

Sección Jurisprudencial

MARIA CRISTINA ISAZA POSSE*

CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA

Bogotá D.C., veintidós (22) de abril (04) de dos mil quince (2015).
Radicación: 15-001-23-31-000-2000-03838-01 (19.146)
Sentencia de Unificación CE-SUJ-3-001 de 2015
Proceso: reparación directa (acumulados)
Consejera Ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

Fecha de recepción: noviembre 15 de 2015
Fecha de aceptación: noviembre 30 de 2015

Tomando en consideración que la sentencia proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado el 22 de abril de 2015 es una sentencia de Unificación en la que se acumularon varios procesos de reparación directa, en esta oportunidad modificaremos la metodología utilizada para la sección jurisprudencial de la Revista. No se elaborará una reseña completa de cada uno de los procesos en la forma tradicional, sino abordaremos el tema del acrecimiento de manera separada en cuanto se refiere a la postura general de unificación adoptada por la alta Corporación, para luego hacer algunas observaciones acerca del método de cálculo de la indemnización planteado.

Resulta importante el pronunciamiento del Consejo de Estado, en cuanto incorpora el concepto del acrecimiento en la liquidación del lucro cesante en los casos de fallecimiento de la víctima cuando existen varios reclamantes que integran el núcleo familiar. Para efectos de una mejor ilustración del lector, nos permitimos transcribir los apartes correspondientes de la sentencia.

Como lo afirma el Consejo de Estado en la sentencia de unificación, “... *deviene razonable y ajustado a la eficacia de la protección constitucional del núcleo familiar, a las exigencias de justicia, equidad y reparación integral, de que tratan las*

* Abogada Universidad Javeriana. Especialista y Magistra en Derecho de Seguros, Universidad Javeriana. Asesora y Consultora. Profesora Universitaria.
Contacto: mcisaza@isazaposse.com

disposiciones de los artículos 2º, 42, 90 y 230 constitucionales, 16 de la Ley 446 de 1998 y al deber ser exigible conforme con el modelo abstracto de buen padre que se predica de cada uno de los progenitores, el sólido y reiterado planteamiento de los accionantes en el sentido de que la porción que deja de percibir un hijo, al cumplir la edad de ordinaria independencia económica, debe acrecer la de sus hermanos y madre y así sucesivamente.”

Señala cómo “desde épocas remotas, la satisfacción de las necesidades más elementales para la sobrevivencia del individuo ha dependido de la unidad y solidez del grupo familiar. Tan es así, que sobre esos fines de sobrevivencia se forjó la organización, caracterización y protección de la familia en la antigua civilización romana¹, heredada, posteriormente, por la tradición latina a los ordenamientos jurídicos de occidente, incluido el vernáculo.”

La familia consistía en aquel entonces, en un grupo conformado en torno a la autoridad del *paterfamilias* sobre el que recaían los deberes de preservación de la unidad, fortaleza y continuidad de la estirpe. “El acrecimiento es una institución general que también tuvo importante desarrollo en la organización familiar, gracias al diligente cumplimiento de los deberes del *paterfamilias*, en especial el de mantener indiviso el patrimonio que sirve a los fines de satisfacción de las necesidades del grupo.”

En efecto, desde sus orígenes, en el Derecho romano, el *ius adcrendi*, esto es el incremento o extensión que experimenta el titular del poder o derecho íntegro que se tiene sobre una cosa que corresponde a varias personas, por el hecho de no materializarse la limitación proveniente del concurso de las demás, lejos de estar reservado a una materia en particular, es una institución generalizada que se corresponde con la naturaleza de las cosas. De ahí que su aplicación se aprecie en distintos ámbitos, públicos y privados, entre ellos los relativos a las magistraturas colegiadas, el condominio, la herencia, testada e intestada y los legados² resultante del concurso de las demás. El acrecimiento no es una figura particular, sino una institución general, apreciable en la

- 1 Cfr., IHERING, Rudolph Von, “La obligación recíproca de los parientes de protegerse mutuamente es uno de los corolarios más naturales y propios del principio de familia. Diversas son las formas y medidas que corresponden a dicha (sic) obligación según los diversos pueblos, ora lleguen hasta la horrible venganza, ora, como entre los germanos por ejemplo, se manifiesten en la obligación de suministrar su tributo de sangre del *Whergeld*...// Todo lo que se relaciona con el individuo interesa a la gens, y asimismo, todo lo que concierne a ésta debe ser apoyado directamente por el individuo. Las dos fases de esta relación eran consecuencias de la misma idea fundamental, y la una era condición de la otra.”, *El Espíritu del Derecho Romano en las diversas fases de su desarrollo*; Ed. Comares, Granada, 1998, Tomo I, págs. 144 a 147.
- 2 Así, conforme con el Derecho romano –se destaca–, “[s]e dice que hay acrecimiento cuando, correspondiendo a varias personas una misma cosa, el derecho íntegro de cada uno sufre la limitación regulada incipientemente por la *lex aquilia de damnum injuria datum* y luego extenderla a un amplio universo de conductas dañinas, en cuanto culposas, esto es contrarias a la diligencia del *paterfamilias*.

herencia –testamentaria e intestada-, en el legado, en el condominio y en la colegialidad magistral de los tiempos de la República”;

Así, en la época de la República romana en la que la magistratura era colegiada, correspondía a cada uno de los magistrados, por derecho propio, ejercer el poder en ausencia de su colega, bajo el entendimiento de que en esas circunstancias no se requería una autorización distinta del poder ya conferido por el pueblo. Asimismo, es propio del condominio que ante la imposibilidad de adquirir o el abandono de la cuota por parte de uno de los condóminos, esta acrece a los demás.

Empero, fue en la organización y protección de la unidad familiar donde alcanzó su mayor desarrollo la institución del acrecimiento. En efecto, la necesidad de evitar la disolución de la antigua familia agnaticia (gens) —de naturaleza política, fundada en vínculos civiles y religiosos-, de la que dependía la sobrevivencia del grupo y la continuidad de la domus -conjunto de bienes y obligaciones de la gens-, el culto y la estirpe, se solventó con el reemplazo del paterfamilias muerto, acto al que se lo denominó sucesio.

...

Así, i) si el testador dispuso solamente de una parte de la herencia, el heredero pro parte adquiere el todo, bajo el entendido de que, como nadie puede morir parcialmente testado e intestado, el llamado se hizo por la universalidad y ii) si el testador llamó a todos los que instituyó como herederos al todo –se destaca-, “a cada uno corresponde un derecho íntegro, y ocurrirá que, no concurriendo algunos de ellos –por premortencia, renuncia o incapacidad- a la adquisición, el poder de los concurrentes se expande automáticamente al solidum... Todos los llamados se consideran cual si fueran una sola persona, y el llamamiento mira virtualmente al todo; la división sólo tiene lugar por el hecho de cada uno es llamado al mismo todo. De no adquirir uno de los llamados deriva el que los demás, legitimados por el llamamiento al mismo objeto, reciban algo más de lo que hubieran conseguido en el caso de concurrir todos a la adquisición.”³

...

Finalmente, el acrecimiento llegó a la Codificación justiniana como institución general, cuyo fundamento cierto no es otro que el “llamamiento solidario”, fundado en la unidad del todo.

...

La dogmática decantada por los juristas romanos, al amparo de las fuentes materiales relativas a la organización y protección de la unidad familiar romana y las formales desarrolladas por obra pretoriana y la legislación imperial, inspiró las principales codificaciones

3 IGLESIAS, Juan; Derecho Romano-Historia e Instituciones, Ariel Derecho, Barcelona, 1993, pag. 536.

del siglo XIX, entre ellas el Código Civil colombiano, cuyas reglas acogen el acrecimiento como derecho y principio general, pues nada distinto se concluye del hecho de estar dispuesta su aplicación como un derecho rector de distintas instituciones, v. gr., la fiducia -art. 809-; el usufructo, el uso, la habitación y las pensiones periódicas -arts. 839 y 1213-; la herencia -arts. 1206 a 1214 y 1249-; las donaciones entre vivos -art. 1473-; la sociedad conyugal -arts. 1783, 1828, 1841 y la renta vitalicia -art. 2888-. Amén de estar prohibido el acrecimiento exclusivamente i) en la transmisión de los derechos sucesorios -arts. 1014, 1213- y ii) cuando así lo haya dispuesto el testador -art. 1214-.

Y merece especial referencia la acogida del acrecimiento en materia pensional, en la que extinguido el derecho de uno de los comuneros, los demás ven acrecida su participación.

...

Asimismo, destaca la Sala que, en el ámbito del Derecho internacional de los derechos humanos, desde tiempo atrás, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, fundada en el principio de reparación integral, aplica el acrecimiento en lo relativo a la indemnización de los perjuicios ocasionados por la violación de esos derechos.

Así lo ha reiterado la Corte Interamericana⁴ -se destaca-: ...

En cuanto a la distribución de las indemnizaciones entre los familiares de las víctimas fallecidas, por concepto del daño material e inmaterial correspondiente a éstas, la Corte, de acuerdo a los criterios utilizados en diversos casos determina que se hará de la siguiente manera:

- a) el cincuenta por ciento (50%) de la indemnización se repartirá por partes iguales entre los hijos e hijas de las víctimas;
- b) el cincuenta por ciento (50%) de la indemnización deberá ser entregado a quien fuera cónyuge, o compañera o compañero permanente de la víctima, al momento de la muerte de ésta;
- c) en el caso de que la víctima no tuviere hijos o hijas, ni cónyuge o compañera o compañero permanente, el cincuenta por ciento (50%) de la indemnización se entregará a sus padres y se dividirá entre ellos en partes iguales. Si uno de ellos hubiere muerto, la parte que le corresponde acrecerá a la del otro. El restante cincuenta por ciento (50%) se repartirá en partes iguales entre los hermanos de la víctima; y

4 Corte Interamericana de Derechos Humanos; Caso del Caracazo vs. Venezuela, sentencia del 29 de agosto de 2002, párr. 91; Caso Montero Aranguren y otros (Retén de Catia) vs. Venezuela, sentencia de 5 de julio de 2006, Serie C No. 150, párr. 122; Caso Goiburú y otros vs. Paraguay, sentencia del 22 de septiembre de 2006, supra nota 11, párr. 148 y Caso del Penal Miguel Castro Castro Vs. Perú, sentencia de 25 de septiembre de 2006, supra nota 8, párr. 421.

- d) en el evento que no existieren familiares en alguna o algunas de las categorías definidas en los literales anteriores, lo que le hubiere correspondido a los familiares ubicados en esa o esas categorías, acrecerá proporcionalmente a la parte que les corresponda a las restantes (...).

Establecido que el modelo abstracto del buen padre de familia constituye un deber ser general, conforme con el cual cada uno de los progenitores se debe objetivamente a la protección de la unidad familiar, en cuanto indispensable para procurar la satisfacción de las necesidades básicas de sus miembros y que el derecho y principio general del acrecimiento sirve a esos fines y deber ser, corresponde a la Sala analizar la procedencia y fundamentos de su aplicación a la indemnización del lucro cesante por la pérdida de la ayuda económica, sufrida a consecuencia de la muerte accidental o violenta de la persona que tenía a su cargo la protección de la unidad familiar.

...

Ahora, a juicio de la Sala, la autonomía que se reconoce al fundamento constitucional y axiológico de la responsabilidad patrimonial del Estado no se traduce en la sustracción absoluta de las demás ramas del derecho, en cuanto sirven a la eficacia material de los principios y garantías constitucionales. Y no puede serlo en ese sentido, por la potísima razón de que si la fuente de la responsabilidad se encuentra en el régimen constitucional y este permea o “constitucionaliza” las demás ramas del derecho, lo procedente tiene que ver con la adecuación y eficacia en la disciplina de la responsabilidad patrimonial de los principios e instituciones del ordenamiento, en tanto sistema regido por los principios de unidad y coherencia que emanan de la supremacía y carácter vinculante de las normas constitucionales, que sirven a la reparación justa, equitativa e integral.

Así, en lo que toca con el reconocimiento del lucro cesante, esta Sección, 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.

Todo ello, con el propósito de una tasación objetiva, justa de la indemnización del lucro cesante y sin que por esa razón se pretenda trasladar a la responsabilidad patrimonial del Estado cada uno de los regímenes de los que se han tomado esos elementos y, menos aún, poner las indemnizaciones en el campo de las ciencias exactas, esto es en ámbitos ajenos a los criterios cualitativos de la justicia y la equidad.

Empero, esa construcción jurisprudencial, si bien atiende a la indemnización del lucro cesante con criterios de justicia, i) deja de lado el principio general del acrecimiento, cuya aplicación demandan las disposiciones del artículo 230 constitucional; ii) reconoce el perjuicio individual sí, empero, sin consideración a la unidad y los vínculos de solidaridad familiar de los que depende la satisfacción de las necesidades, afectados por el hecho dañino que ocasiona la pérdida de los ingresos; iii) supone, sin fundamento como lo pone de presente la doctrina²¹, que el derecho íntegro, de naturaleza económica que les asiste a cada uno de los miembros de la familia de recibir la ayuda dejada de percibir por otro de ellos, como la otorgaría el buen padre de familia, se extingue con la muerte al igual que la personalidad, esto es que, aunque el hecho dañino sea imputable al Estado, la pérdida del derecho íntegro a la ayuda económica que otorgaría el buen padre de familia la debe soportar la víctima y v), en general, no consulta las nuevas exigencias constitucionales en materia de protección de la unidad familiar, de las que no puede apartarse el arbitrio juris.

En ese orden, considera la Sala en esta oportunidad que existen importantes razones que ameritan la indemnización del lucro cesante con acrecimiento, en cuanto i) la aplicación de ese principio general no afecta la autonomía del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado; por el contrario, se aviene con las exigencias relativas a la protección constitucional de la unidad y los vínculos de solidaridad familiar, afectados con el hecho dañino imputable a la entidad pública y con los principios de justicia, equidad y reparación integral, de que tratan las disposiciones de los artículos 2°, 42, 90, 230 constitucionales y 16 de la Ley 446 de 1998 y ii) el perjuicio a ser indemnizado comprende la afectación del derecho al incremento que se habría generado desde la víctima con condición de buen padre de familia hacia cada uno de los miembros del grupo. Esto si se considera que la ocurrencia del daño no tendría que afectar la unidad patrimonial y el deber ser de su permanencia, al margen de su movilidad.

i) En efecto, el acrecimiento es un principio general de derecho y no una institución exclusiva o excluyente de las ramas del derecho privado y la seguridad social. Su aplicación opera automáticamente, en los casos en que se extingue la limitación del derecho íntegro que le corresponde a una persona, experimentada por la concurrencia de otros.

La circunstancia de que ese principio rijan distintas instituciones del derecho civil y de la seguridad social, no limita su generalidad en la aplicación en otros campos, como el de responsabilidad patrimonial del Estado.

Asimismo, en cuanto de lo que se trata es de aplicar el principio general y no de introducir a la responsabilidad patrimonial del Estado las reglas del derecho privado y de la seguridad que rigen en materia de fiducia, usufructo, uso, habitación, herencia, donaciones entre vivos, sociedad conyugal, renta vitalicia y pensiones, entre otras instituciones, no se afecta la autonomía de los fundamentos jurídico y axiológico de esa disciplina.

ii) Conforme con el bloque constitucional que protege la unidad familiar, existe el derecho fundamental en cabeza de cada uno de los miembros del grupo a que se mantenga y proteja la unidad, la armonía y los vínculos de solidaridad familiar, de los que depende la satisfacción de las necesidades y el correlativo deber en cabeza de los padres de materializar ese derecho, al punto que sobre ellos recae una cláusula general de responsabilidad por el cuidado, protección, crianza y demás necesidades del núcleo familiar; todo ello exigible de la misma forma como lo haría un buen padre de familia.

Efectivamente, el grupo familiar continúa siendo fundamentalmente el "...medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros" y a ello se le agrega el deber particular de dar a los niños "...la protección y asistencia para asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad", tal como se reconoce en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, de 1989.

...

En ese orden, en aplicación de los principios de justicia, equidad y reparación integral se debe tasar la indemnización de los afectados, considerados individualmente, empero, en el ámbito del derecho fundamental que les asiste a mantener los vínculos de solidaridad familiar, incluida la unidad del patrimonio, afectada por la muerte del miembro que brindaba el apoyo económico, necesario para la satisfacción de las necesidades del núcleo.

Sin que a estos efectos se requiera de autorización especial para que el juez adopte las medidas que sean necesarias de cara a la reparación integral del daño ocasionado a los miembros del núcleo familiar, como el que tiene que ver con la afectación del derecho de acrecimiento que debía operar de no haber sobrevenido la muerte del progenitor, si se considera que el derecho fundamental a mantener la unidad familiar y el correlativo deber exigible conforme con el criterio del buen padre de familia –se destaca- "...es el corolario de la eficacia de la disposición que define la familia como el núcleo fundamental de la sociedad, en la medida en que constituye el dispositivo normativo que permite realizar la pretensión constitucional de protección a la familia (como núcleo fundamental de la sociedad), al autorizar la intervención de los jueces y en especial del juez constitucional, en situaciones concretas que tengan el poder de afectar la unidad y/o la armonía familiar".

De lo anterior se impone que el mantenimiento de la unidad en la satisfacción de las necesidades del núcleo familiar, resquebrajada por la muerte accidental o violenta del miembro al que le era exigible el apoyo económico del grupo en la misma forma como lo haría el buen padre de familia, debe acompasarse con medidas de justicia, equidad y reparación integral orientadas a la satisfacción de las necesidades de cada uno de los miembros, individualmente considerados, empero, atendiendo a la unidad

familiar, que deben ser asumidas por la entidad responsable de la afectación de ese derecho fundamental.

En esas circunstancias, si la limitación en el apoyo económico que experimentarían cada uno de los miembros de la familia, resulta de la división propiciada por la concurrencia de los demás a los recursos destinados a las necesidades del núcleo, en razón de la unidad y de la cláusula general de responsabilidad familiar, el deber ser exigible a la luz del criterio objetivo del buen padre de familia y la equidad llevan a la inexorable conclusión en el sentido de que, extinguido el derecho de uno a concurrir en la repartición de la ayuda económica del núcleo familiar, a los demás miembros les asiste el derecho propio a que se los apoye en la satisfacción de sus necesidades sin sujeción a esa limitación.

Tan es así, que basta observar que la situación del apoyo económico al hijo único cambiaría cuando, manteniéndose constante el patrimonio destinado a la satisfacción de las necesidades del núcleo familiar –como se supone en la metodología acogida por la jurisprudencia de la Corporación–, ingresa un nuevo miembro. En esas condiciones, ¿por qué habría de desconocerse que, desaparecida la concurrencia del miembro de la familia que ocasionaba la disminución, la ayuda económica a los demás mejora una vez ocurrida la pérdida del derecho de aquél, como lo exige el deber ser del buen padre de familia?

Esto es así, porque lo que ordinariamente ocurre es que con el transcurso del tiempo se incrementan las necesidades de los miembros del núcleo familiar y el apoyo que deja de brindarse a uno de sus integrantes redundará en beneficio de los restantes.

Efectivamente, el deber ser atendible conforme con el modelo abstracto del buen padre de familia, sobre el que se forja la protección de la unidad y los vínculos de solidaridad entre los miembros del núcleo básico de la sociedad, indica que lo que normalmente ocurrirá es que el transcurso del tiempo incremente en lugar de debilitar los lazos familiares, de donde los mayores requerimientos serían suplidos con las sumas destinadas a apoyar a los hijos mayores, una vez alcanzado por estos el límite previsto. Y es que con el correr de los años también se incrementan las exigencias, los costos en la educación y dotación para un adecuado desempeño personal y se menguan inexorablemente las capacidades naturales del cónyuge o compañero supérstite, razón de más que justifica el derecho de que la ayuda dejada de percibir por miembros del grupo acrezca las que corresponden a los demás hijos y al consorte. Y, finalmente, por qué no, que este último acceda a la tranquilidad de contar con la suma que habría compartido con su compañero (a), si su muerte temprana no hubiere ocurrido.

De donde no queda la menor duda en cuanto a que el derecho de percibir el incremento en la ayuda económica, que le asiste a cada uno de los miembros de la familia por el hecho de extinguirse la limitación originada en la concurrencia de otro integrante del grupo, constituye un interés jurídicamente protegido, al amparo del derecho fundamental a mantener la unidad y los vínculos de solidaridad familiar; mismo que se afecta por la pérdida accidental o violenta del padre o madre, pues, además de

que por ese hecho se debilita la estructura familiar estable, la pérdida del derecho de acrecimiento afecta económicamente la realización del proyecto de vida y, en general, la satisfacción de las necesidades del núcleo que propician a sus miembros el goce del ambiente apropiado para el ejercicio de sus derechos, los cuidados y atenciones que su desarrollo integral exige.

En esas circunstancias, resulta claro que siendo el hecho dañino del derecho de acrecimiento imputable a la entidad estatal, la víctima no tiene por qué soportar la afectación o pérdida de ese interés jurídicamente protegido.

Sin que de cara a la indemnización integral de ese perjuicio resulte válido oponer los límites vigentes en la jurisprudencia de la Corporación, derivados de los supuestos acogidos para el reconocimiento del lucro cesante, esto es los relativos a la liquidación individual sin consideración a la concurrencia originada en la unidad del núcleo familiar y al pago anticipado del daño futuro cierto, si se considera que esas reglas pretorianas deben acompasarse con la protección integral del derecho fundamental a mantener la unidad familiar, incluido el patrimonio requerido para la satisfacción de las necesidades del grupo familiar y los principios de justicia, equidad y de reparación integral con sujeción a los que debe tasarse la indemnización de los perjuicios ocasionados por la afectación de ese derecho, como lo exigen las disposiciones de los artículos 2º, 90, 230 constitucionales y 16 de la Ley 446 de 1998.

En efecto, a esos fines sirve la equidad, en cuanto medida justa del derecho. Sin equidad el derecho es injusto. Y en ese mismo principio se inspira el pensamiento colectivo sobre la rectitud en los asuntos relativos a la protección de la familia, si se considera que la Constitución de 1991 caracterizó las relaciones familiares sobre la base de la unidad y la armonía, manifestaciones de la equidad, así como a falta de esta se visibiliza la desunión y la desarmonía.

Como se ha señalado, en la protección de esas manifestaciones de equidad se sustenta el derecho íntegro que les asiste a los hijos y al cónyuge de percibir la ayuda económica a la que sirve la unidad del patrimonio familiar, sin que el mismo se les disminuya o pueda invocarse un derecho a decrecer cuando desaparecen las limitaciones originadas en la concurrencia de los demás miembros.

Ahora, al margen de las teorizaciones sobre la justicia perfecta que abundan en la doctrina, importa destacar que la justicia humana encarna ante todo la reivindicación de derechos, a la par con la evolución progresiva. De donde no queda sin concluir que, en cuanto, lo recto, lo justo, tiene que ver con que se indemnice la pérdida del derecho íntegro a la ayuda económica del grupo familiar que le asiste a cada uno de los hijos y al consorte, cuando quiera que resulta afectado por la muerte del progenitor sobre el que recaía la eficacia material de ese derecho y de quien no puede menos que predicarse el deber ser inspirado en el modelo abstracto del buen padre de familia.

En ese mismo orden, la aplicación de la equidad, como criterio de comparación de la solución menos injusta –teoría del análisis comparativo de la justicia–, permite concluir

que quien no recibe el acrecimiento, sufre una situación de injusticia, comoquiera que debe tratarse de la distribución equitativa del patrimonio familiar destinado a la satisfacción del núcleo familiar en su universalidad. De donde resulta que, aun haciendo caso omiso de la existencia del derecho íntegro a la ayuda fundada en los vínculos de unidad y solidaridad del grupo, la solución menos injusta, a la luz de la equidad y que propende de una mejor forma por la reparación integral, se acompasa con la aplicación del acrecimiento en la indemnización del lucro cesante.

Siendo así, la Sala no encuentra razón para negarle a los demandantes su derecho al acrecimiento del lucro cesante, cuando en la línea temporal para unos se vaya extinguiendo el derecho a la porción, pues, de no haber ocurrido la muerte de los padres y cónyuges de los actores, lo que habría ocurrido al tenor del derecho fundamental a mantener la unidad, los vínculos de solidaridad familiar y del deber ser al que se debe el buen padre de familia, es que, cuando, por el transcurso del tiempo, en la economía de las familias estables se liberan obligaciones frente a uno de sus integrantes, ello permite el incremento normal que demanda la atención de los restantes, cuyas necesidades, para entonces, son más exigentes en términos de costos.

En suma, el tridente de los principios de justicia, equidad y reparación integral resulta de la mayor importancia, en cuanto fundamentan jurídica y axiológicamente el lucro cesante con acrecimiento, toda vez que se trata de la indemnización que realiza el deber ser que habrá de acompañar la distribución del patrimonio del buen padre de familia.

Así, a los integrantes del grupo familiar que dejaron de percibir la ayuda económica del fallecido se les liquidará el lucro cesante con el acrecimiento al que tienen derecho, por el hecho de extinguirse la concurrencia de cada uno de los demás miembros que limitaba la participación en los recursos destinados a la satisfacción de las necesidades del núcleo familiar.

A esos efectos se fijan las cuotas de participación de forma que, alcanzada la edad en que de ordinario se logra la independencia económica de los hijos no discapacitados o agotado el tiempo de la expectativa de vida, la participación dejada de percibir por cada uno se reparte entre los restantes a los que, conforme con las reglas de la liquidación, aún les asiste el derecho a la porción y así sucesivamente. Se debe tener en cuenta, además, que a partir de la fecha en que todos los hijos alcanzan la autonomía económica, el trabajador habría aumentado las reservas para sus propias necesidades. Y, en esas circunstancias, la distribución será del 50% de los ingresos totales para cada consorte, cónyuge o compañero(a), siendo este porcentaje la proporción que se reconocerá al cónyuge supérstite, a partir de entonces.

Hechas las anteriores consideraciones, pasa el Consejo de Estado a precisar el procedimiento que debe seguirse para la determinación de la indemnización, así:

Aplicando los criterios de liquidación del lucro cesante señalados en la jurisprudencia vigente, se procede con el acrecimiento, como sigue:

1) Se establece la renta mensual del fallecido, destinada a la ayuda económica del grupo familiar, a partir de los ingresos mensuales devengados por aquel al momento del deceso. Los salarios no integrales se incrementan en un 25%, por concepto de prestaciones sociales. Del ingreso mensual obtenido se deduce el 25% correspondiente a los gastos personales del trabajador. El valor así calculado se actualiza con el Índice de Precios al Consumidor. El resultado final es la renta actualizada (Ra).

2) Se determina el tiempo máximo durante el cual se habría prolongado la ayuda económica al grupo familiar (Tmax). Al efecto se toma el menor valor, en meses, resultante de comparar el periodo correspondiente al miembro del grupo familiar que hubiere recibido la ayuda durante más largo tiempo, teniendo en cuenta la edad de 25 años, en la que se presume la independencia económica de los hijos no discapacitados y la expectativa de vida en los demás casos, con el periodo correspondiente a la expectativa de vida del fallecido. Asimismo, se halla el tiempo consolidado o transcurrido desde la ocurrencia de los hechos hasta la fecha la sentencia (Tcons), y el tiempo futuro (Tfut), que corresponde al periodo que falta para completar el tiempo máximo de la ayuda económica, esto es, $(Tfut) = (Tmax) - (Tcons)$.

3) Con la renta actualizada (Ra) se calcula la renta destinada a la ayuda económica para el grupo familiar, dejada de percibir por el fallecido, durante el tiempo consolidado (Rc) y el tiempo futuro (Rf), aplicando las fórmulas acogidas por la jurisprudencia vigente.

Así, la renta destinada a la ayuda económica para el grupo familiar, dejada de percibir por el fallecido, durante el tiempo consolidado (Rc), se calcula aplicando la siguiente ecuación:

$$Rc = Ra \times \frac{(1+i)^n}{i}$$

Donde: i = al interés mensual legal (0,004867) y n = (Tcons).

Y la renta destinada a la ayuda económica para el grupo familiar, dejada de percibir por el fallecido durante el tiempo futuro (Rf), se calcula aplicando la siguiente ecuación:

$$Rf = Ra \times \frac{((1+i)^n - 1)}{i(1+i)^n}$$

Donde: i = al interés mensual legal (0,004867) y n = (Tfut).

4) Luego, se distribuye entre los actores beneficiarios la renta dejada de percibir por el fallecido durante el tiempo consolidado (Rc) y el tiempo futuro (Rf), teniendo en cuenta i) el periodo durante el que cada uno de ellos la habría percibido; ii) que de existir cónyuge o compañero(a) supérstite e hijos, se asigna el 50% del lucro cesante para el primero, la otra mitad a los hijos por partes iguales y, siendo único beneficiario, al cónyuge o compañero(a) supérstite se le asigna el 50% de la renta dejada de percibir

por el trabajador y iii) que la porción dejada de percibir por uno de los beneficiarios acrecerá, por partes iguales, las de los demás.

Al efecto, se halla el valor de la renta a distribuir (Vd) como lucro cesante entre los beneficiarios, en cada uno de los periodos en los que debe hacerse el acrecimiento, dividiendo el valor de la renta dejada de percibir -(Rc) o (Rf)- por el tiempo consolidado o futuro -(Tcons) o (Tfut)-, según corresponda y multiplicando el resultado por el número de meses del periodo en el que se va a distribuir (Pd). En los cálculos se utilizarán cifras con dos decimales, salvo en el caso del interés legal señalado.

Así, por ejemplo, siendo beneficiarios de la ayuda económica el cónyuge supérstite o compañero(a) permanente y tres hijos menores de 25 años, i) se hace una primera asignación de la renta entre los cuatro beneficiarios, distribuyendo el valor correspondiente al número de meses que le faltan al primer hijo para cumplir los 25 años edad (Pd1), en las proporciones señaladas; ii) en el segundo periodo (Pd2) se distribuye el valor de la renta correspondiente a los meses que le faltan al segundo hijo para alcanzar la independencia económica, asignando al cónyuge o compañero(a) permanente supérstite el 50% del valor a distribuir más la tercera parte de la porción que le habría correspondido al primer hijo que cumplió los 25 años edad, y a cada uno de los dos hijos restantes, la tercera parte del valor a distribuir más la tercera parte de la porción del acrecimiento; iii) en el tercer periodo (Pd3) se distribuye el valor de la renta correspondiente a los meses que le faltan al tercer hijo para alcanzar la edad de 25 años, asignando al cónyuge o compañero(a) permanente supérstite el 50% del valor a distribuir más la mitad de la porción que le habría correspondido al segundo hijo que cumplió la edad de autonomía económica, y al hijo restante, la otra mitad del valor a distribuir más la mitad de la porción del acrecimiento y iv) en el cuarto periodo (Pd4) se asigna al cónyuge o compañero(a) permanente supérstite el 50% de la renta pendiente por distribuir, comoquiera que la otra mitad corresponde al incremento en las reservas para las necesidades del trabajador.

Esta metodología, sin duda, responde a la distribución justa y equitativa del patrimonio familiar exigible conforme con el criterio del buen padre de familia y, por tanto, permite reducir la distancia entre la realidad, el deber ser, la decisión judicial y se acompasa plenamente con i) la protección de la unidad y armonía familiar, en las que constitucionalmente se funda la satisfacción de las necesidades básicas del núcleo familiar; ii) la prerrogativa que les asiste a cada uno de los miembros del grupo familiar a mejorar su participación en la ayuda económica a que tienen derecho, por la sola circunstancia de haber desaparecido las limitaciones derivadas de la concurrencia de los miembros a los que se les extinguió ese derecho, como lo exige el principio general de acrecimiento y iii) los principios de justicia, equidad y reparación integral, de que tratan las disposiciones de los artículos 2º, 90 y 230 constitucionales y 16 de la Ley 446 de 1998.

En suma, en los procesos de reparación directa, cuando quiera que esté acreditada la afectación de la unidad en la que se funda la satisfacción de las necesidades básicas del núcleo familiar, al cónyuge o compañero(a) supérstite y a los hijos menores o dis-

capacitados que conforman el grupo del fallecido se les reconocerá el lucro cesante teniendo en cuenta la unidad familiar afectada. A estos efectos se aplicará el acrecimiento, de conformidad con los criterios y la metodología expuestos para la liquidación del lucro cesante.

Con el marco de referencia señalado para el acrecimiento, se procederá a la liquidación del lucro cesante en el caso concreto.

OBSERVACIONES

Antes de proceder a formular los comentarios sobre la sentencia, consideramos importante poner de presente nuestro beneplácito con la aplicación del acrecimiento para el cálculo de la indemnización del lucro cesante. El acrecimiento restablece el equilibrio económico de la indemnización para los hijos reclamantes que tienen periodos de dependencia económica más largos que los de sus hermanos. Así mismo, se beneficia al cónyuge o compañero(a) permanente que recibiría su indemnización correspondiente al periodo en el que se han agotado los periodos indemnizables de los hijos, calculada sobre el cincuenta por ciento (50%) de los ingresos totales del fallecido, de acuerdo con el planteamiento general del procedimiento consignado en la sentencia.

Sin embargo, el procedimiento señalado por el Consejo de Estado merece los siguientes reparos:

1. Fórmula para establecer el valor de la indemnización por lucro cesante consolidado:

La fórmula para establecer el lucro cesante pasado consignada en el planteamiento general de la metodología en la sentencia, es la siguiente:

$$Rc = \frac{Ra \times (1+i)^n}{i}$$

La fórmula utilizada por la jurisprudencia del Consejo de Estado para la determinación de este concepto es la siguiente:

$$Rc = Ra \times \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

Al respecto es importante señalar que el error se encuentra en el planteamiento general del procedimiento para establecer el valor de la indemnización por lucro cesante consolidado, pero en la parte resolutive de las sentencias de los procesos acumulados se utiliza la fórmula correcta para calcular el valor de las indemnizaciones, esto es, la segunda.

2. Cálculo de la renta destinada al apoyo económico del grupo familiar se establece de manera general y luego se distribuye entre los reclamantes en proporción a sus periodos indemnizables:

Al actualizar el ingreso y calcular el valor de la renta total a distribuir toma como periodo indemnizable el más largo, y una vez determinada esa renta total, la distribuye entre los reclamantes asignando a cada uno la porción que correspondería al número de meses del periodo indemnizable de cada reclamante.

Dice la sentencia:

“2) Se determina el tiempo máximo durante el cual se habría prolongado la ayuda económica al grupo familiar (T_{max}). Al efecto se toma el menor valor, en meses, resultante de comparar el periodo correspondiente al miembro del grupo familiar que hubiere recibido la ayuda durante más largo tiempo, teniendo en cuenta la edad de 25 años, en la que se presume la independencia económica de los hijos no discapacitados y la expectativa de vida en los demás casos, con el periodo correspondiente a la expectativa de vida del fallecido. Asimismo, se halla el tiempo consolidado o transcurrido desde la ocurrencia de los hechos hasta la fecha la sentencia (T_{cons}), y el tiempo futuro (T_{fut}), que corresponde al periodo que falta para completar el tiempo máximo de la ayuda económica, esto es, (T_{fut}) = (T_{max})-(T_{cons}).

3) Con la renta actualizada (R_a) se calcula la renta destinada a la ayuda económica para el grupo familiar, dejada de percibir por el fallecido, durante el tiempo consolidado (R_c) y el tiempo futuro (R_f), aplicando las fórmulas acogidas por la jurisprudencia vigente.

...

4) Luego, se distribuye entre los actores beneficiarios la renta dejada de percibir por el fallecido durante el tiempo consolidado (R_c) y el tiempo futuro (R_f), teniendo en cuenta i) el periodo durante el que cada uno de ellos la habría percibido; ...” (subraya fuera de texto)

Como puede observarse el cálculo se hace tomando los ingresos y estableciendo el valor de la renta total destinada a la ayuda del grupo familiar durante el periodo indemnizable más largo. No se establecen de manera separada las indemnizaciones que corresponden a cada reclamante de acuerdo con el periodo indemnizable de cada uno.

Lo anterior tiene como efecto una alteración en el valor de las indemnizaciones que corresponden a los reclamantes con periodos indemnizables más cortos que el tomado para hacer el cálculo. La fórmula utilizada para el cálculo del lucro cesante pasado añade el interés para el periodo transcurrido desde el accidente hasta el momento de la liquidación, y la fórmula utilizada para calcular el lucro cesante futuro

resta el interés para el periodo comprendido entre el momento de la liquidación hasta finalizar el periodo indemnizable.

En consecuencia:

Tratándose del lucro cesante pasado, se estará repartiendo una suma total calculada reconociendo los intereses durante un periodo que puede ser superior al que correspondería a cada reclamante si el cálculo se hiciese de manera separada. Lo que llevaría al pago de un mayor valor de la indemnización correspondiente a los reclamantes con periodos indemnizables más cortos que el empleado para hacer el cálculo de la renta total.

Tratándose del lucro cesante futuro, se produce el efecto contrario. Como los periodos indemnizables de cada reclamante son diferentes (más cortos) del más largo empleado para el cálculo de la renta total a distribuir y la fórmula que calcula el lucro cesante futuro resta el interés, al final los reclamantes con periodos indemnizables más cortos recibirían una indemnización menor que la que hubieren recibido si el cálculo se hace de manera separada para cada reclamante con el periodo indemnizable que le corresponde a cada uno, y menos aún que si el cálculo se hace con el método anterior sin acrecimiento.

3. La indemnización correspondiente al cónyuge una vez agotados los periodos indemnizables de los hijos:

Dice textualmente la sentencia:

“A esos efectos se fijan las cuotas de participación de forma que, alcanzada la edad en que de ordinario se logra la independencia económica de los hijos no discapacitados o agotado el tiempo de la expectativa de vida, la participación dejada de percibir por cada uno se reparte entre los restantes a los que, conforme con las reglas de la liquidación, aún les asiste el derecho a la porción y así sucesivamente. Se debe tener en cuenta, además, que a partir de la fecha en que todos los hijos alcanzan la autonomía económica, el trabajador habría aumentado las reservas para sus propias necesidades. Y, en esas circunstancias, la distribución será del 50% de los ingresos totales para cada consorte, cónyuge o compañero(a), siendo este porcentaje la proporción que se reconocerá al cónyuge supérstite, a partir de entonces.”

“Así, por ejemplo, siendo beneficiarios de la ayuda económica el cónyuge supérstite o compañero(a) permanente y tres hijos menores de 25 años, i) se hace una primera asignación de la renta entre los cuatro beneficiarios, distribuyendo el valor correspondiente al número de meses que le faltan al primer hijo para cumplir los 25 años edad (Pd1), en las proporciones señaladas; ii) en el segundo periodo (Pd2) se distribuye el valor de la renta correspondiente a los meses que le faltan al segundo hijo para alcanzar la independencia económica, asignando al cónyuge o compañero(a) permanente supérstite el 50% del valor a distribuir más la tercera

parte de la porción que le habría correspondido al primer hijo que cumplió los 25 años edad, y a cada uno de los dos hijos restantes, la tercera parte del valor a distribuir más la tercera parte de la porción del acrecimiento; iii) en el tercer periodo (Pd3) se distribuye el valor de la renta correspondiente a los meses que le faltan al tercer hijo para alcanzar la edad de 25 años, asignando al cónyuge o compañero(a) permanente superviviente el 50% del valor a distribuir más la mitad de la porción que le habría correspondido al segundo hijo que cumplió la edad de autonomía económica, y al hijo restante, la otra mitad del valor a distribuir más la mitad de la porción del acrecimiento y iv) en el cuarto periodo (Pd4) se asigna al cónyuge o compañero(a) permanente superviviente el 50% de la renta pendiente por distribuir, comoquiera que la otra mitad corresponde al incremento en las reservas para las necesidades del trabajador." (subraya fuera de texto)

Establece que en el periodo final se asigna al cónyuge o compañero(a) permanente superviviente el 50% de la renta pendiente por distribuir. Como ya había restado el 25% al ingreso por concepto de gastos personales del fallecido al calcular el valor total de la renta a distribuir, al asignar el 50% de la renta pendiente de distribuir, está asignando al cónyuge el 37,5% del ingreso para el cálculo de la indemnización en ese periodo. Lo anterior deja el cónyuge o compañero(a) permanente superviviente en la misma condición en que se encontraría si la indemnización se hubiese calculado aplicando la metodología anterior a la sentencia.

En estos casos, de acuerdo con el criterio adoptado en la sentencia, el cálculo de la indemnización para el cónyuge o compañero(a) permanente debe hacerse tomando el 50% de los ingresos totales del fallecido para el periodo en el cual se han agotado los periodos indemnizables de los hijos y hasta la finalización del periodo indemnizable del cónyuge o compañero(a).