

Estudios

Liquidación de perjuicios materiales en el régimen de privación injusta de la libertad

*Liquidation of material damages in the
unjust deprivation of liberty regime*

Juan Paulo Serrano Roa*

Recepción: 23/06/2020 • Aprobación: 22/07/2020 • Publicación: 12/11/2020

Para citar este artículo

Roa Serrano, J. P. (2020). Liquidación de perjuicios materiales en el régimen de privación injusta de la libertad. *Dos mil tres mil*, 22, e247. <https://doi.org/10.35707/dostresmil/22247>



*Ministerio de Justicia y del Derecho, Colombia. ORCID: 0000-0002-5919-9101. Correo electrónico: juanpaulo182@hotmail.com

Resumen. El presente artículo estudia la Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2019, que estableció reglas para el reconocimiento y liquidación de los perjuicios materiales para los casos de privación injusta de la libertad, con base en los conceptos del carácter cierto y personal del daño y de la función reparadora o compensatoria del Estado.

Abstract. This article studies the Unification Sentence of July 18, 2019, which established rules for the recognition and liquidation of material damages in cases of unjust deprivation of liberty; based on the concepts of the existing and personal nature of the damage as well as the reparative or compensatory function of the State.

Palabras claves

Daño, lucro cesante y daño emergente.

Key words

Damage, loss of profit, and consequential damage.

Introducción

Entre los temas que estudia la Sección Tercera del Consejo de Estado en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, está el reconocimiento y liquidación de perjuicios, el cual es transversal a todos los títulos de imputación de daños (falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial), dado que una vez que se acreditan los elementos constitutivos de la responsabilidad, estos son: i) el daño antijurídico; ii) la acción u omisión de la entidad pública demandada, y iii) la relación de causalidad entre estos presupuestos (Sentencia C- 338 del 3 de mayo de 2006), el juez administrativo debe hacer un análisis de los perjuicios solicitados en la demanda para establecer si fueron debidamente acreditados y en caso de ser así, efectuar su liquidación.

Para lo anterior, el juez administrativo se vale de dos elementos: el carácter personal del daño y su carácter cierto, sin la presencia de alguno de estos dos elementos del daño no habrá lugar a su indemnización (Henaó, 2007).

Es importante recordar que la función principal de la responsabilidad, entre otras, es la reparatoria o compensatoria del daño; esto es, la indemnización del perjuicio causado a las víctimas con la actividad (acción u omisión) realizada por la administración, lo cual implica que con la responsabilidad se indemniza el daño y no más que este. Al respecto señala el profesor Oriol Mir Puigpelat:

No hay duda, en primer lugar, de que la función primordial de la institución de la responsabilidad patrimonial de la Administración —como la de la responsabilidad civil, en general— es y debe ser la reparación de daños, de los daños que pueda producir el giro o tráfico administrativo. Así lo entiende, pacíficamente, la doctrina administrativista española, cuando afirma que dicha institución persigue, ante todo, asegurar la integridad patrimonial —la garantía patrimonial— de los particulares. (Mir Puigpelat, 2002, pp. 143-144).

La Sentencia de Unificación del Consejo de Estado del 18 de julio de 2019, que se estudia en este documento, es un importante avance de la jurisprudencia de esta Corporación en el reconocimiento y liquidación de perjuicios materiales para los casos de privación injusta de la libertad, y en general para todos los títulos de imputación como se verá, como quiera que las reglas que establece para el reconocimiento y liquidación del daño emergente derivado del pago de los honorarios al abogado que adelantó la defensa de la persona privada de la libertad y del lucro cesante de la persona víctima de la privación, se ajustan a los elementos del carácter cierto y personal del daño y además, al concepto de la función reparadora o compensatoria de la responsabilidad del Estado.

De acuerdo con lo señalado, en el escrito se analiza la Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2019 desde la perspectiva del carácter personal y cierto del daño y de la función reparadora o compensatoria de la responsabilidad del Estado, y se presentan algunas sugerencias a las reglas fijadas en la Sentencia para que en su aplicación no se desconozcan los derechos al debido

proceso, igualdad, acceso de la administración de justicia o el principio de seguridad jurídica de las partes en el proceso.

1. El carácter cierto y personal del daño

Como se precisó, para que un perjuicio sea indemnizable se debe acreditar que es cierto y personal. Es importante anotar que estos requisitos son comunes para el reconocimiento y liquidación de los perjuicios materiales (lucro cesante y daño emergente) e inmateriales (daño moral, daño a la salud, daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados).

El daño es cierto cuando no existe duda de su existencia o materialización, la cual se puede presentar en el futuro. La certeza del daño está ligada a la prueba que acredite que ocurrió u ocurrirá. Al respecto, el Consejo de Estado indica:

El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto, esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio. [Subraya por fuera del texto]. (Sentencia del 12 de agosto de 2014. Rad. 76001-23-31-000-1999-02003-01. Ex. 30.492).

Por su parte, el daño es personal cuando la persona natural o jurídica que demanda es efectivamente la titular del derecho vulnerado. La persona debe acreditar que hay una relación entre el daño causado y su derecho lesionado. El profesor Juan Carlos Henao (2007) señala que:

Es así como el carácter personal del perjuicio estará presente cuando el demandante relaciona el daño padecido con los derechos que tiene sobre el bien que sufrió menoscabo, debiendo establecer una titularidad jurídica sobre el derecho que tiene respecto del bien menguado. (Henao, 2007, p. 103).

En igual sentido la Sección Tercera del Consejo de Estado refiere:

Que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria. (Sentencia del 25 de abril de 2012, Rad. 05001232500019942279 01. Expediente. 21.861).

Es importante precisar que las víctimas indirectas también deben acreditar el carácter personal del daño a través de la prueba de la relación con la víctima directa, la cual se puede dar por razones afectivas o de dependencia económica (Sentencia del 12 de octubre de 2017. Radicación 25000-23-26-000-2003-00879-01. Expediente. 35.337^a).

En ese orden de ideas, la parte demandante debe acreditar para la indemnización del perjuicio que reclama, además de los elementos estructurantes de la responsabilidad del Estado, que el perjuicio efectivamente se causó o se causará, esto es el carácter cierto del daño, y que es

titular del derecho lesionado o tiene una relación especial o afectiva con la víctima directa del perjuicio que la legitima para ser indemnizada, es decir, el carácter personal del daño.

2. Síntesis del caso

En la Sentencia del 18 de julio de 2019, el Consejo de Estado declaró la responsabilidad extracontractual de la Fiscalía General de la Nación por la privación injusta de la libertad de que fue objeto el señor Orlando Correa Salazar por los delitos de hurto, secuestro, extorsión y porte ilegal de armas.

En el proceso penal, la Fiscalía de conocimiento le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva al ser capturado presuntamente en flagrancia, porque era la persona que conducía el taxi en el cual se movilizaban dos sujetos que estaban cobrando una extorsión producto del hurto de un vehículo. Posteriormente, el juez penal de primera instancia lo absuelve de los delitos investigados dado que no se acreditó su participación en la comisión de estos.

En la acción de reparación directa que se interpuso para reclamar los daños ocasionados a los demandantes por la privación injusta del señor Orlando Correa Salazar, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo concluyó que existía responsabilidad de la Fiscalía General de la Nación porque la medida de aseguramiento de detención preventiva no cumplió con los requisitos exigidos en la Ley 600 de 2000, norma procesal aplicable al caso en concreto, para decretarla. Al respecto la Corporación señaló:

Para la Sala es claro que la actuación de la Fiscalía General de la Nación determinó que la privación de la libertad de la cual fue objeto el señor Orlando Correa Salazar se tornara injusta, pues tenía la obligación de verificar que fueran satisfechos los requisitos formales y sustanciales para privarlo de su libertad, pero no lo hizo; así, omitió soportar, mediante indicios graves de responsabilidad, la medida de aseguramiento de detención preventiva que impuso, con lo cual comprometió, a título de falla del servicio, la responsabilidad del Estado. (Sentencia Unificación del 18 de julio de 2019).

Establecida la responsabilidad del Estado, la Sección Tercera del Consejo de Estado pasó a estudiar los perjuicios reclamados, entre los cuales se solicitaron perjuicios materiales por daño emergente, concretado en el pago de los honorarios al abogado que ejerció la defensa en el proceso penal, y lucro cesante, derivado de los ingresos que dejó de percibir el señor Correa Salazar como taxista por la detención injusta de la que fue objeto y, previamente a su reconocimiento y liquidación, fijó reglas generales para dicho reconocimiento y liquidación de los perjuicios materiales en los casos de privación injusta de la libertad, las cuales se estudiarán a continuación.

3. Pautas que se fijaron en la Sentencia del 18 de julio de 2019 y análisis de ellas

En la Sentencia del 18 de julio de 2019, la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia respecto al reconocimiento y liquidación de perjuicios materiales para los casos de privación injusta de la libertad, concretamente para el daño emergente derivado del pago de los

honorarios al abogado que tramitó el proceso penal y el lucro cesante a favor de la víctima de la detención por los emolumentos dejados de percibir con esta, de la siguiente forma:

3.1. Daño emergente

En cuanto al perjuicio por daño emergente, derivado del pago de los honorarios profesionales al abogado que ejerció la defensa dentro del proceso penal a favor de la persona privada injustamente, se establece que para su reconocimiento se debe acreditar: i) que efectivamente al abogado a quien se le cancelaron los honorarios haya prestado el servicio; ii) prueba del documento emitido por el abogado defensor en el que conste el valor de los honorarios sufragados, y iii) prueba del pago de los honorarios.

Así mismo, se aclara que el perjuicio solo se reconocerá a favor de la persona que en la demanda lo haya solicitado y que efectivamente sea quien realizó el pago. También que el pago de honorarios se debe hacer por el valor registrado en la factura o documento equivalente y en el documento prueba del pago, en caso de no coincidir los valores consignados en estos documentos, se reconocerá el menor de los dos valores.

Igualmente, se precisa que la profesión de abogado es una profesión liberal y por ende quien presta el servicio debe expedir factura o documento equivalente por cada una de las operaciones que realice, de acuerdo con el artículo 615 del Estatuto Tributario.

Por esta razón, se determina que la prueba idónea del pago de los honorarios es la factura o su documento equivalente:

En virtud de lo anterior, debe entenderse que, como el derecho es una profesión liberal, quienes lo ejercen están obligadas a expedir la respectiva factura o su documento equivalente (el cual debe satisfacer los requisitos previstos en el artículo 617 del mismo estatuto); por tanto, si los abogados están obligados a expedir una factura por el valor de sus honorarios profesionales, es dable concluir que esta es la prueba idónea del pago. [Subraya por fuera del texto]. (Consejo de Estado, Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2019, expediente 44.572).

Es decir, que el demandante que pretende el reconocimiento de los honorarios pagados al abogado defensor debe aportar al proceso, además de probar la prestación del servicio, la factura emitida por el abogado o el documento equivalente y la prueba de su pago, así lo indica la Sentencia:

[...] la respectiva factura o documento equivalente expedido por éste, en la cual se registre el valor de los honorarios correspondientes a su gestión y la prueba de su pago, de suerte que, si solo se aporta la factura o solo se allega la prueba del pago de la misma y no ambas cosas, no habrá lugar a reconocer la suma pretendida por concepto de este perjuicio. (Consejo de Estado, Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2019, expediente 44.572).

Para entender el alcance del cambio jurisprudencial, es necesario revisar como la Sección Tercera del Consejo de Estado venía reconociendo el daño emergente derivado del pago de los honorarios al abogado que adelantó la defensa en el proceso penal.

Usualmente el Consejo de Estado tenía por acreditada la erogación con la prueba del contrato de prestación de servicios profesionales o los certificados de pago expedidos por el profesional, obviamente demostrando la prestación del servicio por parte del abogado. Por ejemplo, en la Sentencia del 14 de junio de 2019, expediente 46.727A, se reconocieron los honorarios con la certificación de pago suscrita por el abogado y el contrato de prestación de servicios:

En efecto, con la certificación del pago de los gastos y el contrato de prestación de servicios profesionales, se acreditó que el señor Carlos Alberto Llanos Gamboa pagó (i) por concepto de honorarios al abogado Oscar Javier Téllez Segura \$15 000 000 y, (ii) por gastos de gestión \$5 000 000 para un total de \$20 000 000. (Sentencia del 14 de junio de 2019, expediente 46.727A).

En la Sentencia del 4 de marzo de 2019, expediente 46.174, se reconocieron los honorarios con la certificación de pago emitida por el abogado defensor:

Al respecto, la Sala encuentra que la certificación referida tiene plena credibilidad probatoria, pues además de ser suscrita por el abogado que llevó la defensa en el proceso penal, se encuentra acorde con la actividad por él realizada, pues se observa que desplegó toda una serie de labores a fin de defender a su prohijado. (Sentencia del 4 de marzo de 2019, expediente 46.174).

Así mismo, en otras providencias se ha indicado que para la prueba del pago de honorarios opera el principio de libertad probatoria en ese sentido, en las sentencias del 26 de junio de 2015, expediente 25.664 y del 3 de diciembre de 2018, expediente 44.913, se indicó lo siguiente:

15.1.5. Por excelencia la prueba del pago, de conformidad con el Código Civil es la carta de pago, según el Estatuto del Abogado, Ley 1123 de 2007 y el Código de Comercio es el recibo, documentos que, cumpliendo los requisitos de ley, se encuentran llamados a reflejar con claridad que la obligación fue debidamente satisfecha, sin perjuicio, claro está, de que los interesados puedan acudir a otros medios de prueba, puesto que en el ordenamiento colombiano rige el principio de libertad probatoria y de apreciación de conformidad con las reglas de la sana crítica.

15.1.6. Así las cosas, tratándose del pago de honorarios deben aportarse al expediente todas aquellas pruebas que reflejen la existencia de los mismos y de su erogación, tales como el contrato de prestación de servicios (si lo hubiere), los recibos que evidencien el pago de los mismos y todas aquellas que demuestren la gestión del apoderado en el proceso que se dice actuó, entre otros [Subraya por fuera del texto]. (Sentencias del 26 de junio de 2015, expediente 25.664 y del 3 de diciembre de 2018, expediente 44.913)

Con la sentencia de unificación se determina, prácticamente, que la prueba del pago de los honorarios a través de la factura o documento equivalente legalmente admitido y la prueba de su pago es una prueba *ad substantiam actus*, y por ende excluye otros medios de prueba como

las certificaciones emitidas por el abogado, las declaraciones de terceros (testimonios), incluida la del mismo abogado, entre otros.

En sentencias recientes, que aplican el precedente de unificación que se estudia, se negó el reconocimiento de los honorarios, aun cuando se aportaron las facturas expedidas por los abogados y no existía reparo frente a la prestación del servicio del abogado:

En este orden de idea [SIC], se tiene que la parte demandante aportó al plenario copia de las facturas expedidas por el abogado Adel Navarro Becerra, Soluciones Jurídicas Integrales Ltda. y por Logística Empresarial Segura, en las que aseveraron que fueron contratados por Luz Aída Miranda Álzate para desarrollar la defensa en el proceso penal que se adelantó en su contra, además, cada una plasmó que en desarrollo de la gestión profesional particular percibió por concepto de honorarios la suma de \$5 000 000, \$20 000 000, y \$10 000 000, respectivamente.

Empero, de acuerdo a los lineamientos jurisprudenciales precitados, la sola factura no constituye prueba idónea para acreditar el perjuicio reclamado, pues faltó aportar la constancia del pago mismo. Con todo lo anterior, la suma de dinero reconocida por el a quo por concepto de daño emergente será revocada y en su lugar será negada [Subraya por fuera del texto]. (Sentencia del 29 de julio de 2019. Rad. 05001-23-31-000-2011-00202-01. Ex. 48.604).

Así mismo, en la Sentencia del 25 de julio de 2019, expediente 53.109, se negó el reconocimiento de los honorarios a favor de la parte demandante, aun cuando se aportaron las certificaciones expedidas por los abogados, como quiera que no se cumplieron los criterios señalados en la sentencia de unificación:

La parte actora solicitó el reconocimiento del daño emergente en la suma de \$ 40 000 000 que fue lo que tuvo que cancelar el señor Edward Alexander Lemos Orejuela por los honorarios a los abogados que lo defendieron en el proceso penal.

Para acreditar tal cifra, la parte actora aportó una certificación expedida por el abogado Rafael Antonio Flechas Díaz en la cual consta que recibió la suma de \$10 000 000 por concepto de honorarios en la defensa del proceso penal adelantado en contra del señor Lemos Orejuela y otra certificación expedida por el abogado Freddy Antonio Blanco Cuesta en la que consta que recibió \$30 000 000 por el mismo concepto.

[...] Así, en armonía con las referidas normas tributarias, en los eventos de privación injusta de la libertad cuando el demandante pretende obtener la indemnización del daño emergente derivado del pago de honorarios profesionales cancelados al abogado que asumió la defensa del afectado directo con la medida dentro del proceso penal, aquél debe aportar: i) la prueba de la prestación de los servicios del abogado y ii) la respectiva factura expedida por éste, en la cual se registre el valor de los honorarios correspondientes a su gestión, así como la prueba de su pago, de suerte que si solo se aporta la factura o solo la prueba del pago de los honorarios, no habrá lugar a reconocer la suma pretendida por concepto de este perjuicio, por cuanto no basta con que el abogado emita la factura si no recibe el pago respectivo.

Así las cosas y como quiera que no reposan las pruebas idóneas en el expediente, se deberá negar el reconocimiento de este perjuicio. (Sentencia del 25 de julio de 2019, expediente 53.109, rad. 27001-23-31-000-2011-00299-01).

Es primordial para el juez administrativo como para las partes que existan reglas claras respecto a la forma de acreditar el pago de los honorarios, dado que con ellas se garantiza el derecho a la igualdad y el principio de seguridad jurídica. Así mismo, se aplica con mayor rigurosidad el carácter cierto del daño, puesto que la exigencia de la factura asegura que el pago efectivamente se realizó y fue por la suma señalada.

Igualmente, con la aclaración que se hace en la sentencia acerca de que solamente se reconocerá este perjuicio a la persona que lo haya solicitado en la demanda y que lo sufragó, se aplica adecuadamente el carácter personal del daño, puesto que se obliga al juez a reconocer el perjuicio a la persona que efectivamente sufrió el daño.

Por otra parte, las reglas establecidas promueven el cumplimiento de las normas fiscales y tributarias, porque obligan a los abogados a mantener su contabilidad al día y a cumplir con las normas del Estatuto Tributario en el ejercicio de su actividad.

Sin embargo, es importante exponer las siguientes observaciones respecto a las reglas fijadas en la Sentencia, que deberían ser tenidas en cuenta por los jueces administrativos y las partes para la prueba de los honorarios:

- Puede ocurrir que en el proceso la parte demandante pruebe que el abogado penalista prestó sus servicios en el proceso penal y que realizó una erogación a favor de este; por ejemplo, allega una certificación expedida por el abogado o una certificación bancaria en la que consta la transferencia a la cuenta del abogado, pero no aporta factura. En este caso el demandante acreditó que efectivamente se le causó un daño emergente, pues probó que salió un dinero de su patrimonio como consecuencia del proceso penal, pero en virtud de las reglas de unificación no podría ser beneficiario de la indemnización porque no allegó la factura.

En estos eventos, el juez debería en virtud del principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal y de los derechos de acceso a la administración justicia y debido proceso, decretar pruebas de oficio de conformidad con el artículo 213 de la Ley 1437 de 2011, para obtener las facturas o documentos equivalentes que le permitan cumplir a la parte demandante con las reglas establecidas en la Sentencia de unificación.

- Las reglas fijadas en la Sentencia deberían tener aplicación para los procesos que se hayan iniciado con posterioridad a la fecha de su ejecutoria. Como se explicó, en la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado proferida previamente a la expedición del fallo de unificación, la parte demandante podía acreditar el pago de los honorarios sin el requerimiento de la factura. En ese sentido, los demandantes que presentaron sus deman-

das antes de la Sentencia de unificación confiaron razonadamente y de buena fe en que la prueba para acreditar el pago de honorarios se podía hacer a través de certificaciones, el contrato de prestación de servicios, testimonios, entre otras, y por esta razón no aportaron las requeridas facturas.

En estos casos se recomienda que se habilite a las partes a probar el pago de los honorarios del abogado como lo exigía la jurisprudencia anterior a julio de 2019, o que el juez administrativo utilice su facultad oficiosa para solicitar las facturas.

Estas recomendaciones se hacen con el fin de evitar que se desconozcan los derechos a la igualdad, debido proceso, al acceso a la administración justicia de las partes y el principio de seguridad jurídica de las partes y, consecuentemente, la prosperidad de acciones de tutela contra providencia judicial.

3.2. Lucro cesante

En relación con el lucro cesante para los casos de privación injusta de la libertad, en la Sentencia de unificación se determina lo siguiente: i) se reconocerá siempre que se haya solicitado en la demanda, ii) el lucro cesante comprenderá el valor de los ingresos ciertos que, de no haberse producido la privación de la libertad, hubiera percibido la víctima durante el tiempo que permaneció detenida, y si se solicita y acredita, el periodo que la víctima utilizó para conseguir empleo luego de que fue puesta en libertad; iii) el ingreso base para la liquidación será el que devengaba la víctima al momento de la detención; iv) si se acredita que la persona realizaba una actividad productiva al momento de la detención pero no el ingreso que devengaba, se utilizará el salario mínimo legal vigente como ingreso base de liquidación, y v) cuando se solicite y se pruebe que la víctima previamente a su detención tenía una relación laboral, se deberá incrementar el ingreso base de liquidación con el 25 % por prestaciones sociales (Consejo de Estado, Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2019, expediente 44.572).

A continuación, se estudiará el precedente que venía aplicando la Sección Tercera del Consejo de Estado para el reconocimiento y liquidación del lucro cesante en los casos de privación injusta de la libertad, para evidenciar los cambios que trajo la Sentencia de unificación:

3.2.1 La jurisprudencia señalaba que para determinar el periodo indemnizable para la liquidación del lucro cesante en los casos de privación injusta se debía reconocer, adicionalmente al tiempo que la persona que estuvo detenida, el lapso en que esta duraría en conseguir un nuevo empleo, para ello la Sección Tercera del Consejo de Estado se valía de un estudio del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), que señalaba que este término equivale a 35 semanas, es decir, 8.75 meses.

Al respecto, en la Sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 13.168, se liquidó el lucro cesante en un caso de privación injusta de la libertad, teniendo en cuenta el tiempo en

que estuvo detenida la víctima y el periodo que tendría para conseguir empleo, para determinar este último se usó un estudio elaborado en 2005 por el Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano del SENA:

En cuanto al tiempo que, en promedio, suele tardar una persona en edad económicamente activa en encontrar un nuevo puesto de trabajo en Colombia, la Sala se valdrá de la información ofrecida por el Observatorio Laboral y Ocupacional Colombiano, a cargo del Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), de acuerdo con la cual dicho período equivale a 35 semanas (8.75 meses)¹. [Subraya por fuera del texto]. (Sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 13.168).

Igualmente, en algunas providencias el Consejo de Estado reconoció este periodo adicional de manera oficiosa; es decir, sin que haya sido solicitado formalmente en la demanda².

También se concedía a las personas que eran trabajadores independientes, por ejemplo, en la Sentencia del 13 de febrero 2013, expediente 25.228, se reconoció de oficio el periodo adicional de los 8.75 meses para la búsqueda de empleo a una persona que era comerciante, esto es un trabajador independiente.

Esto significa que la jurisprudencia tenía las siguientes reglas para el reconocimiento del lucro cesante por privación injusta de la libertad: se reconocía el tiempo que la persona permaneció detenida y el que tardaría en conseguir empleo, esto es, 8.75 meses; el periodo para conseguir empleo se daba en muchos casos de manera oficiosa, sin haber sido solicitado en la demanda y en estas mismas condiciones se otorgaba al trabajador independiente.

Lo que hace el Consejo de Estado, de manera oportuna y razonable en la Sentencia de unificación, es establecer que para el reconocimiento del lucro cesante por el periodo que dura la víctima en conseguir empleo, se debe: i) solicitar en la demanda, es decir que elimina la facultad de reconocerlo de oficio, y ii) probar que efectivamente este perjuicio se causó, lo cual evidencia que se acaba con la presunción de los 8.75 meses, por ende la parte demandante tiene que probar que por la detención no pudo obtener un empleo o negocio o ingreso, luego de que quedó en libertad.

Lo controversial de estas reglas y presunciones que se venían utilizando, es que desconocen el carácter cierto del daño y exoneran a la parte demandante sin justificación alguna del deber probar los hechos de la demanda; simplemente, presumen con el estudio del SENA, que la víctima luego de quedar en libertad buscaría un empleo y que duraría un tiempo de 8.75 meses en conseguirlo, circunstancia que fácilmente puede ser acreditada por la parte demandante mediante testimonios o documentos.

Así mismo, el reconocimiento de oficio de este periodo desconoce el principio de jurisdicción rogada que aplica en la jurisdicción contencioso administrativa y además implica una

¹ Criterio aplicado y reiterado en las siguientes providencias, entre otras: Sentencia del 26 de noviembre de 2014, Rad. 88001-23-31-000-2001-00091-01, Ex. 27.037. Sentencia del 15 de octubre de 2015, Rad. 08001-23-31-000-2001-02591-01, Ex. 35.918. Sentencia del 21 de septiembre de 2016, Rad. 25000-23-26-000-2009-00152-01, Ex. 44.562.

² Revisar la Sentencia del 20 octubre de 2014, Rad: 05001-23-31-000-2004-04210-01, Ex: 40.060.

violación al derecho de defensa de la parte demandada, pues esta es sorprendida al momento de la sentencia, en la cual se reconoce este perjuicio: el periodo adicional de consecución de empleo, sin que haya tenido la oportunidad de defenderse en las etapas procesales pertinentes: contestación de la demanda o alegatos.

3.2.2 El lucro cesante se reconocía aun cuando la parte demandante no probara en el proceso que la persona detenida realizaba una actividad económicamente productiva, dado que se presumía que toda persona en edad productiva trabaja.

Por ejemplo, en la Sentencia del 17 de septiembre de 2018, expediente 44.923, se reconoció lucro cesante a favor de una persona que estuvo detenida injustamente, a pesar de que no logró acreditar que al tiempo de su detención realizaba una actividad productiva:

Sin embargo, el actor no aportó elementos de convicción que permitieran inferir su ocupación laboral como administrador de establecimientos de comercio o de la planta de tratamiento de agua referida, circunstancia que impide reconocerle en esta sentencia tales erogaciones en forma distinta a las ya reconocidas por esta Corporación en donde se ha establecido que una persona en edad activa laboral, percibe al menos un salario mínimo legal mensual vigente, que será fijado con base al año 2018 e indemnizado por el periodo que permaneció detenido, esto es 3.5 meses, equivalentes a dos millones setecientos treinta y cuatro mil trescientos cuarenta y siete pesos M/cte. (\$2 734 347) [Subraya por fuera del texto]. (Sentencia del 17 de septiembre de 2018, expediente 44.923).

La misma regla se aplicó en la Sentencia del 7 de julio de 2016, expediente 40.608:

Sobre el particular afirmó que Pino Domínguez se dedicaba a trabajar en las compañías bananeras de la zona y como inspector de policía, pero no allegó prueba de la actividad económica que desempeñaba al momento en que fue privado de su libertad. En el proceso solo se acreditó que renunció al cargo de inspector de policía de Apartadó el 5 de diciembre de 1995, esto es en fecha anterior a su captura (f. 199 c. 2). [...] No obstante, como al momento de la privación de su libertad, el señor Pino Domínguez se encontraba en edad productiva, pues tenía 40 años, según la jurisprudencia se presume que toda persona en edad productiva y laboralmente activo devenga por lo menos un salario mínimo mensual legal vigente. [Subraya por fuera del texto]. (Sentencia del 7 de julio de 2016, expediente 40.608).

Esta regla jurisprudencial desconocía el carácter cierto del daño y por el contrario admitía el reconocimiento de perjuicios eventuales o inciertos, puesto que aun cuando la parte demandante no probara que efectivamente la víctima realizaba alguna actividad económica al momento de su detención, se reconocía el perjuicio. Al respecto, en la Sentencia de unificación se señala:

Pero, entendida así la regla de experiencia, como fundamento de la regla de la jurisprudencia, se puede incurrir —no dudar— en el desatino de indemnizar un perjuicio inexistente, incierto o eventual, lo cual sucede —por ejemplo— si el afectado, pese a encontrarse en una ‘edad productiva’, es improductivo, porque por un acto volitivo decide no trabajar y depender de los ingresos que le

proporcionan otros, evento en el cual no hay un perjuicio material cierto e indemnizable [Subraya por fuera del texto]. (Sentencia del 18 de julio de 2019, expediente 44.572).

En ese orden, fue un acierto el cambio jurisprudencial realizado y establecer que se debe acreditar que la persona realizaba una actividad económicamente productiva para el momento de su detención, pues esta regla jurisprudencial cumple con el carácter cierto del daño y con la función compensatoria o reparadora de la responsabilidad del Estado.

3.2.3 En la sentencia se aclararon puntos relacionados con el ingreso base de liquidación, concretamente con el reconocimiento adicional de las prestaciones sociales y con el monto del ingreso base de liquidación cuando se prueba la actividad económica pero no el ingreso devengado, así: i) para la liquidación del lucro cesante de los trabajadores dependientes se debe incluir las prestaciones sociales, siempre que se solicite en la demanda; ii) si se acredita que la persona realizaba una actividad económica al momento de la detención y no se prueba cuánto devengaba o percibía mensualmente, se debe presumir que la persona devengaba el salario mínimo mensual legal vigente al momento de la sentencia (Sentencia del 18 de julio de 2019, expediente 44.572).

Era importante que el Consejo de Estado estableciera en una sentencia de unificación que el salario base de liquidación se debe incrementar en un 25 % por prestaciones sociales cuando la víctima al momento de la detención tenía una relación laboral, puesto que las prestaciones sociales hacen parte del contrato laboral, son un deber del empleador pagarlas y tienen por objeto asumir los riesgos propios de la actividad laboral. Regla con la cual se excluye la posibilidad del reconocimiento de este incremento para los trabajadores independientes, lo cual es razonable, porque como se enunció, las prestaciones sociales son inherentes a las relaciones de trabajo.

Por otra parte, en la sentencia se indica que este incremento no se puede otorgar de oficio como lo venía haciendo el Consejo de Estado en algunos fallos, sino que se debe solicitar en la demanda:

Se puede reconocer un incremento del 25 % al ingreso base de liquidación, por concepto de prestaciones sociales, siempre que: i) así se pida en la demanda y ii) se pruebe suficientemente que el afectado con la medida trabajaba como empleado al tiempo de la detención, pues las pretensiones sociales son beneficios que operaran con ocasión de una relación laboral subordinada [Subraya por fuera del texto]. (Sentencia del 18 de julio de 2019, expediente 44.572).

Sin embargo, se considera que se debe reconocer las prestaciones sociales aun cuando no hayan sido solicitadas en la demanda, siempre que en ella se pida el lucro cesante por la pérdida de ingresos laborales y se acredite que la víctima tenía una relación laboral al tiempo de la detención, dado que la relación laboral conlleva necesariamente el pago obligatorio de las prestaciones sociales por parte del empleador. Bajo este razonamiento es que la Sección Tercera del Consejo de Estado reconocía de oficio las prestaciones sociales:

La Sala encuentra ajustada a la ley y a la justicia el incremento que en un 25 % hizo el Tribunal sobre el salario a título de prestaciones sociales, así no se hubiera pedido en forma expresa en la demanda, ya que estas son una consecuencia de la Relación laboral subordinada.

En efecto, las prestaciones sociales son beneficios económicos consagrados legalmente a favor del trabajador con el fin de cubrir los riesgos o necesidades de éste originados durante la relación laboral o con motivo de la misma. Se causan adicionalmente al salario y por el simple hecho del servicio [Subraya por fuera del texto]. (Sentencia del 4 de julio de 1997, Expediente 10.098).

Al respecto, el Código Sustantivo del Trabajo en el artículo 340 establece expresamente que las prestaciones sociales son irrenunciables:

Artículo 340. Principio general y excepciones. Las prestaciones sociales establecidas en este código, ya sean eventuales o causadas, son irrenunciables. Se exceptúan de esta regla:

- a). El seguro de vida obligatorio de los trabajadores mayores de cincuenta (50) años de edad, los cuales quedan con la facultad de renunciarlo cuando vayan a ingresar al servicio del {empleador}. Si hubieren cumplido o cumplieren esa edad estando al servicio del establecimiento o {empleador}, no procede esta renuncia,
- b). Las de aquellos riesgos que sean precisamente consecuencia de invalidez o enfermedad existente en el momento en que el trabajador entra al servicio del empleador [Subraya por fuera del texto]. (Código Sustantivo del Trabajo).

En ese mismo sentido, la Corte Constitucional afirma:

[...] Sin embargo, la legislación laboral prevé el derecho del trabajador a recibir ciertas prestaciones sociales, cuya irrenunciabilidad se ha considerado como un mandato constitucional. Dentro de estas prestaciones se suele distinguir entre las que están a cargo del empleador y las restantes. [...] Las prestaciones sociales reconocidas en el Código Sustantivo del Trabajo son, por regla general, 'irrenunciables' (CST art. 340). Aparte de estas hay otras prestaciones consideradas como sociales que en principio están a cargo de entidades del sistema de seguridad social, pero que pueden recaer en ciertas hipótesis sobre el empleador, y respecto de las cuales aplica el principio de irrenunciabilidad que la Carta prevé como garantía del derecho a la seguridad social (CP art. 48). Asimismo hay otras prestaciones derivadas de la relación laboral, cuyo carácter en términos de renunciabilidad debe definirse a la luz de la regla según la cual 'los derechos y prerrogativas' que reconocen las leyes 'son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley (CST art. 14)' [Subraya por fuera del texto]. (Sentencia C-492 del 5 de agosto 2015).

El argumento propuesto no se enfoca en que las prestaciones sociales se reconozcan de oficio, sino en que como son parte del contrato de trabajo deben ser incluidas en el ingreso base de liquidación. No pueden existir las prestaciones sociales sin un contrato laboral y no puede haber un contrato laboral en el cual se haya excluido el pago de las prestaciones sociales.

Por otra parte, en la sentencia se consolida la regla jurisprudencia que venía aplicando la Sección Tercera del Consejo de Estado³, que señala que cuando se acredita que la persona realizaba alguna actividad económicamente productiva al momento de su detención, pero no se prueba cuál era el ingreso percibido, es decir el ingreso base de liquidación, se debe reconocer el salario mínimo legal vigente al momento de la sentencia. Al respecto en la Sentencia de unificación se indica:

Cuando se acredite suficientemente que la persona privada injustamente de la libertad desempeñaba al tiempo de su detención una actividad productiva lícita que le proporcionaba ingresos y que no pudo continuar desempeñando por causa de la detención, pero se carezca de la prueba suficiente del monto del ingreso devengado producto del ejercicio de tal actividad lícita o la privada de la libertad haya sido una ama de casa o la persona encargada del cuidado del hogar, la liquidación del lucro cesante se debe hacer teniendo como ingreso base el valor del salario mínimo legal mensual vigente al momento de la sentencia que ponga fin al proceso de reparación directa. [Subraya por fuera del texto]. (Consejo de Estado, Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2019, expediente 44.572).

Esta regla se aplica, según la Sentencia, atendiendo lo que señala el artículo 53 de la Constitución que ordena tener en cuenta el principio de la “remuneración mínima vital y móvil”, lo preceptuado en el artículo 145 del Código Sustantivo del Trabajo, que establece que “... el salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a las necesidades normales y a las de su familia” y lo dispuesto en los artículos 15 y 204 de la Ley 100 de 1993, que disponen que la base mínima de cotización al sistema general de seguridad social es el salario mínimo.

Es decir, que esta regla se debe aplicar porque existe un mandato constitucional y legal que determina que en Colombia toda persona que labora percibe, como mínimo, un salario mínimo legal vigente, análisis que es totalmente lógico.

Este mismo razonamiento se debería aplicar para el caso de las prestaciones sociales, dado que, como se enunció, es un deber constitucional y legal su reconocimiento cuando haya una relación laboral y además son irrenunciables; no obstante, en la sentencia de unificación se consideró que siempre se deben solicitar expresamente en la demanda para su reconocimiento y liquidación.

3.2.4 Al igual que, como se indicó respecto del daño emergente derivado del pago de los honorarios del abogado, para garantizar el derecho a la igualdad y el acceso a la administración de justicia se considera que las reglas establecidas en la Sentencia de unificación para el reconocimiento y liquidación del lucro cesante en los casos de privación injusta de la libertad, solo se deberían exigir a las demandas que se hayan iniciado luego de la ejecutoria de la Sentencia de unificación, de lo contrario, se vulneraría el principio de confianza legítima y buena fe de los

³ Revisar sentencias del 17 de septiembre de 2018. Rad. 25000-23-26-000-2006-00914-01. Ex. 44.923, y del 7 de julio de 2016. Rad. 05001-23-31-000-2000-01752-01. Ex. 40.608.

accionantes que, por ejemplo, creyendo en la presunción que venía aplicando la Sección Tercera del Consejo de Estado acerca de que toda persona en edad productiva trabaja, no aportaron pruebas de esta. En todo caso el juez podría acudir a su potestad oficiosa y decretar pruebas para verificar si la persona trabajaba o no para el tiempo de su detención, por ejemplo: solicitar a las entidades que hacen parte del sistema de seguridad social certificaciones para averiguar si la persona aparecía inscrita como empleada al momento de la detención.

3.3 De lo expuesto puede surgir el interrogante acerca de si las reglas establecidas en la Sentencia de unificación para el reconocimiento y liquidación del daño emergente y lucro cesante para los casos de privación injusta son aplicables a otros títulos de imputación (actos terroristas, error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, responsabilidad del Estado por el hecho de terceros, daños causados a reclusos o concriptos, entre otros).

Al respecto, se debe considerar que, aunque en la sentencia se resolvió un caso de privación injusta de la libertad, lo cierto es que en ella se fijaron reglas sobre el carácter cierto y personal del daño para los perjuicios de daño emergente y lucro cesante, elementos que son transversales a todos los títulos de imputación. Por ello, se considera que las reglas fijadas en la Sentencia son aplicables a otros títulos de imputación siempre que sean compatibles. Por ejemplo, si en un caso de responsabilidad del Estado por la muerte de una persona en un acto terrorista, no se acredita que la víctima para el momento de la ocurrencia del atentado realizaba alguna actividad productiva, de acuerdo con la Sentencia unificada, se debe denegar el lucro cesante a su favor.

Además, en la parte resolutive de la Sentencia se indica expresamente que los criterios establecidos en ella se aplicarán a los eventos en los cuales corresponda al juez determinar la existencia y monto de perjuicios materiales de la misma clase:

En los términos indicados en la parte motiva de esta providencia, UNIFÍCASE la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, en materia de indemnización del perjuicio material solicitado por quien fue privado injustamente de la libertad y su familia, criterios que serán aplicables también a los eventos en los cuales le corresponda al juzgador determinar la existencia y el monto de perjuicios materiales de la misma clase [...] [Subraya por fuera del texto]. (Consejo de Estado, Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2019, expediente 44.572).

No aplicar los criterios fijados en la Sentencia a los demás títulos de imputación daría lugar al desconocimiento del derecho a la igualdad y el debido proceso de las partes, pues existirían reglas diversas para el reconocimiento y liquidación de perjuicios materiales de acuerdo con el régimen de imputación que se aplique para estudiar la responsabilidad de la administración, sin que exista una razón para que se presente este trato diverso.

Sería vulneratorio del derecho a la igualdad que en los casos de privación injusta de la libertad se niegue el lucro cesante por falta de prueba de la actividad productiva, pero en los demás títulos de imputación se siga aplicando la presunción según la cual toda persona en edad productiva labora, y se conceda el perjuicio.

Conclusiones

La Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2019 valida y fortalece los conceptos del carácter cierto y personal del daño y además reafirma la función compensatoria o reparatoria de la responsabilidad del Estado en los casos de privación injusta de la libertad, al fijar reglas claras y objetivas para el reconocimiento y liquidación del daño emergente derivado del pago de honorarios y del lucro cesante por la pérdida de ingresos causados con la detención.

Sin embargo, es importante que el juzgador al momento de aplicar estas reglas tenga en cuenta los derechos a la igualdad, debido proceso y acceso a la administración de justicia y el principio de seguridad jurídica, para no vulnerar los derechos fundamentales de las partes y evitar tutelas contra providencia judicial.

Referencias

- Colombia. Corte Constitucional (3 de mayo de 2006). Sentencia C- 338 de 2006. M.P. Dra. Clara Inés Vargas Hernández.
- Colombia. Corte Constitucional (5 de agosto 2015). Sentencia C-492 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (4 de julio de 1997). Expediente 10.098. M.P. Ricardo Hoyos Duque.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (4 de diciembre de 2006). Expediente 13.168. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (25 de abril de 2012). Expediente 21.861. M.P. Enrique Gil Botero.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (13 de febrero 2013) Expediente 25.228. M.P. Hernán Andrade Rincón.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (12 de agosto de 2014). Expediente 30.492. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (20 de octubre de 2014). Expediente 40.060. M.P. Enrique Gil Botero.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (26 de noviembre de 2014). Expediente 27.037. M.P. Hernán Andrade Rincón.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (15 de octubre de 2015). Expediente 35.918. M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (26 de junio de 2015). Expediente 25.664. M.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (7 de julio de 2016) Expediente 40.608. M.P. Guillermo Sánchez Luque.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (21 de septiembre de 2016). Expediente 44.562. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.

- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (16 de febrero de 2017). Expediente 34.928. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (17 de agosto de 2017). Expediente 44.018. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (12 de octubre de 2017). Expediente 35.337A. M.P. Marta Nubia Velásquez Rico.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (17 de septiembre de 2018). Expediente 44.923. M.P. Stella Conto Díaz Del Castillo.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (3 de diciembre de 2018). Expediente 44.913. M.P. Ramiro Pazos Guerrero.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (4 de marzo de 2019). Expediente 46.174. M.P. Ramiro Pazos Guerrero.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (14 de junio de 2019). Expediente 46.727A. M.P. María Adriana Marín.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (18 de julio de 2019). Expediente 44.572. M.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (25 de julio de 2019). Expediente 53.109. M.P. María Adriana Marín.
- Colombia. Consejo de Estado, Sección Tercera (29 de julio de 2019). Expediente 48.604. M.P. Jaime Enrique Rodríguez Navas.
- Colombia. Ley 1437 de 2011 (18 de enero de 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Congreso de la República. Diario Oficial 47.956 del 18 de enero de 2011.
- Colombia. Ley 100 de 1993 (23 de diciembre de 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Congreso de la República. Diario Oficial 41.148, del 23 de diciembre de 1993.
- Código Sustantivo del Trabajo (7 de junio de 1951). Diario Oficial 27.622 del 7 de junio de 1951. El artículo 46 del Decreto Ley 3743 de 1950 ordenó al Ministerio del Trabajo hacer una edición oficial del Código Sustantivo del Trabajo con las modificaciones que establece el Decreto.
- Constitución Política de Colombia (13 de junio de 1991). Asamblea Constituyente. Gaceta Constitucional número 114 del 4 de julio de 1991.
- Henaó, J. C. (2007). *El Daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del estado en derecho colombiano y francés*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Mir Puigpelat, O. (2002). *La responsabilidad patrimonial de la administración, hacia un nuevo sistema*. Madrid, España: Editorial Civitas.