

ARTÍCULOS DE INVESTIGACIÓN

LAS PRESUNCIONES Y LA REPARACIÓN DEL DAÑO
ANTI JURÍDICO EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO
DE ESTADO ¿ABSURDOS O ACIERTOS?

THE PRESUMPTIONS AND THE REPARATION OF THE UNLAWFUL
DAMAGE IN THE JURISPRUDENCE OF THE CONSEJO DE ESTADO.
ABSURD OR CORRECT?

AS PRESUNÇÕES E A REPARAÇÃO DO DANO ILÍCITO NA
JURISPRUDÊNCIA DO CONSELHO DE ESTADO. ABSURDO OU
CORRETO?

ANGY PLATA ÁLVAREZ¹

Recibido: 5 de julio de 2021 - Aceptado: 26 de agosto de 2021

Publicado: 30 de noviembre de 2021

DOI: 10.24142/raju.v16n33a4

Resumen

La Sección Tercera del Consejo de Estado es la garante de los procesos que buscan la reparación directa de las víctimas, quienes exigen que se les repare y que se declare que se presentó un daño antijurídico, bien sea por la acción directa o posible omisión de entidades

1 Abogada de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga, Licenciada en Inglés de la Universidad Nacional Abierta y a Distancia, Especialista en Derecho Procesal Contemporáneo, Especialista en Contratación Estatal y Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Docente de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Co-coordinadora del Semillero en Derecho Procesal y Justicia. Correo electrónico: angieplata27@hotmail.com y angy.plataal@unaula.edu.co.

estatales. Es por ello que dicha entidad ha planteado y desarrollado una serie de presunciones, las cuales han servido de fundamento para conceder y liquidar y, en algunos casos, para negar el reconocimiento de los perjuicios alegados. En este artículo se realiza una exposición de las presunciones más importantes planteadas y desarrolladas por el Consejo de Estado, con el fin de analizar cada una de ellas y de verificar si constituyen verdaderos aciertos en pro de la reparación integral y la consolidación de una justicia eficiente y acorde al Estado social de derecho o si representan un absurdo frente a dichos ideales.

Palabras clave: presunción, inferencia, prueba, responsabilidad estatal daño, perjuicio, indemnización, reparación, reparación integral, Estado social de derecho.

Abstract

The Third Section of the State Council as guarantor of the processes that seek direct reparation of the victims that demands that they be repaired and that it be declared that an unlawful damage was caused either by the direct action or possible omission of state entities. That is why said entity has raised and developed a series of presumptions, which have served as the basis for granting and liquidating, and in some cases, for denying the recognition of alleged damages. This article presents a presentation of the most important assumptions raised and developed by the State Council in order to analyze each one of them, in order to verify if they constitute true successes in favor of comprehensive reparation and the consolidation of an efficient justice and in accordance with the social State of law, or if they represent an absurdity in the face of said ideals

Keywords: presumption, inference, test, state responsibility, hurt, damage, compensation, repair, comprehensive repair, rule of law.

Resumo

A Terceira Seção do Conselho de Estado como avalista dos processos que buscam a reparação direta das vítimas que exigem sua reparação e que se declare que houve dano ilícito por ação direta ou eventual

omissão de entes estatais. Por isso, a referida entidade levantou e desenvolveu uma série de presunções, que serviram de base para a concessão e liquidação e, em alguns casos, para a negação do reconhecimento dos supostos danos. Este artigo apresenta uma apresentação dos pressupostos mais importantes levantados e desenvolvidos pelo Conselho de Estado no sentido de analisar cada um deles, a fim de verificar se constituem verdadeiros sucessos a favor da reparação integral e da consolidação de uma justiça eficiente e em conformidade com o Estado Social de Direito, ou se representam um absurdo frente a tais ideais.

Palavras-chave: presunção, inferência, teste, responsabilidade do Estado, ferir, dano, compensação, reparar, reparo abrangente, Estado de direito.

INTRODUCCIÓN

El desarrollo de este artículo parte de la observación y del quehacer como funcionaria judicial; además, incluye la labor como docente y coordinadora del Semillero de Investigación en Derecho Procesal y Justicia, experiencias de las que he extractado los fundamentos teóricos. Este trabajo también sirvió como insumo de la ponencia presentada en el VI Seminario Internacional de Derecho Procesal, organizado por la Red Internacional de Derecho Procesal, y cuyo tema central fue sobre la “justicia en la era de la cuarta revolución industrial” (Red Interinstitucional de Derecho Procesal, 2020, p. 1), con un eje temático denominado “nuevas perspectivas del daño antijurídico” (Red Interinstitucional de Derecho Procesal, 2020, p. 1). Por ello, el artículo pretende describir las presunciones desde lo teórico-conceptual, sus características, alcances, delimitaciones y las posibles imprecisiones frente al principio de reparación integral en un Estado social de derecho.

LA REPARACIÓN DEL DAÑO ANTIJURÍDICO

Comprender conceptualmente el daño antijurídico exige que se vincule a la Constitución Política de Colombia, que en su artículo primero consagra:

Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, párrafo 1).

Lo anterior, concordado con el artículo 2 de la Constitución, nos permite tener una matriz de actuación judicial que se resume así:

servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la nación, defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo [...] Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su

vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, párrafos 3-4).

Continuando con lo anteriormente trazado, la carta magna nos remite al artículo 90, donde se establece la cláusula general de responsabilidad de la siguiente forma: “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”. (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, párrafo 212).

Es por ello que para la materialización de la disposición superior se legisló, desde lo administrativo, el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo —CPACA—, por medio de la Ley 1437 de 2011, la cual en su artículo 140 define la reparación directa como el medio ideal para exigir la posible responsabilidad que pudiese llegar a tener el Estado debido a las actuaciones de sus funcionarios, y que pueden traer como consecuencia la declaratoria de responsabilidad, reparación, indemnización, compensación resarcimiento o daño antijurídico (Congreso de la República de Colombia, 2011).

En ese mismo sentido, Enrique de Jesús Gil Botero (2001), en su libro *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, describe la necesidad de replantear el esquema vigente, porque no se adecua de forma prístina a los nuevos cambios de la sociedad; además, hace una relación de los elementos que identifican la responsabilidad patrimonial, el daño y los aspectos que lo caracterizan: ser directo, personal y cierto. También hace una alusión al principio de integridad o indemnidad al momento de evaluar el daño que se deriva de la acción o inacción de los funcionarios estatales, y que se ve positivizado en el artículo 16 del CPACA de donde surge la postura del sistema de valoración equitativa y la aplicación de los criterios técnicos actuariales que se han definido en las sentencias de unificación (Congreso de la República de Colombia, 2011, párrafos 123-131) Allí mismo, se desarrolla el principio de reparación integral haciendo énfasis en indemnizar todo el daño causado soportando dichas aseveraciones en la sentencia C/197/1993, donde la Corte informó que el resarcimiento tiene que tener la misma magnitud que el daño causado.

Del mismo modo, el profesor Juan Carlos Henao, en su libro *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho colombiano y francés*, está de acuerdo en que el daño se debe reparar plenamente, tratando de que la indemnización pueda dejar al indivi-

duo que se vio afectado en la condición inicial antes del daño sin superar el límite, como lo propone también la sentencia C/197/1993.

Congruente con lo expuesto, se observa el artículo 16 de la Ley 446 de 1998:

Por la cual se adoptan como legislación permanente algunas normas del Decreto 2651 de 1991, se modifican algunas del Código de Procedimiento Civil, se derogan otras de la Ley 23 de 1991 y del Decreto 2279 de 1989, se modifican y expiden normas del Código Contencioso Administrativo y se dictan otras disposiciones sobre descongestión, eficiencia y acceso a la justicia (Congreso de la República de Colombia, 1998, párrafo 1). [...] Artículo 16. Valoración de daños. Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales (Congreso de la República de Colombia, 1998, párrafo 22).

Ahora bien, las anteriores normativas no definen cómo deben entenderse los parámetros o categorías para definir la forma de hacer efectiva la reparación integral, sin que ello no implique que sea el juez quien deba buscar los mismos para poder determinar la sentencia. Es por ello que surgen estas preguntas: ¿cuáles son los perjuicios que deben indemnizarse?, ¿cuáles son los parámetros o lineamientos para liquidar los perjuicios? Normativamente no se encuentra un desarrollo puntual que trascienda la mera definición de algunos términos —como el Código Civil al definir el daño emergente y el lucro cesante en su artículo 1614 (Congreso de la República de Colombia, 1873)— y permita no solo alcanzar los principios de justicia, equidad y reparación integral, sino que a vez constituya parámetros garantizadores de los principios de igualdad, confianza legítima y seguridad jurídica.

De acuerdo con esto, resulta imprescindible efectuar un rastreo jurisprudencial de pronunciamientos efectuados por el Consejo de Estado, para establecer si dichos parámetros se encuentran definidos; de ser así, determinar si resultan congruentes con el modelo de Estado proclamado en la Constitución.

PRESUNCIONES EN MATERIA DE PERJUICIOS ESTABLECIDAS POR LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA

Para el presente caso, la presunción jurídica ha sido tratada ampliamente por la Corte Constitucional Colombiana en su jurisprudencia, una de ellas es la sentencia C-731 de 2005, con ponencia del magistrado Humberto Antonio Sierra Porto; en ella el magistrado cita el *Manual práctico de la prueba civil* de Julio González Velásquez (1951), donde se describe el término presumir; de igual forma, soporta sus afirmaciones en el autor Jairo Parra Quijano, autor del texto *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*, e informa:

“*praesumere*” que significa “tomar antes, porque por la presunción toma o tiene por cierto un hecho, un derecho o una voluntad, antes de que la voluntad, el derecho o el hecho se prueben”. También se ha dicho que el vocablo presumir se deriva del término “*prae*” y “*umere*” y entonces la palabra presunción sería equivalente a “prejuicio sin prueba” En este orden de cosas, presumir significaría dar una cosa por cierta “sin que esté probada sin que nos conste” (Corte Constitucional de Colombia, 2005, p. 18).

En esa misma línea, la sentencia C-669 de 2005 del magistrado Álvaro Tafur Galvis estudia la presunción y establece que está determinada por una serie de relaciones lógicas posibles, comunes, usuales y aceptadas que son aplicadas con fines jurídicos (Corte Constitucional de Colombia, 2005a). Lo que nos lleva a la probabilidad o a la certeza, sin que ello sea óbice para admitir prueba en contrario; por esta razón, las mismas se encuentran positivizadas en el Código Civil en su artículo 66:

Artículo 66. Presunciones. Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas. Si estos antecedentes o circunstancias que dan motivo a la presunción son determinados por la ley, la presunción se llama legal. Se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume, aunque sean ciertos los antecedentes o circunstancias de que lo infiere la ley, a menos que la ley misma rechace expresamente esta prueba, supuestos los antecedentes o circunstancias. Si una cosa, según la expresión de la ley, se presume de derecho, se entiende que es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias (Congreso de la República de Colombia, 1873, párrafos 68-89).

LA PRESUNCIÓN LEGAL

La Corte Constitucional, en su sentencia C/388/2000, describió cómo el legislador creó las presunciones legales con el fin de generar seguridad jurídica a hechos y situaciones relevantes, que por sus connotaciones de visibilidad e inveterado uso, sumado a las reglas de la lógica y la experiencia, se les da trascendencia jurídica de presunción relativa, aunque pueda ser rebatida. Para ilustrar lo anteriormente descrito se pueden encontrar los artículos 92 y 214 del Código Civil donde se dan ejemplos: “i) de la época del nacimiento se colige la de la concepción. ii) si el hijo nace después de pasados los 180 días subsiguientes al matrimonio, se reputa concebido en él y se entiende por padre al marido” (Congreso de la República de Colombia, 1873, párrafo 121).

La guardiana de la Constitución al tratar de identificar o categorizar el concepto de presunción dice que esta debe cumplir las siguientes características: “que sea razonable, esto es, que responda a las leyes de la lógica y de la experiencia, que persiga un fin constitucionalmente valioso, y que sea útil, necesaria y estrictamente proporcionada para alcanzar el mencionado fin” (Corte Constitucional de Colombia, 2000, p. 10).

LA PRESUNCIÓN DE DERECHO

También conocidas como las presunciones *iuris et de iure* o absolutas, son aquellas presunciones que no admiten prueba en contrario, es decir, que la misma ley prohíbe que sean desvirtuadas. Básicamente, significa que determinada la presunción, debe ser tomada como si fuera una verdad absoluta, lo cual la hace de poco uso en nuestro ordenamiento, un ejemplo de ello es la relativa a la falta de madurez suficiente de los menores de 14 años para tomar decisiones concernientes a su vida sexual.

De acuerdo con lo expuesto, quien pretenda favorecerse de una presunción legal solo requiere demostrar los supuestos contemplados en la ley, para que de ellos se infiera la existencia del hecho presumido y, por ende, el correspondiente derecho.

A su turno, quien pretenda oponerse a la pretensión tiene que demostrar que el hecho no existió, o que de ocurrir no se debe a las que configuran la presunción, sin embargo, ante las presunciones de derecho solo es posible alegar la inexistencia de la misma.

PRESUNCIONES APLICADAS POR LA SECCIÓN TERCERA DEL CONSEJO DE ESTADO

Presunción: condiciones de salud en el ingreso al servicio militar

Dentro de la categoría propuesta se puede encontrar la sentencia de la Sección Tercera, Subsección A, del 13 de mayo de 2015, expediente 50001-23 31-000-1994-04485-01(17037), del consejero ponente Hernán Andrade Rincón, en la cual se puede apreciar: Así no obre en el expediente constancia o evidencia del examen de ingreso, “si un joven es declarado apto para la prestación del servicio militar se infiere que goza de un buen estado de salud” (Consejo de Estado de Colombia, 2015b, p. 19). De acuerdo a ello, surge el deber de la administración de para mantener dicha situación, para así poder entregar o devolver a esta persona a la familia y la sociedad, en las mismas condiciones en que lo recibió (Consejo de Estado de Colombia, 2015b).

Análisis: ¿acierto o absurdo?

De forma recurrente, el Ejército Nacional, a través de sus apoderados judiciales, alegaba, como argumento defensivo, en caso de soldados conscriptos declarados no aptos para la actividad militar (especialmente casos de miopía, leishmaniasis y afecciones psicológicas), que ellos “se encontraban así al momento de la vinculación”. Defensa incongruente si se tiene en cuenta que de haber presentado dicha condición al momento del examen de reclutamiento, no se habría aprobado su ingreso.

De acuerdo con lo anterior, dicha presunción se considera un total acierto.

Presunción: perjuicios morales con el parentesco - ingreso mínimo

Para comprender los perjuicios morales en relación con el parentesco está la sentencia de la Sección Tercera, Subsección A, del 24 de marzo de 2011, expediente 66001-23-31-000-1998-00409-01(19067), del consejero ponente Mauricio Fajardo Gómez.

La simple acreditación de la relación de parentesco permite presumir la causación de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos, cuando alguno de estos haya muerto o sufrido una lesión. Sustento normativo: artículo 42 de la Carta Política. (La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado y la sociedad garantizarán la protección

integral de la familia). Si se logra acreditar la actividad laboral de la víctima (en el caso se trata de una persona que laboraba como obrero de construcción), pero los medios probatorios arrimados al proceso no permiten tener por demostrado el monto del ingreso percibido por tal concepto, hay lugar a acudir a la presunción de que dicha actividad le generaba como ganancia un salario mínimo legal mensual (Consejo de Estado de Colombia, 2011a).

Análisis: ¿acierto o absurdo?

La primera presunción, relativa a la causación del perjuicio moral por el deceso o las lesiones padecidas por un familiar cercano, es acertada y representa un gran desarrollo en materia de reparación de perjuicios. Cuando el Decreto 01 de 1984 estaba vigente, se advertía que los procesos tardaban en exceso en el recaudo probatorio, incluyendo la recepción de numerosos testimonios, contesten en la afirmación de sufrimiento del núcleo familiar de una víctima.

Esta presunción es un acierto, en la medida que agiliza el trámite de los procesos, evita el desgaste probatorio y, sin decirlo, reconoce que no todas las personas sienten el dolor de la misma forma ni lo exteriorizan, pues pretender que una persona sufre solo si se le ve llorando en público (para que lo adviertan otras personas y lo puedan atestiguar en un proceso), sería un absurdo que desconoce la diversidad y las particularidades emocionales y sentimentales de cada ser humano.

En todo caso, esta presunción admite prueba en contrario que permita negar el reconocimiento del perjuicio, en casos donde se acredite abandono familiar e incluso disputas jurídicas que evidencien el rompimiento de los lazos afectivos (declaratorias de indignidad, desheredamiento, denuncias por maltrato, etc). En lo que se refiere a la segunda presunción relativa al salario mínimo, su análisis se efectuará más adelante.

Presunción: perjuicios morales con el parentesco

Para este caso se trae a colación la sentencia de la Sección Tercera, Subsección C, del 7 de julio de 2011, expediente 25000-23-26-000-1996-02730-01 (18194), de la consejera ponente Olga Mérida Valle de De La Hoz:

Cuando la jurisprudencia partió de la prueba del estado civil para deducir, judicialmente, que una persona está legitimada materialmente por activa, lo ha hecho porque infiere o deduce de la prueba del

estado civil el estado de damnificado del demandante, porque con la prueba del estado civil se puede colegir el dolor moral, hay veces. Cuando el demandante no acredita el parentesco —relación jurídica civil— el juzgador no puede inferir el dolor, en ciertas oportunidades, y por consiguiente es indispensable demostrarlo y comprobándolo prueba el estado de damnificado y a su vez la legitimación material en la causa —situación jurídica de hecho—. Con la demostración del estado civil se infiere el daño (presunción de damnificado) y probando el daño se demuestra el estado de damnificado (Consejo de Estado de Colombia, 2011b, p. 8) [Este apartado es citado en la sentencia del 27 de noviembre 2002, de la consejera ponente María Elena Giraldo Gómez, expediente 52001-23-31-000-1994-3090-01(13090)].

[...] La simple acreditación del parentesco, para los eventos de perjuicios morales reclamados por los parientes cercanos (abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos) cuando alguno de estos haya muerto o sufrido una lesión. Sustento normativo: artículo 42 de la Carta Política. (Consejo de Estado de Colombia, 2011b, p. 8).

(La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia). Giro: La Sala consideró que de los testimonios rendidos dentro del proceso *no se desprende* que los demandantes hayan sentido un profundo dolor y angustia por la muerte de su familiar; así como tampoco dan certeza sobre la existencia de relaciones de cercanía, solidaridad y afecto entre ellos. Razón por la cual se desvirtúa la presunción de aflicción que según las reglas de la experiencia padecen los parientes cercanos con la muerte de alguno de sus familiares (Consejo de Estado de Colombia, 2011b).

Análisis: ¿acierto o absurdo?

A pesar de que en esta sentencia se identifica la existencia de la presunción reconocida en la anterior providencia, considero un total absurdo que se niegue el reconocimiento del perjuicio porque de los testimonios recibidos en el proceso no se desprende el profundo dolor, como si no demostrar el dolor significara una prueba en contra para desvirtuar la presunción que permite inferir el dolor con la acreditación del parentesco. Desconociendo, como se dijo antes, que no todas las personas exteriorizan su dolor o lo demuestran de la misma manera, casi riñendo con el principio y derecho constitucional a la intimidad.

Presunción: ingresos mínimos de una persona, prestaciones sociales, destinación de dinero para sostenimiento propio

Para este caso se propone analizar la sentencia de la Sección Tercera, Subsección B, del 29 de abril de 2015, expediente 17001-23-31-000-1998-00667-01 (25574), del consejero ponente Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.

Cuando no se demuestra la cuantía de los ingresos de la víctima, hay lugar al reconocimiento de la indemnización de perjuicios materiales, con base en el salario mínimo legal. Cuando se efectúe la liquidación de los perjuicios materiales, deberá agregarse un 25 %, por las prestaciones sociales que se presume son devengadas por cada trabajador, y descontarse el 25 %, que presumiblemente la víctima destinaba para su propio sustento y gastos personales (Consejo de Estado de Colombia, 2015a, p. 17).

Análisis: ¿acierto o absurdo?

Esta sentencia constituye una triple presunción en la jurisprudencia del Consejo de Estado, y quizás es la presunción más fuerte, pacífica y reiterada en la alta corporación, y todo un acierto judicial.

Sin lugar a dudas, representa una materialización del principio de la reparación integral y del derecho de acceso a la administración de justicia, entendido como el derecho a obtener una tutela judicial efectiva; aunada al reconocimiento de la norma superior, en materia de ingreso mínimo, vital y móvil como derecho de raigambre constitucional.

Presunción: perjuicios materiales por menor trabajador - ingresos mínimos de una persona

Para ejemplificar este caso se analizará la sentencia de la Sección Tercera, Subsección C, del 25 de febrero de 2016, radicado 68001-23-31-000-2006-01051-01(39347), del consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

En el proceso se demuestra que la víctima realizaba actividades agrícolas y ganaderas, a pesar de ser menor de edad. Sin embargo, la sentencia afirma que por no haberse probado o acreditado que dicha labor se estaba desempeñando con todos los requisitos legales exigidos, considera que mal haría en reconocer a los demandantes rubro alguno por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, consolidado por el periodo de tiempo en el cual el joven no había alcanzado la mayoría de edad, debido

a que con esta actuación se estaría amparando el trabajo infantil, proscrito en nuestro ordenamiento legal.

Pese a lo antes dicho, en aplicación del principio de equidad, atendiendo a las reglas de la experiencia y siguiendo la jurisprudencia de esta corporación, se reconocerá este perjuicio a partir del cumplimiento de la mayoría de edad de la víctima.

Al no demostrarse el valor de los ingresos devengados a partir de este momento, procede aplicar la presunción jurisprudencial que una persona en edad productiva devenga por lo menos un salario mínimo legal.

En esta sentencia se reconoce como antecedente de esta presunción, la sentencia del 18 de mayo de 1990, expediente NS-121, de la consejera ponente Clara Forero de Castro. Igualmente resalta que esta tesis ha sido reiterada por la corporación en múltiples fallos: entre otros por Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera, Sentencia de 13 de septiembre de 1999, exp. 15504, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Sentencia de 7 de octubre de 1999, exp. 12655, C.P.: María Elena Giraldo Gómez; Sentencia de 11 de abril de 2002, exp. 13227, C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez; Sentencia de 12 de mayo de 2011, exp. 18902, C.P.: Danilo Rojas Betancourth; Sentencia de 25 de julio de 2011, exp. 19434, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa (Consejo de Estado de Colombia, 2016a).

Análisis: ¿acierto o absurdo?

Considero que la posición adoptada por el Consejo de Estado en esta providencia es un absurdo, en la medida en que parece fundarse en un principio inexistente o, si se quiere, contrario a lo dispuesto en la Constitución; esto es, presunción de mala fe.

Reconocer el lucro cesante a favor de un padre o una madre dependiente de un hijo menor de edad trabajador sin acreditar el lleno de las formalidades legales, incentiva el trabajo infantil; es concebir *a priori* a los padres como unos explotadores laborales de su hijo.

Implica, entonces, desconocer la realidad social de un país donde impera la desigualdad social y las altas tasas de pobreza y desempleo reconocidas en Colombia, donde, así no se quiera, hay familias que para sostenerse deben acudir a la informalidad, viéndose en la necesidad de que todos sus miembros intervengan en dicha actividad.

Según el boletín técnico publicado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística —DANE—, con ocasión de la Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH), que comprende el periodo entre diciembre de

2019 y febrero 2020, la informalidad en 13 ciudades del país y áreas metropolitanas fue de 46.7 %, y para el total de las 23 ciudades y áreas metropolitanas fue de 47.9 %.

En lo que se refiere al desempleo, según el DANE, para el mes de julio de 2020, la tasa de desempleo total nacional fue de 20,2 %, lo que significó un aumento de 9.5 puntos porcentuales frente al mismo mes del año anterior (10.7 %). La tasa global de participación se ubicó en el 56.5 %. Finalmente, la tasa de ocupación fue de 45.1%, con una disminución de 11.1 puntos porcentuales respecto del mismo mes del año 2019 que fue de 56.2 % (DANE, 2020).

Por último, si se verifica en el portal web del DANE (2020), se encontrará que, en 2019, la pobreza multidimensional en el país fue de 17.5 %, lo que representa 1.6 puntos porcentuales menos que en 2018 (19.1 %).

La posición adoptada por el Consejo de Estado en este proveído es un absurdo desconocimiento del principio de la prevalencia de lo sustancial sobre las formas y un completo desconocimiento de la realidad nacional.

Tal como lo resalta Juan Manuel Ospina Sánchez (2015), en un país con una realidad como la nuestra, reconocer la indemnización por lucro cesante en un caso donde se demuestre que un menor trabaja de manera no del todo legal es una forma de cohonestar la ilegalidad del trabajo y, *mutatis mutandis*, no es otra cosa que pensar que prestarle los servicios de salud a un drogadicto es incitar el consumo de sustancias o que dar medicamentos a un enfermo de sida es promover la promiscuidad.

Presunción: perjuicios morales con el parentesco - pérdida de más de un familiar - daño a la salud impide desglose de conceptos

La sentencia de la Sección Tercera, Subsección B, del 30 de marzo de 2017, radicada con el número 50001-23-31-000-1998-00225-01(29637), del consejero ponente Danilo Rojas Betancourth, dice que:

El hecho de que esté acreditado el parentesco representa un indicio para la configuración del daño en los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil. (...) Las razones que sustentan el paso del hecho indicador del parentesco, a la circunstancia de que el daño causado a una persona afecta moralmente a sus parientes, se fundamentan en que: “a) la experiencia humana y las relaciones sociales enseñan que entre los parientes existen vínculos de afecto y ayuda mutua y b) las relaciones familiares se basan en la igualdad

de derechos y deberes de la pareja y en el respeto recíproco entre todos sus integrantes (artículo 42 de la C.P.) [...]. Lo anterior no obsta para que ...“en los eventos en que no esté acreditado el parentesco se pruebe el dolor moral de estos parientes en calidad de damnificados, mediante el uso de los diversos medios de prueba (que para la época de la sentencia disponía el C.P.C.), de los cuales se pueda inferir el daño moral sufrido (Consejo de Estado de Colombia, 2017, pp. 2-3).

Al respecto, se cita la sentencia del 29 de octubre de 2012, expediente 23346 del mismo ponente y se sugiere consultar las siguientes sentencias de la Sección Tercera del Consejo de Estado: del 27 de enero del 2000, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez, radicado n.º 10867; del 24 de febrero de 2005, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicado n.º 14335; del 1 de marzo de 2006, C.P. María Elena Giraldo Gómez, radicado n.º 17256; del 23 de abril de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicado n.º 16186 (Consejo de Estado de Colombia, 2017).

El alto tribunal advierte que el hecho de que esté acreditado el parentesco representa un indicio para la configuración del daño en los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil. Se citan como sentencias fundamento de dicha tesis: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias; del 10 de abril de 2003, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros, radicación n.º 13834; del 10 de julio de 2003, C.P. María Elena Giraldo Gómez, radicación n.º 14083; del 12 de febrero de 2004, C.P. Ricardo Hoyos Duque, radicación n.º 14955; del 24 de febrero de 2005, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicación n.º 14335; del 10 de marzo de 2005, C.P. Germán Rodríguez Villamizar, radicación n.º 14808; del 8 de marzo de 2007, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, radicación n.º 15459; del 23 de abril de 2008, C.P. Ruth Stella Correa Palacio, radicación n.º 16186; del 19 de noviembre de 2008, C.P. Ramiro Saavedra Becerra, radicación n.º 28259 (Consejo de Estado de Colombia, 2017).

Análisis: ¿acierto o absurdo?

Como punto de partida, se considera importante resaltar impreciso el uso indiscriminado por parte del Consejo de Estado de los términos indicio y presunción, como si se trataran de sinónimos, pues con ello desconoce los aportes doctrinarios efectuados por expertos en derecho procesal como el doctor Jairo Parra Quijano, que desde el año de 1989 nos explicaba que además de las presunciones legal y de derecho, ya descritas atrás, existe la pre-

sunción judicial, y que así se le llama cuando quien elabora la presunción es el juez (así como las planteadas en este escrito, que no están contempladas de forma expresa en ninguna norma del ordenamiento jurídico colombiano).

El importante catedrático advierte que la presunción judicial sirve para la valoración de pruebas, pero no es un medio de prueba ni se puede confundir con el indicio, ya que este es un hecho y la presunción, un razonamiento (Parra, 1989). Tal como dicho autor cita al eterno maestro Devis Echandía: “La función de las presunciones judiciales es servirle de guía al juez para la valoración de las pruebas; pero no la de servir de medio de prueba” (citado en Parra, 1989, p. 14).

Debido a la recurrencia con la que el Consejo de Estado menciona las reglas de la experiencia, el doctor Parra señala que con estas podemos hacer presunciones que utilizamos para juzgar todos los medios de prueba, sin que la presunción sea propiamente un medio probatorio; mientras que el indicio, sí lo es, y se utiliza para descubrir otro hecho. No existe prueba de las presunciones, y el indicio se convierte, entonces, en el medio probatorio de la presunción que, en cualquiera de sus modalidades, es un razonamiento que se hace con relación a todos los medios de prueba y siempre que se razona (Parra, 1989).

Considero que esta providencia es un acierto parcial, en la medida en que reconoce el dolor que el ser humano sufre con la pérdida de un ser querido, y que el mismo es aún más intenso o profundo si la pérdida es múltiple. Sin embargo, resulta un total desacierto debido a su carencia argumentativa, y un absurdo el afirmar que “En Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado”(Consejo de Estado de Colombia, 2011c, p. 53), pues dicha afirmación representa una afrenta al principio de la reparación integral ya citado en líneas precedentes, como si la labor del juez administrativo fuera la de condenar a la entidad pública en procura de la protección del erario y no de los derechos de las personas amparadas por la Constitución.

En lo que se refiere al reconocimiento de seis salarios para el menor que no sea calificado con pérdida de la capacidad laboral, la intención de la alta corporación es loable, pero cuestionable en la medida en que no expone los parámetros que tuvo en cuenta para determinar esa suma y no otra.

Presunción: lucro cesante - dependencia de los hijos hacia sus padres

En este caso es pertinente analizar la sentencia de la Sección Tercera, Subsección B, del 22 de abril de 2015, radicada con el número 15001-23-31-000-2000-03838-01(19146), de la consejera ponente Stella Conto Díaz del Castillo. En lo que refiere al reconocimiento del lucro cesante, afirma la sección que:

al amparo del fundamento jurídico y axiológico sobre el que ha sostenido la autonomía de la responsabilidad patrimonial del Estado, ha construido un criterio jurisprudencial de cara a la indemnización integral de la pérdida de los ingresos dejados de percibir por el lesionado, el fallecido y los miembros del grupo que percibían ayuda económica de aquel, apoyado en elementos desarrollados en otros campos del ordenamiento, como: i) la presunción de la capacidad laboral y el salario mínimo legal, definidos desde el régimen laboral; ii) la proyección de vida probable de la víctima, adoptada mediante actos administrativos para el cálculo actuarial en materia de pensiones; iii) el incremento del salario en un 25%, por concepto de las prestaciones sociales en materia laboral; iv) la deducción de las prestaciones por la misma causa, pagadas conforme con el ordenamiento que rige la seguridad social; v) la deducción del 25% de los ingresos por concepto de los gastos propios de la víctima, con apoyo en las reglas de la experiencia y vi) la tasación de la obligación en valor presente, como se concibe desde el derecho común, con sujeción a índices de precios al consumidor y funciones de actualización en el tiempo de series uniformes de pagos (fórmulas utilizadas para estimar el lucro consolidado y el futuro), que sirven a los regímenes financiero y de política macroeconómica (Consejo de Estado de Colombia, 2015, p. 53-54).

Análisis: ¿acierto o absurdo?

Carlos Enrique Pinzón Muñoz (2015) advierte que la Sección Tercera del Consejo de Estado ha derivado la presunción de manutención a favor de los hijos y el cónyuge (padre de los hijos en común); de los artículos 411 y 422 del Código Civil, hasta los límites que establecen las obligaciones alimentarias que resultan connaturales a la esencia humana, la cual no concibe que los progenitores abandonen a su suerte a los hijos sin que estén en condiciones de autosatisfacer sus necesidades básicas (para el efecto cita la sentencia del 14 de julio de 2005, expediente 15359, del consejero ponente Enrique Gil Botero).

En todo caso, se aclara que si bien el Consejo de Estado inicialmente consideraba que dicha presunción de ayuda solo era viable hasta que los hijos cumplieran 25 años, siempre y cuando se demostrara que estaban estudiando; hoy, no importa si se comprueba dicha actividad de estudio. Esta variación se observa en la sentencia del 4 de octubre de 2007, radicada con el número 47001-23-31-000-1996-05001-01 (16058), del consejero ponente Enrique Gil Botero.

Considero que dicha presunción es un acierto, siempre y cuando con ella no se pierda el norte de las presunciones que, como se indicó con la sentencia C-388 (Corte Constitucional, 2000), buscan dar seguridad a ciertos estados, situaciones o hechos jurídicamente relevantes; y proteger bienes jurídicos particularmente valiosos, sin ser un medio para cercenar garantías constitucionales. De acuerdo con ello, lo mínimo que permite la presunción es efectuar el reconocimiento del lucro cesante a favor de los hijos dependientes de sus padres hasta los 25 años, sin perjuicio que al interior del proceso se acredite que la dependencia continuó pasada la edad en mención, verbigracia una mala racha o el padecimiento de una patología como la depresión, que médicamente se conoce que afecta la capacidad de realizar actividades básicas de la vida diaria como trabajar.

Presunción: apoyo económico de los hijos a los padres

La sentencia de la Sección Tercera, Subsección A, del 12 de febrero de 2012, radicada con el número 25000-23-26-000-2001-00852-01(28675), del consejero ponente Hernán Andrade Rincón, permite analizar la presunción de apoyo económico dado por los hijos a los padres hasta la edad de 25 años en consideración.

Para efectos de reconocer este perjuicio, el Consejo de Estado ha dejado claro que debe probarse en el proceso que los padres recibían ayuda económica de sus hijos antes del fallecimiento de estos, para de esta manera concluir que la privación de esta ayuda tendría un carácter cierto, y presumiéndose que la misma habría de prolongarse en el tiempo, más allá de la edad referida de los hijos, a condición de que se reúnan algunas circunstancias que, a título de ejemplo, permitieran afirmar tal presunción como la necesidad de los padres o su situación de invalidez. Al respecto, la alta corte sugiere ver, entre otras, estas sentencias:

“11 de agosto de 1994, exp: 9546; 8 de septiembre de 1994, exp: 9407; 16 de junio de 1995, exp: 9166, 8 de agosto de 2002, exp. 10.952 y de 20 de febrero de 2003, exp: 14.515, y sentencia de 9 de mayo de 2012, exp. 22.265” (Consejo de Estado de Colombia, 2012).

En el caso estudiado, el Consejo de Estado encontró que la víctima falleció antes de cumplir 25 años (a la fecha de su muerte tenía 24 años) y le colaboraba económicamente a su madre con el ingreso derivado de su oficio como vendedor de llantas en una serviteca, lo que demuestra los supuestos requeridos para el reconocimiento de la correspondiente indemnización. Pero afirmó que no se había logrado establecer la existencia de algún hecho que hiciera presumir que la ayuda económica que le brindaba a su madre se prolongaría en el tiempo, pues ella no era inválida y proveía su propio sustento —no existe prueba de lo contrario— y tenía más hermanos que, eventualmente, podrían asumir la obligación alimentaria de esta. Por estas razones, la liquidación se efectuó solamente hasta la fecha en que la víctima hubiera cumplido los 25 años.

Se tomó como base para la liquidación el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de los hechos, por no existir elementos de prueba dentro del proceso que permitieran demostrar un ingreso distinto, asimismo se adujo que *las reglas de la sana crítica* enseñan que una persona laboralmente activa no podría devengar menos de este monto. Dicha suma se incrementó en un 25 % por concepto de prestaciones sociales, y a esa cantidad se le descontó el 25 % que, se presume, disponía la víctima para sus gastos personales.

Con relación a la presunción de apoyo económico dada por los hijos a los padres hasta la edad de 25 años, en la providencia se sugiere ver la sentencia del 12 de julio de 1990, expediente 5666.

Igualmente, dicha posición venía estableciéndose por la alta corporación desde hacía más de 21 años, verbigracia, de la sentencia proferida el 16 de agosto de 1994 (expediente 8818), donde a pesar de haberse acreditado la avanzada edad de los padres del occiso y el apoyo económico para con estos, el Consejo de Estado apoyó una liquidación efectuada en primera instancia hasta la fecha en la que el hijo cumpliera los 25 años, pues se encontró que los padres efectuaban declaración de renta y no se demostró que estuvieran en condición económica precaria que los hiciera acreedores a alimentos.

La posición ha sido reiterada en sentencias como la del 21 de septiembre de 2016, radicada con el número 25000-23-26-000-2008-00306-01(51743), del consejero ponente Guillermo Sánchez Luque (Consejo de Estado de Colombia, 2012).

Análisis: ¿cierto o absurdo?

Pinzón Muñoz (2015), experto en responsabilidad, cree que no caben consideraciones absolutas en uno u otro sentido; es decir, sobre la edad límite de la ayuda a los padres, pues en cada caso deben ser evaluadas con mesura y razonabilidad las circunstancias especiales que pueden justificar la variación de esa estimación; incluso, hasta la fecha de vida probable del beneficiado, advirtiéndole que ello ya no hace parte de la denominada presunción y, por tanto, deberá acreditarse probatoriamente esa vocación de ayuda más allá de los 25 años.

Al igual que con la anterior presunción, considero que el manejo que le ha dado la alta corporación a este caso es absurdo, pues la ha utilizado para desconocer derechos amparados por la norma superior, desestimando las reglas de la sana crítica, la lógica, el sentido común y las máximas de la experiencia.

Esta presunción debe entenderse como el mínimo a reconocer en los casos donde se ha acreditado el apoyo económico de un hijo a su padre o a su madre, sin que implique la imposibilidad o prohibición para reconocer que pueda darse por fuera del aspecto temporal de la edad establecido por el Consejo de Estado.

Dicha posición, inicialmente, desconoce que el derecho de alimentos es un derecho de orden legal, contemplado en el artículo 411 del Código Civil colombiano.

Con fundamento en lo anterior, se puede afirmar que la responsabilidad de los padres termina, en general, frente a los hijos cuando la persona cumple 18 años, porque se presume que a partir de esa edad ya no existe sometimiento a la patria potestad; no obstante, algunas normas de contenido legal permiten atribuir una continuidad a esa protección hasta los 25 años, como las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993 que protegen como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes y beneficiarios del Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POS) a los jóvenes que hasta los 25 años de edad acrediten la calidad de estudiantes (artículos 47 y 163 de la Ley 100 de 1993).

Teniendo en cuenta lo anterior, hay que ser cuidadosos con la aplicación de la presunción que jurisprudencialmente se ha planteado respecto a la ayuda económica de los hijos para con sus padres, que predica que dicha ayuda se debe entender hasta la edad de 25 años del hijo, pues a partir de esa edad este conforma su propio hogar. Debido a que las reglas de la sana crítica, las máximas de la experiencia y el sentido común nos enseñan que

es precisamente después de los 25 años cuando la responsabilidad de los padres ha cesado para con los hijos, son estos los que comienzan a tener una estabilidad laboral y económica que les permite retribuir a sus padres el apoyo financiero brindado.

Contrario a lo que ha dispuesto el Consejo de Estado, considero que es lógico concluir que si se logra demostrar que un hijo a los 24 años ayuda económicamente a su padre o a su madre es porque este o esta lo requiere y necesita, más lógica tendrá su ayuda en los años posteriores; sobre todo, después de cumplir los 25 años. Por ejemplo, si en un proceso se logra demostrar que el padre a sus 60 años depende económicamente o recibe una ayuda económica de su hijo que le permite tener una mejor calidad de vida, con lógica se puede entender que necesitará aún más de dicha ayuda en los años posteriores, porque sus probabilidades laborales y de salud con el tiempo se van disminuyendo.

Por otra parte, siguiendo una línea de conexión con lo expuesto, es-timo absurdo que para el reconocimiento del lucro cesante de unos padres, la alta corporación exija que en el proceso se demuestre la calidad de hijo único o la invalidez e indefensión del padre, pues con ello desconoce la definición básica del *lucro cesante*, que es, a la luz del artículo 1614 del Código Civil, toda ganancia o provecho que deja de reportarse, esto es, todo emolumento dejado de percibir. Demostrada probatoriamente la ayuda económica brindada por un hijo, mal hace el operador judicial al restarle importancia o condicionarla según su destinación o el estado de quien la recibe.

Presunción: lucro cesante a padres de hijo menor fallecido

En este caso, se propone la sentencia de la Sección Tercera, Subsección B, del 10 de febrero de 2016, expediente 41315, radicada con el número 13001233100019990078901, del consejero ponente Ramiro Pazos Guerrero.

Frente al reconocimiento de lucro cesante a padres por muerte de hijo menor, el Consejo de Estado considera que no es posible definir como presunción que la muerte de un menor de edad genera siempre para sus progenitores un lucro cesante, pues ello ocurrirá solo en aquellos casos en los que se alleguen las pruebas que permitan establecer que la víctima, pese a su edad, ejercía una actividad productiva con la que contribuía a la economía familiar o cuando las condiciones particulares presentes al momento del deceso permiten inferir razonablemente que estaba en condiciones reales, ciertas y verificables de hacerlo a futuro, así que aquellos casos en los que es

la propia víctima menor quien reclama el lucro cesante futuro a su favor y en una eventual lesión cuyos efectos lesivos perduran a futuro, se ha reconocido la posibilidad de presumir la afectación, en tanto conlleva una pérdida de la capacidad de obtener el propio sustento, lo que genera un daño que debe ser resarcido (Consejo de Estado de Colombia, 2016).

Estima la corporación que cuando solo se acredita que la víctima era un joven en edad escolar, que cursaba estudios y que no era económicamente productivo ni proporcionaba ayuda económica a su núcleo familiar porque estuviera en condiciones o en la necesidad, no es posible darles un reconocimiento de lucro cesante a los padres por la muerte del menor (Consejo de Estado de Colombia, 2016).

Análisis: ¿acierto o absurdo?

Esta presunción se funda en la necesidad de efectuar liquidación de perjuicios con base en situaciones concretas probadas en el proceso, sin dar espacio a escenarios hipotéticos. Por esta razón, se considera acertado que el reconocimiento se efectúe dependiendo de la edad del menor y del estado académico o laboral previo al deceso, pues no tendría sentido pensar que los padres deciden tener hijos con el propósito de mejorar los ingresos económicos del hogar.

Presunción: presunción de perjuicios morales - dolor en menores - lucro cesante por muerte de un menor

Para esta categoría se propone estudiar la sentencia de la Sección Tercera, Subsección C, del 5 de julio de 2012, radicada con el número 05001-23-31-000-1997-01942-01(23643), de la consejera ponente Olga Mérida Valle de De La Hoz.

“Tratándose de los parientes cercanos, ya sea en línea ascendente, descendiente o colateral, la acreditación del vínculo de parentesco es suficiente para presumir el dolor padecido por dichos familiares” (Consejo de Estado de Colombia, 2012a, p. 22) (perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos por muerte o lesiones sin importar que sean graves o leves), “a partir del contenido del artículo 42 de la carta política, debe presumirse, que el peticionario los ha padecido (Consejo de Estado de Colombia”, 2012a, p. 22).

Se advierte que:

la jurisprudencia ha sido pacífica en sostener que en tratándose de la muerte de un menor de edad no hay lugar a reconocer el lucro cesante por unos hipotéticos ingresos del menor, dado que estos son eventuales, a menos que se acredite con grado de certeza la obtención futura de estos ingresos y también que en estos casos están sometidos a la doble eventualidad de que el menor hubiera podido llegar a percibir ingresos y que los destinara a ayudar a sus padres (Consejo de Estado de Colombia, 2012a, p. 20).

El Consejo de Estado advierte que la situación de pobreza en la que vivían los padres del menor no es razón suficiente para el reconocimiento del perjuicio, máxime cuando se trataba de un menor de tres años y nueve meses, que ni siquiera ha iniciado su formación educativa y la maduración de su carácter o personalidad, por lo que sitúa la existencia del daño en un grado de probabilidad, que implica para el juez entrar en el terreno de las conjeturas, a efectos de cumplir con el deber legal de reparar todo el daño y nada más que el daño (Consejo de Estado de Colombia, 2012a).

Adicionalmente debe tenerse en cuenta que:

el hecho de que los menores al momento de los hechos no estuvieran en condiciones de dimensionar el acontecimiento trágico vivido por su familia, no significa que no hayan sufrido, ya que según las teorías psicológicas actuales, los menores desde la primera etapa de su vida perciben el mundo a través de su relación con los padres y por tanto, recibieron de ellos la congoja padecida por la pérdida de su hijo y también la perturbación emocional que implicó la pérdida de un hijo para el núcleo familiar (Consejo de Estado de Colombia, 2012a, p. 22).

Por otra parte, “en relación con el monto reconocido, se recuerda que este pertenece al arbitrio judicial” (Consejo de Estado de Colombia, 2012a).

Análisis: ¿acierto o absurdo?

Como primera medida, resulta plausible y es un acierto que el Consejo de Estado reconozca en su jurisprudencia que los menores tienen derecho al reconocimiento de los perjuicios causados, sin importar su edad y, por ende, grado de conciencia para dimensionar un acontecimiento trágico, pues es claro que el daño no ocurre únicamente cuando se es consciente de él.

En lo que se refiere a la tendencia de negar el reconocimiento de lucro cesante a los padres de un menor fallecido, estimo que la posición es acertada, pues, como se dijo atrás, la misma no puede fundarse en escenarios hipotéticos, y para su reconocimiento deben analizarse aspectos como la edad del menor y su estado académico o laboral previo al deceso, lo que en últimas extrae la situación del escenario de la presunción.

Presunción: lucro cesante por muerte de menor

La sentencia de la Sección Tercera, Sala Plena, del 28 de agosto de 2014, radicada con el número 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251), del consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, permite comprender esta categoría.

El lucro cesante es un criterio de reparación que ha ocasionado posiciones oscilantes en el Consejo de Estado, lo cual ha conllevado a la expedición de sentencias diametralmente contrarias, en lo que respecta a la reparación del lucro cesante causado por la muerte de menores (Consejo de Estado de Colombia, 2014).

Es de resaltar que este tema se torna complejo, como lo advierte Ospina Sánchez (2015), ya que, en principio, los niños no trabajan o no deberían hacerlo, lo cual hace difícil estimar el *quantum* que debería reconocerse por virtud de este rubro, debido al hecho de que cualquier estimación que se realice sobre este asunto corre el riesgo de ser meramente especulativa o hipotética (Consejo de Estado de Colombia, 2014).

Dicho autor advierte que el Consejo de Estado ha adoptado diversas posiciones frente al tema (Sánchez, 2015), siendo la primera asumida en la sentencia del 28 de octubre de 1993, con radicado 8043 y ponencia del magistrado Julio César Uribe Acosta (considerada como fundadora de la posición), según la cual todos los daños de carácter patrimonial sufridos en cabeza de un menor de edad son hipotéticos (Consejo de Estado de Colombia, 2014).

Por su parte, en la sentencia que es objeto de análisis en este punto (26251), la sala encontró probado que se trataba de un menor que contrario a desempeñar actividades laborales o académicas, se dedicaba a la vagancia y al consumo de sustancias psicoactivas. Adicionalmente, mientras estaba en el centro de reeducación, el menor no desarrollaba ninguna actividad laboral, por lo tanto, no recibía remuneración alguna, con lo cual sería ilógico afirmar que contribuía con el sostenimiento del hogar o de su mamá (Consejo de Estado de Colombia, 2014).

Si bien un testigo refirió que el menor de edad estuvo laborando con él en una panadería, la corporación consideró que en el expediente no reposaba medio probatorio que acreditara que tal labor se estaba desempeñando con el lleno de los requisitos legales, por lo tanto, mal haría en reconocer a la progenitora rubro alguno por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, pues con ello se estaría amparando el trabajo infantil (Consejo de Estado de Colombia, 2014).

Además, la sala afirmó que la madre no podía acceder a perjuicios materiales, basándose en la hipótesis de que al momento de terminar sus estudios el menor no iba a acceder a la educación superior y, por el contrario, trabajaría para ayudarla, dicha afirmación se realizó en una cita de la sentencia del 12 de febrero de 2014, con ponencia de la magistrada Olga Mélida Valle de De La Hoz, radicada con el número 25000-23-26-000-1996-12794-01(28857) (Consejo de Estado de Colombia, 2014).

Como advierte Ospina Sánchez, en su tesis “se identifica una tercera tesis, según la cual el lucro cesante debe indemnizarse partiendo de la base de un salario mínimo, como presunción que acepta prueba en contrario, no para disminuir la cuantía, sino para aumentarla. La sentencia fundadora de esta tesis puede rastrearse en 1989” (Ospina Sánchez, 2015, p. 12). En esa misma tesis, denominada *Notas sobre la reparación de menores de edad en el régimen de responsabilidad del Estado*, se puede apreciar que el autor señala como ejemplo de lo anterior la sentencia 6483 del 22 de noviembre de 1991, allí identifica lo siguiente: “a los 18 años de edad, los hijos se consideran en capacidad de proveer a sus propias necesidades, sin el auxilio económico de sus progenitores” (Consejo de Estado de Colombia, 1991, p. 8), en esa misma línea se sustenta su afirmación acerca de la presunción cuando la sentencia citada afirma “que podría haber devengado la menor a partir de los 18 años y durante toda su vida probable si tuviera capacidad física” (Consejo de Estado de Colombia, 1991, p. 9).

Dicha tesis ha sido adoptada en casos de lesiones de carácter permanente en menores, liquidándose el perjuicio con base en el salario mínimo y en la expectativa de vida del menor, entendiendo que al cumplir la mayoría de edad ejercería una labor productiva, pero no ha tenido eco frente a los familiares en caso de muerte (Consejo de Estado de Colombia, 2014).

Análisis: ¿cierto o absurdo?

Me encuentro en desacuerdo con las elucubraciones efectuadas en esta sentencia por la alta corte, en la medida en que, como se dijo en párrafos precedentes, es absurda, pues efectúa una valoración errada e injustificada del trabajo infantil.

Igualmente, plantea unas máximas que resultan reprochables, pues como tal deberían ser aplicables desde cualquier óptica, juicio que no son superados. ¿Será que dichas afirmaciones o conclusiones seguirían siendo igual de aceptables, si el menor en lugar de perder la vida sufre una lesión?

No puede confundirse que el apoyo económico de un menor a sus familiares es hipotético con la errada afirmación que indica que el rubro a recibir es hipotético, pues desconoce el derecho al mínimo vital y móvil ya desarrollado.

Presunción: ubicación laboral después de una privación de la libertad

Para analizar esta categoría se propone la sentencia de la Sección Tercera, Sala Plena, del 28 de agosto de 2014, radicada con el número 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149), del consejero Ponente Hernán Andrade Rincón.

En algunas providencias se contempla bajo la figura de presunción; en otras, es una afirmación absoluta, donde se sostiene que una persona que acaba de salir de la cárcel tarda 8.75 meses en conseguir trabajo; es por esa razón que en los casos de privación injusta de la libertad, además de reconocer el tiempo en que la persona estuvo recluida, se adicionan esos 8.75 meses (Consejo de Estado de Colombia, 2014a).

En dicha providencia, el Consejo de Estado sostiene que para efectuar el reconocimiento del lucro cesante se debe acreditar que la víctima se encontraba en edad productiva al momento de la detención (Consejo de Estado de Colombia, 2014a).

Antes de la sentencia de unificación, dicha posición ya venía gestándose y consolidándose desde la sentencia 24447, proferida el 8 de agosto de 2012, y en la sentencia 22590, del 23 de mayo de 2012 (Consejo de Estado de Colombia, 2014a).

Análisis: ¿acierto o absurdo?

Considero que la intención de la presunción creada es un acierto, pues sin necesidad de estudios o conceptos profesionales, las máximas de la experiencia y la sana crítica permiten inferir que una persona que ha sido privada de la libertad y que encuentra en ello una mancha en sus antecedentes o pasado judicial, al recobrar su libertad no le será fácil ubicarse laboralmente. De acuerdo con ello, estimo que la intención de la alta corporación es plausible, pero cuestionable en la medida en que no expuso los parámetros que tuvo en cuenta para determinar dicha cifra y no otra.

Lo que más me parece cuestionable es que condicione el reconocimiento de dicho criterio de liquidación a la acreditación en el proceso de “edad productiva”, sin que entre a especificar a qué se refiere con dicho concepto y el aspecto temporal que lo compone.

Considero que dicha salvedad es absurda, en la medida en que desconoce no solo los aspectos sociales del país ya mencionados, relacionados con índices de pobreza, desempleo e informalidad, sino las normativas colombianas que, en materia de seguridad social, implican la necesidad de seguir laborando, incluso ostentando la calidad de adulto mayor.

CONCLUSIONES

Las anteriores disertaciones nos permiten concluir: primero, que la Constitución de 1991, tanto en sus artículos 2 y 90, reconoce la responsabilidad que tiene el Estado de resarcir, además de permitir que se conjugue con el Estado social de derecho y de pugnar en favor de los derechos humanos, fundamentales y sociales.

En ese mismo orden, el Consejo de Estado, referenciando y aplicando lo que el legislador primario propuso a través de la Constitución como garantía general de la sociedad, también reconoce la reparación integral como principio que se observa al interior de las sentencias en los casos en los cuales las víctimas han sufrido daño derivado de la acción o inacción de los funcionarios del Estado que han provocado o causado perjuicios. Es por ello que la jurisprudencia de este organismo ha venido reconociendo los perjuicios tanto materiales como inmateriales, atendiendo que los primeros generan lucro cesante y daño emergente, mientras que los segundos causan daños morales, a la vida, fisiológicos y a la vida en relación.

Por esta razón, la regulación del legislador secundario se realiza de forma precisa y concreta, por medio del principio de reparación integral, a manera de criterio orientador del juez, sumado a la proporcionalidad, congruencia para que el fallo sea equitativo, legal y justo.

Las presunciones aplicadas por el Consejo de Estado no pueden desconocer su finalidad, esto es, la garantía de bienes jurídicos particularmente valiosos a la luz de la Constitución política, encaminados a la obtención de la reparación integral y la materialización del derecho de acceso a la administración de justicia, entendido como el derecho a obtener una tutela judicial efectiva.

REFERENCIAS

Asamblea Nacional Constituyente (1991, julio 4) Constitución Política Colombiana, *Gaceta Constitucional*, núm. 114. <https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Constitucion/1687988>

Congreso de la República de Colombia. (1873, mayo 31) Ley 84 de 1873. Código Civil Colombiano. *Diario Oficial*, año IX, núm., 2867, p. 514. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1827111>

Congreso de la República de Colombia. (2011, enero 18). Ley 1437 de 2011. Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, CPACA. *Diario Oficial*, año CXLV, núm., 47956, p. 1. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1680117>

Congreso de la República de Colombia. (1998, julio 8) Ley 446 de 1998. *Diario oficial*, año CXXXIV, núm., 43335, p. 1. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1660326>

Consejo de Estado de Colombia. (1991). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Consejero ponente: Daniel Suarez Hernández. Fecha: veintidós (22) de noviembre de mil novecientos noventa y uno (1991). Radicado: NR: 239538 622-CE-SEC3-EXP1991-N6483 (6483).

Consejo de Estado de Colombia. (2011). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. Fecha: 13 de mayo de 2015. Radicado: 50001 23 31 000 1994 04485 01 (17037).

Consejo de Estado de Colombia. (2011a). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Consejero ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Fecha: 24 de marzo de 2011. Radicado: 66001-23-31-000-1998-00409-01(19067).

Consejo de Estado de Colombia. (2011b). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera,. Consejera ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz. Fecha: 07 de julio de 2011. Radicado: 25000-23-26-000-1996-02730-01 (18194).

Consejo de Estado de Colombia. (2011c). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Consejera ponente: Enrique de Jesús Gil Botero. Fecha: catorce (14) de septiembre de dos mil once (2011). Radicado: 05001-23-31-000-2007-00139-01(38222).

Consejo de Estado de Colombia. (2012). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. Fecha: 12 de febrero de 2014. Radicado: 25000-23-26-000-2001-00852-01(28675).

Consejo de Estado de Colombia. (2012a). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Consejera ponente: Olga Mélida Valle de De La Hoz. Fecha: 05 de julio de 2012. Radicado: 05001-23-31-000-1997-01942-01(23643).

Consejo de Estado de Colombia. (2013). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Sentencia 36460. Fecha: 25 de septiembre de 2013. Radicado: 2015792-05001-23-31-000-2001-00799-01-36460. Consejero ponente: Enrique Gil Botero.

Consejo de Estado de Colombia. (2014). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sala Plena. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Fecha: 28 de agosto de 2014. Radicado número: 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251).

Consejo de Estado de Colombia. (2014a). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Sala Plena. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. Fecha: 28 de agosto de 2014. Radicado: 68001-23-31-000-2002-02548-01(36149).

Consejo de Estado de Colombia. (2015). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Consejera ponente: Stella Conto Díaz Del Castillo. Fecha: 22 de abril de 2015. Radicado: 15001-23-31-000-2000-03838-01(19146).

Consejo de Estado de Colombia. (2015a). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Consejero ponente: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero. Fecha: 29 de abril de 2015. Radicado: 17001 – 23 – 31 -000-1998-00667-01(25574).

Consejo de Estado de Colombia. (2015b). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección A. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. Fecha: 13 de mayo de 2015. Radicado: 50001 23 31 000 1994 04485 01 (17037).

Consejo de Estado de Colombia (2016). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Consejero ponente: Ramiro Pazos Guerrero. Fecha: 10 de marzo de 2016. Expediente: 41315. Radicado: 13001233100019990078901.

Consejo de Estado de Colombia. (2016a). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección C. Consejero ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Fecha: 25 de febrero de 2016. Radicado: 68001-23-31-000-2006-01051-01(39347).

Consejo de Estado de Colombia. (2017). Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, Subsección B. Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth. Fecha: 30 de marzo de 2017. Radicado: 50001-23-31-000-1998-00225-01(29637).

Corte Constitucional de Colombia. (2000). Sentencia C-388. Fecha: 5 de abril de 2000. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

Corte Constitucional de Colombia. (2005). Sentencia C-731 de 2005. Fecha: 12 de julio de 2005. Magistrado ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Corte Constitucional de Colombia. (2005a). Sentencia C-669 de 2005. Fecha: 28 de junio de 2005. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis.

Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE. (2020). Medición de empleo informal y seguridad social. Trimestre móvil diciembre 2019 - febrero 2020. Boletín técnico. Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH).

https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/bol_ech_informalidad_dic19_feb20.pdf

Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE. (2020, abril 13). Principales indicadores del mercado laboral. Julio de 2020. Boletín técnico. Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH). Bogotá 13 de abril de 2020. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech/bol_empleo_jul_20.pdf

Departamento Administrativo Nacional de Estadística - DANE (2020, julio 14). Pobreza multidimensional. Resultados 14 de julio de 2020. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones_vida/pobreza/2019/Presentacion_rueda_de_prensa_ECV_e_IPM_2019.pdf

Gil, E. (2001). *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*. Librería Jurídica Sánchez R.

González, J. (1951). *Manuel práctico de la prueba civil*, Librería Jurídica.

Henoa, J. C. (1998). *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*. Universidad Externado de Colombia.

Ospina Sánchez, J. M. (2015). *Notas sobre la reparación de menores de edad en el régimen de responsabilidad del Estado* [Tesis de doctorado, Universidad de los Andes]. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/18432/u721729.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Parra, J. (1989). Reflexiones sobre las presunciones. *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, (8)8, 1-21. <http://dx.doi.org/10.32853/01232479.v8.n8.1989.288>

Parra, J. (2001). *Tratado de la prueba judicial. Indicios y presunciones*. Librería Ediciones del Profesional.

Pinzón, C. E. (2015). *El derecho de daños en la responsabilidad extracontractual del Estado*. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá DC – Colombia.

Red Interinstitucional. (2020) VI Seminario internacional de derecho procesal retos de la justicia en la era de la cuarta revolución industrial. Red para el Estudio del Proceso y la Justicia, Uniremington. <https://uniremington.edu.co/wp-content/uploads/2020/10/agenda-academica-seminario-internacional-de-derecho.pdf>