

Tendencias del lucro cesante en el régimen de responsabilidad extracontractual de Estado en el derecho colombiano a partir de la Constitución de 1991*

Trends of loss of profit in the extra-contractual liability regime of
the state in colombian law since the 1991 Constitution

Recibido: Julio 28 de 2014 - Evaluado: Octubre 10 de 2014 - Aceptado: Noviembre 4 de 2014

Débora Guerra Moreno**

* Artículo inédito. Artículo de investigación e innovación. Producto del proyecto de investigación “Tendencias en torno al lucro cesante en el régimen de responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia a partir de la Constitución Política de 1991”, adscrito al Grupo de Investigación en Derecho Público GIDPÚ de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. El autor agradece la colaboración como auxiliar de investigación a la estudiante Laura Bouzas.

** Abogada, egresada de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, Magister en Derecho con énfasis Responsabilidad Contractual y Extracontractual Civil y del Estado de la Universidad Externado de Colombia, MBA de la Escuela de Dirección de Empresas EDDE de la Universidad Argentina de la Empresa UADE; candidata a Doctora en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín, Candidata a Doctora en Administración, Hacienda y Justicia de la Universidad de Salamanca, Especialista en Derecho Empresarial de la Universidad Autónoma de Bucaramanga y la Universidad del Atlántico, y Especialista en Contratación Estatal en la Universidad Externado de Colombia. Actualmente docente de la Universidad Libre Seccional Cúcuta y Universidad de Medellín

Correo electrónico: deboraguerrmoreno@hotmail.com.

Para citar este artículo / To cite this Article

Guerra Moreno, D. (Enero-Junio de 2015). Tendencias del lucro cesante en el régimen de responsabilidad extracontractual de Estado en el derecho colombiano, a partir de la Constitución de 1991. *Revista Academia & Derecho*, 6(10), (157-184).

Resumen

La presente investigación tiene como propósito plantear algunos interrogantes para lograr determinar cuáles han sido las tendencias sobre el lucro cesante que ha definido el Consejo de Estado colombiano cuando se condena al Estado a la reparación de perjuicios en el escenario de naturaleza jurídica de responsabilidad extracontractual. Se propone caracterizar los enfoques respecto del concepto “lucro cesante”, propuestos en la doctrina y en la jurisprudencia, con el propósito de identificar las reglas establecidas por el Consejo de Estado y así identificar cuáles han sido sus tendencias.

Palabras clave: Responsabilidad civil extracontractual, daño, certeza, prueba, lucro cesante, daño emergente, jurisprudencia, doctrina, reparación de perjuicios.

Abstract

This article has the objective to set some questions in order to determine which have been the trends about loss of profit defined by the Consejo de Estado (State Council) when the state is liable to pay damages in the scenario and nature of the tort responsibility. It is proposed to characterize the approaches about the concept of loss of profit shown on the doctrine; analyze the judicial decision taken in the frame of the tort responsibility of the state about the figure of *loss profit* in Colombia, since the 1991's constitution, in order to identify the law rules of the Consejo de Estado (State Council) which allows to tell which had been the trends around the loss of profit set inside of the frame of tort responsibility of the state since the 1991 constitution.

Key words: Civil tort responsibility/civil extra-contractual liability, Damage/hurt, Assurance, Proof, Lost profit, Emerging damage, Jurisprudence, law, Doctrine, Repair of prejudice.

Introducción

Una de las figuras jurídicas más utilizadas en el debate sobre reparación del daño en Colombia, es sin duda, la relacionada con el daño material

que contempla *el lucro cesante y el daño emergente*, (en la mayor parte de los textos académicos se lee así como uno solo), estos corresponden a dos de los conceptos más importantes de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, constituyéndose en elementos necesarios y definitivos para la reparación de los perjuicios derivados del daño material y por lo tanto de la valoración de la indemnización que de éste se deduce.

La doctrina y la jurisprudencia se han encargado de establecer claramente la diferencia entre uno y otro concepto, básicamente el lucro cesante es una categoría de daño material que comprende la indemnización de aquel ingreso que se ha dejado de percibir, incluso aquel que se basa en una esperanza legítima y que permite restablecer el patrimonio de la víctima que ha sufrido un daño, según se desprende de la lectura del artículo 1614 del Código Civil, mientras que el daño emergente corresponde al valor o precio que se ha tenido que pagar o se deberá pagar como consecuencia del daño sufrido.

La definición anterior de lucro cesante, aunque simple, sirve para establecer la diferencia con el daño emergente, sin embargo una verdadera conceptualización del lucro cesante implica la comprensión de cada uno de los diferentes elementos del concepto; el lucro cesante debe entenderse como una lesión patrimonial que consiste en la pérdida de un ingreso, ganancia, utilidad o incremento patrimonial que no se ha percibido en razón de un incumplimiento, un ilícito o un perjuicio ocasionado por un tercero. Concepto que se evidencia hoy día en la últimas tendencias de los tribunales colombianos, que se manifiesta en sentencias como, por ejemplo, la proferida por el Consejo de Estado para resolver el caso de Audy Forigua en diciembre 04 del año 2006, que condenó en equidad el lucro cesante por el hecho de la privación injusta de la libertad, no solo por el tiempo que estuvo preso, sino por el tiempo que duro buscando trabajo”; en otras sentencias se ha reconocido como lucro cesante el valor de los salarios perdidos más el 25% de las prestaciones sociales.

En otra decisión de fecha 19 de octubre del año 2007, el Consejo de Estado reconoce el perjuicio de lucro cesante a la madre que abandona su actividad de modistería para cuidar a su hija que sufrió una parálisis, entre otras sentencias que definen el criterio de las cortes Colombianas.

De esta forma se ha construido el concepto de lucro cesante, desarrollado notablemente desde las primeras definiciones incorporadas en la legislación nacional hasta las reflexiones últimas motivadas desde la jurisprudencia nacional.

La tendencia del concepto, en principio simple, se consolida hasta hacerse una figura jurídica autónoma, con elementos propios que se pueden reconocer en el estudio de las decisiones de los tribunales nacionales, lo cual permite asegurar que aún falta mucho por definirse, es decir la figura aún se encuentra en formación, luego es seguro que continúe variando y presentando modificaciones en el tiempo, conforme a la dinámica misma de la decisión judicial.

En este contexto, la investigación tiene como propósito plantear algunos interrogantes para lograr determinar cuáles han sido las tendencias sobre el lucro cesante que ha definido el Consejo de Estado cuando se imputa al Estado la obligación de reparar los perjuicios en el escenario cuya naturaleza jurídica es la responsabilidad extracontractual.

Planteamiento de la problemática y problema de investigación

El Estado Colombiano al momento de establecer una reparación cuando se le atribuye responsabilidad extracontractual a la entidad estatal o autoridad, ha definido el lucro cesante como un tipo del daño económico, de categoría autónoma, que afecta el patrimonio de la víctima ocasionado. Por su parte, la doctrina se ha encargado de extender y desarrollar el concepto plasmado en el Código Civil colombiano.

Frente a la existencia de un sinnúmero de elementos particulares que rodean cada uno de los casos expuestos ante la justicia colombiana y los principios e influencias que aparecen con la aplicación de la Constitución colombiana de 1991, nos preguntamos si la jurisprudencia aporta información sobre la armonía en las decisiones tomadas, de manera que se puedan establecer tendencias en el momento de fallar, lo cual nos aporta directrices importantes que serían útiles para los beneficiarios de las reparaciones otorgadas por el administrador de justicia en Colombia.

El beneficio otorgado será tener certeza y precisión respecto de los elementos necesarios e indispensables en la solicitud para acceder a una reparación por lucro cesante frente a una responsabilidad extracontractual del Estado colombiano. Para lograr obtener esta información unificada es necesario identificar y analizar sentencias enmarcadas en el campo de la responsabilidad extracontractual del Estado a partir del año 1991, en las que se otorgue reparación del daño material (lucro cesante) para lograr establecer

con claridad la respuesta al siguiente problema: ¿Cuáles han sido las tendencias en torno al lucro cesante en el régimen de responsabilidad extracontractual del estado en Colombia a partir de la Constitución política de 1991?

Metodología

La metodología aplicada en esta investigación es de carácter cualitativo por cuanto se estudia el problema desde las dinámicas generadas en la doctrina nacional e internacional y la jurisprudencia del Consejo de Estado. Se emplea un tipo de estudio teórico y analítico teniendo en cuenta la perspectiva que sobre el lucro cesante se tiene. Se ha efectuado un análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado a fin de identificar las reglas y subreglas que definen las tendencias aplicadas sobre el reconocimiento del lucro cesante dentro de un esquema de reparación en la responsabilidad extracontractual del Estado. Se desarrolla a partir de una metodología descriptiva, partiendo de una revisión bibliográfica como referente conceptual de las diferentes dimensiones teóricas y un análisis jurisprudencial sobre responsabilidad y lucro cesante. Se pretende aportar una revisión de la literatura relacionada con recientes investigaciones sobre la forma como las decisiones del Consejo de Estado describen las tendencias en torno al lucro cesante con respecto a la indemnización del daño material.

Esquema de resolución

Para responder este interrogante se ha considerado necesario i) caracterizar los enfoques respecto del lucro cesante propuestos por la doctrina colombiana, perfilar ii) el concepto daño y perjuicio, iii) la responsabilidad civil, iv) el daño emergente, v) el lucro cesante, examinar vi) la doctrina y el lucro cesante, vii) la prueba del lucro cesante, se precisarán viii) consideraciones puntuales del Consejo de Estado sobre el punto de derecho y finalmente se relacionarán las ix) conclusiones.

1. Conceptualización del lucro cesante desde la doctrina especializada

El eje articulador de este estudio está definido por el daño, pues es a partir de su identificación donde se deriva la responsabilidad civil sobre la cual se materializan las instituciones jurídicas de los perjuicios lucro cesante

y daño emergente, y consecuentemente la obligación de reparar, cuando se identifique un daño, pero no cualquier daño, sino solo aquel que recae sobre un bien, interés o derecho jurídicamente protegido, reconocido por el orden jurídico como resarcible.

El concepto básico de daño, definido por la Real Academia Española RAE, en poco difiere del que se utiliza en el lenguaje jurídico; allí se indica su significado como: “causar detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia” o “maltratar o echar a perder una cosa” (RAE, 1992, pág. 661)

En una connotación jurídica, el término “daño” se usa para significar: El detrimento, menoscabo o deterioro que soporta una persona en su integridad personal, en sus bienes o sobre derechos presentes o futuros ciertos; es un perjuicio sufrido por la persona como consecuencia del incumplimiento de un contrato o a causa de un delito o cuasi-delito o de un hecho, causante de un menoscabo patrimonial o no patrimonial. Un concepto sencillo pero no por ello incompleto del daño es el de Zeno Santiago “Daño es todo menoscabo material o moral que sufre una persona, ya en sus bienes naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio, causado en contravención a una norma jurídica, y por el cual ha de responder otra” (Zeno, 2014)

Los investigadores Luis y Francisco Ternera Barrios, consideran que el Daño “en un sentido jurídico, puede tomarse como la lesión, detrimento o destrucción de un derecho patrimonial (quebranto de un derecho real o personal) o extrapatrimonial (menoscabo de un derecho personalísimo). En el primero de los casos, hablamos del daño patrimonial también denominado material; en el segundo, nos referimos al daño extrapatrimonial también llamado inmaterial o moral” (Temera Barrios & Temera Barrios, 2008).

La clasificación del daño en la forma antes señalada es importante, pues de ella se desprende la identificación de dos clases muy generales; el que es relevante para el derecho y por lo tanto genera la intervención del ordenamiento jurídico, y la que no tiene relevancia alguna. En el primer caso, se encuentran los que tienen naturaleza patrimonial (pérdidas sufridas y ganancias dejadas de obtener) y los que afectan al cuerpo o a la mente de la persona, esto es, los llamados daños morales, psicofísicos o daños biológicos o a la salud, daño a la vida de relación o aquellos causados sobre la salud mental de las personas naturales, y ahora una nueva categoría denominada daños a bienes e intereses constitucional y convencionalmente protegidos.

En síntesis, “el daño es una lesión (destrucción, aminoración, menoscabo, afrenta o alteración de una situación favorable) que sufre una persona y que recae sobre un bien, interés o derecho jurídicamente protegido bien sea material o inmaterial, en general, sobre un interés legítimo, como tal, es un hecho físico que, para llegar a tener las características propias de un hecho jurídico (generar consecuencias en derecho), debe reunir otras condiciones que lo convierten en “daño resarcible”, capaz de generar la responsabilidad de otra persona distinta de la víctima, entendiendo por tal la persona que padece el daño” (Tamayo Jaramillo, 2010).

En tal sentido, la situación lesionada debe estar protegida por el derecho, la existencia del daño sobre un interés protegido supone la obligación de repararlo y genera el derecho subjetivo de ser indemnizado. En este sentido, “será reparable aquella afectación a un interés que provenga de una fuente lícita” (Guerra Moreno, 2014)

En este contexto surgen las diferentes formas de responsabilidad, particularmente la “responsabilidad civil” bien sea contractual o extracontractual, como se denomina el fenómeno en virtud del cual, cuando un sujeto causa daños a otro, surge a su cargo la obligación de reparar o indemnizar tales daños. El ordenamiento legal ha definido un conjunto de normas específicas que regulan la responsabilidad civil, y que tienen como objetivo determinar, frente a un hecho generador de daños, si éstos deben ser soportados por la víctima o reparados por el causante de los mismos.

Señala la Corte Suprema de Justicia colombiana al respecto:

“En el ámbito normativo, la noción de daño comprende toda lesión a un interés tutelado, ya presente, ora posterior a la conducta generatriz, y en lo tocante al daño patrimonial, la indemnización cobija las compensaciones económicas por pérdida, destrucción o deterioro del patrimonio, las erogaciones, desembolsos o gastos ya realizados o por efectuar para su completa recuperación e íntegro restablecimiento, y el advenimiento del pasivo (*damnum emergens*), así como las relativas a la privación de las utilidades, beneficios, provechos o aumentos patrimoniales frustrados que se perciben o percibirían de no ocurrir los hechos dañosos (*lucrum cessans*), esto es, abarca todo el daño cierto, actual o futuro (arts. 1613 y 1614 Código Civil; 16, Ley 446 de 1998; cas. civ. sentencia de 7 de mayo de 1968, CXXIV)”.

A efectos de una mejor comprensión de la jurisprudencia citada es importante aclarar la diferencia entre dos conceptos que en general se confunden, pero que tienen significados diferentes.

2. El daño y el perjuicio

En la doctrina existen dos corrientes distintas que se refieren a la presentación del daño: la primera que identifica el daño con el perjuicio. Esta es la corriente doctrinaria que no establece diferencia entre el concepto de daño y el concepto de perjuicio, que es defendida entre otros por los siguientes autores:

Para Escobar Gil el daño es todo menoscabo, pérdida o perjuicio que a consecuencia de un acontecimiento determinado experimenta una persona en sus bienes corporales, espirituales o patrimoniales, sin importar que la causa sea un hecho humano o que la causa sea un hecho de la naturaleza (Escobar Gil, 1989).

Desde una perspectiva objetiva Zannoni define el daño como “el menoscabo que, a consecuencia de un acontecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad, ya en su patrimonio” (Zannoni, 1977)

Por su parte Sarmiento García contempla el daño como “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 clasifica el daño en dos categorías: daño material y daño moral” (Sarmiento García, 2009).

Adriano de Cupis indica que el daño no significa más que la aminoración, menoscabo, perjuicio o alteración de una situación favorable (De Cupis, 1996).

En cuanto a la relación entre daño y perjuicio, Tamayo Jaramillo, hoy por hoy defiende la teoría que los dos conceptos son equivalentes y manifiesta que su distinción es errónea y podría llevar al absurdo de que se presentaran daños no jurídicamente protegidos. (Tamayo Jaramillo, 2010) En este sentido para él, daño o perjuicio en sentido jurídico son lo mismo.

Si se analiza el concepto de la Real Academia Española, perjuicio se define como el “Detrimento patrimonial que debe ser indemnizado por quien lo causa”, concepto que se identifica con el estudiado sobre el daño.

Ahora bien, algunos doctrinantes consideran que la diferencia entre daño y perjuicio si tiene relevancia, entre ellos el profesor Juan Carlos Henao, quien señala la importancia que reviste la diferenciación de los conceptos daño y perjuicio haciendo relación en lo siguiente: “el daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil” (Henao, 1998). En este sentido el daño es la causa y el perjuicio la consecuencia.

Igual posición sobre el tema destaca Enrique Gil, quien presenta una distinción entre daño evento y daño consecuencia cuando se refiere al daño y al perjuicio, esto significa que el perjuicio es la consecuencia económica del daño (Gil Botero, 2006).

Esta teoría aporta un punto útil y es el siguiente: si el daño es un hecho que produce un perjuicio, necesariamente existe una relación de causalidad entre el daño como hecho físico y el perjuicio como hecho jurídico, se debe probar que ese daño produjo el perjuicio y que todo lo anterior se encuentra inmerso en una situación contraria a derecho.

Ahora, ocurrido el daño (por ejemplo la lesión en la integridad corporal de una persona), puede originarse el perjuicio (material o inmaterial tratándose de perjuicios individuales), que es lo que realmente se repara. Se vuelve entonces a la conclusión sobre la diferencia entre daño y perjuicio en la que el daño es la causa y los perjuicios la consecuencia.

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 13 de diciembre de 1943 señaló que “el daño expresa la existencia de una vulneración, de un deterioro, tomado en sí mismo, y el perjuicio es la culpa, o si se quiere, el daño a cargo de una persona jurídica”. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 13 de diciembre de 1943, M.P.: Aníbal Cardoso Gaitán).

En el derecho civil se entiende el daño como pérdida o lesión sufrida en el patrimonio por el incumplimiento de una obligación y perjuicio como la privación de una ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación.

Entonces, aplicando esta teoría de causa-efecto o consecuencia, el juez en el momento de decidir respecto de la estimación de la reparación debe tener certeza respecto del daño, por ejemplo, la muerte o la lesión; y por otro lado, debe también tener certeza respecto de los perjuicios, como por ejemplo el daño emergente, el lucro cesante, el daño moral o el daño a la vida de relación; en la medida en que los encuentre probados puede establecer el nexo causal entre ellos, pues los perjuicios deben provenir directamente del daño.

De otra parte, basándose en las definiciones de daño y perjuicio que establece la Real Academia de la Lengua Española, en cuanto a que daño es un detrimento, menoscabo, perjuicio, dolor o molestia y perjuicio es daño o menoscabo material o moral, ganancia lícita que deja de obtenerse; Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodnovic en su tratado de Derecho Civil, consideran que teniendo en cuenta el significado forense del vocablo perjuicio que alude a la “ganancia lícita que deja de obtenerse” es donde se origina la separación de los conceptos de daño emergente y lucro cesante, en el sentido que cuando se hable de indemnización de daños y perjuicios, la palabra *daños* aludiría al *daño emergente* y el vocablo *perjuicio* al lucro cesante (Alessandri, Somarriva U, & Vodanovic H, 1998). Sin embargo si se toman los dos conceptos como detrimento o menoscabo no tornaría sobre ellos diferencia alguna.

Es por lo anterior que algunos tratadistas sostienen que la reparación es propia del daño, en tanto que a los perjuicios corresponde la indemnización pues se refiere a la falta de ganancia lícita que debía haber obtenido el acreedor.

El Consejo de Estado por su parte no ha marcado una diferencia entre estos dos conceptos, lo que quiere decir que no ha definido si se trata de conceptos similares o diferentes, reflejando en sus decisiones que son tomados como sinónimos.

En el lenguaje cotidiano se toman los conceptos como similares o sinónimos toda vez que las definiciones ya mencionadas individualmente definen el daño y el perjuicio como lesión, detrimento, menoscabo que sufre un interés jurídicamente protegido.

3. La responsabilidad civil

La responsabilidad civil se define como la obligación de reparar los daños causados por un sujeto a derechos jurídicamente tutelados que pertenecen a un tercero. Para Visser del Pino la responsabilidad civil es “la obligación que surge en cabeza de una persona de reparar un daño a otro, como consecuencia de la comisión de un hecho ilícito, doloso o culposo, o por el incumplimiento de una obligación” (Visser del Pino, 1986) y en el mismo sentido se expresa Bustamante Alsina que la define como el deber de dar cuenta a otro del daño que se ha causado (Bustamante, 1997)

Los conceptos citados, si bien corresponde en estricto sentido a las ideas desarrolladas por la doctrina y la jurisprudencia tradicionales en torno a la responsabilidad, son incompletos a la luz del derecho moderno, en cuanto que, suponen que la culpa es el único factor que genera responsabilidad. Desde hace varias décadas la jurisprudencia actual ha reconocido otros factores que coexisten con la culpa como fundamentos de la responsabilidad, como por ejemplo el riesgo en sus diferentes formas, riesgo provecho, riesgo creado; la falla del servicio y el daño especial.

Josserand, citado por los hermanos Mazeaud, explica que “una persona es responsable siempre que debe reparar un daño” porque el sentido etimológico del término, es el que responde; palabra latina *respondere* proviene de *spondere* que significa prometer, comprometerse a algo (...) una vez prometido; de la misma forma el *sponsor* es el obligado a responder por la deuda (Mazeaud, 1977).

La responsabilidad civil es una de las formas de responsabilidad, de carácter pecuniario, que bien puede ser de naturaleza contractual o extracontractual. Los Mazeaud establecen que se habla de responsabilidad civil porque supone un perjuicio o un daño privado, no social, donde la víctima es un particular y no toda la sociedad y en este sentido la víctima del daño no tendrá que castigar al autor del daño, sino únicamente le pedirá reparación. La responsabilidad penal que está definida en la legislación penal y en otro tipo de normas, puede originarse en los delitos o en las contravenciones; y la responsabilidad administrativa que se define a partir de las obligaciones contraídas en ejercicio de la función pública¹.

Con relación a la responsabilidad civil se diferencian la responsabilidad contractual y la extracontractual; en el primer caso, la contractual es la que deriva del incumplimiento de una obligación preexistente contenida en un acuerdo de voluntades. La extracontractual deriva de la causación de un daño cuando se actúa contrario al derecho, y no del incumplimiento de una obligación preexistente. Sin embargo, pueden existir casos en que de un mismo hecho generador de daños, se deriven los dos tipos de responsabilidad.

¹ Ibid.

Para que haya lugar a la imputación de responsabilidad civil, es necesario y esencial la existencia de un daño, sin este elemento no se origina la obligación de reparar.

La doctrina considera que los elementos para probar la existencia del daño son tres: personal, cierto y directo, mientras que Juan Carlos Henao no considera que el elemento “directo” deba predicarse del daño, él se lo atribuye a la imputación, de modo que para este autor los elementos del daño son solo dos: Personal y Cierto (Henao, 1998).

Es claro que solo para que el daño pueda ser reparado debe existir certeza sobre su ocurrencia, es decir el daño debe ser cierto, debe haberse consolidado, consumado, realizado. Lo anterior quiere decir que le corresponde al afectado probar la ocurrencia del daño; aunque hay algunos casos en los que la legislación colombiana presume el daño, cuando éste no se ha consolidado pero existen altas probabilidades que se proyecte hacia el futuro toda vez que se tiene la certeza de una situación que existe y que permite determinar que el daño continuará realizándose.

La regla general es que se debe probar su existencia, esto implica que quien alegué haber sufrido un daño debe demostrar su ocurrencia y debe probar la titularidad jurídica sobre el bien, interés o derecho vulnerado, con lo que se demuestra el carácter personal del daño.

Otro elemento del daño, es que debe ser directo, es decir que provenga directamente del hecho del autor o del incumplimiento de una obligación contractual. El daño directo es el que puede ser indemnizable, por el contrario el daño indirecto no se indemniza, pues no se puede establecer el nexo causal entre el daño causado y el incumplimiento o el hecho dañoso.

Por supuesto el daño solo será indemnizable en la medida en que sea injusto; es decir que el daño debe haberse producido por efectos de un hecho generador de un supuesto de responsabilidad civil, en otras palabras, un daño cuya realización no sea “justificada” por el ordenamiento jurídico.

A partir del Código Civil se establece una clasificación de daños en razón del incumplimiento de las obligaciones contraídas por las partes en un convenio, no obstante, la doctrina y la jurisprudencia han definido diferentes tipologías para clasificar el daño; así dependiendo de la necesidad de cada autor, de la legislación nacional propia, se conocen las siguientes clases: a) daño material o patrimonial y daño inmaterial o extrapatrimonial; b) daño directo

e indirecto; c) daño actual y futuro; d) daño antijurídico y no antijurídico o jurídico. La clasificación que interesa para los efectos de la investigación que se realiza, es el daño material o patrimonial, dentro de los cuales ubicamos la sub-clasificación así: el daño emergente y el lucro cesante, tal y como lo señala la legislación civil.

4. El daño emergente

El daño emergente es un tipo de daño de naturaleza económica, definido como la pérdida del patrimonio, salida de dinero (erogaciones o desembolsos), o de un bien o recurso, en el que la víctima debe incurrir para lograr el restablecimiento después del daño sufrido.

El daño emergente se encuentra definido en el artículo 1614 del Código Civil colombiano. Se refiere a los daños surgidos con ocasión a un evento constitutivo de responsabilidad contractual. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que dicho concepto también resulta aplicable para la responsabilidad extracontractual. (Sentencia C.S.J., 1940), con lo cual así se han indemnizado este tipo de daños en un escenario de responsabilidad extracontractual imputable al Estado.

5. El lucro cesante

El lucro cesante es una categoría de perjuicio material, de naturaleza económica, de contenido pecuniario, es decir, que puede cuantificarse en una suma de dinero, y que consiste en la afectación o menoscabo de un derecho material o patrimonial, reflejado en la ganancia o ingreso que se ha dejado de percibir, que no ingresara al patrimonio de la persona cuando se le ha causado un daño. Al igual que el daño emergente, se encuentra definido en el artículo 1614 del Código Civil.

De este concepto se pueden establecer las siguientes características: es un ingreso, utilidad, ganancia o renta que proviene de una actividad económica o productiva cuyo titular es la persona afectada por el daño causado, se deja de recibir cuando se sufre un daño y puede ser percibido a título de indemnización por las víctimas directas o indirectas cuando se imputa al causante del perjuicio la obligación de reparar.

Este contenido nos ubica dentro de la figura jurídica objeto de estudio, el lucro cesante. En otras palabras, el lucro cesante es una categoría de daño material que comprende la indemnización de aquel ingreso que se ha dejado de percibir, incluso aquel que se basa en una esperanza legítima y que permite restablecer el patrimonio de la persona que ha sufrido un daño consistente en la lesión de un interés jurídicamente protegido. El lucro cesante afecta el patrimonio de una persona.

5.1. Lo que dice la doctrina con respecto al lucro cesante

Necesario es considerar lo que dice la doctrina con respecto a esta figura jurídica.

Obdulio Velásquez Posada, considera que esta figura tiene sus orígenes en el derecho romano “*quantum lucrari potui*” y que la jurisprudencia se ha encargado de delimitar los conceptos así: 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.

En su estudio Velásquez sostiene que “hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar según el curso normal de los acontecimientos no ingreso ni ingresara al patrimonio de la víctima, razón por la que considera que es inexacto identificar el lucro cesante con los perjuicios futuros”. Sostiene también que:

... tampoco es correcto limitar el concepto de lucro cesante al simple hecho de dejar de percibir una suma de dinero, para él, este concepto es más amplio y comprende otros beneficios que no son puramente económicos, como por ejemplo cuando un automóvil particular es destruido en un accidente su propietario puede pretender que se le reconozca el lucro cesante causado aunque este no se concrete en la pérdida de un ingreso monetario.

El provecho que obtenía el propietario al desplazarse en su vehículo es sin duda un beneficio amparado por la ley y que es susceptible de una valoración económica. No obstante, lo anterior la jurisprudencia colombiana en varias oportunidades ha negado la existencia del lucro cesante en estos casos, por ejemplo el decidido por la Corte Suprema de Justicia el 7 mayo 1968 bajo la ponencia de Héctor Roa Gómez, en la que se expone que hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar al patrimonio

de la víctima según el curso normal de los acontecimientos no ingreso ni ingresara” (Velásquez Posada, 2009).

Igual posición ha expresado Javier Tamayo Jaramillo, en su Tratado de Responsabilidad Civil, en donde sostuvo que el lucro cesante no puede limitarse al concepto de ganancia y considera que éste debe extenderse a todo tipo de provecho de bienes. Sostiene que se tiene derecho a la reparación del lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingreso ni ingresara en el patrimonio de la víctima. Expresa claramente Tamayo Jaramillo, que el lucro cesante no solo comprende la supresión del ingreso de dinero o de cosas al patrimonio de la víctima sino también la supresión de todo tipo de beneficio o provecho que deja de reportarse, siempre y cuando sea susceptible de evaluarse pecuniariamente; habrá lugar a la indemnización, aunque la víctima no remplace con su propio pecunio el beneficio o provecho del que se ha visto privada, De tal forma que para efecto de calcular la indemnización bastara averiguar cuánto cuesta en el comercio de prestación de servicios, la obtención de un beneficio similar al que fue suprimido. Todo bien, productivo o no de dinero, da lugar a lucro cesante si por el hecho de un tercero se produce su inutilización (Tamayo Jaramillo, 2010).

Por su parte Díez-Picazo, opina citando a Ricardo De Ángel Yagüez, que el lucro cesante encierra un concepto que implica vaguedad, incertidumbre, que hace referencia al menoscabo patrimonial sufrido por la víctima de un hecho ilícito, la ganancia frustrada o el beneficio que se haya dejado de obtener. Expresan que “la estimación del lucro cesante es una operación intelectual en la que se contienen juicios de valor y que de ordinario exige la reconstrucción hipotética de lo que podría haber ocurrido” (Díez-Picazo, 2011)

Parafraseando a Gilberto Martínez Rave, quien define el lucro cesante como la frustración, privación o falta de un aumento patrimonial como consecuencia del daño, la falta de rendimiento, de productividad de las cosas o el dejar de recibir beneficios económicos, como consecuencia de los hechos dañosos. Incluso hace referencia a los daños causados sobre bienes o cosas, en los que el lucro cesante lo constituye la falta de servicio o de productividad de estos bienes. Si se trata de bienes productivos que desaparecen o de dinero, considera como lucro cesante la falta o merma en la productividad. Si no es posible acreditarla se aplicara el interés como compensación por la utilización del dinero. (Martínez Rave & Martínez Tamayo, 2003)

Entre otros, Alberto Tamayo Lombana expone en su obra sobre Responsabilidad Civil Extracontractual y Contractual, que el lucro cesante es la ganancia frustrada bien sea por el incumplimiento del contrato en el terreno de la responsabilidad contractual o por el daño que le ocasiono el delito o el cuasidelito, en el campo de la responsabilidad delictual o extracontractual. (Tamayo Lombana, 2005)

Es importante sumar a las definiciones de los diferentes doctrinantes, la de Juan Carlos Henao, quien hace una ilustración amplia sobre el lucro cesante en su obra denominada “El Daño”, en la cual, también define el lucro cesante como la pérdida de expectativa de riqueza, de utilidad, de ingreso, de crecimiento patrimonial en el sentido que el objeto del daño es un interés futuro, es decir, un interés relativo a un bien que todavía no corresponde a una persona. Presenta un esquema en los que muestra el perjuicio de lucro cesante en casos concretos, por ejemplo cuando se causan daños a la integridad de una persona humana se generan secuelas que deben ser reparadas, bien sea porque haya fallecido o porque haya sufrido lesiones que le causan incapacidad permanente o transitoria. Igual exposición realiza cuando la lesión la sufre un bien, el lucro cesante está constituido por lo que este deja de producir en razón del hecho dañino. En efecto, todas las ganancias frustradas que se esperaba produciría el bien se tienen como daño indemnizable. (Henao, 1998)

De lo anterior, es claro establecer que para la doctrina el lucro cesante es considerado como el perjuicio material que consiste entonces en aquel detrimento, menoscabo, disminución, afrenta que sufre el patrimonio de una persona al no recibir la ganancia, ingreso o utilidad esperada en razón al padecimiento de un daño causado por otra persona.

5.2. La prueba del perjuicio lucro cesante

Tendiendo claridad sobre la conceptualización del lucro cesante, se ha considerado menester analizar cómo se debe probar este tipo de perjuicio. Para indemnizar un daño, además de su existencia cierta, actual o futura, es decir que si no se hubiese producido el daño el ingreso debía percibirse, es necesaria su plena demostración en el proceso con elementos probatorios fidedignos e idóneos, como lo son aquellos medios permitidos en el ordenamiento jurídico, estos son por ejemplo: la confesión de parte, los testimonios de terceros, los documentos, los indicios, las inspecciones judiciales y dictámenes periciales.

La prueba por excelencia de este tipo de perjuicio es la documental, toda vez que permite al juzgador obtener de manera fácil la certeza del perjuicio. Debe entenderse que no se puede analizar los elementos que prueban la existencia de un daño sobre pruebas hipotéticas o sobre esperanzas de fortunas sin legitimación.

El juez debe ser prudente y cuidadoso cuando analiza el elemento cierto que prueba la existencia del perjuicio y cuando realiza la valoración de las pruebas allegadas al proceso, este análisis se hace más complejo aún, cuando se trata de perjuicios no consolidados, es decir, cuando existe un grado alto de incertidumbre para determinar el perjuicio, es aquí cuando debe aplicar criterios objetivos e incluso restrictivos que bajo un serio análisis racional e integral le permitan obtener un grado razonable de certidumbre que de acuerdo con las reglas de la sana crítica le permitan emitir un reconocimiento o una negación a la parte interesada.

Al respecto de la valoración probatoria a cargo de los jueces para determinar o no el reconocimiento de la reparación del lucro cesante, el profesor Adriano De Cupis, citado en repetidas ocasiones por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, considera que “Teniendo en cuenta las circunstancias y las actitudes del perjudicado, es como debe valorar el juez si una determinada ventaja se habría o no realizado a su favor. Aunque debe entenderse bien que la certidumbre, dentro del campo de lo hipotético, no puede ser absoluta, por lo que hay que conformarse con una certeza relativa, o sea, con una consideración fundada y razonable.”²

La Corte Suprema de Justicia ha establecido que, dentro del análisis de la prueba que determine conferir el derecho a la reparación del perjuicio de lucro cesante, es necesario “la existencia de los supuestos que configuran dicho derecho, que se concretan en: 1. La dependencia económica que tenía el reclamante de quien murió o quedó en situación física o mental que imposibiliten prestar la ayuda o socorro que venía otorgando. 2. El daño cierto que la muerte o la

² Al respecto pueden consultarse: Cas. Civ. Sentencia de 28 de junio de 2000) “(cas. civ. sentencia de 18 de enero de 2007 [S-006-2007], exp. 11001-3103-020-1999-00173-01)” (cas. civ. sentencia de 9 de septiembre de 2010, exp. 17042-3103-001-2005-00103-01, reiterada en cas. civ. de 16 de mayo de 2011, exp. 52835-3103-001-2000-00005-01).

situación de quien daba la ayuda al dependiente, esto es que haya certeza de que dadas las circunstancias, la ayuda o socorro habría continuado. Con otras palabras que esa dependencia no se deriva de una relación ilícita y, por tanto, la pretensión venga a conformar una aspiración que repugne al derecho. 3. Que la pretensión indemnizatoria no signifique obtener una ventaja o un provecho contrario a la moral o al derecho. Los anteriores supuestos debidamente demostrados estructuran el fundamento para aceptar que el damnificado tiene derecho a reclamar del responsable la respectiva indemnización”³

Así las cosas, el juez bien sea a través de un proceso simple o complejo con el que obtenga un grado razonable de certeza para reconocer o negar el lucro cesante que solicita la parte que sufrió el daño, debe preocuparse además por determinar la cuantía de este perjuicio.

5.3. Lo que ha considerado la jurisprudencia del Consejo de Estado

Teniendo la claridad que nos permite obtener la doctrina con respecto a esta figura jurídica de lucro cesante, es menester entonces realizar una revisión a la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, a fin de establecer las reglas que han sido aplicadas en casos concretos de reparación de daños, con el fin de enmarcar la tendencia que en Colombia se da con respecto a la reparación de este perjuicio material.

Del análisis jurisprudencial se pudo observar que el Consejo de Estado en los casos de reparación directa, ha establecido tanto criterios normativos como criterios prácticos que soportan las decisiones que ordenan la reparación de las diferentes categorías autónomas de daños o perjuicios que esta misma corporación ha definido. En el caso que ocupa este estudio, se detallarán aquellos criterios aplicados para el reconocimiento de reparación del perjuicio material denominado lucro cesante.

La norma aplicada para el reconocimiento del daño material es la contenida en el Código Civil, artículo 1613 y 1614, en lo referente al lucro cesante, establecido este como:

³ Al respecto: (CCXXXI, Vol. II, 867) Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado ponente William Namén Vargas, Bogotá, D. C., 17 de noviembre de 2011 Referencia: 11001-3103-018-1999-00533-01.

ARTICULO 1614. <DAÑO EMERGENTE Y LUCRO CESANTE>. Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por *lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento.* (Negrilla fuera de texto original)

De acuerdo a lo mencionado, al referirse esta norma al incumplimiento de una obligación contractual, o a su cumplimiento tardío o imperfecto, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil y el Consejo de Estado, la han extendido al ámbito de la responsabilidad extracontractual cuando se ha causado un daño material en razón de una actuación contraria a la Ley.

En el Consejo de Estado varias son las reglas y sub-reglas que se han establecido para el reconocimiento del lucro cesante, las cuales marcan las tendencias que en torno al lucro cesante se han planteado dentro del régimen de responsabilidad extracontractual del Estado, entre otras se identifican las siguientes:

El Consejo de Estado reconoce en los casos de reparación directa el lucro cesante dividiéndolo en dos periodos que comprenden, uno el lapso que llama vencido o consolidado, que va desde el momento en que se produjo la falla y hasta la fecha de la sentencia que declara la responsabilidad del causante de daños y condena a su pago o de su ejecutoria (en general, se prefiere la última); el otro período, llamado futuro o de pago anticipado, comprende el lapso que va desde la fecha de la sentencia o desde su ejecutoria y hasta el término de vida probable de la víctima o del sobreviviente, ‘el que fuere menor, cuando por las circunstancias del caso resulta demostrado que durante todo ese tiempo recibiría el auxilio del que se ve privado por el hecho que produjo el daño (v. gr. evento de la viuda o de los padres dependientes de quien fallece), o un lapso menor, cuando con las mismas circunstancias resulte cierto que el perjudicado no recibiría el auxilio, sino por un tiempo menor al de la vida probable del ociso (v. gr. caso de los hijos menores que se supone, por lo que ordinariamente acontece, que al llegar a la mayoría de edad o al terminar estudios profesionales que subvenía la víctima, dejarán de depender económicamente del benefactor, padre o madre)’. (Auto, Consejo de Estado, Sección Tercera, CP. Gustavo De Greiff Restrepo, radicación 5891, 1990).

Otro punto importante es la regla establecida por el Consejo de Estado en cuanto al reconocimiento del lucro cesante aplicando los criterios de equi-

dad cuando se ha establecido plenamente que la víctima desempeñaba una actividad lucrativa lícita pero que no se logró establecer el *quantum* o monto de sus ingresos dentro del proceso. Así las cosas en esa línea de pensamiento, la equidad constituye un instrumento útil para determinar la proporción o valoración de un daño cuando resultan insuficientes los datos que integran el proceso, sin que tenga la obligación el juez de arribar a conclusiones matemáticas específicas, ya que, aplicando la sana crítica y el sentido común, articulados con la equidad como principio general del derecho, los instrumentos que permiten determinar o establecer resultados fundamentados en la experiencia, a efectos de, so pena de aplicar la ley, imponer conclusiones o decisiones injustas que no se acompañan con los principios y valores constitucionales. (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de Enero, 2011)

En el reconocimiento del lucro cesante la presunción juega un papel importante en la decisión de los jueces, en algunos casos, cuando las víctimas son menores de edad que, aunque no se encuentren ejerciendo actividad lucrativa, se encontraban estudiando y preparándose cuando sufrieron el perjuicio. En este sentido, acogiendo la recomendación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, se ha establecido que este perjuicio material se debe liquidar desde la fecha en que el menor alcance la mayoría de edad hasta que cumpla los 25 años. (Consejo de Estado, 22 de Febrero, 2007)

De lo anterior se puede establecer como regla jurisprudencial que la muerte del hijo menor de 25 años genera a favor de sus padres el derecho a que se le reconozca el lucro cesante, toda vez que se acuerdo a las reglas de la experiencia los hijos conviven con sus padres y contribuyen al hogar sostenimiento económico hasta la edad de 25 años, edad en la que según estas reglas los hijos organizan sus propios hogares y alcanzan la independencia. Sin embargo, es importante establecer que si los padres de la víctima se encuentran en condiciones de desempleo, enfermos o discapacitados y se obtiene la certeza de ello, el lucro cesante debe reconocerse entonces hasta la vida probable del padre.

En sentencia del 26 de Noviembre de 2014, se reconoció lucro cesante al hijo póstumo de la víctima sobre la base de la presunción de ayuda y apoyo económico a favor de los hijos desde el nacimiento hasta que cumpla los 25 años de edad (Sentencia Consejo de Estado, Noviembre 26 de 2014, 2014).

Otros son casos en los que las víctimas son mayores de edad y no aportan la prueba de que percibían un ingreso laboral aun demostrando que se encontraba en edad y con capacidad productiva, el juez bajo criterios objetivos debe calcular el perjuicio causado en la modalidad de lucro cesante teniendo en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente si se trata de una persona no profesional (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de mayo, 2007).

Otra regla establecida por el Consejo de Estado, se relaciona cuando las personas son privadas injustamente de la libertad, en estos casos, se reconocen los ingresos dejados de percibir durante el tiempo que estuvieron reclusos y se les adiciona el 8.75 meses, los cuales se presumen que corresponde al periodo que necesita una persona para ubicar un empleo (CONSEJO DE ESTADO, Sentencia del 4 de Diciembre, 2006).

En estos asuntos que se refieren a la privación injusta de la libertad, el Consejo de Estado ha sostenido de manera reiterada (Sentencia proferida el 8 de agosto de 2012 por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado (24447), sentencia del 23 de mayo de 2012 proferida por la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado (22590), entre otras) y en la sentencia del 28 de agosto de 2014, Radicación número: 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149) en la que unifica el criterio, que para la procedencia del reconocimiento de los perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, se requiere que se acredite que la víctima de la referida privación, al momento de la ocurrencia de ese hecho dañoso, es decir cuando fue detenida, se encontraba en edad productiva.

Así las cosas, se aplica la presunción de que toda persona que se encuentre en edad productiva devenga, por lo menos, el salario mínimo legal vigente, entonces sobre este monto debe liquidarse el lucro cesante.

Como las ya mencionadas, el Consejo de Estado ha establecido otras reglas adicionales dentro de sus decisiones cuando se trata del lucro cesante, pueden mencionarse algunas de ellas, dentro de las cuales se encuentra el adicionar al valor establecido como ingreso el 25% por concepto de prestaciones sociales.

De igual manera cuando se trata de la indemnización del lucro cesante a una víctima con hijos, se descuenta del monto liquidado como ingreso, el 25% los cuales se presumen eran requeridos para su propio sostenimiento.

Cuando la víctima no tiene hijos se descuenta de la base del ingreso el 50% toda vez que se presumen que dedicaban esta suma para su propia subsistencia.

En otros casos, en los que habiéndose probado el daño, no se tiene la plena certeza que éste se prolongue hasta la vida probable de la víctima, tales son por ejemplo aquellos en los que la víctima ha sido contaminada con el VIH en razón de una transfusión de sangre como fue el caso de Mery Teresa Colmenares Tovar (Consejo de Estado, Enero 29 de 2004) o el caso del señor Domingo Antonio Domínguez (Consejo de Estado, Febrero 11 de 2009) que superó la expectativa de vida cuando se resolvió el caso. En estos casos sobre los que se pregunta ¿hasta cuándo deben liquidarse los perjuicios a título de lucro cesante?, se ordena liquidar el período consolidado hasta la fecha de la sentencia, y para liquidar el período futuro, ha reconocido a la víctima que el valor correspondiente al lucro cesante futuro le sea entregado en sumas periódicas (renta mensual), hasta la fecha de su muerte, para esto es necesario presentar mensualmente el certificado de sobrevivencia.

No se puede dejar de mencionar que el Consejo de Estado en Sentencia de Noviembre 13 de 2014, teniendo en cuenta que no conocía el valor exacto del bien (inmueble) que había perdido el afectado ni contaba con elementos para calcular el valor del lucro cesante, decide con base en el artículo 172 del Decreto 01 de 1984, modificado por el artículo 56 de la Ley 446 de 1996, proferir condena en abstracto para, de manera que, ordene que el tribunal mediante el trámite incidental procediera a calcular el valor dejado de percibir por la pérdida del inmueble. Esta condena en abstracto del lucro cesante ha sido varias veces decidida por el Consejo de Estado cuando teniendo la certeza del perjuicio causado no se logra establecer el *quantum* de la utilidad o ganancia dejada de percibir. (Consejo de Estado, Sentencia del 9 de julio, 2014).

La identificación de estas reglas, que han sido establecidas a través del tiempo por el Consejo de Estado a partir de la Constitución de 1991 en los casos de reparación directa, nos permiten definir las tendencias sobre el reconocimiento del lucro cesante dentro del esquema de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Conclusiones

El análisis realizado permite definir el lucro cesante como un tipo de daño material, de naturaleza económica que se refiere a la pérdida o frustra-

ción de ingresos, ganancias, utilidades, ventajas o lucro que a causa de un hecho dañoso sobre un bien material o patrimonial lícito deja de percibirse.

La diferenciación planteada por un sector de la doctrina entre daño y perjuicio no conlleva de ninguna manera a la diferencia entre daño emergente y lucro cesante. Si bien estas dos figuras resultan de la clasificación del daño material, la primera hace referencia a las erogaciones que debe hacer el afectado para tratar de reestablecer el derecho vulnerado, mientras que la segunda, se refiere a la frustración de un ingreso o ganancia atribuible al hecho que causo el detrimento, entendiéndose entonces que los dos se configuran en un perjuicio material. El Consejo de Estado por el contrario, no estima diferencia entre el daño y perjuicio y los toma como conceptos similares que hacen referencia al detrimento, menoscabo, aminoración, lesión que sufre un bien jurídicamente tutelado.

Es necesario entender, que el Consejo de Estado no tiene las cosas fáciles cuando de probar y liquidar el perjuicio de lucro cesante se trata, si bien es un perjuicio material que puede valorarse económicamente, son varios los factores que se deben tener en cuenta en cada caso, cuando se analiza su reconocimiento y cuantificación. Por ello esta Corporación ha identificado plenamente los criterios normativos dentro de los cuales se pueden señalar los artículos 1613 y 1614 del Código Civil y ha establecido los criterios axiológicos fundados en la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la sana crítica y las reglas de la experiencia que permiten establecer las tendencias de esta figura jurídica definida como lucro cesante, dentro de la responsabilidad extracontractual del Estado, asegurando a la víctima una reparación integral.

Las reglas establecidas por el Consejo de Estado en cuanto al lucro cesante son cada vez más sólidas, pues, es claro que este perjuicio se liquida aplicando formulas financieras con variables macroeconómicas para determinar el valor del perjuicio consolidado a la fecha de proferir sentencia y el valor del lucro cesante futuro, el cual se proyecta de acuerdo a los límites fijados, es decir si se tiene que la víctima es un menor de 25 años, este se liquidará a favor de sus padres hasta la fecha en que cumpla los 25 años de edad, toda vez que se aplica la presunción que los hijos viven con sus padres y contribuyen económicamente hasta los 25 años, edad en la que se presume deben formar su propio hogar. Entre tanto, si se trata de reconocer el lucro cesante a los padres con discapacidad o sin trabajo que demuestren ciertamente la depen-

dencia económica del hijo, o al cónyuge, el lucro cesante futuro se liquidará hasta el término de la vida probable del mayor, el cual debe liquidarse según las tablas establecidas por las autoridades competentes.

Dos puntos son importantes de resaltar sobre el análisis realizado, uno, la presunción que se le permite al juez para obtener determinado grado de certeza del perjuicio sufrido (lucro cesante), estimar los montos o cuantías sobre las que debe liquidarse el reconocimiento del lucro cesante, como es el caso, a manera de ejemplo en donde presume que una persona privada de la libertad que se encuentre en edad productiva perciba como ingreso un salario mínimo legal; y dos, el criterio de equidad que se ha autorizado en razón de principios y directrices internacionales, la sana crítica, resultados de la experiencia y el derecho interno, para asegurar a las víctimas la reparación integral, este criterio constituye un elemento útil para determinar la valoración de un perjuicio cuando resulta insuficiente la información contenida en el proceso, como es el caso ejemplo de una persona víctima que es mayor de edad, profesional que demuestra que desempeñaba una actividad lucrativa pero no aporta prueba de la cuantía del ingreso, es aquí donde la equidad permite determinar el valor sobre el que se liquidará el lucro cesante.

Otras subreglas pueden identificarse dentro del análisis, como es el criterio de presumir que una persona no profesional que no demuestre el valor de sus ingresos dejados de percibir pero que se pruebe que se encuentra en edad productiva pueda devengar el salario mínimo.

Así también quedó establecido en la jurisprudencia analizada que sobre el valor determinado como ingreso se debe adicionar el 25%, los cuales corresponden a las prestaciones sociales que percibiría en el curso normal de su vida laboral. De igual manera, se observa que el juez ordena descontar un porcentaje fijado igualmente en el 25%, los cuales se estima que la víctima destinaba para sus gastos personales y sostenimiento, en algunos casos llegó a establecer el descuento del 50% por este concepto cuando la víctima no tenía hijos.

Un factor importante en los casos de reparación de personas que han sido privadas injustamente de su libertad, ha sido el reconocimiento no solo del salario mínimo presumible si se prueba que se encuentra en edad productiva y de la adición del 25% por concepto de prestaciones sociales, sino también el reconocimiento adicional de 8.75 meses en razón de que en Colombia este corresponde al periodo que una persona necesita para ubicar un empleo.

Las condenas diferenciadoras del criterio general de la liquidación del perjuicio de lucro cesante son aquellas en las que el juez falla en abstracto al no poder determinar la cuantificación del valor del bien dañado o de la ganancia dejada de percibir; y aquellas en donde el juez no tiene certeza plena de la vida probable de la víctima por lo que condena a pagar el lucro cesante en sumas periódicas a título de renta desde la fecha de la sentencia hasta la muerte de la persona titular del derecho vulnerado.

La tendencia que en torno al lucro se observan en las decisiones del Consejo de Estado en el régimen de responsabilidad extracontractual se orienta marcadamente hacia el reconocimiento de nuevos escenarios. Si bien cada caso merece las consideraciones particulares del Consejo de Estado, como juez que cierra el proceso administrativo, se observan en los casos analizados las tendencias que marcan un fin evidente: “lograr el resarcimiento del daño injustamente causado”.

En forma particular frente al perjuicio objeto de investigación se observan las siguientes tendencias:

- a) Aplicación de criterios normativos, axiológicos y prácticos para el reconocimiento del lucro cesante.
- b) Establecimiento de reglas basadas en la equidad, la presunción y los estándares y principios internacionales, el derecho interno, la sana crítica, las reglas de la experiencia entre otros, que aseguren a las víctimas la reparación integral, efectiva y plena.

El lucro cesante se reconoce y liquida para dos momentos: el consolidado (desde que se produjo el daño hasta la fecha de la sentencia) y el futuro (desde la fecha de la sentencia ejecutoriada hasta la vida probable o termino establecido para el reconocimiento del mismo).

La muerte de un hijo menor de 25 años genera el reconocimiento de lucro cesante a favor de sus padres, se calcula desde los 18 años (mayoría de edad) hasta que cumpla 25 años de edad. Si se prueba que los padres son discapacitados, están enfermos o son adultos mayores sin trabajo se le reconoce hasta la vida probable de estos.

La muerte del padre o de la madre genera el lucro cesante a favor de sus hijos menores hasta que éstos cumplan 25 años de edad, en caso que el hijo sufra algún tipo de discapacidad permanente se reconoce el perjuicio hasta la fecha de su fallecimiento.

La muerte de uno de los cónyuges genera lucro cesante a favor del cónyuge sobreviviente hasta la vida probable del mayor porque se presume que las parejas aportan al sostenimiento económico del hogar

A Las personas que eran empleadas antes de ser privadas injustamente de su libertad, se les reconoce el lucro cesante por el periodo que estuvo detenida y se le adicionan 8,75 meses, que corresponden al periodo que una persona en Colombia requiere para conseguir empleo. Si no se cuenta con prueba que demuestre el valor del ingreso, se presume el ingreso sobre el valor del salario mínimo legal y se le adicional el 25% por concepto de prestaciones sociales.

La persona que muera estando privada injustamente de la libertad, sobre la que se pruebe que se encontraba en edad productiva, y respetando el derecho fundamental de la presunción de inocencia, conlleva al reconocimiento del lucro cesante a favor de sus hijos menores de 25 años si así lo demanda.

Si la víctima no logra demostrar el valor del ingreso dejado de percibir, pero si se prueba que se encuentra edad productiva, se presume el lucro cesante sobre el valor del salario mínimo legal.

Si la víctima es un profesional que demuestra el desarrollo de una actividad económica productiva más no prueba la cuantía de los ingresos dejados de percibir por el sufrimiento del daño, el juez aplicando el criterio de equidad puede establecer el valor de la indemnización.

Se tiende a reconocer el lucro cesante al padre o madre de un menor afectado por el daño con una discapacidad permanente, porque abandonó su actividad económica para dedicarse al cuidado de su hijo.

La tendencia indica que sobre el lucro cesante reconocido a personas que ejercen una actividad económica se debe descontar el 25% porque se presume es la parte de sus ingresos que se destina para sus gastos personales y su propia subsistencia.

Cuando el juez no logre determinar el *quantum* del perjuicio que recae sobre un bien afectado, puede condenar en abstracto para la determinación y liquidación del ingreso o ganancia dejada de percibir.

Se tiende a condenar al pago del perjuicio de lucro cesante en sumas periódicas cuando el juez no tiene certeza que el perjuicio se prolongará hasta la vida probable de la víctima.

En este orden, se puede asegurar que falta mucho por definir, pues cada caso tiene sus propias vicisitudes y es posible que esta figura jurídica continúe variando y presentando modificaciones en el tiempo que con toda seguridad seguirán marcando tendencias en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Referencias

- Auto, Consejo de Estado, Sección Tercera, CP. Gustavo De Greiff Restrepo, radicación 5891 (Consejo de Estado 31 de Agosto de 1990).
- Alessandri, A., Somarriva U, M., & Vodanovic H, A. (1998). *Tratado de Derecho Civil, Parte preliminar y general, TOMO I*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Bustamante, A. (1997). *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Buenos Aires.: Perrot.
- Consejo de Estado, Sentencia del 4 de diciembre de 2006, Proceso: 25000-23-26-000-1994-09817-01.
- Consejo de Estado, 22 de febrero de 2007, Radicación número: 25000-23-26-000-2000-0662-01.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de mayo de 2007.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, 19 de octubre de 2007, 54001-23-31-000-1997-12700-01.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 31 de Enero de 2011, Radicación número: 05001-23-26-000-1990-06381-01(17842)
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de julio de 2014, Nro. 25000-23-26-000-1998-02669-01 MP. Andrade Rinco, Hernando.
- Consejo de Estado, Sección Tercera, Noviembre 26 de 2014, NR: 2075013 19001-23-31-000-2000-03226-01.
- De Cupis, A. (1996). *El daño*. Barcelona, España: Bosch.
- Díez-Picazo, L. (2011). *Fundamentos del derecho civil patrimonial V. La responsabilidad civil extracontractual*, p. 345. Thomson Reuters, Cizur Menor.
- Escobar Gil, R. (1989). *RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*. Bogotá: Temis.

- Gil Botero, E. (2006). *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado, III Edición*. Bogotá: Comlibros.
- Guerra Moreno, D. (2014). *Reparación integral, la justicia restaurativa como tendencia de la reparación directa en Colombia*. Bogotá: Ibañez.
- Henao, J. C. (1998). *El daño*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Javier, T. J. (1999). *De la responsabilidad civil, Tomo IV*. Bogotá: Temis.
- Martínez Rave, G., & Martínez Tamayo, C. (2003). *Responsabilidad Civil extracontractual*. Bogotá: Temis.
- Mazeaud, H. y. (s.f.). *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual Tomo I. Volumen*.
- Real Academia de la Lengua Española (1992). *Diccionario de la Real Academia Española*. <http://www.rae.es/>.
- Sarmiento García, M. G. (2009). *Estudios de responsabilidad civil*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sentencia C.S.J., G.J. t. XLIX p.356 (Corte Suprema de Justicia 23 de Abril de 1940).
- Tamayo Jaramillo, J. (2010). *Tratado de Responsabilidad Civil, tomo II (Vol. IV)*. Bogotá, Colombia: Legis.
- Tamayo Lombana, A. (2005). *Responsabilidad Civil extracontractual y la Contractual*. Bogotá: Editorial Doctrina y Ley Ltda.
- Temera Barrio, F., & Temera Barrios, F. (Enero-Junio de 2008). Breves comentarios sobre el daño y su indemnización. *Revista Opinión Jurídica*, 7(13), 97-112.
- Velasquez Posada, O. C. (2009). *Responsabilidad Civil Extracontractual, primera edición*. Bogotá: Temis Obras Jurídicas y Universidad de La Sabana.
- Visser del Pino, D. C. (1986). *De la Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual por el Hecho de Otro*. Bogotá: Tesis de Grado. Universidad Javeriana.
- Zannoni, E. (1977). *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Astrea.
- Zeno, S. (2014). Conceptos del daño y su reparación. http://www.derecho.inter.edu/inter/sites/default/files/profesores/charles_zeno_santiago/documentos/Concepto_del_Dano_y_su_Reparacion.pdf.