Serie de Derecho Administrativo N.º 24

La pérdida de oportunidad y el lucro cesante no consolidado por muerte de menores de edad en el derecho colombiano de la responsabilidad extracontractual del Estado

Carlos Mario de la Espriella Oyola

La pérdida de oportunidad y el lucro cesante no consolidado por muerte de menores de edad en el derecho colombiano de la responsabilidad extracontractual del Estado

Universidad Externado de Colombia

Espriella Oyola, Carlos Mario de la

La pérdida de oportunidad y el lucro cesante no consolidado por muerte de menores de edad en el derecho colombiano de la responsabilidad extracontractual del Estado / Carlos Mario de la Espriella Oyola - Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2016.
169 páginas; 21 cm. (Derecho Administrativo ; 24)

Incluye referencias bibliográficas (páginas 153-169)

ISBN: 9789587725988

1. Responsabilidad del Estado 2. Indemnización judicial 3. Daños y perjuicios 4. Trabajo de menores I. Universidad Externado de Colombia II. Título III. Serie.

344 SCDD 15

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca. EAP.
Diciembre de 2016

ISBN 978-958-772-598-8

© 2016, CARLOS MARIO DE LA ESPRIELLA OYOLA
© 2016, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: diciembre de 2016

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Composición: María Libia Rubiano
Impresión y encuadernación: Digiprint Editores SAS
Tiraje de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad del autor.

AGRADECIMIENTOS

Este texto es el producto de la tesis de Maestría en Derecho con énfasis en Derecho Administrativo que cursé en la Universidad Externado de Colombia. Agradezco a Dios por darme la oportunidad de llegar a este nivel de formación. A mis padres, hermanos, familiares, amigos, estudiantes y demás seres cercanos que con paciencia extrañaron mi presencia en momentos especiales durante el tiempo que me dedique a realizar este trabajo. A la Universidad Externado de Colombia, en cabeza de su Rector Juan Carlos Henao, por abrirme las puertas y darme la oportunidad de hacer realidad el sueño de cursar mi Maestría en una Casa de Estudios tan importante y de reconocida trayectoria nacional e internacional. A mis profesores de pregrado, especialización y maestría, quienes con sus enseñanzas contribuyeron a mi formación académica y profesional.

Por último, y no por ello menos importante, a mi director de tesis de maestría, Juan Carlos Peláez Gutiérrez, quien fue mi asesor metodológico y temático e interlocutor principal; a él mi infinito agradecimiento por su disposición, dedicación, disciplina y rigor científico con los que orientó este trabajo.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN 13

TÍTULO PRIMERO
EL LUCRO CESANTE FUTURO HEREDITARIO A FAVOR DE LOS PADRES POR LA MUERTE DE HIJOS MENORES DE EDAD ES UN DAÑO INDEMNIZABLE 39

CAPÍTULO I
LA INDEMNIZACIÓN DEL LUCRO CESANTE FUTURO HEREDITARIO A FAVOR DE LOS PADRES POR LA MUERTE DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD, COMO REGLA JURISPRUDENCIAL DE LA CORTE IDH 41

I. El surgimiento de la Corte IDH como organismo internacional de administración de justicia 41
II. La indemnización del lucro cesante futuro hereditario a favor de los padres por la muerte de sus hijos menores de edad como regla judicial de la Corte IDH 45
III. La indemnización del lucro cesante futuro hereditario a favor de los padres por la muerte de sus hijos menores de edad como jurisprudencia de la Corte IDH 57

CAPÍTULO II
LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH SOBRE LA PROCEDENCIA DEL LUCRO CESANTE FUTURO HEREDITARIO A FAVOR DE LOS PADRES POR LA MUERTE DE SUS HIJOS MENORES DE EDAD COMO NORMA INTEGRANTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD COLOMBIANO 65

CAPÍTULO III
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN COLOMBIA COMO RECURSO DE ADECUACIÓN DEL DERECHO INTERNO A LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES DE REPARACIÓN EN MATERIA DE LUCRO CESANTE FUTURO HEREDITARIO A FAVOR DE LOS PADRES POR LA MUERTE DE HIJOS MENORES DE EDAD 77

TÍTULO SEGUNDO
EL LUCRO CESANTE FUTURO PROPIO A FAVOR DE LOS PADRES POR LA MUERTE DE HIJOS MENORES DE EDAD ES UN DAÑO INDEMNIZABLE 93

CAPÍTULO I
EL CARÁCTER PERSONAL DEL LUCRO CESANTE FUTURO PROPIO A FAVOR DE LOS PADRES POR LA MUERTE DE HIJOS MENORES DE EDAD 95

I. La actividad laboral del menor distinto del trabajo infantil en el marco de un contrato de trabajo: una situación jurídicamente protegida por el derecho colombiano 96
II. El trabajo independiente de los menores de edad: una situación jurídicamente protegida por las disposiciones del Código Civil colombiano que regulan el peculio profesional o industrial de los púberes 104

CAPÍTULO II
EL CARÁCTER CIERTO DEL LUCRO CESANTE FUTURO PROPIO A FAVOR DE LOS PADRES POR LA MUERTE DE HIJOS MENORES DE EDAD 113

I. La proyección del lucro cesante futuro a partir de situaciones existentes: circunstancia de mayor certeza 114
II. La liquidación del lucro cesante futuro propio a favor de los padres por la muerte de hijos menores de edad: una fórmula posible 118

TÍTULO TERCERO
LA PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD DE LOS PADRES DE RECIBIR AYUDA ECONÓMICA FUTURA POR LA MUERTE DE HIJOS MENORES DE EDAD ES UN DAÑO MATERIAL INDEMNIZABLE 123

CAPÍTULO I
LA PÉRDIDA DE UNA OPORTUNIDAD O ***CHANCE*** COMO DAÑO MATERIAL INDEMNIZABLE 127

CAPÍTULO II
LA CARENCIA FUTURA DE LOS PADRES DE RECIBIR ALIMENTOS O AYUDA ECONÓMICA POR LA MUERTE DE HIJOS MENORES DE EDAD ES UN DAÑO INDEMNIZABLE A TÍTULO DE PÉRDIDA DE UNA OPORTUNIDAD 139

Conclusiones 146

BIBLIOGRAFÍA 153

INTRODUCCIÓN

En el boletín técnico del 16 de abril de 2015, el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE) publicó los resultados de la encuesta nacional de trabajo infantil en Colombia aplicada durante el cuarto trimestre del año 2014. El consolidado muestra que para el total nacional, la tasa de trabajo infantil (TTI) fue el 9,3%; para la población de 5 a 14 años, el 5,4%; para la población de 15 a 17 años, el 22,3%; para la población masculina del 13,6% y para la femenina el 14,2%[1]. En dicho periodo, "[...] las ramas de actividad económica que concentraron el mayor número de NNA trabajadores fueron comercio, hoteles y restaurantes (38,2%) y agricultura, ganadería, caza, silvicultura y pesca (34,0%)"[2]. El resultado de esa encuesta también arrojó que el deber de participar en la actividad económica del hogar[3] se sitúa entre una de las principales causas del trabajo infantil en Colombia, dato revelador de la clara dependencia

1 Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE), *Boletín técnico del 16 de abril de 2015. Trabajo infantil octubre-diciembre de 2014* [en línea]. Bogotá, DANE, 2015, p. 3 [fecha de consulta: 16 de agosto de 2015], disponible en https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/jobinfantil/bol_trab_inf_2014.pdf.

2 *Ibid.*, p. 16.

3 *Ibid.*, p. 13. Al respecto, informa: "En el período de estudio, las principales razones por las que trabajó la población de 5 a 17 años en el total nacional fueron: debe participar en la actividad económica de la familia 38,1% y le gusta trabajar para tener su propio dinero (35,5%)".

económica de los padres respecto a sus hijos menores de edad que desarrollan algún tipo de actividad laboral.

Estos datos estadísticos, diáfanamente nos indican que dada las realidades sociales, económicas y culturales de algunos hogares colombianos, los padres forman a sus hijos con la visión de que estos en la adultez los ayuden económicamente, lo cual podemos nominar como un *contrato familiar tácito* en cuya celebración el padre contrae la obligación de formar a su hijo y este, como contraprestación, la de brindarle ayuda económica futura.

En la actualidad existen padres que dependen económicamente de sus hijos, incluso menores de edad; otros que aún no, por carecer sus descendientes de aptitudes laborales, pero tienen la expectativa razonable y probable que a futuro sí. En estas circunstancias, ante la muerte del hijo, en el primer evento cesan los ingresos económicos de los padres; y en el segundo, se frustra la probabilidad de ayuda económica futura.

En ciertos casos donde la muerte del hijo menor de edad es imputable al Estado, algunos padres han acudido a la jurisdicción contencioso-administrativa colombiana a demandar el resarcimiento de sus perjuicios. Por lo general, en estos casos los padres demandantes han pedido la indemnización del lucro cesante futuro propio, pero no la del lucro cesante futuro hereditario, y pocas veces lo han hecho con respecto a la pérdida de una oportunidad de recibir alimentos o ayuda económica futura.

El objetivo de este trabajo es analizar el tratamiento normativo, jurisprudencial y doctrinal que desde el año 1991 nuestro sistema jurídico le ha dado al tema del lucro cesante futuro propio, lucro cesante futuro hereditario y pérdida de oportunidad o chance de los padres de recibir alimentos o ayuda económica futura por la muerte de hijos menores de edad, imputables al Estado, con el fin de confirmar o descartar la posibilidad de indemnizar estos rubros en el derecho colombiano de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Este trabajo se justifica porque al lograr diferenciar las categorías del lucro cesante futuro propio, lucro cesante futuro hereditario y pérdida de una oportunidad o chance en favor de los padres por la muerte de hijos menores de edad, e identificar las circunstancias fácticas de incompatibilidad y exclusión entre ellas, se generará la suficiente claridad y precisión conceptual sobre el tema, lo cual permitirá que en el ejercicio profesional del derecho, ante la muerte de menores de edad imputables al Estado, los abogados de los padres de estos, entre los tres rubros mencionados, hagan una adecuada escogencia de la pretensión indemnizatoria.

El derecho objetivo consagra al daño[4] como uno de los elementos que configuran la responsabilidad[5]. Según Adriano de Cupis, "*Daño* no significa más que *nocimiento o perjuicio*, es decir, aminoración o alteración de una situación favorable"[6]. Por su parte, de acuerdo con Juan Carlos Henao, "[...] daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima"[7].

Al lado del personal, concreto o determinado, el carácter cierto del daño constituye una exigencia para que sea

---

4 Wilson Ruiz Orejuela, *Responsabilidad del Estado y sus regímenes*, 1.ª ed., Bogotá, Ecoe, 2010, pp. 51-52, señala: "Ahora, el daño como fundamento esencial de responsabilidad civil, en este caso de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, por supuesto debe ser *antijurídico* [...]".

5 Félix A. Trigo Represas y Marcelo J. López Mesa, *Tratado de la responsabilidad civil, el derecho de daños en la actualidad: teoría y práctica*, 1.ª ed., t. I, Buenos Aires, La Ley, 2008, p. 394, sostienen: "En este sentido nuestro Código Civil dispone que el deudor es responsable frente al acreedor de los daños e intereses (arts. 506, 508 y 511), y aún con mayor claridad el artículo 1067 establece que, sin 'daño causado, u otro acto exterior que lo pueda causar no habrá acto ilícito punible'".

6 Adriano de Cupis, *El daño, teoría general de la responsabilidad civil* (Ángel Martínez Sarrión, trad.), Barcelona, Bosch, 1975, p. 81 (título original: *Il danno. Teoria generale de la responsabilità civile*, 2.ª ed., 1970).

7 Juan Carlos Henao, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, 2.ª reimp., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 84.

resarcible[8]. Según esta característica, la reparación solo opera cuando se tenga certeza o al menos un alto grado de probabilidad de la ocurrencia del daño, pues no puede ser hipotético o eventual[9].

Algunos ordenamientos jurídicos como el francés y el italiano[10] diferencian el daño (lesión) del perjuicio (daño consecuencia)[11], donde "el primero designa la lesión sufri-

---

8 Julián Emil Jalil, *Derecho de daños aplicado,* Bogotá, Ibáñez, 2013, p. 56, al respecto afirma: "Sabido es que el daño debe ser *cierto*, pero tal como explica Le Torneau, la noción de perjuicio cierto es relativa, basta que sea muy probable, tal sería evidentemente el caso del daño que ya se ha producido cuando el juez falla. Esa distinción se impone en cuanto al perjuicio futuro".

9 Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 7 de mayo de 1998 (exp. 10397), C. P. Ricardo Hoyos Duque: "Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de cierto, concreto o determinado y personal. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme en demandar la certeza del perjuicio. Tal es el caso de los hermanos Mazeaud y Tunc, quienes sobre el particular afirman: 'Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual. Es preciso que el juez tenga la certeza de que el demandante se habría encontrado en una situación mejor si el demandado no hubiera realizado el acto que se le reprocha'".

10 Édgar Cortés, *Responsabilidad civil y daños a la persona. El daño a la salud en la experiencia italiana, ¿un modelo para América Latina?,* 1.ª reimp., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 51, al respecto sostiene: "La doctrina italiana, consecuente con la noción de daño elaborada, y según la cual el daño en sentido jurídico debe entenderse como las consecuencias perjudiciales que se siguen a la lesión de un bien o de un interés, encontró el camino no solo para superar la limitación que representaban las normas codificadas, y permitir así el resarcimiento del daño a la salud, sino también para dar un nuevo entendimiento al concepto de daño patrimonial: así, se dijo entonces que la patrimonialidad de un daño, o su no patrimonialidad, se debe determinar según que las consecuencias perjudiciales que se derivan de la lesión (*rectius,* daño), sean susceptibles de una valoración económica con parámetros objetivos y uniformes, planteando así la posibilidad de que un daño pueda tener naturaleza patrimonial aun cuando el bien o interés lesionado no la tenga".

11 Milagros Koteich Khatib, *La reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 115, señala: "[...] esta distinción francesa entre el *daño* y el *perjuicio* recuerda la discusión que en su momento se dio en el ambiente italiano alrededor de las categorías (contrapuestas) del daño-evento y el daño-consecuencia. En efecto, puede establecerse un

da, un hecho, a secas; mientras que el segundo constituye la consecuencia de dicha lesión, y por ende, un concepto jurídico"[12]. El derecho administrativo colombiano, siguiendo al régimen jurídico francés, distingue entre daño y perjuicio para subrayar que "[...] se repara o compensa no el daño en sí mismo, sino las consecuencias que de él se desprenden [...]"[13], es decir, el perjuicio o daño consecuencia. Por ejemplo, en los casos de afectación del buen nombre de establecimientos comerciales, el Consejo de Estado ha considerado que la afectación al *good will* es un perjuicio material. Sin embargo, al momento de reconocer y tasar su monto indemnizatorio lo ha hecho respecto a sus consecuencias nocivas, como los gastos en los que tuvo que incurrir la empresa para restablecer su imagen (daño emergente) y las utilidades que dejó de percibir por el deterioro de su prestigio comercial (lucro cesante)[14].

En nuestro régimen de responsabilidad estatal, el daño evento o daño lesión puede generar daños consecuencia o perjuicios inmateriales o no pecuniarios[15], como también

---

parangón entre *el daño* (opuesto al *perjuicio*) del ordenamiento francés y el *daño-evento* (opuesto al *daño consecuencia*) del ordenamiento italiano, porque en ambos lo que se pretende por esa vía es negar (al menos teóricamente) la indemnización de la lesión *inicial* (en nuestro caso, la irrogada a la materia, al cuerpo), para que la valoración tenga cuenta únicamente de sus *consecuencias* en el patrimonio económico y/o moral de la víctima [...]".

12 Philippe le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, París, Dalloz, 2006-2007, p. 38. Cita tomada del texto: Milagros Koteich Khatib, *op. cit.*, p. 112.

13 Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de marzo de 2012 (exp. 05001232500019931854O1; rad. 22.163), C. P. Enrique Gil Botero.

14 Al respecto, véase: Consejo de Estado colombiano, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 16 de agosto de 2012 (exp. 50001-23-31-000-1997-06359-01; rad. 24991), C. P. Mauricio Fajardo Gómez.

15 La jurisprudencia unificada de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado colombiano reconoce tres tipologías de daños inmateriales: 1) el daño moral, 2) el daño a la salud y 3) el daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. Esta sistematización se puede observar en: