

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA - Competencia / PRINCIPIO DE LA NO REFORMATIO IN PEJUS - Apelante único

Se tiene como cuestión previa que al asunto en cuestión no le es aplicable la reforma introducida por la Ley 446 de 1998, en relación con la procedencia del grado jurisdiccional de Consulta, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 163 de dicha ley, el recurso debe tramitarse de conformidad con las normas vigentes cuando el mismo se interpuso. No obstante lo anterior, al amparo de la norma entonces vigente se advierte que aun cuando en el presente caso la sentencia condenatoria no fue apelada por la parte demandada, en todo caso no hay lugar a surtir el grado jurisdiccional de consulta. En efecto, mediante sentencia del 3 de diciembre de 1998 se condenó a la demandada a pagar, a favor del demandante, por concepto de perjuicios morales, el valor equivalente a 400 gramos oro que para la fecha de la sentencia correspondían a la suma de \$5'799.272; dado que según lo disponía el Decreto 597 de 1988, en esa época debían tramitarse ante los Tribunales Administrativos, en primera instancia, los procesos de reparación directa cuya cuantía fuera igual o superior a \$18'825.000.00, es claro que la sentencia del a quo no es consultable, aun cuando hubiese tenido vocación de doble instancia. Así las cosas, la Sala tiene competencia para revisar el fallo del Tribunal a quo únicamente en relación con los aspectos que fueron objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, quien además, como apelante única, se encuentra amparada por el principio de la no reformatio in pejus. Nota de Relatoría: Ver Sentencia del 22 de abril de 2004, expediente 14.077; Auto del 18 de noviembre de 1994. Expediente 10.221.

PERJUICIO MORAL - Monto / PERJUICIO MORAL - Lesiones. Monto

Como ha sido reiterado por la jurisprudencia de esta Sala, por regla general hay lugar al reconocimiento de la cuantía indicada como máxima para aquellos casos en los cuales es la muerte el hecho que da lugar al daño moral, no así cuando se trata de lesiones personales, toda vez que, en principio, la incidencia en el ámbito subjetivo del afectado difiere considerablemente entre uno y otro evento. De hecho, la Sala encuentra reparos a la tasación que de dicho perjuicio hizo el a quo, toda vez que las particularidades que el caso concreto presenta, en el cual si bien es cierto, las reglas de la experiencia permiten al juez presumir que el señor MEJIA PALACIO resultó moralmente afectado por el incidente que le produjo las lesiones físicas sufridas, en todo caso la intensidad de las mismas no daban lugar a tasar su indemnización en la cantidad de 400 gramos de oro, pues dicha cifra resulta objetivamente alta, comparada con los 1000 gramos de oro que se reconocen por caso de muerte. Sin embargo por virtud de la aplicación del principio de la no reformatio in pejus, que en este caso ampara a la parte actora, no hay lugar a reducir dicha tasación. No obstante lo anterior, comoquiera que la condena fue impuesta en gramos de oro, mientras que, de acuerdo con lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, se ha sugerido la imposición de las condenas por dicho concepto en salarios mínimos legales mensuales, se modificará en este aspecto la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, se reconocerá como indemnización por el daño moral sufrido, el valor equivalente a la cantidad de CUARENTA (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

PRUEBA TESTIMONIAL - Características

De conformidad con la regulación contenida en el capítulo IV del Título XIII del C. de P. C., la característica esencial de la prueba testimonial es el hecho de que las

respectivas declaraciones provengan de terceros, en el sentido ya explicado. Nota de Relatoría: Ver sentencia del 4 de septiembre de 2008. Expediente No. 16515

INCAPACIDAD LABORAL PARCIAL - Lucro cesante. Liquidación / LESION - Incapacidad laboral parcial. Lucro cesante / LUCRO CESANTE - Incapacidad laboral parcial. Liquidación / PRINCIPIO DE REPARACION INTEGRAL - Base de liquidación. Lucro cesante / BASE DE LIQUIDACION - Principio de reparación integral / LUCRO CESANTE - Liquidación

Comoquiera que se encuentra probado que como resultado de la lesión padecida con ocasión de los hechos de que da cuenta el presente proceso, el señor MEJIA PALACIO vio mermada su capacidad laboral en un veinte por ciento (20%), sí hay lugar a reconocer a la víctima la indemnización por el detrimento patrimonial derivado de la incapacidad laboral parcial permanente que le fuera dictaminada. Por manera que la indemnización que le corresponde percibir a la víctima será calculada desde la fecha en que se materializó el perjuicio material en la modalidad de lucro cesante como consecuencia de la reducción de la capacidad laboral del demandante y hasta el término de su vida probable. En este orden de ideas, para efectos de la liquidación se tomará el salario mínimo legal mensual vigente para el día 3 de enero de 1993, fecha en la cual la víctima llegaría a la mayoría de edad, actualizado a la fecha de la presente providencia con base en los Índices de Precios al Consumidor certificados por el DANE. Surge a primera vista que el salario actualizado es inferior al salario mínimo legal mensual vigente a la fecha (\$496.900), por ende, la Sala, en aplicación de los principios de reparación integral y equidad contenidos en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, tomará este último como base para la liquidación. Sobre la anterior suma se adicionará el 25% equivalente al valor de las prestaciones sociales, para un total de \$621.125.00 y de este resultado tomará, finalmente, el 20% del monto señalado que corresponde al porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del demandante, es decir, \$124.225.00. Nota de Relatoría: Ver sentencia del 19 de agosto de 2004, Expediente No. 15791, Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra

INDEMNIZACION FUTURA - Lucro cesante. Menor de edad / LUCRO CESANTE - Indemnización futura. Menor de edad / MENOR DE EDAD - Indemnización futura. Lucro cesante

Comprende el interregno transcurrido entre el día siguiente a la fecha de la presente providencia y la fecha calculada como esperanza de vida del demandante. Para la fecha de ocurrencia de los hechos el demandante tenía 16 años, 3 meses, 16 días, por consiguiente, una probabilidad de vida de 59.78 años, equivalentes a 717.36 meses. Para el cálculo de la indemnización se descontará el número de meses que fueron liquidados por el período debido o consolidado - 194.12 meses-, para liquidar un número de meses igual a 523.24.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de marzo de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 19001-23-31-000-1993-06004-01(16783)

Actor: GERSAIN MEJIA PALACIO Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA-APELACION SENTENCIA

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca el 3 de diciembre de 1998, mediante la cual se dispuso lo siguiente:

“1º) Declárase a LA NACION- Ministerio de Defensa - Policía Nacional administrativamente responsable de las lesiones sufridas por el señor GERSAIN MEJÍA PALACIO en los hechos ocurridos el día 18 de abril de 1.991, en la población de Puerto Tejada - Cauca.

2º) En consecuencia CONDENASE a la Nación- Ministerio de Defensa - Policía Nacional a pagar a los demandantes a título de indemnización de Perjuicios Morales los siguientes valores:

a) A GERSAIN MEJIA PALACIO el equivalente en pesos colombianos a CUATROCIENTOS (400) gramos de oro fino, por concepto de perjuicios morales.

b) Niéganse las demás pretensiones.

3º) Las condenas impuestas deberán pagarse en los términos de los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo. Para este fin envíense copias íntegras de la providencia (...).

5º) Niéganse las demás pretensiones de las demandas.

6º) Consúltese si no fuere apelada.”

1.- ANTECEDENTES:

1.1.- La demanda.

El 16 de abril de 1993, los señores GERSAIN MEJIA PALACIO, NELLY MEJIA, CARY ANTONIO, MARTHA LUCIA, EDUARD, ELIANA, VIVIAN, RODDIN, MARIBEL y GILBERTO ORTIZ MEJIA, FERNANDO y URIEL MEJIA obrando en

nombre propio presentaron, mediante apoderado judicial y ante el Tribunal Administrativo del Cauca, demanda de reparación directa contra la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional con el fin de que se le declarara responsable por los perjuicios sufridos con ocasión de las lesiones padecidas por GERSAIN MEJIA PALACIO *“en hechos ocurridos el 18 de febrero de 1991 en el municipio de Puerto Tejada (Cauca), protagonizado por miembros de la POLICIA NACIONAL, quienes usaron en forma imprudente y criminal, sus armas de dotación oficial, al presentarse alteración del orden público, hiriendo gravemente a varios ciudadanos, entre los que contó el joven GERSAIN MEJIA PALACIO, quien quedó con una merma laboral permanente de 60%”*, en consecuencia, solicitaron las siguientes condenas (fls. 2 y 3, c. 3):

“Condenase a la NACION (MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL), a pagar a GERSAIN MEJIA PALACIO, NELLY MEJIA, a sus hijos CARY ANTONIO, MARTHA LUCIA, EDUARD, ELIANA, VIVIAN, RODDIN, y MARIBEL ORTIZ MEJIA; y a los ausentes, por quienes se ejerce AGENCIA OFICIOSA¹ GILBERTO ORTIZ MEJIA, FERNANDO y URIEL MEJIA... conforme a la siguiente liquidación o la que se demostrase en el proceso, así:

- a. TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000.00) por concepto de lucro cesante, que se le liquidarán directamente a favor del propio ofendido e incapacitado, joven GERSAIN MEJIA PALACIO, correspondientes a las sumas que el lesionado ... ha dejado y dejará de producir en razón de la grave merma laboral que le aqueja y por todo el resto posible de vida que le queda, en la actividad económica a que se dedica (diversas actividades laborales y comerciales), habida cuenta de su edad al momento del suceso (16 años), y a la Esperanza de Vida calculada conforme a las Tablas de Mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria.*
- b. Daños y perjuicios patrimoniales directos o daño emergente, por concepto de gastos médicos, quirúrgicos, hospitalarios, por drogas y, en fin, todos los gastos que se sobrevinieron y sobrevendrán en el futuro para lograr la recuperación de la salud del joven GERSAIN MEJIA PALACIO, que se estima en la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS (\$30.000.000.00).*
- c. El equivalente en moneda nacional de 1.000 gramos de oro fino para cada uno de los demandantes por concepto de perjuicios morales o ‘pretium doloris’, consistentes en el profundo trauma psíquico que produce el hecho de saberse víctima de un acto arbitrario... y con él se ha causado grave perjuicio a la salud de un ser querido, como lo es un hijo de crianza, un hermano de crianza y un hermano carnal.*

¹ Por auto del 14 de enero de 1994 el Tribunal Administrativo del Cauca aceptó el desistimiento de la agencia oficiosa solicitada a favor de los señores GILBERTO ORTIZ, FERNANDO MEJIA y URIEL MEJIA. (fl.s 60, 61, c.3)

- d. *Todas las condenas serán actualizadas conforme a la evolución del índice de precios al consumidor.*
- e. *Intereses aumentados con la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor.”*

El 29 de abril de 1993, el Tribunal Administrativo del Cauca admitió la demanda, decisión notificada en debida forma (fls. 36 a 42, c.3).

El fundamento de la referida demanda se encuentra en los siguientes hechos (fls. 5, cuadernos 1 y 5):

“El joven GERSAIN MEJIA PALACIO, al quedar huérfano fue acogido en el hogar de GILBERTO ORTIZ y NELLY MEJIA, parientes cercanos suyos, en donde le suministraron todas las atenciones y cuidados que otorga una madre una madre y un padre y en donde igualmente recibió la compañía de los hijos de dicha pareja, como la de unos verdaderos hermanos, compartiendo entre todos ellos el afecto y cariño que solo se recibe en una familia, conviviendo casi siempre bajo el mismo techo en casa situada en el área urbana de Puerto Tejada.

El joven GERSAIN MEJIA PALACIO, se dedicaba al momento de sufrir la lesión a diversas actividades económicas, tales como los negocios con diferentes mercancías, actividades laborales diversas, etc., en las cuales ganaba para los primeros meses de 1.991, la suma de \$100.000.00 mensuales.

El día 18 de abril de 1991 en la población de Puerto Tejada (Cauca), se produjo un movimiento popular de protesta contra las autoridades centrales en razón de la carencia de los servicios públicos para el poblado, lo que motivó el desplazamiento de diversos contingentes de la POLICIA NACIONAL, enviados desde la ciudad de Popayán, Cali y Santander de Quilichao, los cuales entraron a reforzar las unidades ya adscritas a la población. Estos miembros de la POLICIA NACIONAL aproximadamente a las 3:30 PM de dicha fecha, y al parecer cumpliendo consignas ya trazadas, comenzaron a disparar sus armas de dotación oficial, por los diversos barrios de la ciudad, ocasionándole la muerte a dos ciudadanos y heridas de consideración a cerca de 15 personas más.

Hacia las 4:00 PM, el joven GERSAIN MEJIA PALACIO, se encontraba cuidando un taller de cerrajería en frente de su casa, cuando repentinamente, escuchó disparos, y se dirigió a la esquina de la calle, para observar qué ocurría, notando que efectivos de la POLICIA NACIONAL, que se dirigían hacia ese lugar, venían disparando sus armas de dotación oficial contra la población civil, en ese instante sintió que uno de esos disparos hizo impacto en su humanidad, hiriéndolo de gravedad en su rodilla derecha, teniendo que ser internado de inmediato en el Hospital de Puerto Tejada para ser sometido a tratamientos médicos y quirúrgicos, hasta lograr su recuperación parcial, puesto que quedó con una merma en su capacidad laboral de aproximadamente un 60%.”

1.2.- La contestación de la demanda.

Dentro de la oportunidad legal, el apoderado judicial de la entidad pública dio contestación a la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones allí formuladas; al respecto señaló que *“no está probado que un miembro de la Policía Nacional, haya lesionado a GERSAIN MEJIA PALACIO”* y que *“la parte actora está obligada a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyen para derivar de él una indemnización”*. (fls. 65, 66, c.3)

1.3.- Alegatos de conclusión.

Vencido el período probatorio, en providencia del 21 de octubre de 1994 el Tribunal corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto. (fl.92, c.3)

La apoderada de la parte actora² sostuvo que *“de las pruebas recaudadas en el proceso se concluye que las heridas sufridas por GERSAIN MEJIA, fueron causadas por los policiales encargados de restablecer el orden público en la población, al accionar sus armas de dotación oficial”*, así mismo, que *“el perjuicio causado con arma de dotación oficial, hace presumir la falla del servicio”*.

Adujo igualmente que la lesión sufrida por GERSAIN MEJIA aparece verificada con el reconocimiento médico legal que le fue practicado y que las declaraciones de los testigos *“dan cuenta de los vínculos afectivos, que unen a la familia del actor así como los sufrimientos padecidos por el mismo y sus familiares con ocasión de las lesiones de que fue víctima.”*

A su turno, el apoderado de la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional se pronunció³ diciendo que *“No obra en el proceso, objeto de estudio, prueba plena que establezca que el autor de las lesiones sufridas por Gersain Mejía, fuese un miembro de la Policía Nacional, ni hay claridad como lo pretende demostrar el demandante, en las circunstancias en que se produjeron las mismas.”* Agregó que tampoco están probadas *“las lesiones que se dice sufriera Gersain Mejía”*, como

² Folios 98 a 100, c.3

³ Folios 94 a 97, c.3

tampoco el daño emergente y el lucro cesante cuya indemnización se reclama; respecto de este último rubro señaló que:

“la prueba testimonial no arroja mayores elementos de juicio para establecer cuál era la actividad económica del que supuestamente dice estar afectado, y por ende ni el monto de dichos ingresos, ni que se les haya ocasionado en su humanidad lesiones graves permanentes que le impidan desarrollar una actividad de manera normal.”

El Ministerio Público guardó silencio.

1.4.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo del Cauca, en sentencia del 3 de diciembre de 1998, encontró probada la responsabilidad patrimonial de la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional por las lesiones sufridas por GERSAIN MEJIA PALACIO, accediendo parcialmente a las pretensiones indemnizatorias formuladas en las demandas, al encontrar plenamente acreditado:

“que efectivamente el servicio a cargo de la Policía Nacional funcionó mal y que antes de restablecerse el orden, el actuar desproporcionado, desmesurado de la Policía Nacional, sirvió de acicate al conflicto y determinó los resultados lamentables de que dan cuenta los autos.

Ciertamente no se ha podido establecer la autoría personal de las lesiones causadas a los particulares entre quienes se encuentra el hoy actor, mas esta circunstancia no puede ser obstáculo para que se encuentre demostrado que el daño sufrido como consecuencia de las heridas sufridas en su rodilla ocurrió como una consecuencia del mal funcionamiento del servicio de la Policía Nacional.

Que particulares hubiesen disparado en el curso de los hechos no se encuentra establecido plenamente. La sola circunstancia de no haber resultado herido ningún miembro de las fuerzas del orden por arma de fuego viene a constituir un indicio poderoso señalador de que los civiles no dispararon contra la policía. Resulta, por el contrario, establecido por los diversos testimonios que policiales sí hicieron uso de armas de fuego, prueba de ello es que once civiles resultaron con heridas de este tipo de armas. Por lo demás se tiene claro que sí hubo personal de la policía que vistiendo de civil prestaba sus servicios en esos momentos y que, además, lo hacían movilizadas en motocicleta (...). Por todo esto, concluye el Tribunal, se presentó efectivamente una falla en el servicio a cargo de la demandada.

(...)

... dado que el actor fue reportado por la misma demandada como una de las víctimas de los hechos en que se vio comprometido el orden público en

el Municipio de Puerto Tejada... se debe responder por la falla en el servicio.” (fls. 139,140 c.3)

En cuanto a las pretensiones indemnizatorias, el Tribunal consideró lo siguiente:

“El lesionado reclama perjuicios morales, que en efecto se reconocen en cuantía de 400 gramos de oro fino dada las secuelas indicadas por la médica laboral... catalogadas como incapacidad permanente parcial del 20%.

No se demostraron los perjuicios materiales en la calidad de daño emergente.

Tampoco se demostró que el lesionado fuera productivo, pues las únicas personas que declararon fueron sus familiares hoy actores e interesados en las resultas del proceso; según NELLY MEJÍA, en declaración recibida por juez comisionado, cuando fue informada de la situación del joven GERSAÍN, se extrañó de que no estuviera en el trabajo por cuanto él trabajaba donde URIEL ZÚÑIGA como ayudante DEL TALLER, sin embargo esta prueba si bien se solicitó en el libelo se solicitó con auto para mejor proveer y por último se requirió al apoderado de la parte actora para que suministrara la dirección de esta persona, por cuanto su declaración era indispensable para establecer la actividad económica que desarrollaba; sin que se atendiera este requerimiento; por tanto al no haberse probado que el lesionado era productivo al momento de los hechos, se negarán los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

Reclaman perjuicios morales su madre de crianza, NELLY MEJIA, de sus hermanos de crianza CARY ANTONIO, MARTHA LUCIA, EDUARD, ELIANA, VIVIAN, RODDIN, MARYBEL ORTIZ MEJIA, personas que por no ser hermanos carnales debieron demostrar su calidad de damnificados sin que lo hubieran conseguido, por cuanto quienes declaran sobre los lazos afectivos que los unía con el lesionado son los mismos interesados en el proceso, ... por tanto no se accederá a lo solicitado en el proceso por estas personas.” (fls. 140, 141, c.3)

1.5.- El recurso de apelación.

El apoderado de la parte actora manifestó su inconformidad para con la sentencia de primera instancia, aduciendo y solicitando lo siguiente (fls. 158 a 163, c.3):

- Que se proceda a *“revocar para reformar el literal a) numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido de fijar en el equivalente a 1.000 gramos de oro la indemnización para GERSAIN MEJIA PALACIO por su perjuicio moral, en lugar de los 400 gramos oro que allí se le reconocieron”.*

Al respecto sostuvo que dicha condena “no se compadece con la magnitud de la lesión sufrida por GERSAIN MEJIA PALACIO”, porque “una merma laboral de tal calibre amerita, indiscutiblemente, una indemnización moral como la que aquí estoy solicitando”; en apoyo de su argumento el apelante invocó el principio de equidad y refirió algunas sentencias proferidas por esta Corporación.

- Que se condene a la demandada a pagar al demandante GERSAIN MEJIA PALACIO la indemnización del lucro cesante, en atención al principio de reparación integral previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y teniendo en cuenta que jurisprudencialmente la posición que ha sido “sostenida en forma invariable” es aquella según la cual “ésta indemnización debe ser reconocida aún en el evento de que la persona afectada por una merma laboral, transitoriamente no esté realizando labor económica alguna”, así mismo que la liquidación resultante de esta indemnización “debe ser incrementada en un 30%” por prestaciones sociales.

Frente a tal petición sostuvo igualmente que:

“En el caso de autos tenemos que el Sr. GERSAIN MEJIA PALACIO sí estaba desempeñando labor económica, tal como se demuestra con el testimonio de la Sra. NELLY MEJIA, quien en forma concreta señaló que la víctima laboraba bajo la dirección del Sr. URIEL ZUÑIGA en un taller de mecánica, por lo cual no existe ninguna razón valedera para que el a-quo hubiese negado tal reconocimiento. A más de lo anterior debe tenerse en cuenta que el joven lesionado solo contaba con 16 años de edad al sufrir el accidente, por lo cual aún en el caso de no trabajar en ese momento por razón de la edad, quedaba cobijado su derecho indemnizatorio futuro, al llegar a los 18 años, tal como ha sido acogido por la jurisprudencia, misma jurisprudencia que sólo ha hecho excepción del reconocimiento de perjuicios materiales para la persona mayor de edad que no trabaja, sólo cuando se trata de sujetos dedicados a la delincuencia o a la vagancia consuetudinaria, caso frente al cual no estamos.”

- Que se reconozca el equivalente a 400 gramos de oro fino por el perjuicio moral sufrido por la madre y hermanos de crianza de la víctima, en atención “a la magnitud e injusticia de la lesión recibida, y la demostración que existe en los autos a través de la prueba testimonial, de la condición que de damnificados tiene cada uno de los reclamantes”.

- Finalmente, que “se reconozca el equivalente a 2.000 gramos de oro fino al joven GERSAIN MEJIA PALACIO” por concepto de perjuicio fisiológico, el cual aparece probado con el dictamen médico laboral y la valoración del médico traumatólogo, “quien incluso fijó en un 50% la merma laboral y determinó en forma clara las limitaciones a que quedó sometida la víctima para el disfrute normal de su existencia.”

El Tribunal concedió el recurso de apelación mediante providencia del 30 de abril de 1999 y el 21 de octubre siguiente fue admitido por esta Corporación. El 18 de noviembre de 1999 se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto. (fls. 149, 165 y 167, c.3).

En dicho término se pronunció el apoderado de la Nación -Ministerio de Defensa - Policía Nacional, solicitó la revocatoria de la sentencia impugnada al considerar *“que en el expediente no obra prueba alguna que demuestre que un miembro o miembros de la Policía Nacional, causaron lesiones”* al demandante; frente al recurso de apelación interpuesto por la parte actora, efectuó los siguientes señalamientos:

“1.- En relación con los perjuicios morales reclamados (1.000 grs) por la actora, me permito manifestar que el monto por concepto de perjuicios morales se establecen de acuerdo con la merma de la capacidad laboral, que para el caso en concreto fueron indicados por la médica laboral, siendo catalogada como incapacidad permanente parcial del 20%.

2.- Respecto del reconocimiento de perjuicios morales reclamados para la madre de crianza del actor, me permito manifestar que la parte actora en el curso del proceso no demostró la calidad de damnificada con que actuaba tal demandante.

3.- Por último, en relación con el perjuicio fisiológico reclamado, me permito manifestar que en el presente caso el daño, afortunadamente, fue menor.”
(fl. 171 c.3)

Tanto la parte actora como el Ministerio Público, guardaron silencio.

2.- CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca el 3 de diciembre de 1998, para lo cual se abordarán los siguientes aspectos: i) Delimitación de la competencia de la Sala y ii) El asunto materia de apelación.

2.1. Delimitación de la competencia de la Sala:

Se tiene como cuestión previa que al asunto en cuestión no le es aplicable la reforma introducida por la Ley 446 de 1998, en relación con la procedencia del grado jurisdiccional de Consulta, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 163 de dicha ley, el recurso debe tramitarse de conformidad con las normas vigentes cuando el mismo se interpuso⁴.

No obstante lo anterior, al amparo de la norma entonces vigente se advierte que aun cuando en el presente caso la sentencia condenatoria no fue apelada por la parte demandada, en todo caso no hay lugar a surtir el grado jurisdiccional de consulta.

En efecto, mediante sentencia del 3 de diciembre de 1998 se condenó a la demandada a pagar, a favor del demandante, por concepto de perjuicios morales, el valor equivalente a 400 gramos oro⁵ que para la fecha de la sentencia correspondían a la suma de \$5'799.272; dado que según lo disponía el Decreto 597 de 1988, en esa época debían tramitarse ante los Tribunales Administrativos, en primera instancia, los procesos de reparación directa cuya cuantía fuera igual o superior a \$18'825.000.00, es claro que la sentencia del *a quo* **no es consultable**, aun cuando hubiese tenido vocación de doble instancia⁶.

Al respecto la Sala ya tuvo la oportunidad de pronunciarse en los siguientes términos⁷:

*“la Sala reitera el criterio fijado desde el 18 de noviembre de 1994, en relación con la procedencia de la consulta. Se precisó, en aquella oportunidad, que, **para efectos de establecer si debía surtirse dicho grado de jurisdicción, había que tener en cuenta el monto de la condena impuesta, de manera que si éste era inferior al límite señalado para que el asunto se tramitara en dos instancias, no debía surtirse la consulta, a pesar de que originalmente y conforme a la demanda, el proceso tuviera vocación de doble instancia**”.* (Se resalta).⁸

⁴ El artículo 184 del C.C.A. para ese entonces vigente disponía lo siguiente: “Las sentencias y los autos sobre liquidación de condenas en abstracto dictados en primera instancia que impongan una obligación a cargo de cualquier entidad pública, deberán consultarse con el superior, cuando no fueren apelados por la administración (...). La consulta se entenderá siempre interpuesta a favor de las mencionadas entidades. La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada mientras no se surta el mencionado grado.” (Se subraya).

⁵ Para el 3 de diciembre de 1998, el valor del gramo oro era de \$14.498.18.

⁶ Para el 16 de abril de 1993, fecha de presentación de la demanda, un proceso tenía vocación de doble instancia si su cuantía era igual o superior a \$6.860.000 y en el presente caso los 1000 gramos de oro –pretensión de mayor valor- equivalían, para dicha fecha, a la suma de \$8.834.980.

⁷ Sentencia del 22 de abril de 2004, expediente 14.077.

⁸ Auto del 18 de noviembre de 1994. Expediente 10.221.

Así las cosas, la Sala tiene competencia para revisar el fallo del Tribunal *a quo* únicamente en relación con los aspectos que fueron objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, quien además, como apelante única, se encuentra amparada por el principio de la *no reformatio in pejus*.

Hechas estas precisiones, procederá la Sala a resolver lo pertinente.

2.2. El asunto materia de apelación.

2.2.1. La indemnización del daño moral sufrido por GERSAIN MEJIA PALACIO:

Por virtud del recurso de apelación se pretende que se incremente a 1000 gramos de oro la indemnización del perjuicio moral sufrido por GERSAIN MEJIA PALACIO con ocasión de las lesiones padecidas, en consideración a que, según lo expresa el recurrente, la tasación efectuada por el Tribunal "*no se compadece con la magnitud de la lesión sufrida*".

La solicitud del apelante no está llamada a prosperar, pues como ha sido reiterado por la jurisprudencia de esta Sala, por regla general hay lugar al reconocimiento de la cuantía indicada como máxima para aquellos casos en los cuales es la muerte el hecho que da lugar al daño moral, no así cuando se trata de lesiones personales, toda vez que, en principio, la incidencia en el ámbito subjetivo del afectado difiere considerablemente entre uno y otro evento.

De hecho, la Sala encuentra reparos a la tasación que de dicho perjuicio hizo el *a quo*, toda vez que las particularidades que el caso concreto presenta, en el cual si bien es cierto, las reglas de la experiencia permiten al juez presumir que el señor GERSAIN MEJIA PALACIO resultó moralmente afectado por el incidente que le produjo las lesiones físicas sufridas, en todo caso la intensidad de las mismas no daban lugar a tasar su indemnización en la cantidad de 400 gramos de oro, pues dicha cifra resulta objetivamente alta, comparada con los 1000 gramos de oro que se reconocen por caso de muerte. Sin embargo por virtud de la aplicación del principio de la *no reformatio in pejus*, que en este caso ampara a la parte actora, no hay lugar a reducir dicha tasación.

No obstante lo anterior, comoquiera que la condena fue impuesta en gramos de oro, mientras que, de acuerdo con lo expresado en sentencia del 6 de septiembre

de 2001⁹, se ha sugerido la imposición de las condenas por dicho concepto en salarios mínimos legales mensuales, se modificará en este aspecto la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, se reconocerá a GERSAIN MEJIA PALACIO como indemnización por el daño moral sufrido, el valor equivalente a la cantidad de CUARENTA (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.2.2. La indemnización del perjuicio fisiológico sufrido por GERSAIN MEJIA PALACIO:

El apelante solicita que se reconozca el perjuicio fisiológico sufrido por el señor GERSAIN MEJIA PALACIO, fijando como indemnización por dicho concepto el equivalente a 2000 gramos de oro.

Al respecto la Sala advierte que en la demanda no se formuló pretensión alguna tendiente a la indemnización de dicho perjuicio, pues el daño inmaterial únicamente fue alegado en relación con el perjuicio moral según se desprende claramente del texto de la demanda, en la cual se reclamó por “*perjuicios morales o ‘pretium doloris’, consistentes en el profundo trauma psíquico que produce el hecho de saberse víctima de un hecho arbitrario*”.

Por manera que en el presente caso no es posible acceder a lo solicitado por el apelante, en tanto que al interpretar el contenido de la pretensión formulada a efectos de obtener el resarcimiento del daño inmaterial no es posible entender en modo alguno que la condena pretendida por dicho concepto incluía también el alegado perjuicio fisiológico; de lo contrario, se estaría admitiendo, en dicho aspecto, la modificación en la *causa petendi* dando con ello lugar a la vulneración del derecho de defensa y contradicción que le asiste a la parte demandada, además de incurrir en un fallo *ultra petita*.

2.2.3. La indemnización del lucro cesante para GERSAIN MEJIA PALACIO:

Afirma el apelante que resulta procedente el reconocimiento del lucro cesante a favor de GERSAIN MEJIA PALACIO en tanto que para el momento en que fue lesionado desarrollaba una actividad económica productiva “*en un taller de mecánica*”, hecho del cual, según señaló, da cuenta el testimonio de la señora

⁹ Expediente 13.232-15.646.

NELLY MEJIA y que en todo caso, afirmó el apelante, la víctima tiene “cobijado su derecho indemnizatorio futuro, al llegar a los 18 años”.

El Tribunal negó valor probatorio a los testimonios con los cuales la parte actora pretendía acreditar la actividad laboral desarrollada por el señor GERSAIN MEJIA PALACIO para la fecha en la cual resultó lesionado, aduciendo para el efecto que tales declaraciones provenían de quienes son demandantes en este mismo proceso: Nelly Mejía de Ortiz, Eliana, Vivian y Cary Antonio Ortiz Mejía.

La Sala comparte lo dicho por el *a quo* y reitera las siguientes precisiones efectuadas sobre el particular¹⁰:

“Respecto de las declaraciones rendidas por quienes en el proceso ostentan la condición de demandantes, resulta necesario destacar que en el Código de Procedimiento Civil la prueba testimonial está regulada en el capítulo IV del Título XIII precisamente bajo la denominación de “Declaración de Terceros”; de otra parte, doctrinariamente se ha precisado que el testimonio:

*“consiste en la declaración representativa que **una persona, que no es parte en el proceso en que se aduce**, hace a un juez, con fines procesales, sobre lo que sabe respecto a un hecho de cualquier naturaleza (...). Solamente en sentido estricto puede limitarse la noción de testimonio **a la declaración de quien no es parte en el proceso en que se presenta o se rinda**”.*¹¹ (Se resalta)

*En el mismo sentido, se ha dicho que “No existe vínculo jurídico alguno entre el testigo (medio de prueba) y la parte que lo propone”.*¹²

Se tiene entonces que de conformidad con la regulación contenida en el capítulo IV del Título XIII del C. de P. C., la característica esencial de la prueba testimonial es el hecho de que las respectivas declaraciones provengan de terceros, en el sentido ya explicado.

No obstante lo anterior, la Sala encuentra acreditada la situación de incapacidad a que dio lugar la lesión padecida, en atención a la prueba decretada por el Tribunal *a quo* en auto para mejor proveer del 16 de febrero de 1995 -fl.105, c.3-, que dio lugar a que la médico laboral del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social -

¹⁰ Sentencia del 4 de septiembre de 2008. Expediente No. 16.515.

¹¹ Nota original del texto transcrito: “DEVIS ECHANDIA, Hernando. “Teoría General de la Prueba Judicial”. Tomo II. 4ª edición. Biblioteca Jurídica DIKÉ. 1993. Medellín. Pág. 33.”

¹² Nota original del texto transcrito: “COUTURE, Eduardo J. “Estudios de Derecho Procesal Civil” Tomo II. 3ª edición. Ediciones Depalma. 1979. Buenos Aires – Argentina. Pág. 238.”

Regional Cauca rindiera dictamen de fecha 19 de abril de 1995¹³, en los siguientes términos:

“Dictamen Médico Laboral

Nombre: GERSAIN MEJIA PALACIO

Profesión u oficio: Trabaja en taller de cerrajería.

...

El 16 de marzo de 1995 es valorado por el doctor FELIPE DELGADO Traumatólogo quien dice que presenta como secuelas: 1. Artrofia cuádriceps. 2. Pérdida de la capacidad laboral con dicha rodilla, de al menos un 50%. 3. Fallas y dolor constante que le impiden la normal deambulaci3n y el realizar actividades deportivas cotidianas.

*CONCLUSI3N: Basándome en lo que relata el paciente porque no presenta Historia Clínica sólo un reconocimiento médico legal y una valoraci3n del traumatólogo el paciente **GERSAIN MEJIA PALACIO presenta una incapacidad permanente parcial del 20% según el artículo 209 del C.S.T., modificado por el decreto 776 de 1987 en el numeral 363**”. (fl. 113, c.3) (Se resalta)*

Así las cosas, comoquiera que se encuentra probado que como resultado de la lesi3n padecida con ocasi3n de los hechos de que da cuenta el presente proceso, el señor GERSAIN MEJIA PALACIO vio mermada su capacidad laboral en un veinte por ciento (20%), sí hay lugar a reconocer a la víctima la indemnizaci3n por el detrimento patrimonial derivado de la incapacidad laboral parcial permanente que le fuera dictaminada.

Al respecto resulta pertinente recordar lo dicho por la Sala en la sentencia del 19 de agosto de 2004¹⁴:

“Cuando la persona sufre lesiones como resultado de una actuaci3n administrativa, el lucro cesante estará representado por los dineros que deja de recibir dicha persona como efecto del daño, en la medida en que éste destruye o aminora su capacidad laboral.”

Por manera que la indemnizaci3n que le corresponde percibir a la víctima GERSAIN MEJIA PALACIO será calculada desde la fecha en que se materializó el perjuicio material en la modalidad de lucro cesante como consecuencia de la

¹³ Si bien el Tribunal *a quo*, mediante auto para mejor proveer, proferido el 24 de noviembre de 1997, dispuso dictaminar el estado actual de la lesi3n padecida por la víctima, dicho trámite no se surtió (fls. 122 a 127, c.3).

¹⁴ Expediente No. 15.791. Consejero Ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra

reducción de la capacidad laboral del demandante y hasta el término de su vida probable.

En este orden de ideas, para efectos de la liquidación se tomará el salario mínimo legal mensual vigente para el día 3 de enero de 1993, fecha en la cual la víctima llegaría a la mayoría de edad, actualizado a la fecha de la presente providencia con base en los Índices de Precios al Consumidor certificados por el DANE, así:

$$Ra = Rh \frac{I(f)}{I(i)}$$

Donde:

Ra = Renta actualizada

Rh = Renta histórica, es decir, el S.M.M.L.V., para el año 1993, cuyo monto ascendía a \$81.510.00

If = índice final, 191,63, I.P.C., certificado por el DANE, para el mes de diciembre del año 2008. (Último índice publicado).

li = Es el índice inicial, 23,58, I.P.C., certificado por el DANE para el mes de enero de 1993.

$$Ra = \$81.510 \frac{191,63}{34,41} = \$453.930.87$$

Surge a primera vista que el salario actualizado es inferior al salario mínimo legal mensual vigente a la fecha (\$496.900), por ende, la Sala, en aplicación de los principios de reparación integral y equidad contenidos en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, tomará este último como base para la liquidación.

Sobre la anterior suma se adicionará el 25% equivalente al valor de las prestaciones sociales, para un total de \$621.125.00 y de este resultado tomará, finalmente, el 20% del monto señalado que corresponde al porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del demandante GERSAIN MEJÍA PALACIO, es decir, \$124.225.00:

- Víctima (lesionado): GERSAIN MEJÍA PALACIO
- Fecha de nacimiento: 3 de enero de 1975
- Salario base de liquidación: \$124.225,00
- Meses a indemnizar por el período debido o consolidado: 194.12

- Meses a indemnizar por el período futuro o anticipado: 523.24
- Incapacidad laboral: 20%

Indemnización debida:

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

Donde:

S= Valor de indemnización por el período

Ra= Renta actualizada.

i= Interés técnico del 0.00467

n= número de meses a indemnizar.

1= Constante

$$S = \$124.225 \frac{(1 + 0.004867)^{194.12} - 1}{0.004867}$$

$$\mathbf{S = \$ 39'979.790,97}$$

Indemnización futura

Comprende el interregno transcurrido entre el día siguiente a la fecha de la presente providencia y la fecha calculada como esperanza de vida del demandante.

Para la fecha de ocurrencia de los hechos el demandante tenía 16 años, 3 meses, 16 días, por consiguiente, una probabilidad de vida de 59.78 años, equivalentes a 717.36 meses¹⁵

Para el cálculo de la indemnización se descontará el número de meses que fueron liquidados por el período debido o consolidado -194.12 meses-, para liquidar un número de meses igual a 523.24.

¹⁵ Resolución No. 0497 del 20 de mayo de 1997.

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

$$S = \$124.225 \frac{(1 + 0.004867)^{523.24} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{523.24}}$$

$$S = \$ 23'511.825,02$$

Valor total de la indemnización por lucro cesante:

Sesenta y tres millones cuatrocientos noventa y un mil seiscientos quince pesos con noventa y nueve centavos (**\$63'491.615,99**).

2.2.4. La indemnización del perjuicio moral reclamado para NELLY MEJIA, CARY ANTONIO, MARTHA LUCIA, EDUARD, ELIANA, VIVIAN, RODDIN y MARIBEL ORTIZ MEJIA.

Los mencionados demandantes, aduciendo su condición de madre y hermanos de crianza de la víctima, respectivamente, pretenden el reconocimiento de perjuicios morales en el valor equivalente a la cantidad de 1.000 gramos de oro.

Al respecto advierte la Sala que contrario a lo afirmado por el apelante, no existe prueba que acredite o permita siquiera inferir que los precitados demandantes hubieren padecido el daño moral alegado, ni aún en condición de terceros damnificados, por las lesiones sufridas por GERSAIN MEJIA PALACIO.

En tal sentido encuentra la Sala acertado el razonamiento efectuado por el Tribunal *a quo* para denegar la condena deprecada por los citados demandantes, en tanto que pretendió probarse dicho perjuicio únicamente a partir de las declaraciones rendidas en el proceso por los mismos afectados, situación que se corrobora a folios 162 y siguientes del cuaderno número 1 del expediente, correspondientes a las “*diligencias de audiencia pública sobre declaración de terceros*” en las cuales NELLY MEJIA DE ORTIZ, ELIANA ORTIZ MEJIA, VIVIAN ORTIZ MEJIA y CARYN ORTIZ MEJIA aduciendo su condición de madre y hermanos de crianza respectivamente, dijeron conocer a GERSAIN MEJIA

PALACIO y haber derivado del hecho de su lesión sentimientos de consternación y angustia.

Al respecto se reitera lo dicho en párrafos anteriores en el sentido de señalar que no resulta jurídicamente viable otorgar valor probatorio a tales declaraciones, en tanto no provienen de terceros, siendo que tal condición constituye la característica esencial de dicho medio probatorio, de conformidad con la regulación contenida en el capítulo IV del Título XIII del C. de P. C.

Por manera que la impugnación formulada en tal sentido por el apoderado de la parte actora no está llamada a prosperar.

Conclusiones:

La sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca será modificada en cuanto a la conversión, a salarios mínimos legales mensuales vigentes, de la condena impuesta a favor de GERSAIN MEJIA PALACIO por los perjuicios morales de que fue víctima. Así mismo, se reconocerá a la víctima la indemnización por lucro cesante; por lo demás, la providencia de primera instancia será confirmada.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

F A L L A:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca el 3 de diciembre de 1998, la cual quedará así:

2º. En consecuencia CONDENASE a la Nación- Ministerio de Defensa - Policía Nacional a pagar a los demandantes a título de indemnización de Perjuicios Morales los siguientes valores:

- a) *Para GERSAÍN MEJIA PALACIO el valor equivalente en pesos a la cantidad de **CUARENTA (40)** salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

b) Para GERSAIN MEJIA PALACIO la suma de **SESENTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN MIL SEISCIENTOS QUINCE PESOS CON NOVENTA Y NUEVE CENTAVOS (\$63'491.615,99)**, correspondientes al lucro cesante consolidado y futuro.

c) *Niéganse las demás pretensiones de la demanda.*

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUELVA** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, DEVUÉLVASE, CÚMPLASE.

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GOMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR