



Vigilada Mineducación

Procedencia del pago del lucro cesante futuro a los padres de menores de edad fallecidos por un hecho generador de responsabilidad civil

*Procedence of the payment of future loss of earnings to the
parents of minors who died due to an event originated on
civil liability*

Por María Camila Gómez Gallardo y Carlos Andrés Henao Velásquez
Monografía

Asesora: Laura Daniela Alzate Tobón

UNIVERSIDAD EAFIT
Escuela de Derecho
Derecho

Contenido

Introducción	2
Sección I: Lucro Cesante.....	5
Capítulo I: Definición legal y doctrinaria del lucro cesante como modalidad del daño	5
Sección II: Trayectoria de la jurisprudencia en cuanto al tema.....	12
Capítulo I: Línea jurisprudencial.....	12
Capítulo II: Sentencia del 6 de abril de 2018 del Consejo de Estado.....	24
Sección III: Crítica a la sentencia del 6 de abril de 2018 del Consejo de Estado.....	27
Conclusiones	40
Referencias bibliográficas	43

Procedencia del pago del lucro cesante futuro a los padres de menores de edad fallecidos por un hecho generador de responsabilidad civil

Por: María Camila Gómez Gallardo y Carlos Andrés Henao Velásquez

Introducción

El derecho, por definición, es un fenómeno dinámico, con más incertidumbres que certezas, que va transformando sus contenidos en función de las demandas sociales. Es precisamente uno de los fines últimos del derecho el de regular la vida de las personas en sus diversas dimensiones, adecuándose a las necesidades del momento, para lograr una sociedad más justa y equitativa. Así pues, en materia de responsabilidad civil y estatal, lo mismo debe suceder.

El objeto de este trabajo no solo da cuenta del carácter dinámico del derecho, sino que es relevante tanto para estudios de derecho público como de derecho privado. El lucro cesante es, precisamente, una de las pretensiones indemnizatorias más comunes cuando se ha sufrido un daño, bien sea un caso de responsabilidad civil o del Estado, y un asunto que ha generado muchas discusiones a lo largo de los años en el ordenamiento jurídico colombiano.

Particularmente, el pago lucro cesante futuro a los padres de menores de edad fallecidos por un hecho generador de responsabilidad civil – o estatal –, a pesar de ser un tópico relativamente pacífico, ha venido transformándose debido a la consideración de nuevos factores que han puesto en tela de juicio las razones por las que en un principio el mismo no se concedía, lo que nos lleva a hacernos la pregunta: ¿Es procedente el pago del lucro cesante futuro a los padres de menores de edad fallecidos por un hecho generador de responsabilidad civil?

Casi siempre se había obtenido la misma respuesta frente a la pregunta investigativa, y esta era que no había lugar al pago del lucro cesante en los casos de muerte de menores de edad, puesto que, el lucro cesante, según el artículo 1614 del Código Civil es “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”, por lo cual, en un principio, la interpretación del artículo es clara en que para que se dé el pago del mismo, es necesario que

a priori hubiere existido un ingreso que se hubiese dejado de percibir a consecuencia del hecho ilícito y/o generador de responsabilidad civil.

Lo anterior era respaldado a su vez por la doctrina, la cual en general hace una interpretación muy estricta al respecto, debido a que, como ya se mencionó, hay bastante claridad en la norma frente al tema, lo que hace complicado que se haga una interpretación distinta a la que se deriva de la lectura del artículo 1614 del Código Civil. Conjuntamente, la jurisprudencia tenía una línea bastante sólida en cuanto a que no se reconocía el pago de dicho perjuicio en menores de edad, por no pensarse que se pudiera demostrar con suficiente grado de certeza que el menor en cuestión hubiese percibido ingresos al alcanzar la mayoría de edad, y que parte de estos fueran a ser destinados en un futuro al apoyo económico de sus padres.

Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido dando un alcance más amplio a la interpretación del artículo 1614 del Código, en el que se abre la posibilidad de conceder el pago de lucro cesante a mayores de edad y a sus víctimas indirectas en los casos en que aquellos no demuestran ingresos, presumiendo así que devengaban un salario mínimo para el momento de la ocurrencia del hecho generador de responsabilidad civil.

De la misma manera, actualmente y por diversas razones las Altas Cortes también han venido reconociendo el pago del lucro cesante a los padres de menores de edad que han resultado muertos o con pérdida de capacidad laboral del 100%, con fundamento en Derechos Humanos, bajo el supuesto de que lo que se busca con la indemnización y con el pago del lucro cesante no es dejar a la víctima en la posición en la que se encontraba antes del hecho generador de responsabilidad civil, sino dejarla en la posición en la que habría estado de no haber ocurrido tal hecho, abriendo la posibilidad de que se entienda que dichos menores de edad, de haber seguido con vida, hubiesen podido generar ingresos con los cuales habrían podido ayudar económicamente a sus padres.

Así las cosas, adquiere suma relevancia la pregunta sobre la procedencia del pago del lucro cesante futuro a los padres de menores de edad fallecidos por un hecho generador de responsabilidad civil o estatal.

Para responder la pregunta investigativa, el presente trabajo se dividirá en tres secciones: en la sección primera, *Sobre el Lucro Cesante*, abordaremos la definición de esta figura dentro

de la norma y la doctrina, así como los casos especiales en los que aplica el pago de este perjuicio; en la segunda sección, *Sobre la trayectoria de la jurisprudencia en cuanto al tema*, construiremos una línea jurisprudencial y haremos especial énfasis en la sentencia del 6 de abril de 2018, por medio de la cual el Consejo de Estado unificó jurisprudencia acerca de la materia; por último, la sección tercera *Crítica a la sentencia del 6 de abril de 2018 del Consejo de Estado* comprenderá las razones fácticas, doctrinales y jurisprudenciales por las cuales se difiere de la decisión del Consejo de Estado.

Para el efecto, se empleará una metodología en la que se dará prioridad al estudio de las sentencias que consideramos relevantes dentro de la investigación teniendo en cuenta la importancia de los casos y los argumentos propuestos tanto por los magistrados como por los consejeros, ya que se trata de un tema de construcción principalmente jurisprudencial. A su vez, las providencias tienen fechas variadas que hemos organizado cronológicamente, desde 1943, cuando se trata por primera vez la procedencia del pago del lucro cesante futuro en favor de los padres de menores de edad fallecidos como problema jurídico, hasta el 2018, año en que el Consejo de Estado expide la sentencia de unificación en la cual pretendían dar fin a la discusión y que, si bien no es la última de la línea, es la que marca una especie de solución al problema jurídico planteado, razón por la cual sólo se incluyen sentencias hasta ese año. En este orden de ideas, se escogieron fallos que, de forma cronológica, nos permitieran apreciar un patrón en cuanto a las posiciones asumidas por las Altas Cortes frente al tema alrededor de los años.

Asimismo, se procederá con el análisis de los datos cuantitativos sobre de la realidad que se vive dentro del país de cara al acceso de los jóvenes a un empleo desde el momento en que llegan a la mayoría de edad, entre otros criterios, con el fin de concluir si dicho pago en favor de los padres en efecto es procedente.

Sección I: Lucro Cesante

Capítulo I: Definición legal y doctrinaria del lucro cesante como modalidad del daño

Precisiones teóricas sobre el daño y su reparación integral

Antes de estudiar el lucro cesante como pretensión indemnizatoria, es preciso entender el concepto de daño, los elementos o condiciones necesarias para predicar la existencia del daño, y el principio de reparación integral. Aclaremos, además, que si bien el daño puede ser patrimonial o extrapatrimonial – material o inmaterial según otras clasificaciones –, nos centraremos únicamente en el daño patrimonial o material, puesto que en este se encuentra la categoría del lucro cesante.

Respecto del concepto de daño, Juan Carlos Henao en su libro *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, recopila varias definiciones de diversos autores, nacionales y extranjeros, en relación a esta figura, destacando como elemento común “la aminoración patrimonial sufrida por la víctima” (Henao, 1998).

Para otros autores, como Sarmiento García (2009), el daño es “todo hecho modificador de una realidad preexistente que afecta a un sujeto de derecho en su persona, su patrimonio o sus sentimientos, razón por la que se clasifica el daño en dos categorías: daño material y daño moral”, es decir, el daño supone la preexistencia de una situación jurídica favorable que resulta alterada, ocasionando un detrimento o perjuicio, ya sea de orden material o de orden moral.

Ahora bien, hay autores como el mismo Henao, que distinguen entre la noción de daño y de perjuicio. Henao (1998) sostiene que “el daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil (...) se plantea con claridad una relación de causalidad entre el daño –como hecho, como atentado material sobre una cosa, como lesión– y el perjuicio –menoscabo patrimonial que resulta del daño, consecuencia del daño sobre la víctima”. Enrique Gil Botero, a su vez, hace una distinción entre los conceptos de daño y perjuicio, señalando que el perjuicio es la consecuencia económica del daño (Gil, 2006).

No obstante, otros autores como Javier Tamayo (2010) consideran que la distinción es innecesaria, en razón de que ambos términos son equivalentes. En este trabajo trataremos ambos términos indiscriminadamente, pues al igual que Tamayo, consideramos que la distinción es innecesaria y, en el fondo, nada aporta a la problemática en torno al lucro cesante.

Por su parte, Obdulio Velásquez Posada, en su tratado *Responsabilidad civil extracontractual*, concibe el daño como lesión a un interés legítimo, analiza la doctrina nacional y decide adoptar la definición de Javier Tamayo. Para Tamayo, como se cita en Velásquez Posada (2009), “Daño civil indemnizable es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente a la víctima”.

Siguiendo a Velásquez Posada, y para efectos de este trabajo, adoptaremos la definición de daño propuesta por Tamayo, mas sin olvidar que, si bien no hay unanimidad respecto al tema, sí hay consenso en cuanto a que se trata de un detrimento patrimonial sufrido por la víctima, el cual, como veremos a continuación, debe cumplir con los requisitos de ser cierto y personal.

Los requisitos del daño indemnizable en nuestro ordenamiento jurídico son la certidumbre y el carácter personal. En cuanto a la certidumbre, se considera que un daño es cierto en la medida en que el juez conozca con evidencia que la acción dañosa ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el perjudicado, sin que ello obste para que el daño futuro sea indemnizado, ya que la certidumbre en estos casos no es absoluta, pues está fundada en leyes de probabilidad (Velásquez, 2009).

Igualmente, como afirma Velásquez (2009), la Corte Suprema de Justicia ha acogido este criterio en repetidas ocasiones al señalar que el daño futuro puede ser cierto y por tanto indemnizable, siempre que sea bastante probable. El autor se refiere específicamente a la sentencia del 31 de marzo de 1998 de la Sala de Casación Civil de la CSJ, expediente no. 5023, donde se indica:

“Lo que autoriza a decir que lo cierto del daño futuro está en que dentro de un devenir sin sobresaltos mayúsculos, se presentará; o, lo que es lo mismo, que, trasladada hacia

adelante la causa, casi que es seguro que se producirá el efecto que hoy por hoy se está percibiendo. No necesariamente, porque no es el derecho una ciencia natural, pero sí *harto probable*” (cursiva fuera de texto).

Henao (1998) se refiere a la determinación de la certeza del daño bajo la perspectiva del perjuicio consolidado, siendo este un perjuicio pasado, que no se proyecta hacia el futuro, sino que ya agotó todas sus posibilidades; y del perjuicio no consolidado a partir tanto de situaciones existentes como de situaciones inexistentes, siendo estos, en ambos casos, perjuicios que se proyectan hacia el futuro. Más adelante profundizaremos en los perjuicios no consolidados.

Por otro lado, el carácter personal del daño, consiste en que el perjuicio sea sufrido por la persona que solicita la reparación o, en palabras de Henao (1998), “el daño es personal cuando deriva de los derechos que tiene el demandante sobre el bien jurídico que sufrió menoscabo, debiendo establecerse la titularidad jurídica sobre el derecho que tiene respecto de ese bien menguado. La titularidad jurídica (...) variará dependiendo del tipo de acción que se inicie y del *petitum* que contenga”. Entonces, el carácter personal del daño hace referencia a la legitimación, esto es, a la vocación para reclamar la titularidad de un derecho.

Para Gil Botero (2006), tiene derecho a reclamar la reparación “quien ostente la calidad de perjudicado con el hecho dañoso, independientemente de la consanguineidad, afinidad u otros factores”. En el mismo sentido, como afirma Rueda Prada (2014), el Consejo de Estado ha venido resaltando que una cosa es el vínculo con la víctima inicial y otra es el daño derivado del daño ocasionado a la víctima original, haciendo referencia al “daño de rebote” o “daño de contragolpe”, que, en palabras de Velásquez Posada, “ocurre cuando la acción dañosa que recae directamente sobre un individuo causa un daño a este y al mismo tiempo ese daño causado en la víctima directa es perjudicial para otra” (Velásquez, 2009). En consecuencia, el carácter personal del daño, dicho en otros términos, la legitimación para reclamar, no solo comprende a la víctima directa, sino también a las demás personas que hayan sido alcanzadas de “rebote” o “contragolpe” por el mismo.

Con todo, cabe aclarar que algunos sectores de la doctrina enuncian otros elementos del daño, como el carácter directo (Gil Botero) y la ilicitud o antijuridicidad del daño (Velásquez Posada). Sin embargo, con el propósito de darle un tratamiento lo más práctico posible al

tema, lo daremos por agotado con el carácter cierto y personal del daño, bajo el entendido de que todo daño es antijurídico y que, como sugiere Rueda Prada (2014), cuando Gil Botero menciona el carácter directo del daño no lo hace como elemento de este, sino como requisito de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Por último, en cuanto al principio de reparación integral, este se encuentra contemplado en el artículo 16 de la ley 446 de 1998, sobre la valoración de daños, el cual dispone que “(...) la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

Conforme a Guido Alpa, como se cita en Velásquez (2009), este principio “debe ser entendido como un principio de aspiración, de modo que el juez debe procurar alcanzarlo en la medida de lo posible, es decir, colocar al damnificado en el mismo estado en que se habría encontrado, si no hubiese mediado el hecho dañoso”. Por su parte, Arturo Solarte Rodríguez (2009) señala que la reparación es integral “si a través de ella se coloca al damnificado, con sus particulares circunstancias, en la situación en la que (...) se hallaría si el hecho ilícito no hubiera ocurrido”. A su vez, explica Henao (1998) "si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima”.

Así pues, el principio de reparación integral consiste en un mandato de optimización según el cual se debe poner a la víctima en la situación en la que se encontraría de no haber sufrido el daño, pero sin mejorarla, ya que estaríamos ante un caso de enriquecimiento sin justa causa. En últimas, es un intento por restablecer, en la medida de lo posible, el estado de cosas que se tendría de no haber ocurrido el hecho dañoso, con fundamento en criterios objetivos y no en meras especulaciones. En palabras de Sandoval Garrido, se trata de indemnizar la totalidad de los daños padecidos sin superar sus estrictos límites (Sandoval, 2013).

Las precisiones que acaban de hacerse sobre el daño en términos generales, nos permiten pasar al estudio específico de la figura del lucro cesante.

Lucro cesante y casos especiales

La indemnización de perjuicios patrimoniales, según el artículo 1613 del Código Civil, comprende el daño emergente y el lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento. Pese a que este artículo hace referencia únicamente a la responsabilidad civil contractual, la obligación de indemnizar perjuicios también surge en los eventos de responsabilidad civil extracontractual, cuando por delito o culpa se inflige un daño a otro.

Como el Código Civil no es claro en cuanto a la definición de daño emergente y lucro cesante, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 7 de mayo de 1968, citado en Velásquez Posada (2009) delimita dichos conceptos, particularmente el de lucro cesante, estableciendo que “el lucro cesante está constituido por todas las ganancias ciertas que han dejado de percibirse o que se recibirán luego, con el mismo fundamento de hecho”.

Por su parte, como se cita en Rueda Prada (2014), la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente no. 13168, ha señalado que el lucro cesante “corresponde, entonces, a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima”.

Entonces, la definición del lucro cesante que brinda el Código en el artículo 1614, en sentido amplio, hace referencia a la ganancia o provecho que deja de reportarse como consecuencia de un perjuicio o daño sufrido. Acorde a Velásquez (2009), “hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar, según el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará al patrimonio de la víctima”. En tal medida, el lucro cesante puede ser consolidado o futuro, dependiendo del caso en concreto.

Como ya se mencionó, el daño debe ser personal y cierto. Por lo tanto, el lucro cesante, como tipología del daño, debe cumplir con dichos elementos. El lucro cesante consolidado, como su nombre lo indica, no presenta mayor inconveniente por tratarse de un daño ya ocasionado, esto es, cierto. El lucro cesante futuro, por el contrario, al ser un perjuicio que aún no existe, puede generar varios problemas a la hora de su liquidación y pago, por la incertidumbre de su configuración.

Retomando los perjuicios no consolidados, estos pueden darse a partir de una situación existente o inexistente. Según Henao (1998), “en el primer caso, el juez solo debe tomar posición respecto de la extensión en el tiempo de la situación que se presenta. En el segundo, al contrario, el juez debe en primer momento tomar partido respecto de la situación en sí misma, precisamente porque no es real, para luego determinar, si a ello hubiere lugar, su prolongación en el tiempo”.

Respecto al lucro cesante futuro, acorde a Sergio Cavalieri, como se cita en Daza Buitrago (2020), este es “el reflejo futuro del acto ilícito sobre el patrimonio de la víctima, que justamente por ser un daño futuro exige mayor cuidado en caracterización o cuantificación”. Es decir, este requiere especial precaución debido a la falta de certeza frente a la ocurrencia daño y su cuantía ulterior, debiéndose acreditar con pruebas suficientes para determinar la existencia del perjuicio.

En el mismo sentido, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencia del 2 de mayo de 2018, como se cita en Daza (2020), advierte en cuanto al aspecto probatorio del lucro cesante futuro:

“(…) Ahora bien, sobre el lucro cesante futuro, debe aclararse que él no puede construirse sobre conceptos hipotéticos, pretensiones fantasiosas o especulativas que se fundan en posibilidades inciertas de ganancias ficticias sino que, por el contrario, debe existir una cierta probabilidad objetiva que resulte del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso en concreto de manera que el mecanismo para cuantificar el lucro cesante consiste en un cálculo sobre lo que hubiera ocurrido de no existir el evento dañoso.”

Así las cosas, como señala Daza, el ejercicio de demostrar la certeza del daño es de gran complejidad, pues al tratarse de un perjuicio que aún no se encuentra consolidado para la época de los hechos, nos encontramos con un grado de incertidumbre elevado, y el juez deberá aplicar criterios objetivos y valorar las circunstancias de la víctima, con el propósito de decidir si accede o no a su reconocimiento. Por consiguiente, los elementos probatorios allegados por el perjudicado “deben conducir a una consideración fundada y razonable, en caso de que no se logra llegar a una certeza absoluta”. (Daza, 2020).

No obstante, también hay eventos en los que, pese a la aparente falta de certeza respecto a la configuración del daño, se concede la indemnización del lucro cesante futuro. Nos referimos

a aquellos supuestos en los que se pretende el pago del lucro cesante por la muerte de una persona a favor de terceros diferentes a la víctima directa, legitimados en razón del sostenimiento económico que esta les brindaría hacia el futuro, incluso si la víctima directa no devengaba ingresos al momento de su muerte.

Javier Tamayo destaca el caso de las amas de casa, indicando que la jurisprudencia y la doctrina aceptan que, cuando muere una ama de casa, se justifica la indemnización por lucro cesante a favor del esposo y los hijos, pese a que no contara con ingreso salarial alguno. Lo anterior bajo el entendido de que, “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 sus hijos, generalmente una mujer, reemplace a la madre en las labores hogareñas”. (Tamayo, 2013).

Otro caso ejemplar es el de los mayores de edad que no obtenían ingresos, cuya muerte legitima a sus parientes para reclamar indemnización por lucro cesante futuro. Como expresa Tamayo (2013), no obstante algunos fallos aislados, la jurisprudencia colombiana ha admitido que los familiares de la persona fallecida que no devengaba salario tienen derecho a dicha reclamación. Asimismo, expresa el autor que “el Consejo de Estado, a partir de una sentencia del 16 de marzo de 1989 (...), acepta pacíficamente que el daño no deja de ser cierto por el hecho de que la víctima no esté trabajando al momento de ocurrir su muerte o lesión.” (Tamayo, 2013).

Por último, se encuentra el caso de la muerte de los menores de edad, que es objeto del presente trabajo. En esta materia, señalan Andrés Orión Álvarez y otros (2020) que, si bien la jurisprudencia ha sido vacilante, siendo predominante la tesis según la cual no se reconoce el lucro cesante a los padres en casos en los que el menor fallece, la sentencia de unificación del 6 de abril de 2018 expedida por la Sección Tercera del Consejo de Estado estableció las condiciones para el reconocimiento de tal perjuicio.

En la siguiente sección, expondremos la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado al respecto, y analizaremos la sentencia de unificación del 6 de abril de 2018 proferida por órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sección II: Trayectoria de la jurisprudencia en cuanto al tema

Capítulo I: Línea jurisprudencial

A continuación se procederá a enlistar una serie de sentencias sobre el pago del lucro cesante futuro a menores de edad o a las víctimas indirectas, es decir a los padres, y posterior a esto se hará un análisis de las sentencias más representativas que se han encontrado hasta el momento para así determinar cuáles son los argumentos predominantes, tanto en favor como en contra de la procedencia de este perjuicio, y definir cuál es la postura predominante hasta el momento y cuáles son los argumentos que la respaldan, con el objeto de realizar una crítica basada en aquello que se logre determinar.

Cabe aclarar que la línea jurisprudencial contiene tanto casos en los que un menor fallece, como casos en los que estos presentan una alta pérdida de capacidad laboral. Lo anterior en razón de que, si bien el presente trabajo está enfocado en el análisis de la procedencia del pago del lucro cesante a los padres como víctimas indirectas de la muerte de un menor de edad, se considera importante también tener en cuenta los casos de menores con alta pérdida de capacidad laboral para hacer la comparación, debido a que se tiene que para ambos casos, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado utilizan argumentos similares que pueden ayudar a defender o debatir la procedencia del pago de estos perjuicios a personas que para el momento de la ocurrencia del hecho generador de responsabilidad no ejercían una actividad económica y de las que no se tenía tampoco la certeza de que fueran a ejercerla en el futuro.

Por su parte, se han resaltado en azul aquellas sentencias que conceden el pago de dicho perjuicio, dado que se considera que estas son más escasas y a su vez son las que plantean la discusión que en el presente trabajo se analiza.

Tabla 1. Línea jurisprudencial sobre reconocimiento de lucro cesante.

Entidad que la profiere	Sala	Fecha	Magistrado Ponente	Número de radicado/expediente	¿Concede el pago de LC?	¿Muerte o PCL?
--------------------------------	-------------	--------------	---------------------------	--------------------------------------	--------------------------------	-----------------------

Corte Suprema de Justicia	Sala de Negocios Generales	20 de noviembre de 1943	Arturo Tapias Pilonieta	Gaceta Judicial Tomo LVII, págs. 234 a 242	No	PCL
Consejo de Estado	Sección Tercera	20 de febrero de 1992	Julio Cesar Uribe Acosta	Exp. 6182	No	Muerte
Corte Suprema de Justicia	Sala de Casación Civil	12 de septiembre de 1996	Nicolás Bechara Simancas	Exp. 4792	No	Muerte
Consejo de Estado	Sección Tercera	11 de septiembre de 1997	Carlos Betancur Jaramillo	Exp. 11764	No	Muerte
Consejo de Estado	Sección Tercera	10 de agosto de 2001	Alier Eduardo Hernández Enríquez	Rad. 25000-23-26-000-1993-9314-01	No	Muerte
Corte Suprema de Justicia	Sala de Casación Civil	7 de septiembre de 2001	Silvio Fernando Trejos Bueno	Exp. 6171	No	Muerte
Consejo de Estado	Sección Tercera	18 de marzo de 2010	María Cruzana Rivera De Vargas	Rad. 25000-23-26-000-1996-02057-01	No	Muerte
Consejo de Estado	Sección Tercera	28 de marzo de 2012	Enrique Gil Botero	Rad. 05001-23-25-000-1993-1854-01	Sí	PCL
Consejo de Estado	Sección Tercera	5 de julio de 2012	Olga Melida Valle	Rad. 05001-23-31-000-1997-01942-01	No	Muerte

Consejo de Estado	Sección Tercera	19 de noviembre de 2012	Enrique Gil Botero	Exp. 23343	Sí	Muerte
Consejo de Estado	Sección Tercera	30 de enero de 2013	Danilo Rojas Betancourth	Exp. 27484	Sí	Muerte
Consejo de Estado	Sección Tercera	26 de marzo de 2014	Enrique Gil Botero	Rad. 05001-23-31-000-1998-02371-01	No	Muerte
Consejo de Estado	Sección Tercera	28 de agosto de 2014	Jaime Orlando Santofimio Gamboa	Rad. 66001-23-31-000-2001-00731-01	No	Muerte
Corte Suprema de Justicia	Sala de Casación Civil	15 de diciembre de 2014	Jesús Vall De Rutén Ruiz	Rad. 11001-31-03-033-2001-07330-01	No	Muerte
Consejo de Estado	Sección Tercera	28 de enero de 2015	Jaime Orlando Santofimio Gamboa	Rad. 05-001-23-31-000-2002-03487-01	Sí	PCL
Consejo de Estado	Sección Tercera	25 de febrero de 2016	Jaime Orlando Santofimio Gamboa	Rad. 68001-23-31-000-2006-01051-01	Sí	PCL
Corte Suprema de Justicia	Sala de Casación Civil	17 de noviembre de 2016	Álvaro Fernando García Restrepo	Rad. 11001-31-03-008-2000-00196-01	No	PCL
Consejo de Estado	Sección Tercera	22 de febrero de 2017	Martha Nubia	Rad. 68001-23-31-000-2000-03696-01	No	Muerte

			Velázquez Rico			
Corte Suprema de Justicia	Sala de Casación Civil	29 de marzo de 2017	Ariel Salazar Ramírez	Rad. 11001-31-03-039-2011-00108-01	Sí	PCL
Consejo de Estado	Sección Tercera	03 de agosto de 2017	Stella Conto Díaz Del Castillo	Rad. 19001-23-31-000-2004-00699-01	Sí	Muerte
Consejo de Estado	Sección Tercera	6 de abril de 2018	Danilo Rojas Betancourth	Rad. 05001-23-31-000-2001-03068-01	No	Muerte
Consejo de Estado	Sección Tercera	26 de abril de 2018	María Adriana Marín	Rad. 25000-23-26-000-2004-02010-01	Sí	PCL
Consejo de Estado	Sección Tercera,	12 de mayo de 2018	Jaime Orlando Santofimio Gamboa	Rad. 19001-23-31-000-2006-00955-01	No	Muerte

En la línea jurisprudencial se puede evidenciar que, como se había enunciado, la postura de las Altas Cortes en relación con la procedencia del lucro cesante a favor de los padres por el hijo que fallece o en favor del menor que presenta un alto porcentaje de pérdida de capacidad laboral, había sido pacífica hasta el año 2012. Ambas corporaciones, hasta la sentencia del 19 de noviembre del 2012 del Consejo de Estado con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero, se mantenían firmes en la decisión de no conceder el pago de dicho perjuicio, argumentando que se trataba de un daño incierto, cuya existencia no podía ser demostrada por los padres en razón de que no se tenía certeza de que el menor hubiera generado ingresos y que, de haberlos generado, los hubiera destinado a la ayuda de sus padres. El fallo previamente referido no solo es relevante por tratarse del primer fallo que da un giro a la línea jurisprudencial, sino porque es un caso muy parecido al de la sentencia del 10 de agosto

de 2001 del Consejo de Estado, con una postura opuesta, donde se tratan supuestos fácticos semejantes, tratándose en ambos casos de la muerte de menores de edad a causa de un disparo de arma de fuego dentro de una institución educativa del Estado. En la sentencia del 2001 la Sección Tercera no concede el pago de dicho perjuicio dado que se consideraba eventual que el menor en algún momento, de haber seguido con vida, hubiera generado ingresos, e incluso siendo así, también sería eventual pensar que destinaría dichos ingresos al apoyo económico de sus padres.

No obstante, en el fallo del 2012, la Sala considera que sí es procedente el pago del lucro cesante a la madre del menor pese a saberse que este no generaba ingresos al momento de su muerte. La razón que llevó a la corporación a concluir que había una pérdida de ingresos cierta fue el hecho de que el menor de edad en cuestión trabajaba como acólito en una iglesia y, si bien no recibía una contraprestación por esta actividad, no podía desconocerse que una vez cumpliera la mayoría de edad se presume que iniciaría su vida laboral y que recibiría como remuneración el salario mínimo legal mensual vigente. Adicionalmente, se decidió que la indemnización comprendería solamente un periodo de 96 meses, contados desde la fecha en que el menor hubiere cumplido la mayoría de edad hasta los 25 años.

Ahora bien, debe anotarse que, de la investigación jurisprudencial que se llevó a cabo, salta a la vista la gran diferencia numérica que hay entre las sentencias proferidas por el Consejo de Estado, comparadas con las proferidas por la Corte Suprema de Justicia, lo cual nos permite determinar que el presente problema jurídico tiene un mayor recorrido frente a los casos de responsabilidad estatal que de responsabilidad civil.

Por otro lado, también es evidente que el Consejo de Estado a lo largo del desarrollo de esta línea jurisprudencial ha sido la corporación que más ha estado abierta a cambiar la línea teórica que se había estado llevando hasta el momento, habiendo únicamente encontrado una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, proferida el 29 de marzo de 2017, que concediera el pago del lucro cesante futuro a un menor de edad que sufre una alta pérdida de la capacidad laboral a causa de que a la madre no se le hubiera prestado la atención médica adecuada durante el trabajo de parto. En esta sentencia la Corte determina lo siguiente:

“En lo que respecta al lucro cesante futuro por la privación de los beneficios económicos que el menor habría recibido en su edad adulta como contraprestación de una actividad económica lícita de no ser por el grave daño que sufrió, no tiene razón la parte demandada cuando afirma que tal rubro es infundado; pues lo único cierto según el estado psicofísico actual del menor es que es absolutamente incapaz de valerse por sí mismo; y que con un alto grado de probabilidad científica no tendrá en un futuro el mismo desarrollo y desenvolvimiento de una persona que goza de buena salud, por lo que no podrá recibir una educación básica formal ni podrá desempeñarse en el mercado laboral, debiendo depender siempre de sus padres o, a falta de éstos, de personas caritativas; toda vez que las lesiones que sufrió al momento de su nacimiento son irreparables y lo mantendrán sumido en estado de cuadriplejía y absoluta incapacidad por el resto de su vida”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Rad. 11001310303920110010801, 2017).

Lo anterior es relevante debido a que en el fallo en cuestión no sólo se cambia la línea clara de decisión que la Corte Suprema había mantenido hasta el momento, sino que a su vez se critica la sentencia proferida por esta misma el 20 de noviembre de 1943 (la primera sentencia que aparece en la línea y la primera en tratar el tema de investigación), donde se resuelve el caso de los hermanos Valencia, dos menores que sufrieron graves lesiones a causa de un accidente aéreo. En el fallo del 43, la Corte determina que no habría lugar al pago del lucro cesante futuro en favor de los padres de los menores edad ya que se consideraba que este perjuicio era meramente eventual y especulativo. De allí surge la relevancia que se le da a la sentencia del 29 de marzo de 2017, puesto que en ella se hace una crítica directa a la sentencia de 1943 y se moderniza la postura que hasta el momento dicho juez colegiado había sostenido:

“No es posible, por tanto, seguir asumiendo el criterio que esta Sala acogió en el pasado acerca de la improcedencia de conceder la indemnización por lucro cesante futuro a menores de edad por el simple hecho de no estar devengando un salario en la fecha de ocurrencia del hecho dañoso; pues –se reitera– la indemnización integral, equitativa y efectiva de los daños no busca poner a la víctima en la situación exacta en que ‘se hallaba’ antes del daño, sino en la posición en que ‘habría estado’ de no ser por la ocurrencia del hecho dañoso antijurídico. La sentencia del año 1943, en la que esta Sala se apoyó en ocasiones pretéritas para negar este rubro a los menores damnificados sostuvo que «toda hipótesis en el particular pertenece

al mundo del futuro en que el porvenir de las personas está envuelto por la densa niebla del misterio». (G.J. t. LVII, pp. 234-242).

Es posible que en la primera mitad del siglo anterior el futuro de las personas estuviera “envuelto por la densa niebla del misterio”, pero según la experiencia de hoy en día no hay nada de misterioso en anticipar con un alto grado de probabilidad que una persona a la que se le han cercenado por completo todas las posibilidades de valerse por sí misma no podrá desenvolverse en el mercado laboral cuando alcance su edad adulta, no podrá desempeñar ninguna actividad económica y no tendrá ninguna posibilidad de obtener por sí misma los ingresos necesarios para su congrua subsistencia”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Rad. 11001310303920110010801, 2017).

Es preciso anotar que ciertos argumentos que la Corte emplea para justificar el pago de este rubro son equiparables a los casos en que se trata de la muerte de un menor de edad bajo el entendido de que la idea de la reparación no es dejar a la víctima en la posición exacta en la que estaba, sino en la posición en la que habría estado de no haber ocurrido el hecho generador de responsabilidad. También es cierto que una de las grandes razones por las que la corporación procedió con el pago de este perjuicio fue con el objetivo de velar por el interés superior del menor, dado que se consideró probado que a causa de su situación aquel no podría velar por sus intereses y sus necesidades congruas de llegar a la adultez. Sin embargo, en este caso, al tratarse de una pérdida de capacidad laboral, la Sala liquidó la indemnización de dicho perjuicio atendiendo al criterio de la mayoría de edad, y consideró que era procedente su pago de forma vitalicia con el fin de proteger al menor a causa de que, como ya se mencionó, se consideraba probado que este no tendría la capacidad de velar por su bienestar en caso de llegar a su vida adulta.

Además del fallo que viene de destacarse, no se ha encontrado otra providencia en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que aborde de manera directa la problemática de la que se ocupa el presente trabajo.

En lo concerniente a la jurisprudencia del Consejo de Estado, otro fallo destacable es el proferido el 30 de enero de 2013, en el cual se reconoció el lucro cesante a los padres de un menor occiso que se dedicaba a la pesca, pese a que no contaba con la autorización legal para trabajar. En este caso, la corporación expresa:

“La Sala reconoce la existencia de dinámicas sociales en las que los jóvenes, desde muy temprana edad, se ven impelidos a trabajar para cubrir sus propios gastos o aliviar la carga económica de su grupo familiar, sin que esto tenga, necesariamente, un impacto dañino en su desarrollo psicosocial o en sus estudios, pues, por el contrario, puede potenciar sus habilidades y talentos. Al respecto, la Corte Constitucional ha autorizado el trabajo desde los catorce años, con las siguientes condiciones: que no se realicen trabajos peligrosos o ilícitos, que exista flexibilidad laboral en cuanto a los horarios y las condiciones de trabajo, y que cuente con la respectiva autorización del inspector de trabajo o, en su defecto, de la primera autoridad local a solicitud de los padres o del defensor de familia.

(...)

Sin embargo, en el presente caso, es preciso llamar la atención sobre la escasa cultura institucional en determinados lugares del país, particularmente en zonas periféricas en las que el desarrollo social y económico es precario y la presencia estatal, débil. En tales contextos dominados por la carencia y la necesidad, además de una marcada afectación por el conflicto armado, el trabajo de los jóvenes se lleva a cabo sin mediación del Estado, sin que por ello se comprometa la integridad física y psicológica de los menores, o la permanencia de sus estudios, que son los propósitos últimos de la autorización. En síntesis, el registro y la valoración de tales dinámicas son esenciales para promover una aplicación de la norma ajustada a la realidad social”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 27484, 2013).

Como se puede observar, este es un caso en el que el menor se encontraba realizando una actividad económica con la que contribuía al sostenimiento del hogar, que si bien no contaba con la debida autorización para llevarla a cabo, para la corporación esto no es excusa para desentenderse de la realidad socioeconómica del país, especialmente tratándose de las periferias, donde la presencia estatal es poca o nula, de tal manera que es perfectamente posible que desarrolle dicha actividad sin que esto implique un menoscabo de sus derechos y del interés superior de los niños. Así, la Sección Tercera no solo da cuenta de la existencia de determinadas dinámicas sociales en las cuales los menores se ven obligados a trabajar para procurarse su propio sustento y el de su familia, sino que reconoce la realidad de muchos niños en la periferia, aliviando de cierta manera la carga de probar que el menor contaba con la autorización para laborar, siempre y cuando su trabajo no comprometa sus intereses constitucionales.

Aun así, casi un año después de haberse proferido dicho fallo, el mismo Consejo de Estado asumió una postura completamente drástica frente al pago de este perjuicio en los casos en que el menor ejerciera un trabajo que no estaba avalado legalmente. Se trata de la sentencia del 26 de marzo de 2014 con ponencia de Enrique Gil Botero en la que, como se mencionará más adelante, el Magistrado deja de conceder el pago de este perjuicio a los padres de un menor fallecido debido a que este era menor de 15 años y, por lo tanto, para el momento de su muerte, no tenía la edad suficiente para trabajar de forma legal en Colombia.

Siguiendo la misma línea, se considera importante analizar a su vez la forma en que el Consejo de Estado se contradice frente al tema, puesto que, en casos en los que se tienen situaciones fácticas muy similares, se tienen fallos completamente distintos. También se encuentran situaciones en las que un mismo magistrado falla en sentidos opuestos con relación a la pregunta de si se debe o no conceder el pago del lucro cesante a favor de los padres de menores de edad fallecidos.

Al respecto, se destacan los fallos con fecha del 19 de noviembre de 2012 y el ya mencionado fallo del 26 de marzo de 2014, ambos con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero. En la providencia del 19 de noviembre de 2012, se determina que en efecto es procedente el pago por concepto de lucro cesante futuro en favor de la madre del menor fallecido dentro de un centro educativo luego de que uno de varios hombres armados entrara el recinto y le disparara, bajo el entendido de que es lógico considerar que una vez el menor hubiere cumplido la mayoría de edad, habría percibido ingresos, tomando así como base para la liquidación el salario mínimo del momento en el que se tomó la decisión y contando desde el momento en el que el menor hubiere cumplido los 18 años y hasta los 25:

“Ahora bien, en relación con la indemnización por concepto de lucro cesante, solicitada para la madre, se tiene que obran varios testimonios que señalan que Hernán de Jesús Arboleda Parra trabajaba como acólito de la iglesia pero que no recibía contraprestación por esta actividad, sin embargo, no se puede desconocer que una vez cumpliera la mayoría de edad se presume iniciaría su vida laboral y recibiría como remuneración el salario mínimo legal mensual vigente.

Por lo anterior, se realizará la liquidación teniendo como base el salario mínimo legal mensual vigente, esto es, \$566.700, adicionado en un 25% (\$708.375) correspondiente al valor de las

prestaciones sociales, menos otro 25% relativo a los gastos personales de la víctima, y la suma obtenida corresponde a la renta actualizada, \$531.282.

La indemnización a que tiene derecho comprende solamente un período: el vencido o consolidado, que se cuenta desde la fecha en que el joven fallecido cumpliría la mayoría de edad hasta los 25 años, para un total de 96 meses.” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 23343, 2012).

Con todo, dos años después de haber proferido esta decisión, el Magistrado Gil Botero en sentencia del 26 de marzo de 2014 resuelve un caso de lucro cesante a favor de los padres de un menor que falleció a causa de que una portería en la que estaba jugando fútbol le cayera encima. Para este caso, si bien se trataba también de la muerte de un menor de edad derivada de un hecho generador de responsabilidad civil (cabe anotar que la responsabilidad del estadio donde se encontraba el menor fue demostrada dentro del proceso), la Sala falló en contra de conceder el pago de dicho perjuicio bajo el entendido que se trataba de un perjuicio incierto y que para el momento del accidente la víctima era menor de 15 años, por lo que tampoco sería posible considerar que el ejercicio de una actividad económica por parte de este estuviera legalmente constituida.

Lo anterior es relevante dado que, en el primer caso, Gil Botero no hace uso de este razonamiento ni para conceder el pago de este perjuicio, ni para negarlo, introduciendo así un argumento completamente distinto al problema jurídico planteado acerca de conceder o no el pago del lucro cesante futuro a los padres de estos menores fallecidos.

Además, en cuanto al fallo del 19 de noviembre del 2012, hay otra anotación importante que hacer, teniendo en cuenta que años atrás se profirió una sentencia con fundamento en hechos bastante similares, pero en la que se llega a una conclusión completamente distinta. Se trata del fallo del 10 de agosto de 2001, proferido por el mismo Consejo de Estado, en el que un menor de edad pierde la vida dentro de un centro educativo público luego de que otro compañero le disparase con un arma de fuego mientras presentaba una evaluación. En dicho caso, los padres del menor pidieron el pago del lucro cesante, pero este no fue concedido por la Sección Tercera, al entenderse eventual que el menor en algún momento, de haber seguido con vida, hubiere generado ingresos e incluso, siendo así, también sería eventual pensar que destinaría dichos ingresos a apoyar económicamente a sus padres:

“Así el daño sea futuro debe quedar establecida la certeza de su ocurrencia, no puede depender de la realización de otros acontecimientos. Cuando de la muerte de un niño se trata, la Corporación ha negado, tradicionalmente, la indemnización de un daño futuro, consistente en el reconocimiento de lucro cesante por unos hipotéticos ingresos del menor, por tener carácter de eventual. En efecto, en estos casos el daño futuro está sometido a una doble incertidumbre, por una parte, que el menor llegara a obtener algún ingreso y, que, de cumplirse la primera condición, este se destinaría al sostenimiento de sus padres y hermanos, y no, por ejemplo, que se dedique al sostenimiento propio o a la formación de un nuevo hogar” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 12.555, 2001).

Por otra parte, analizando casos más recientes, se considera pertinente el estudio de la sentencia del 3 de agosto de 2017 con ponencia de la Magistrada Stella Conto Díaz del Castillo. En este fallo se estudia la muerte de una menor de edad (16 años) a causa de las heridas propinadas por su pareja y por no recibir la atención hospitalaria adecuada. De este caso cabe resaltar que fue demostrado que la menor laboraba, pero dicha relación laboral no cumplía con los requisitos legales. No obstante, se concedió el lucro cesante futuro a favor de su familia teniendo en cuenta que dicha prohibición castigaba al empleador y no a la menor, reafirmando la posición asumida por la Sección Tercera en sentencia del 30 de enero de 2013, y se determinó la procedencia del pago de dicho perjuicio a pesar de que la menor no ejerciera una actividad laboral legalmente constituida:

“Negó el a quo la concesión de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, con base en que la menor no contaba con el permiso de las autoridades para trabajar. La Sala se aparta de este razonamiento, en consideración a que Lorena Patricia se vio obligada a trabajar para ayudar a sus hermanos menores, dada la permanencia de la madre en prisión. Es de advertir que si bien el Estado debe evitar el trabajo infantil, y de ahí la necesidad de que quien lo ejerce cuente con un permiso, la falta de este no puede repercutir en la reparación del daño, en cuanto el legislador no prevé la sanción para el menor y su familia, sino la multa para el empleador. Además, no se conoce el apoyo estatal a la familia de Lorena en orden a procurar la atención de sus hermanos menores dada la prisión de su madre” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 40683, 2017).

Por último, se tiene la sentencia de unificación proferida por el Consejo de Estado el 6 de abril de 2018 donde se puso fin a la discusión acerca de si debía o no concederse el pago del

lucro cesante a los padres de menores de edad fallecidos por un hecho generador de responsabilidad civil o estatal. En el siguiente capítulo se profundizará acerca del caso planteado en la sentencia, su conclusión y los argumentos expuestos por la Sala.

En síntesis, del análisis de la línea jurisprudencial pueden establecerse varias cosas: (i) antes de la sentencia de unificación no existían argumentos estándares o unificados, encontrándose incluso casos en los que se llegaba a la misma conclusión pero por distintas razones; (ii) en los casos en que se concede el pago de este perjuicio, el mismo sólo se pagaría contado desde el momento en que el menor habría cumplido la mayoría de edad hasta los 25 años, tiempo en el que se presume que dejaría el hogar para constituir su propia familia; (iii) hay un argumento que coincide en casi todas las sentencias analizadas que no reconocen el pago del lucro cesante, y es el hecho de que dicho perjuicio no se concedería por considerarse eventual la idea de que el menor cuando cumpliera los 18 años comenzaría a laborar y que con sus ingresos colaboraría al sostenimiento de su familia; y (iv) que en los casos en los que se concede este perjuicio (y en los que no se demostró que el menor ejercía una actividad económica), las Altas Cortes y específicamente el Consejo de Estado, concedían el pago de este perjuicio por ser los padres acreedores de la obligación alimentaria de los hijos y, si bien puede considerarse que esta es una conclusión abstracta, dado que no lo dice en ninguna de las sentencias de una forma literal, se considera apropiada debido a que en estos casos el pago de este perjuicio sólo se concedía a los padres del menor fallecido y no a otros miembros de su núcleo familiar.

Capítulo II: Sentencia del 6 de abril de 2018 del Consejo de Estado

Como se pudo observar en el capítulo anterior, la jurisprudencia en relación con el pago del lucro cesante futuro a favor de los padres por la muerte del hijo menor es abundante, pero si bien se encuentran varios fallos que reconocen dicho perjuicio, ha sido predominante la jurisprudencia que niega su reconocimiento. Sin embargo, en sentencia del 6 de abril de 2018, la Sección Tercera del Consejo de Estado decidió unificar jurisprudencia en torno a las condiciones para el reconocimiento del lucro cesante a favor de los padres del menor que fallece.

En dicha sentencia, se estudia un caso donde miembros del Ejército Nacional, en cumplimiento de una misión oficial, impactaron con disparos de fusil un automóvil al creer que este iba a atropellar a la escolta militar, lo cual provocó la reacción los soldados, quienes abrieron fuego directamente contra el vehículo y sus ocupantes, causando la muerte de una menor de 16 años que se encontraba en el asiento del copiloto y dejando heridas a otras personas.

Entre otros asuntos, la corporación se pronunció respecto de los perjuicios materiales, particularmente sobre el lucro cesante futuro a favor de los padres de la menor, haciendo énfasis en la presunción de que los hijos habitan con sus padres hasta los 25 años, colaborando con el sustento económico del hogar, la cual, pese a ser de creación jurisprudencial, encuentra fundamento normativo en el artículo 411 del Código Civil, que dispone que los ascendientes son titulares del derecho a recibir alimentos. Para la Sala, esta presunción debe examinarse ya que no es compatible lógicamente con la presunción según la cual los padres contribuyen al sostenimiento económico de sus hijos hasta que estos cumplen 25 años de edad.

En consecuencia, si el hijo necesita de la ayuda económica de sus padres hasta los 25 años, es porque todavía no se encuentra en capacidad de subsistir por sus propios medios, de forma que no puede afirmarse con certeza que los padres del hijo que fallece experimentan un lucro cesante por cuenta de este hecho. Adicionalmente, expresa la corporación que tampoco existe una regla de la experiencia que justifique dicha presunción, teniendo en cuenta que los

jóvenes en Colombia se enfrentan a una gran cantidad de obstáculos para acceder y permanecer en el mercado laboral.

Finalmente, la Sala sostiene que el fundamento de la obligación alimentaria es doble: por un lado, está la necesidad de quien los reclama y, por el otro, se tiene la capacidad de quien los debe. Es decir, no se deben alimentos a quien tiene los medios para procurarse su propia subsistencia, y no está obligado quien no cuenta con los recursos para proporcionarlos. Por lo tanto, desde la perspectiva normativa tampoco existen razones para presumir que los hijos entre 18 y 25 años contribuyen con el auxilio económico de sus padres, en especial cuando la obligación alimentaria no surge por la simple relación de parentesco, sino por la necesidad del alimentario y la capacidad económica del alimentante.

En razón de lo anterior, el Consejo de Estado unificó jurisprudencia señalando que:

“(…) en ausencia de prueba que demuestre (i) que los hijos contribuyen económicamente con el sostenimiento del hogar paterno o materno, porque materialmente están en condiciones de hacerlo, es decir, porque ejercen una actividad productiva que les reporta algún ingreso, y (ii) que los padres son beneficiarios de la obligación alimentaria porque no tienen los medios para procurarse su propia subsistencia, bien porque están desempleados, enfermos o sufren de alguna discapacidad, no puede presumirse que la muerte de una persona menor de 25 años genera una pérdida de ingresos cierta a favor de sus padres”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 46005, 2018).

Asimismo, expresó la Sección Tercera:

“Para la demostración de estos dos elementos son admisibles todos los medios de prueba; sin embargo, en lo que toca al primer elemento –la capacidad del deudor de la obligación alimentaria– el juez administrativo deberá valorar especialmente todos los hechos que sean indicativos de que el hijo sí ejercía alguna actividad productiva, como son el contexto familiar, cultural, de género y social en el que él y su familia subsistían, pues es bien sabido que en las zonas rurales todos los integrantes del núcleo familiar contribuyen de alguna manera con el sostenimiento económico del hogar. No obstante, en estos casos, para el cálculo del lucro cesante deberá presumirse que todos los hijos que están en edad de trabajar, contribuyen económicamente al mismo propósito, por lo que la indemnización que por concepto de lucro cesante se reconozca a favor de los padres del hijo que fallece debe

disminuirse en proporción al número de hijos que integran el hogar”. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 46005, 2018).

Así las cosas, ante la falta de prueba que demuestre que el hijo contribuye económicamente al sostenimiento del hogar, no puede presumirse que con su muerte se genera una pérdida de ingresos cierta a favor de sus padres, de tal manera que se debe acreditar no solo la efectiva contribución económica del hijo, sino la necesidad de los padres por la falta de medios para procurarse su propia subsistencia. Adicionalmente, de reconocerse el lucro cesante futuro, el cálculo de este perjuicio parte de la presunción de que todos los hijos se encuentran en edad productiva y contribuyen económicamente al sustento de sus padres, por lo cual la indemnización por este concepto debe disminuirse en proporción al número de hijos que integran el núcleo familiar.

Por último, esta sentencia cuenta con el salvamento parcial de voto de la magistrada Stella Conto Díaz del Castillo, el cual destacamos por contradecir uno de los principales argumentos esbozados por la Sala para negar el lucro cesante futuro a los padres de la menor. Veamos:

Stella Conto manifiesta no estar de acuerdo con la decisión de negar el lucro cesante a los padres ni con las razones esgrimidas por la Sala para dicho propósito. La consejera considera que debió realizarse un estudio sobre el ingreso de los jóvenes al mercado laboral, teniendo en cuenta diferentes variables, particularmente si existe un número significativo de casos en los que se impone a los hijos a participar en la generación de ingresos, desde que legalmente les es autorizado dada la precariedad de la economía familiar, incluso en menoscabo de su proyecto educativo. Lo anterior debido a que no es raro que aún los padres formen a sus hijos con la visión de que estos tienen la obligación de proveerlos económicamente.

Para Conto, el hecho de que el Estado no ofrezca trabajo de calidad para los jóvenes no puede ser pretexto para desconocer una realidad que aún tiene vigencia en nuestra sociedad, puesto que la escasez de ingresos y los altos costos de vida siguen demandando la solidaridad familiar para solventar los gastos básicos del hogar. Entonces, por estas razones, la regla de la mayoría de edad sigue teniendo plena validez para, a la luz del artículo 411 del Código Civil, considerar que, salvo prueba en contrario, los hijos ayudan a sus padres hasta la edad en que conforman su propio hogar.

Sección III: Crítica a la sentencia del 6 de abril de 2018 del Consejo de Estado

El principio de reparación integral y la eventual vulneración al derecho de igualdad en los casos de muerte de mayores de edad

Como se dijo en la primera sección, entendiendo el principio de reparación integral del daño como la obligación de dejar a la víctima en la posición en la que se encontraría de no haber sido afectada por el hecho generador de responsabilidad civil o estatal, se considera relevante iniciar esta sección señalando que, en la mayoría de los casos en que los órganos de cierre de la jurisdicción ordinaria y contencioso-administrativa no han concedido el pago de este perjuicio, incluyendo la sentencia de unificación, se está entendiendo el principio de reparación integral no como la obligación de dejar a la víctima en la posición en la que se encontraría, sino en la posición en la que se encontraba. Esto resulta problemático porque así se estarían desconociendo ciertos perjuicios que, a pesar de no ser palpables en principio dentro de la esfera del tiempo presente, podrían llegar a existir, viéndose los padres del menor fallecido desprovistos de la ayuda económica que su hijo les habría podido brindar de haber llegado a los 18 años, edad en la que entonces se presumirían los ingresos mínimos de estos.

Por su parte, en los casos de mayores de edad, las Altas Cortes sí hacen uso de la definición del principio de reparación integral como aquel que busca dejar a la víctima en la posición en la que estaría en el evento de no haber ocurrido el hecho dañoso. Lo anterior en razón de que, si nos quedáramos con la definición que se usa dentro de los fallos que niegan el pago de este perjuicio a los padres de menores de edad afectados tal hecho, entonces tampoco cabría su reconocimiento en favor de las víctimas indirectas dentro de los casos en los que el fallecido es un mayor de edad que para el momento de su muerte no generaba ingresos. Esto dado que, si la víctima no recibía ingresos para el momento de su muerte, dejarlo en la situación en la que se encontraba previo al hecho generador de responsabilidad sería la de no pagar por unos ingresos que no percibía, no siendo entonces procedente el pago del lucro cesante futuro.

Ahora bien, tanto la Corte Suprema de Justicia como el Consejo de Estado en las providencias donde no concedieron el pago de este perjuicio, incluyendo la sentencia del 6 de abril de 2018, niegan la posibilidad de que el menor, en caso de haber llegado a la mayoría de edad,

hubiese generado ingresos que podría haber destinado para la ayuda económica de sus padres; no obstante, lo mismo no pasa con los casos de mayores de edad en los que no se evidencian ingresos, pero sí se presumen. Consideramos esto como una eventual vulneración al principio de igualdad debido a que, poniendo a los sujetos en las mismas condiciones, es decir, pensando en que los sujetos tendrían 18 años, para el caso del menor no se realiza una presunción de ingresos mínimos a partir del momento en que habría cumplido la mayoría de edad, pero para los que ya la tienen sí se presumen los ingresos mínimos desde el momento en que cumplieron los 18 años.

Se aclara que si bien se hace una crítica tendiente a mostrar que en los casos de muerte de menores se desconoce con frecuencia el principio de igualdad, este desconocimiento no se hace frente a la comparación entre niño y adulto, sino que se hace en cuanto a los adultos que mueren y que no demostraban ingresos y los niños que mueren pero que hubieran llegado a la adultez. Es por este motivo que además debe decirse que se coincide con el razonamiento que las corporaciones utilizan para el cálculo de este perjuicio cuando lo reconocen, esto es, indemnizando desde el momento en que el menor hubiere cumplido la mayoría de edad hasta los 25 años.

En los casos de mayores de edad en los que no se logra demostrar un ingreso para el momento de la muerte, se tiene la certeza de que este para tal instante no generaba dinero y por ende no hacía un verdadero aporte dentro de su hogar, y de igual manera se presumen los mismos, siempre y cuando exista un deber de sufragar alimentos. Ahora bien, para el caso de los menores, esta “incertidumbre” de la que se habla en la sentencia deja abierta la posibilidad de que los mismos para el momento de su fallecimiento hubieran aportado económicamente en su hogar, de lo que se puede decir que si bien no se tiene una certeza absoluta acerca de si lo hubieran hecho, tampoco se tendría una certeza total de que no.

Asimismo, del análisis realizado salta a la vista que dentro de ambas corporaciones, en los casos de muerte de mayores de edad, se ignora la definición del lucro cesante como la ganancia o provecho que deja de reportarse. De esta definición bien podría alegarse que, entendiéndola estrictamente, la principal razón para no conceder el lucro cesante futuro en estos casos sería que para el momento de la muerte del menor, al no existir una verdadera fuente de ingresos, tampoco existiría un menoscabo a largo plazo por no estar hablando de

un perjuicio cierto y existente. La anterior postura es algo drástica, y puede suponerse que por ese motivo para el caso de los mayores de edad que no demostraban ingresos se presumen los mínimos, pero es a su vez una crítica importante cuestionar por qué para los adultos entonces se hace esta presunción y se toma una postura más laxa frente a este perjuicio, mientras que para los menores de edad no.

La presunción de que los padres les deben alimentos a sus hijos hasta los 25 años no es una regla general, sino una excepción

Por otro lado, particularmente dentro de la sentencia de unificación del 6 de abril de 2018, el Consejo de Estado explica que el pago de este perjuicio no es procedente ya que no es correcto presumir que los menores, al llegar a la mayoría de edad, habrían logrado generar ingresos mínimos. Según afirma la corporación, es contradictorio hacer esta presunción debido a que, en Colombia, los jóvenes no consiguen con facilidad empleo a partir del momento en que cumplen los 18 años, por lo que se presume en contrario que los padres les deben alimentos a sus hijos hasta los 25 años.

Lo anterior no es acertado, no sólo porque en este caso la corporación no hizo uso de ningún tipo de estudio o censo que apoyara la afirmación de que los jóvenes colombianos presentaban altas tasas de desempleo, sino porque también las presunciones que establece como contradictorias, son de hecho complementarias. Si bien es cierto el hecho de que los padres, en determinados casos, les deben alimentos a sus hijos hasta la edad de 25 años, esta no es una presunción que denota una generalidad, sino que es una norma que aplica sólo en casos excepcionales cuando, por ejemplo, los hijos demuestran la dependencia económica de sus padres por encontrarse adelantando su educación superior.

Por lo tanto, y siguiendo la línea anterior, la norma aplicable sería entonces que se presumen ingresos mínimos a partir de los 18 años, edad en la que los padres, salvo algunas excepciones, ya no se verían obligados a aportar alimentos a sus hijos. Como ya se mencionó, una de dichas excepciones es que la persona demuestre que está estudiando, lo que refuerza la idea de que la presunción de ingresos mínimos a partir de los 18 años es la regla general, que se ve complementada con la excepción que obliga a los padres a brindar alimentos a sus hijos hasta la edad de 25 años, siempre y cuando estos demuestren su dependencia económica e incapacidad para trabajar a causa de sus estudios.

En efecto, teniendo en cuenta que para 2021, el número de bachilleres recién graduados que accedieron a la educación superior fue de 39.7%, según el Laboratorio de Economía de la Educación (LEE) de la Universidad Javeriana (2021), y que la tasa de cobertura de educación superior en 2020 fue de 51.6% (Ministerio de Educación Nacional, 2021)¹, se evidencia que la obligación alimentaria de los padres para con sus hijos hasta los 25 años de edad más que una regla general, es una norma que se aplica sólo para casos específicos y excepcionales. Por lo tanto, puede concluirse que, salvo prueba en contrario, los hijos dentro de nuestro ordenamiento jurídico se consideran generadores de ingresos a partir de los 18 años y, en tal medida, no son dependientes de sus padres, siendo esta la verdadera presunción a aplicar.

Adicionalmente, estas cifras dan cuenta de que no es tanto que los jóvenes presenten importantes barreras para acceder al mercado laboral; más bien se trata de un problema de acceso a la educación superior que, si bien es influyente, no obsta para el desarrollo de actividades productivas. De hecho, la Encuesta de la Transición de la Escuela al Trabajo realizada por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística en 2015, halló que para dicho periodo, el 49% de la población entre 14 y 29 años efectuó el tránsito completo de la escuela al trabajo con un empleo estable o satisfactorio, el 20.8% de jóvenes se encontraba en etapa de transición, y el 29.2% aún no había iniciado el proceso (DANE, 2016). A pesar de que esta información no es del año de elaboración de este escrito se podría afirmar que para el momento en que fue proferida la sentencia de unificación este era un estudio relativamente reciente, con cifras importantes sobre la cantidad de jóvenes que abandonaron sus estudios para conseguir empleo; sin embargo, esta información fue completamente ignorada por el alto cuerpo colegiado.

Además de las cifras sobre educación superior ya expuestas, es menester analizar otros indicadores que den cuenta del panorama laboral de los niños y jóvenes en Colombia, con el propósito de determinar cuál es la posibilidad real de que estos aporten a la economía del hogar, de tal manera que su muerte represente una pérdida de ingresos futura en favor de sus padres. Veamos:

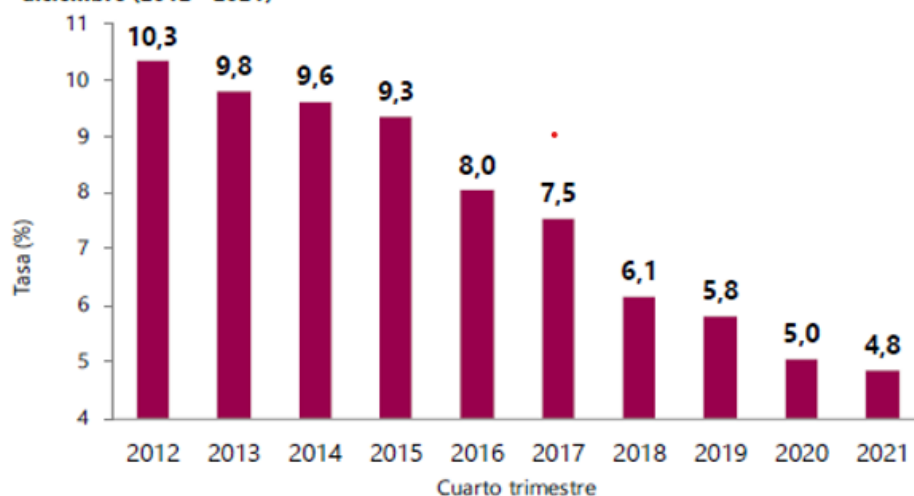
¹ La tasa de cobertura de educación superior muestra la relación entre los alumnos matriculados en el nivel de pregrado y la población proyectada entre 17 y 21 años, para medir la participación de los jóvenes y adultos que se encuentran efectivamente cursando un programa de formación en educación superior.

Información cuantitativa sobre el panorama laboral de los niños y jóvenes en Colombia

En consonancia con el salvamento de voto de la Magistrada Conto, consideramos que desde el Consejo de Estado debió haberse realizado un estudio sobre el ingreso de los jóvenes al mercado laboral, especialmente si dentro de las razones que los motivan está la imposición familiar, puesto que no es raro que los padres sigan educando a sus hijos con la visión de que son estos los que tienen la obligación de auxiliarlos económicamente. En este orden de ideas, existen varios criterios – además del ingreso de los jóvenes al mercado laboral –, que pueden ayudar a entender cuál es la realidad de los menores de edad y jóvenes adultos en relación con la presunción derivada del artículo 411 del Código Civil. A continuación, analizaremos brevemente las cifras de trabajo infantil, la tasa de empleo juvenil y los NEET (Not in Employment, Education or Training) en Colombia según el Departamento Administrativo Nacional de Estadística.

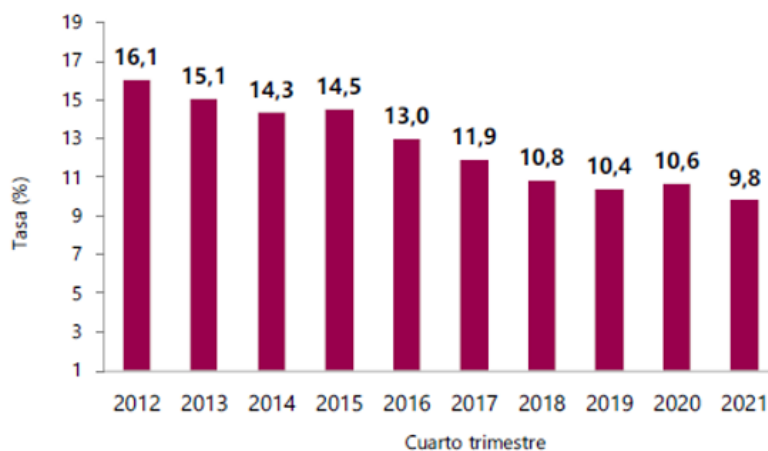
Para empezar, según el informe del DANE, tenemos que el índice de trabajo infantil hacia el 2021 se encontraba en 4.8%, lo cual se traduce en un total de 508.000 personas entre los 5 y los 17 años que trabajó entre el trimestre octubre-diciembre del mismo año. *Lato sensu*, esto es, teniendo en cuenta la misma población sumada a los que realizaron labores domésticas por 15 o más horas, la tasa nacional de trabajo infantil ampliada por oficios del hogar para el último trimestre del 2020 fue de 9.8% (DANE, 2022). Si bien el porcentaje disminuyó con referencia a periodos anteriores, sigue siendo un número importante de menores que se ven involucrados en actividades productivas y labores domésticas. Lo anterior se observa en las gráficas:

Tasa de trabajo infantil
Total nacional
Octubre – diciembre (2012 - 2021)



Fuente: DANE, Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH) – Módulo de Trabajo Infantil (MTI).

Tasa de trabajo infantil ampliada
Total nacional
Octubre – diciembre (2012-2021)



Fuente: DANE, GEIH - MTI.

Adicionalmente, en el mismo estudio se encontró que el principal motivo por el cual la población entre los 5 y los 17 años trabajó durante dicho periodo fue porque debían participar en la actividad económica de la familia, registrando un 40.1% de personas motivadas a trabajar por sus familias. En cambio, otro 13.9% respondió que laboraban debido a que tenían que ayudar con los gastos de la casa, así como costearse el estudio, resultando en más del

50% de menores de edad que laboran porque deben contribuir económicamente al sostenimiento del hogar para el trimestre octubre-diciembre de 2021. Así muestra la siguiente tabla:

Distribución porcentual, variación y contribución a la variación de la población de 5 a 17 años que trabaja según razón principal por la que trabaja
Total nacional
Octubre – diciembre (2021-2020)

Razón por la que trabaja	Participación (%)	Variación (%)	Contribución (p.p)**
Población de 5 a 17 años que trabaja	100,0	-1,8	-1,8
Le gusta trabajar para tener su propio dinero	30,8	-10,7	-3,6
Otra razón	2,4	-19,6	-0,6
Debe participar en la actividad económica de la familia	40,1	-0,6	-0,2
Porque el trabajo lo forma, lo hace honrado y lo aleja de los vicios	12,7	3,3	0,4
Debe ayudar con los gastos de la casa, ayudar a costearse el estudio	13,9	20,2	2,3

Fuente: DANE, GEIH - MTI.

**p.p: Puntos porcentuales.

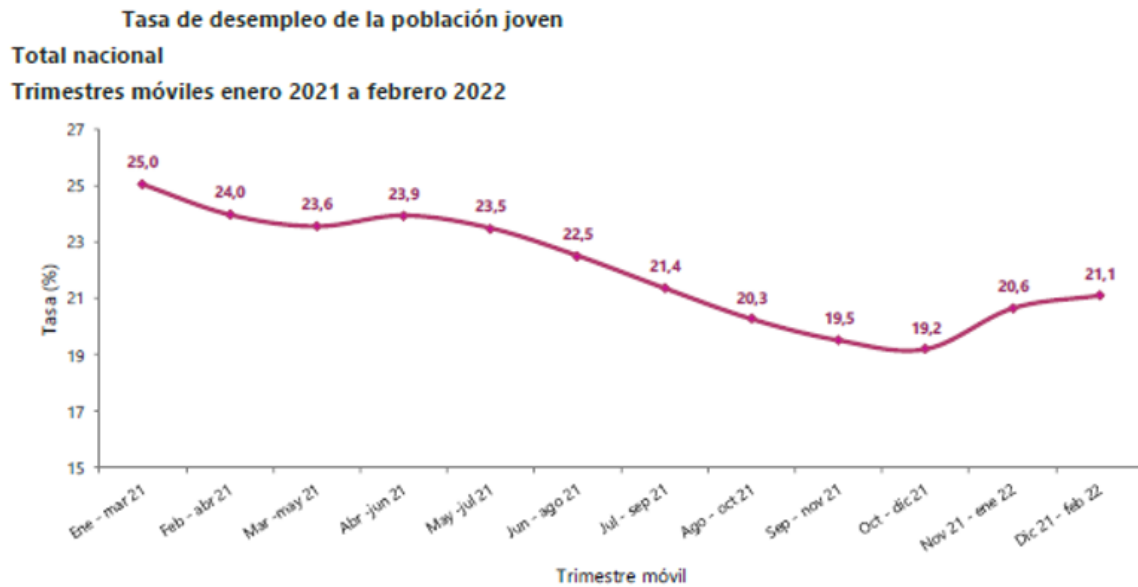
Ahora bien, frente a las cifras de empleo juvenil, el DANE (2022) mostró que para el trimestre diciembre 2021-febrero 2022, la tasa de ocupación para el total de personas entre los 15 y 28 años fue de 43.8%, mientras que la tasa de desempleo de la población joven se situó en 21.1%, dándose un aumento en la tasa de ocupación, así como una disminución en la tasa de desempleo con respecto a periodos anteriores. Esto muestra que, si bien los jóvenes todavía presentan obstáculos para acceder al mercado laboral, poco a poco estos se han ido superando, siendo mayor la cantidad de jóvenes empleados que de jóvenes desempleados. Lo anterior se observa en las gráficas:

Tasa global de participación, ocupación y desempleo de la población joven
Total nacional
Trimestre móvil diciembre - febrero (2020-2022)

Tasas (%)	Total nacional		
	Diciembre 2021 - Febrero 2022	Diciembre 2020 - Febrero 2021	Variación absoluta (p.p.)
TGP	55,5	55,0	0,5
TO	43,8	42,5	1,3
TD	21,1	24,2	-3,1

Fuente: DANE, GEIH.

p.p.: puntos porcentuales



Fuente: DANE, GEIH.

Por último, acorde al mismo boletín de mercado laboral de la juventud (DANE, 2022), el porcentaje de jóvenes entre los 15 y 28 años que no estudian ni se encuentran ocupados para el trimestre diciembre 2021-febrero 2022 es de 28.6%, lo que muestra que realmente es mucho menor la cantidad los jóvenes que no se dedican a estudiar ni a trabajar, comparado con el número de jóvenes que bien están finalizando sus estudios o ya se encuentran trabajando en tal periodo.

Jóvenes entre 15 y 28 años que no estudian ni se encuentran ocupados

Total nacional
Trimestre móvil diciembre - febrero (2021-2022)

Total Nacional	Diciembre 2021 - febrero 2022	
	Población (miles)	Proporción %
Población en edad de trabajar de 15 a 28 años	11.423	
Jóvenes entre 15 y 28 años que no estudian ni se encuentran ocupados	3.262	28,6
Jóvenes hombres entre 15 y 28 años que no estudian ni se encuentran ocupados	1.105	9,7
Jóvenes mujeres entre 15 y 28 años que no estudian ni se encuentran ocupados	2.157	18,9

Fuente: DANE, GEIH.

Cabe aclarar que los resultados anteriores fueron contrastados con los de organizaciones internacionales como la Organización Internacional del Trabajo. Varios estudios de la OIT obtuvieron conclusiones similares, pese a no estar actualizados a la fecha, ya que los últimos informes que aparecen son de 2021, encontrándose algunos que datan solamente hasta 2019, como es el caso de la tasa de trabajo infantil según la OIT, que para el 2019 registraba un índice de 4.9% en dicho rubro (OIT, 2022). Asimismo, el porcentaje de NEET data de 2020, teniéndose para aquel entonces un total de 27.6% de jóvenes que no estudiaban ni trabajaban en este año (OIT, 2022).

Una vez comparados los datos sobre trabajo infantil, la tasa de ocupación y la tasa de desempleo juvenil, así como el porcentaje de jóvenes que no estudian ni trabajan en Colombia, se concluye lo siguiente: i) si bien es relativamente inferior el número de menores de edad que se ven forzados a desarrollar actividades productivas, incluyendo aquellos que se ven involucrados en los oficios del hogar, la mayoría de niños en esta situación lo hace por imposición familiar, lo cual muestra que es bastante normal que los padres formen a sus hijos para que estos los ayuden económicamente en el futuro; y ii) la cifra de jóvenes que trabajan es un poco más del doble que la cantidad de jóvenes desempleados, mientras que el total de población joven que no estudia ni trabaja, pese a considerarse una minoría significativa, sigue siendo menor en consideración a la tasa de ocupación juvenil. Todo lo anterior da cuenta de que es mucho más común que este grupo poblacional se encuentre desarrollando actividades productivas, incluso sin haber finalizado sus estudios y, lo que es más relevante, evidencia la importante cantidad de jóvenes que no depende económicamente de sus padres.

En síntesis, tanto la información analizada en esta parte, como los índices de educación previamente mencionados, dan cuenta de lo compleja que es la situación como para simplemente afirmar, sin sustento, que no existen reglas de la experiencia que justifiquen la presunción de que los hijos habitan con sus padres hasta los 25 años, colaborando con el sustento económico del hogar.

Es cierto que los hijos puedan necesitar de la ayuda económica de sus padres mientras todavía siguen viviendo con ellos, así como también es válido afirmar que los hijos, al tiempo que viven con sus padres, contribuyan con los gastos familiares, lo cual corrobora nuevamente el

carácter complementario – no contradictorio – de las presunciones examinadas por el Consejo de Estado. Ahora bien, estos datos no solo demuestran que la presunción de que los hijos habitan con sus padres hasta los 25 años, contribuyendo al sostenimiento económico del hogar se encuentra debidamente justificada, sino que reafirman dicha presunción como regla general, siendo entonces la excepción los jóvenes que dependen económicamente de sus padres hasta los 25 años de edad.

Con todo, consideramos que, aunque sea la regla general la presunción según la cual los hijos viven con sus padres hasta la edad de 25 años, siendo solventes a partir de la mayoría de edad y ayudando con los gastos del hogar, el ejercicio del juez no debe quedarse en aplicar de forma mecánica dicha presunción, en particular si se tiene en cuenta la complejidad de la coyuntura nacional. A nuestro juicio, se debe realizar un análisis de las circunstancias socioeconómicas, caso por caso, para determinar la procedencia del lucro cesante futuro, como se explicará en el siguiente acápite.

La importancia de las condiciones socioeconómicas en el caso en concreto

En la sentencia del 6 de abril de 2018 el Consejo de Estado sostiene que, para que sea procedente el pago del perjuicio, deben cumplirse con los requisitos de la obligación alimentaria, es decir, la necesidad del alimentario y la capacidad económica del alimentante. En específico, la corporación exige que exista una contribución económica por parte del hijo en razón de sus ingresos, y que los padres sean beneficiarios de la obligación alimentaria por no contar con los medios para procurarse su propia subsistencia. Pues bien, consideramos que más allá de que el menor devengara ingresos o sus padres fueran beneficiarios de la obligación alimentaria, lo que se debe mirar son las condiciones socioeconómicas del hogar, atendiendo a criterios actuales como lo son el contexto, la edad y ocupación del menor, el nivel de educación, la situación financiera del hogar, el empleo o desempleo de los padres, las expectativas razonables que estos tienen de sus hijos en términos de responsabilidades con la familia, entre otros.

Obviamente, por parte de los padres sí debe existir cierta dependencia económica o, a lo sumo, una expectativa razonable de recibir ayuda económica de sus hijos, ya que de otra forma difícilmente podría afirmarse que la muerte de los menores ocasione una pérdida de ingresos cierta a favor de aquellos. Por su parte, en cuanto a los hijos se estima que deben

evaluarse los indicios o factores que demuestren que, en el caso en concreto, se podría esperar la futura contribución económica del menor en el hogar y, de ser el caso, liquidar el lucro cesante a favor de los padres, en virtud de la presunción de la mayoría de edad según la cual, salvo prueba en contrario, los hijos auxilian económicamente a sus padres hasta los 25 años, edad en que se supone conforman su propio hogar. Igualmente, si se verifica que el menor realizaba un aporte efectivo a la economía familiar antes de fallecer, el lucro cesante deberá liquidarse como un perjuicio cierto, aun sin haber cumplido los 18 años de edad.

Así las cosas, aunque no parezca un perjuicio cierto *prima facie*, deberá indagarse por las circunstancias socioeconómicas del hogar con el fin de establecer si existe una pérdida cierta de ingresos a futuro en favor de los padres. Por consiguiente, para definir la procedencia del perjuicio se debe mirar mucho más que la necesidad del alimentario y la capacidad del alimentante, motivo por el cual consideramos que se queda corto el argumento de la obligación alimentaria esbozado por la Sección Tercera del Consejo de Estado, al desconocer la realidad de muchos hogares colombianos, en particular aquellos inmersos en situaciones económicas desfavorables e, incluso, de pobreza extrema, que motivan a los niños y jóvenes trabajar desde temprana edad, sin contar la cantidad de adultos mayores que dependen de sus hijos en materia de seguridad social en pensiones, entre otros factores que denotan las diversas dificultades a las que se enfrentan las familias en nuestro país.

Es de aclarar que, si bien el Consejo de Estado sostiene que “el juez administrativo deberá valorar especialmente todos los hechos que sean indicativos de que el hijo sí ejercía alguna actividad productiva”, la corporación se refiere exclusivamente a la capacidad económica del alimentante, es decir, los hijos, y nada dice sobre la valoración del contexto en relación con los padres. Pues bien, como ya se mencionó, este ejercicio no se debe limitar a la acreditación de hechos indicativos sobre la contribución económica de los hijos, sino que también se debe tener en cuenta las necesidades y expectativas razonables de los padres respecto de aquellos, para así determinar si procede o no el pago del lucro cesante futuro.

Nuestra postura

Entonces, retomando los elementos del daño indemnizable, es decir, el carácter personal y cierto del mismo, consideramos que la muerte del menor representa una pérdida de ingresos futura en favor de los padres siempre y cuando se cumplan estos dos requisitos, ya que el

lucro cesante, como tipología del perjuicio, deberá cumplir con estos requisitos para configurarse. El carácter personal en estos casos no representa mayor dificultad, en razón de que los padres, al ser víctimas indirectas del hecho dañoso, se encuentran legitimados para reclamar la titularidad del derecho. Por lo tanto, es el carácter cierto el que debe probarse al examinar las condiciones socioeconómicas de la familia a la que pertenecía el menor, de tal forma que, así no se tenga certeza, sí sea bastante probable que el menor hubiera ayudado en el futuro con los gastos del hogar de no haber ocurrido el hecho generador de responsabilidad. Reiteramos el fragmento de la sentencia proferida el 31 de marzo de 1998 por la Corte Suprema de Justicia, citado por Velásquez (2009):

“Lo que autoriza a decir que lo cierto del daño futuro está en que dentro de un devenir sin sobresaltos mayúsculos, se presentará; o, lo que es lo mismo, que, trasladada hacia adelante la causa, casi que es seguro que se producirá el efecto que hoy por hoy se está percibiendo. No necesariamente, porque no es el derecho una ciencia natural, pero sí *harto probable*” (cursiva fuera de texto).

En concordancia con el principio de reparación integral, entendido como el mandato de optimización que busca colocar a la víctima en el estado en el que se habría encontrado de no haber ocurrido el hecho dañoso, sin que la indemnización supere sus estrictos límites, de estimarse que es procedente el pago del lucro cesante en favor de los padres por la muerte de su hijo, la liquidación deberá obedecer al criterio de la mayoría de edad. Es decir, desde que el menor hubiera cumplido la mayoría de edad hasta los 25 años, para un total de 96 meses, tomando como base el salario mínimo legal mensual vigente. Lo anterior de conformidad con el fallo del 19 de noviembre de 2012 emanado del Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 23343, 2012). Ahora, si se comprueba que el menor realizaba un aporte efectivo a la economía familiar antes de su muerte, el lucro cesante deberá liquidarse como un perjuicio cierto, desde el momento de la ocurrencia del hecho hasta los 25 años de edad.

En términos generales, pensamos que las sentencias de la línea jurisprudencial que tienden a conceder el pago del perjuicio son las más alineadas con la postura que aquí se propone, en atención a que interpretan el principio de reparación integral como el mandato de poner al damnificado en la situación en la que hubiera estado de no haber ocurrido el hecho generador de responsabilidad. De igual forma, son estas providencias las que más se inclinan por un

análisis de las circunstancias socioeconómicas del hogar en que habitaba el menor, con el fin de determinar si es procedente o no el pago del lucro cesante futuro a favor de sus padres. Lo anterior se observa en los fallos del 30 de enero de 2013 y del 3 de agosto de 2017 proferidos por el Consejo de Estado, en los cuales se reconoció la contribución económica del menor en el hogar, aunque este no contara con la debida autorización para trabajar.

Con todo, hay algunos aciertos de la sentencia de unificación del Consejo de Estado que queremos destacar en esta parte, especialmente en relación con la valoración del contexto socioeconómico y la liquidación del perjuicio. Frente a la primera, consideramos que la corporación hizo lo correcto al admitir que le corresponde al juez verificar todos los hechos indicativos de que el menor contribuía económicamente al sostenimiento del hogar, reconociendo implícitamente la complejidad de la situación colombiana; sin embargo, como ya se indicó, pensamos que dicha verificación debe hacerse tanto respecto de la dependencia de los padres y la capacidad del hijo y, además, admitiendo indicios que demuestren que, así el menor no colaborara con los gastos familiares al momento de su muerte, en el futuro lo hubiera hecho con bastante probabilidad. En cuanto a la segunda, particularmente estamos de acuerdo con la propuesta de que, para el cálculo del lucro cesante en los casos en que hay varios hijos, se presume que todos aquellos en edad de trabajar ayudan de igual manera al sustento económico del hogar, por lo que la indemnización deberá disminuirse en proporción al número de hijos que integran el hogar.

Por último, consideramos que, si del análisis de las circunstancias socioeconómicas de la familia resulta que lo más probable es que el menor no hubiera ayudado con los gastos del hogar, los padres podrían al menos pretender la indemnización bajo el concepto de pérdida de oportunidad, que si bien no se trató en el presente escrito, podrá ser objeto de estudios posteriores.

Conclusiones

En lo concerniente a la pregunta sobre la procedencia del pago del lucro cesante futuro a favor de los padres de menores de edad fallecidos por un hecho generador de responsabilidad, luego del análisis de la línea jurisprudencial elaborada y de las críticas a la sentencia de unificación del 6 de abril de 2018 proferida por el Consejo de Estado, y teniendo en cuenta los elementos del daño y su reparación integral, se obtuvieron las siguientes conclusiones:

- I. De la investigación jurisprudencial tenemos que es mucho mayor el recorrido jurisprudencial del tema en el Consejo de Estado que en la Corte Suprema de Justicia, lo cual muestra que el problema jurídico ha sido mucho más relevante en los casos de responsabilidad estatal que en los de responsabilidad civil. Asimismo, el órgano de cierre de la jurisdicción contencioso-administrativa ha sido la corporación que más ha estado dispuesta a cambiar su línea teórica, encontrándose tan solo una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que concede el pago del lucro cesante futuro a un menor de edad que sufrió una alta pérdida de capacidad laboral.

- II. Al contrastar los casos de muerte de menores de edad con los de muerte de mayores de edad que no generaban ingresos, se observa una eventual vulneración al principio de igualdad en razón de que, colocando a los sujetos en las mismas condiciones, esto es, pensando en que los menores eventualmente alcanzarían la mayoría de edad, para estos no se presumen ingresos mínimos, mientras que para los mayores se presumen ingresos mínimos desde el momento en que cumplieron los 18 años.

Lo anterior bajo el entendido que el argumento del Consejo de Estado es que no se tiene la certeza de que el menor, de haber alcanzado la mayoría de edad, hubiera generado ingresos y que con estos hubiera ayudado a sus padres; sin embargo, al tratarse de un adulto que no generaba ingresos al momento de su muerte, se tiene la certeza de que este, en efecto, no generaba ingresos, y en estos casos la corporación los presume sosteniendo que el daño no deja de ser cierto por el hecho de que la víctima no estuviera trabajando al momento de su muerte.

- III.** Tras analizar las cifras de acceso a la educación superior y la información cuantitativa sobre la situación laboral de los niños y jóvenes en Colombia, se logró establecer que la presunción según la cual los padres les deben alimentos a sus hijos hasta los 25 años no es una regla general, sino una excepción. Por el contrario, se demostró que existen razones que no solo justifican la presunción de que los hijos habitan con sus padres hasta los 25 años, colaborando con el sustento económico del hogar, sino que la reafirman como regla general. Ahora bien, es cierto que los hijos puedan necesitar de la ayuda económica de sus padres mientras todavía siguen viviendo con ellos, así como también es válido que los hijos, al tiempo que habitan con sus padres, contribuyan económicamente al sostenimiento del hogar, lo cual corrobora el carácter complementario de las presunciones.
- IV.** Finalmente, y dándole respuesta a la pregunta investigativa, consideramos que para determinar la procedencia del pago del lucro cesante futuro a favor de los padres, es menester examinar las condiciones socioeconómicas del menor y de su familia, buscando indicios que permitan afirmar, no necesariamente con absoluta certeza, pero sí con bastante probabilidad que el menor hubiera colaborado económicamente con el sustento del hogar en el futuro de no haber ocurrido el hecho generador de responsabilidad.

En el evento de ser procedente el perjuicio, este deberá liquidarse en atención al criterio de la mayoría de edad, desde que el menor hubiera cumplido los 18 años hasta los 25 años de edad, para un total de 96 meses, tomando como base el salario mínimo legal mensual vigente. Por su parte, si se verifica que el menor realizaba un aporte efectivo a la economía familiar antes de su muerte, el lucro cesante deberá liquidarse como un perjuicio cierto, es decir, desde el momento de su muerte hasta la fecha en que hubiera cumplido 25 años. Con todo, en los casos en que hay varios hijos, se presume que todos aquellos en edad de trabajar ayudan de igual manera al sustento económico del hogar, de tal forma que la

indemnización deberá disminuirse en proporción al número de hijos que integran el hogar.

Referencias bibliográficas

- Álvarez, A. y otros. (2020). *Criterios para la liquidación del lucro cesante en la responsabilidad civil: respuestas de la doctrina y la jurisprudencia*. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (10 de agosto de 2001) Sentencia Exp. 12555. [M.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (19 de noviembre de 2012). Sentencia Exp. 23343. [M.P. Enrique Gil Botero].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (3 de agosto de 2017). Sentencia Exp. 40683. [M.P. Stella Conto Díaz del Castillo].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (30 de enero de 2013). Sentencia Exp. 27484. [M.P. Danilo Rojas Betancourth].
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (6 de abril de 2018). Sentencia Exp. 46005. [M.P. Danilo Rojas Betancourth].
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (29 de marzo de 2017). Sentencia SC9193-2017. [M.P. Ariel Salazar Ramírez].
- DANE. (2016). *Encuesta de Transición de la Escuela al Trabajo*. Recuperado de: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/encuesta-sobre-la-transicion-de-la-escuela-al-trabajo-etet>
- DANE. (2022). *Boletín Técnico: Gran Encuesta Integrada de Hogares – Módulo de trabajo infantil (GEIH-MTI). Octubre – diciembre 2021*. Recuperado de: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/trabajo-infantil>
- DANE. (2022). *Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH). Mercado laboral de la Juventud. Diciembre 2021 – febrero 2022*. Recuperado de: <https://www.dane.gov.co/index.php/estadisticas-por-tema/mercado-laboral/mercado-laboral-de-la-juventud/mercado-laboral-de-la-juventud>

- Daza Buitrago, E. (2020). De la indemnización del lucro cesante frente a daños ocasionados a menores de edad en el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano a partir de 1991. Universidad Santo Tomás. Bogotá, D.C.
- Gil Botero, E. (2006). Temas de responsabilidad extracontractual del Estado, III Edición. Bogotá: Comlibros.
- Henaó Pérez, J.C. (1998). El Daño- Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, D.C.
- Laboratorio de Economía de la Educación (LEE) de la Pontificia Universidad Javeriana. (2021). *Informe No. 40 Tránsito Inmediato a Educación Superior*. Recuperado de: <https://economiadelaeducacion.org/docs/>
- Ministerio de Educación Nacional (2021). *El Ministerio de Educación Nacional pone a disposición la información estadística de educación superior 2020*. Recuperado de: <https://snies.mineduacion.gov.co/portal/ESTADISTICAS/>
- OIT. (2022). *Child labour statistics. SDG indicator 8.7.1 – Proportion of children engaged in economic activity and household chores (%) | Annual*. Recuperado de: <https://ilostat.ilo.org/topics/child-labour/>
- OIT. (2022). *Youth labour statistics. High shares of youth NEET around the world. Share of youth aged 15-24 not in employment, education or training (NEET), modelled estimates for 2020*. Recuperado de: <https://ilostat.ilo.org/topics/youth/>
- Rueda Prada, D. (2014). La indemnización de los perjuicios extrapatrimoniales en la jurisdicción de lo contencioso administrativo de Colombia: comentarios a las sentencias de unificación del Consejo de Estado sobre el tema. Bogotá, D.C.: Universidad del Rosario.
- Sandoval Garrido, D. (2013). Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas. *Revista de Derecho Privado*. 25 (dic. 2013), 237–273.

- Sarmiento García, M. G. (2009). Estudios de responsabilidad civil. Bogotá, D.C.: Universidad Externado de Colombia.
- Solarte Rodríguez, A. (2009). El principio de reparación integral del daño en el derecho contemporáneo. Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI, Colección Jornadas núm. 1, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana.
- Tamayo Jaramillo, J. (2010). Tratado de Responsabilidad Civil. Bogotá, D.C., Legis.
- Tamayo Jaramillo, J. (2013). Tratado de Responsabilidad Civil tomo II. Bogotá, D.C., Legis.
- Velásquez Posada, O. C. (2009). Responsabilidad Civil Extracontractual, primera edición. Bogotá, D.C.: Temis Obras Jurídicas y Universidad de La Sabana.