilidad

entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales. Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades>>.

Por otra parte que una autoridad judicial, y una de cierre, relativice el cumplimiento de un precepto constitucional, después de reconocer abiertamente la procedencia de su aplicación, parece especialmente contrario a la definición de la vocación de las autoridades (máxime judiciales), contenidas en el artículo 2 de la Carta Política: “las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás **derechos** y libertades, y para **asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares**”, así como de lo dispuesto en el artículo 230 sobre la sujeción de los jueces al imperio de la Ley (en sentido amplio, dentro de la cual se entiende contenida, en primer lugar, la Constitución Política).

Por otra parte, la asección de que un daño, cuyo reconocimiento está en directa conexión con compromisos internacionales suscritos por Colombia en la CEDAW, no es directamente imperativo, conlleva implícitamente la aceptación de una suerte de suspensión judicial de los compromisos derivados del pacto, lo cual contradice, no solamente el mandato del bloque de constitucionalidad, que reconoce máxima imperatividad interna a los tratados internacionales de derechos humanos, sino también las disposiciones del Convenio de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que no prevé un mecanismo de suspensión judicial de estos instrumentos. A la luz internacional, esta suspensión no aparece como una medida interna necesaria para conservar la seguridad jurídica (cometido que, como se dijo anteriormente, no se cumple) sino un puro y simple encubrimiento.

Las anteriores conclusiones son significativas a la hora de establecer el sistema de fuentes implícito en la sentencia. En efecto que el juez de lo contencioso administrativo pueda decidir cuándo aplicar y cuándo no un imperativo constitucional, hace del juzgador instancia final de creación y determinación del derecho, incluso por encima de las normas supremas. Así las cosas, las garantías constitucionales no son más que sugerencias que el juez puede o no seguir. Dejar la Constitución al arbitrio del juez, por decisión de este mismo hace difícil distinguir su perfil del de los déspotas ab-solutos, que en alguna época también proclamaron su no sujeción a la ley.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que el margen de apreciación con el que cuentan todas las autoridades de un Estado con relación a la aplicación e interpretación de los mandatos, deberes y obligaciones convencionales no es ilimitado, ya que es una figura que promueve la integración inevitable del derecho nacional y el convencional en un solo ordenamiento, y al respeto de los derechos humanos, entre ellos el derecho a la reparación integral consagrado en el artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con carácter universal, y como concreción de los mandatos establecidos en la misma norma en los artículos 1.1, 2 y 29, lo que implica que la sentencia de la Sala no puede postergar, o generar una regla diferida de aplicación de obligaciones convencionales imperativas, inmediatas e instantáneas en su aplicación e interpretación, ya que está comprendido dentro del margen de apreciación (en el que se encuadra la figura de la jurisprudencia anunciada) desarrollar y proferir todas *“las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”*, tal como se consagra en el artículo 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y en la Opinión Consultiva OC-18 de 2003, la que se funda, a su vez, en la Observación General No 3 del Comité de Derechos Humanos al determinar el alcance del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. En todo caso, la base del margen de apreciación siempre estará en los estándares convencionales, que para el caso en concreto imponían a la Sala el deber de reconocer y liquidar los perjuicios a favor de la víctima.

6) Sobre la perpetuación de patrones de discriminación de género

Hasta el momento se ha insistido en que la opción de la figura de la jurisprudencia anunciada adolece de una ostensible contradicción interna, que parece inexplicable. Esta perplejidad parece esclarecerse si se analiza a la luz de la perspectiva de género. En efecto, así es posible evidenciar patrones de valoración y estereotipos profundamente arraigados a tal grado que pueden considerarse inconscientes, que subyacen a la argumentación racional y que actúan como motivaciones soterradas. Justamente, su carácter latente o, en terminología marxista, estructural, los hace, hasta cierto punto, inmunes a la crítica, en tanto

que difícilmente tienen una manifestación explícita. En efecto, fruto de la progresión en el reconocimiento de los derechos de la mujer, en el siglo XXI, es prácticamente imposible que en una instancia judicial aparezca una declaración explícita sobre la irrelevancia de los derechos de la mujer. Más aún, en casos como el presente, las implicaciones de género pueden quedar ocultas en la medida en que el asunto toca directamente con el daño derivado de la lesión o muerte de personas adscritas a un grupo ocupacional –quienes se dedican al hogar– que no necesariamente está ligado al sexo, puesto que las labores propias del cuidado y administración del hogar pueden ser igualmente ejercidas por hombres o por mujeres.

No se puede desconocer, empero, que histórica y sociológicamente ha predominado un modelo de división del trabajo en el que ha asumido, por una parte, que el único trabajo socialmente valioso es el que redunde en la producción monetaria y recibe remuneración y, por otra parte, que las labores del hogar son “naturalmente” femeninas.

La conjunción de una actitud que casi atácticamente menosprecia el trabajo y los problemas de las mujeres, a quienes se atribuye una natural subordinación y la también milenaria asociación de la feminidad al cuidado doméstico, explica por qué pueden coexistir las afirmaciones de que el daño sufrido por quien tiene a su cargo el cuidado del hogar no genera realmente obligaciones imperativas de reparación.

Y es que, en efecto, si se parte de la premisa inconsciente de que “los trabajos de las mujeres” son menos valiosos, la conclusión necesaria es que el daño derivado de la pérdida de capacidad para realizarlos es, igualmente, menos grave, que el que se produce ante la imposibilidad de realización de los trabajos típicamente masculinos. De ahí que, implícitamente, quepa la conclusión –siempre implícita– y muchas veces inconsciente– de que asociada al daño causado a la persona que administra el hogar, por desprenderse de un daño “menos grave”, es menos imperativa.

La aporía lógica observable desde el análisis meramente formal de la argumentación de la sentencia empieza a explicarse si se tiene en cuenta la persistencia de paradigmas valorativos según los cuales, el daño asociado a la anulación de la capacidad para un trabajo socialmente asociado a la feminidad es

un daño de segunda categoría, una lesión especial, menos grave, respecto de la cual no necesariamente aplican las normas indemnizatorias destinadas a los daños “reales”. En otras palabras, las deficiencias lógicas observables en el paradigma A entonces B, pero dado A entonces no B, se explican si se considera que A es realmente A’ por lo que la consecuencia B, no se sigue con necesidad.

7) Economía del cuidado. Consideraciones adicionales sobre el carácter “aplazable” de la indemnización del daño

La existencia de un patrón patriarcal estructural en la argumentación mayoritaria se corrobora, por lo demás, si se compara la opción seguida por la Sala con decisiones ya adoptadas en otros ámbitos no asociados con los roles y estereotipos de género.

En efecto, no es la primera vez que la Sala reconoce un daño que deborda las categorías canónicas del lucro cesante, daño emergente y perjuicio moral. Por el contrario, hoy es indiscutiblemente aceptada la procedencia de indemnización de perjuicios por la alteración de la salud y por violación de derechos constitucionales y convencionales. En ninguno de los dos casos la Sala ha optado por diferir la reparación de estos daños a instancias futuras y eventuales para la preservación de la seguridad jurídica.

Más aún, en los otros casos de violación de derechos constitucionales y convencionales (recuérdese que esta es la categoría en la que se engloba el perjuicio que excede el salario mínimo reconocido en el lucro cesante), la Sala no ha tenido problema alguno en fallar incluso de modo *extra petita*, pues ha entendido que el imperativo de la reparación integral prevalece sobre el ritualismo procesal. En estos casos no se ha visto escandaloso variar los criterios de indemnización tradicionales e incluso relativizar normas asociadas a principios como el del carácter rogado de la justicia, o la congruencia, para dar cumplimiento al imperativo de la reparación integral.

Sin embargo, resulta paradójico que, en los casos en los que el daño se encuentra asociado a los oficios estereotípicamente femeninos, la misma categoría de daños derivados de la violación de derechos constitucionales y convencionales se torne, súbitamente, no inmediatamente indemnizable. Que los derechos usualmente asociados a una población históricamente desprotegida y minusvalorada sean

justamente aquellos cuya protección e indemnización se considera “menos acuciante” difícilmente puede ser considerado una simple coincidencia. Sugiere la idea de que, aunque explícitamente se reconozca la violación de un derecho y formalmente se utilice el lenguaje de los derechos, revela que quien juzga así entiende que lo que está en juego no es un bien jurídico efectivamente debido, sino una simple concesión, no debida en justicia, sino dispensada por graciosa generosidad. No se reconoce un derecho, se hace un favor.

En cualquier otro ámbito de la reparación, la aceptación explícita de que la jurisprudencia precedente no alcanza a reconocer la magnitud del daño y de que es necesario variar la jurisprudencia daría lugar, como de hecho lo ha hecho, a una variación de los criterios indemnizatorios. Empero, en el caso sublite, se observa cómo la Sala expone, in extenso, las razones por las que la jurisprudencia sentada desde 1990 (sentencia de 24 de octubre de 1990, exp. 5902, C.P. Gustavo De Greiff Restrepo) no se corresponde con la magnitud del daño, se detiene en un copioso estudio de cómo tradicionalmente se ha descuidado la “economía del cuidado”, e inmediatamente, reitera esa jurisprudencia de 27 años, calificada de insuficiente y obsoleta. Ante tal situación conviene preguntarse, ¿por qué frente a los derechos de las mujeres y solo ante los derechos de las mujeres, un error de 27 años no debe ser inmediatamente corregido? ¿Sería aceptable esta postura si se tragara, por ejemplo, de derechos de los niños o relacionados con ocupaciones tradicionalmente masculinas?

8) Sobre la incorrecta comprensión de la economía que subyace en la sentencia.

Aparte de las implicaciones de género que se observan en la sentencia en comento, conviene señalar que, adicionalmente, esta se suscribe a una comprensión de la economía incompatible con la constitución y la dignidad humana. En efecto, aunque la sentencia explícitamente cita fuentes que corroboran el aporte de las labores domésticas a la economía nacional y mundial (concretamente, lo cuantifica en un 19% del PIB), da una connotación “no económica” a “funciones” que exceden lo que un trabajador del servicio doméstico haría por el salario mínimo. En otras palabras, identifica un área de actividades que escapan da una tasación precisa en términos monetarios y, a partir de ello, la sitúa en una esfera metaeconómica.

Ello evidencia una concepción reduccionista de la actividad económica, una limitación de la misma a lo cuantitativo y lo monetario, y la exclusión deliberada de actividades que contribuyen al desarrollo de las capacidades humanas, verdadero objetivo de la economía. Que esta última disciplina sea concebida como simple arte de la acumulación y de lo cuantitativo, tiene consecuencias problemáticas, en la medida en que, mediata o inmediatamente, contribuye a la perpetuación de los paradigmas económicos que privilegian a la producción sobre lo propiamente humano y en la que la actividad de las personas queda constantemente reducida a mera pieza del engranaje productivo.

9) Una aclaración necesaria: sobre los planos de predicación en lo esencial y lo sociológico

Aparte de lo dicho hasta el momento sobre las inconsistencias argumentativas y de reiteración de los paradigmas patriarcales y utilitaristas, que ameritan el salvamento parcial de voto, considero necesario aclarar el voto respecto del sentido en que se ha hablado en la sentencia del trabajo “de amo(a) de casa”, como ocupación femenina y la minusvalorización del mismo como forma de perpetuación de modos de pensamiento que dan por sentada la subordinación de la mujer.

En efecto, la descripción del problema de la valoración del trabajo doméstico como un asunto de género y de desprecio del aporte de la mujer a la sociedad, se debe única y exclusivamente al hecho, histórica y sociológicamente comprobable de que *de facto*, este se ha sido realizado tradicionalmente por mujeres, hasta el punto de crearse la identificación del estereotipo de lo femenino alrededor de esta clase de ocupaciones.

Empero, lo anterior no puede ser entendido como un reconocimiento de que los trabajos domésticos sean esencialmente femeninos o de que las situaciones en las que el hombre tenga una dedicación completa a ellos o la mujer asuma posiciones tradicionalmente asociadas a la producción sean irregulares.

FECHA UT SUPRA

STELLA CONTO DÍAZ DEL
CASTILLO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO
GAMBOA