

CONCESION DE RECURSO DE APELACION EN PRIMERA INSTANCIA - Omisión en proferir auto admisorio en segunda instancia. Efectos / DEFECTO PROCEDIMENTAL - Noción. Definición. Concepto / DEFECTO PROCEDIMENTAL - Efectos

En el sub.-examine a pesar de haberse concedido el recurso de apelación, se omitió proferir el auto de admisión, no obstante la existencia de los presupuestos para ello; situación, además, respecto de la cual, guardaron silencio las partes, lo que ineludiblemente, compele a la Sala a hacer un pronunciamiento sobre el particular. Dispone el artículo 140 del estatuto procesal civil, aplicable por remisión expresa del 165 del C.C.A (...) Reiteradamente la jurisprudencia constitucional ha señalado que la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio no puede servir al propósito de hacer que las ritualidades procesales se conviertan en un fin en sí mismas, pues la prevalencia del derecho sustancial impone que los procedimientos sirvan como medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos de las partes y demás intervinientes en los procesos; de igual modo ha señalado que se incurre también en defecto procedimental, cuando, en aras de otorgarle plena satisfacción a requisitos de índole formal resultan sacrificados otros derechos de índole constitucional. Esta también es la pauta hermenéutica consagrada el artículo 4º del C.P.C (...) La similitud y correspondencia de la norma en cita con el artículo 228 de la Constitución que dispone que en las actuaciones de la administración de justicia prevalecerá el derecho sustancial, reconoce inequívocamente la importancia de los dispositivos procesales como medio de realización y protección de otros derechos sustanciales. En consecuencia, se transgrede el debido proceso cuando en determinado caso, por la exigencia irreflexiva del cumplimiento de requisitos formales y la no yuxtaposición de las garantías fundamentales como el derecho a una tutela judicial efectiva, deviene igualmente una denegación de justicia.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 228 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 4 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 140 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 165

NOTA DE RELATORIA: Consultar Corte Constitucional, Sentencias C-318 de 1998; C-491-95 del 2 de Noviembre de 1995; Sentencia T-531 de Junio 25 de 2010, exp. T-2404454; de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 43 de Junio 5 de 1986

CONCESION DE RECURSO DE APELACION EN PRIMERA INSTANCIA - Omisión en proferir auto admisorio en segunda instancia. Efectos. Artículo 212 del Código Contencioso Administrativo / OMISION EN PROFERIR AUTO ADMISORIO EN SEGUNDA INSTANCIA - No es causal de nulidad del proceso

A efectos de válidamente dar preeminencia al derecho sustancial en menoscabo de la formalidad, impone preguntarse acerca de cuál garantía procura salvaguardar el artículo 212 del C.C.A, al disponer que una vez sustentado el recurso y, reunidos los demás requisitos legales debe ser admitido mediante auto que se notificará a las partes y al ministerio público; y analizar si en el presente caso, al omitir el cumplimiento de la formalidad, se puso en riesgo el núcleo de la garantía protegida. (...) El caso bajo examen, indiscutiblemente se circunscribe en un proceso con vocación de doble instancia en el que los recursos fueron interpuestos y sustentados en la oportunidad legal, sin que se haya lesionado el principio de bilateralidad de la audiencia, audiatur altera pars, ni otros de trascendencia imperativa, como los que atañen a los supuestos de validez del

proceso. Una decisión sin consideración a los razonamientos aquí expuestos, conllevaría sin duda a un desconocimiento de la ciencia procesal constitucional que se explica a partir de la relación que existe entre el proceso y la constitución pues como claramente lo señala el tratadista Hernández Valle “las nulidades procesales solo pueden declararse cuando impliquen una clara indefensión de las partes”. Luego, siendo diáfana la taxatividad de la norma y con ello, el alcance restrictivo de interpretación de los presupuestos bajo los cuales es admisible la declaratoria de nulidad del proceso, se impone señalar que la ausencia del auto que admite el recurso no constituye per se, una causal de nulidad que invalide la actuación judicial surtida, habida cuenta de que (i) no está consagrada en ninguna de las causales específicamente enlistadas en la disposición en comento, (ii) y porque una interpretación en sentido contrario no solo contravendría la hermenéutica de la exégesis impuesta por el legislador, sino que transgrediría, in fine, una de las aristas fundamentales del debido proceso como es la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, el principio de celeridad y eficacia procesal y, el derecho a una tutela judicial efectiva que de suyo implica un proceso sin dilaciones injustificadas que hagan más gravosa el derecho al oportuno acceso a la administración de justicia.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 212

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Regulación normativa / VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Artículos 252 y 254 del Código de Procedimiento Civil

De conformidad con los lineamientos legales y jurisprudenciales recientes, se reconocerá valor a la prueba documental que se encuentra en copia simple y que obra a folios 236 y 269 del expediente No. 950.465 y folios 234 y 270 del expediente No. 950.465, pues en relación con las normas que rigen la materia, es preciso señalar que la regulación vigente es la contenida en los artículos 254 y 252 del C.P.C. (...) las disposiciones contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., resultan aplicables a los procesos de naturaleza contencioso administrativa en curso, de conformidad con la regla de integración normativa contenida en el artículo 267 del C.C.A.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 267

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Artículo 11 de la Ley 1395 de 2010

Es necesario destacar la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, que cambió el inciso cuarto del artículo 252 del C.P.C., para señalar que los documentos privados elaborados o suscritos por las partes, incorporados al proceso en original o copia se presumen auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los que provienen de terceros que revisten la condición de dispositivos.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / LEY 1395 DE 2010 - ARTICULO 11

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Artículo 215 de la Ley 1437 de 2011

Con la promulgación de la ley 1437 de 2011 –nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo- se profirió una disposición especial aplicable a los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción (...) la citada disposición resultaba aplicable a los procesos contencioso administrativos que estuvieran amparados por la regla de transición contenida en el artículo 308 de la misma ley 1437 de 2011. Lo relevante del artículo 215 de la ley 1437 de 2011 – C.P.A.C.A.– era que incorporaba o concentraba la regulación legal del valor probatorio de las copias en una sola disposición, que no se prestaba para interpretaciones o hermenéuticas en relación bien con la clase o naturaleza del documento –público o privado– así como tampoco con su autor, signatario o suscriptor –las partes o terceros– (...) con el artículo 215 de la ley 1437 de 2011, se permitía que las partes aportaran los documentos que tenían en su poder en copia, sin importar que los mismos fueran elaborados por aquéllas, por terceros o inclusive que provinieran de una autoridad administrativa o judicial. Era el reconocimiento pleno del principio de confianza que debe imperar en toda sociedad moderna, siempre y cuando se otorguen las herramientas para surtir de manera efectiva el derecho de contradicción. (...) las regulaciones contenidas en las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011, eran el reflejo de una concepción del proceso más moderna, alejada de los ritualismos y formalismos que tanto daño le han hecho a la administración de justicia, puesto que atentan contra los principios de celeridad y eficacia.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 215 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 308 / LEY 1395 DE 2010

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Ley 1564 de 2012. Nuevo Código General del Proceso / VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Artículo 16 del Decreto 1736 de 2012 que derogó el inciso primero del artículo 215 de la Ley 1437 de 2011

Con la expedición de la ley 1564 de 2012 –nuevo código general del proceso– corregido mediante el Decreto 1736 de 2012, se derogó expresamente el inciso primero del artículo 215 de la ley 1437 de 2011, C.P.A.C.A. (...) al haber derogado el Código General del Proceso C.G.P., la disposición contenida en la ley 1437 de 2011, resulta incuestionable que las normas para la valoración de las copias son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., preceptos que mantienen vigencia, ya que sólo la perderán a partir del 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el artículo 627 de la codificación general citada.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254 / LEY 1437 DE 2011 - ARTICULO 215 / LEY 1564 DE 2012 / DECRETO 1736 DE 2012

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Ley 1564 de 2012. Nuevo Código General del Proceso a partir de la entrada en vigencia. 1 de enero de 2014

Las reglas relativas a la valoración de las copias, que podrán entrar en vigencia el 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 627 del C.G.P., son las siguientes: (...). Cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C.G.P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original

o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachan de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias. Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales.

FUENTE FORMAL: LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 243 / LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 245 / LEY 1564 DE 2012 - ARTICULO 627.6

VALORACION DE LAS COPIAS SIMPLES - Procedencia. Aplicación del principio constitucional de la buena fe

La Sala insiste en que –a la fecha– las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., con la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 –estatutaria de la administración de justicia–. En el caso sub examine, cada parte pudo controvertir y tachar la prueba documental que fue aportada por la contraparte, circunstancia que no acaeció, tanto así que ninguna de las partes objetó o se refirió a la validez de esos documentos. Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas. El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970. En otros términos, a la luz de la Constitución Política abstenerse de adoptar una decisión de fondo en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar –de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.). Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (ultractividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (retroactividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su silencio, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 83 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 228 / CONSTITUCION POLITICA DE 1991 - ARTICULO 229 / DECRETO LEY 1400 DE 1970 / DECRETO LEY 2019 DE 1970 / LEY 270 DE 1996 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 252 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254 / LEY 1395 DE 2010 - ARTICULO 11 / LEY 1437 DE 2011 / 1564 DE 2012

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Fuerza Pública / DAÑO ANTIJURIDICO - Muerte y lesiones sufridas por militares en accidente de tránsito / DAÑO ANTIJURIDICO - Muerte y lesiones producidas sufridas por militares en servicio activo / DAÑO ANTIJURIDICO - Accidente de tránsito de vehículo oficial perteneciente a las fuerzas militares. Muerte y lesiones sufridas por militares

Se encuentra plenamente acreditado el daño antijurídico alegado en las demandas acumuladas, se demostró que Humberto Antonio Vides García, Clodomiro Yasith Robles Orozco, José Silvestre Daza Plata y Jorge Luís Polo Carracedo, resultaron lesionados, asimismo Jaidier Alfredo Gutiérrez Fuentes, fallecido, como consecuencia de un accidente de tránsito cuando se encontraban en servicio activo, al desplazarse en un vehículo que era conducido por un cabo primero (C.P) y del que tenía la guarda material la institución.(...) De acuerdo con el acervo probatorio que obra en el proceso se tiene que el 9 de abril de 1994, el Cabo Osgardo Herrera Ciro, conductor del vehículo oficial pick-up modelo 89, placas K 89152, por órdenes de su superiores y bajo la coordinación del Teniente Echavarría Echavarría, se dirigió al aeropuerto los Cedros a recoger un grupo de soldados y un suboficial provenientes de la Guajira, que al poco tiempo de haber iniciado el desplazamiento, en una curva, el vehículo se salió de la vía y al tratar de entrar nuevamente, dio una vuelta sobre el lado derecho y cayó en una cuneta; con lo que de suyo, en principio está demostrado la atribuibilidad fáctica del daño causado a la entidad demandada.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Causales eximentes de responsabilidad / CAUSA EXTRAÑA - Hecho de un tercero / CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD - Culpa personal del agente / CAUSALES EXIMENTES DE RESPONSABILIDAD - No se configuraron

Adujo la defensa de la Nación, la existencia de eximentes de responsabilidad como el hecho de un tercero, y/o culpa personal del agente; sin embargo, en cuanto al primero, observa la sala que no se allegaron al proceso los medios suasorios necesarios para evidenciar una causal impeditiva de imputación y desde luego excluyente de responsabilidad, toda vez que si bien en el informe de accidente rendido por el Teniente Arcángel Echavarría Echavarría, éste señaló que “a la altura de una curva apareció un camión, el cual cerró el vehículo en el que viajaba”, conforme la declaración del C.P Osgardo Herrera Ciro, ello no corresponde a la verdad (...) en modo alguno puede tenerse como cierta la existencia de una causa extraña, como lo es el hecho de un tercero, en el acaecimiento del accidente en el que se produjeron los daños aludidos. Tampoco es de recibo la causal eximente denominada culpa personal del agente, ya que de conformidad con los elementos demostrativos aportados, quedó establecida la atribuibilidad o imputación fáctica a la entidad demanda por cuanto la guarda de la actividad peligrosa la tenía tanto el cabo Osgardo Herrera Ciro, conductor del

vehículo, como el teniente Arcángel Echavarría Echavarría, quien estaba al mando de la operación.

GUARDA DE LA ACTIVIDAD PELIGROSA - Tipos de guardianes / GUARDA EN EL COMPORTAMIENTO - Noción. Definición. Concepto / GUARDA EN LA ESTRUCTURA - Noción. Definición. Concepto / GUARDA ACUMULATIVA - Noción. Definición. Concepto / GUARDA MATERIAL ALTERNATIVA - Noción. Definición. Concepto / IMPUTACION DE RESULTADO - Guarda material de la cosa. Guarda de la actividad peligrosa / GUARDA ACUMULATIVA - Noción. Definición. Concepto

Se ha aceptado la existencia de diversos tipos de guardianes, bien porque domina la actividad (guarda en el comportamiento), o porque domina la cosa (guarda en la estructura), esta corporación ya ha abordado el análisis de la posibilidad de predicar la acumulación de las mismas, circunstancia que ha permitido definir, en supuestos en los que una de las guardas no está a cargo del Estado, la existencia o no responsabilidad solidaria en la producción de un determinado daño antijurídico (...) Es posible, entonces, que dos o más personas se sirvan de una cosa, circunstancia por la cual se puede predicar de ellos la condición de guardianes acumulativos. Y, si bien, por regla general, la guarda material es alternativa, es decir, no se comparte en su estructura o en su comportamiento, sino que es ejercida por un determinado sujeto (eje: el conductor del vehículo automotor), es cierto que pueden existir eventos en los cuales es viable acumular la guarda material de la cosa, circunstancia que permitirá definir quien o quienes son las personas que ejercen la facultad de control y dirección sobre la misma y, por consiguiente, en el supuesto de que se genere un daño con ella, se pueda determinar la imputación del resultado. En consecuencia, es posible hablar de la guarda acumulativa, en aquellos eventos en que un número plural de sujetos ejercen el control o la dirección sobre la cosa o la actividad riesgosa, de tal manera que, en estos casos, por regla general, la doctrina y la jurisprudencia se han inclinado por avalar la teoría de la guarda en la estructura y la guarda en el comportamiento, de tal forma que se facilite el análisis de imputación, esto es, de atribución del daño. En estos supuestos, es imperativo determinar quién es el guardián o guardianes de la cosa, con miras a esclarecer quién es el responsable en la concreción del riesgo, circunstancia que permitirá atribuir la responsabilidad por el daño antijurídico padecido.

NOTA DE RELATORIA: Sobre peligrosidad de la estructura y la peligrosidad en el comportamiento, consultar sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 14780

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL O PATRIMONIAL DEL ESTADO - Guarda acumulativa / GUARDA ACUMULATIVA - Guarda compartida

Si el Estado es el guardián del comportamiento o de la actividad peligrosa, es porque se está frente a la prestación de un servicio público o actividad estatal y, por lo tanto, no se puede liberar de su responsabilidad en relación con los hechos, máxime si el daño es producto de la concreción de una actividad de alto riesgo. En efecto, en tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado, ni siquiera es posible excluir la imputación del resultado, en aquellos eventos en que se tenga una guarda compartida de la cosa o de la actividad peligrosa, como quiera que, en estos supuestos, la administración pública debe ser juzgada bajo el amparo del artículo 90 de la Constitución Política y, por lo tanto, deberá reparar el daño de manera integral para luego repetir, si es del caso, en contra de la persona o personas que tenían la guarda material compartida del factor o elemento de riesgo. En consecuencia, en eventos en que se juzgue la responsabilidad

patrimonial de la administración pública, donde se aprecie la existencia de una guarda acumulativa entre dos o más sujetos, en la que si quiera una de ellas está a cargo del aparato estatal, no se podrá excluir el deber de reparación integral, bien sea porque el Estado sea el guardián de la estructura o del comportamiento, dado que en estas situaciones la administración, en su calidad de controladora de la cosa o de la actividad, estará obligada a la reparación del perjuicio. De este modo, siendo claro que en el sub-examine, la guarda de la actividad riesgosa la compartía el conductor del vehículo y el teniente que estaba al mando de la operación, de suyo se tiene que la misma estaba a cargo directamente del Estado, por lo que, desde ésta arista, de él se predica la atribuibilidad fáctica del resultado.

CONDUCCION DE VEHICULO AUTOMOTOR - Accidente de tránsito / TITULO JURIDICO DEL RIESGO EXCEPCIONAL - Peligrosidad de la actividad / TITULO JURIDICO DEL RIESGO EXCEPCIONAL - Rompimiento de las cargas públicas. Sometimiento a un riesgo anormal y excepcional diferente al que debe tolerar una persona en su diario vivir / TITULO JURIDICO DE IMPUTACION SUBJETIVO - Falla del servicio / FALLA DEL SERVICIO - Incumplimiento de normas y deberes de agentes estatales

De manera reiterada la Sala ha sostenido que al predicarse la peligrosidad de la actividad, no cabe duda acerca de la posibilidad de abordar el análisis de imputación, instrumentalizando el título jurídico del riesgo excepcional, toda vez que el daño así producido será el resultado de la materialización del desbordamiento de los estándares del riesgo permitido, por cuanto el detrimento se acarrea por el rompimiento de las cargas públicas en la medida que la persona o personas afectadas, son sometidas a un riesgo anormal y excepcional diferente al que deben tolerar, en el diario vivir. Sin embargo debe señalarse que, cuando el daño es producto del incumplimiento de normas cuya observancia se exige a los agentes estatales, el régimen de imputación se torna subjetivo por falla en el servicio.

ACCIDENTE DE TRANSITO - Conducción vehículo oficial. Actividad militar / FALLA DEL SERVICIO - Incumplimiento de obligaciones legales / FALLA DEL SERVICIO - Violación de disposiciones del Código Nacional de Tránsito / FALLA DEL SERVICIO - Configuración

Se encuentra probado que el accidente se produjo en el traslado de una tropa en un vehículo oficial pick-up modelo 89, placas K 89152, en desarrollo de una actividad militar, con lo que se evidencia que la demandada incumplió una obligación a su cargo, pues permitió que sus miembros fueran transportados, para desarrollar una operación militar, en un vehículo no idóneo para tal fin, esto es, accedió a usar un vehículo con plataforma, que de ordinario, funciona para transporte de carga, para movilizar a sus soldados, cuya integridad personal se vio comprometida con el acaecimiento del accidente. (...) En este orden de ideas, existe una irregularidad manifiesta al permitir que los militares fueran trasladados en ese tipo de vehículo, prohibido para el transporte de personas, y que a posteriori sufrió el fatal siniestro. No hay duda de que esta conducta irregular fue la causante del accidente en el que perdió la vida el soldado Jaider Alfredo Gutiérrez y resultaron lesionados los soldados: Humberto Antonio Vides García, José Silvestre Daza Plata, Jorge Luís Polo Carracedo y Clodomiro Yasith Robles Orozco, comoquiera que iban transportados en un vehículo tipo volqueta, sin la autorización exigida por la ley. De esta infracción, por lo demás, deviene claramente previsible, conforme a las reglas de la experiencia, el accidente ocurrido, lo que permite considerarla en el caso concreto, la causa del resultado.

En consecuencia, se encuentra demostrada la falla de la administración, toda vez que frente a los hechos, se advierte de inmediato que la demandada violó varias disposiciones del Código Nacional de Tránsito, posibilitando el siniestro en el que fueron víctimas los soldados referidos.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1344 DE 1970 - ARTICULO 170

PERJUICIOS MORALES - Acreditación / TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Padres de crianza y padres biológicos. Procedencia

Habida cuenta de que si bien el joven soldado creció con su familia de crianza, a quienes si se le reconocieron los perjuicios aludidos, lo cierto es que su acogida en el respectivo hogar conformado por sus padres biológicos, se debió al profundo amor que había recibido de su familia de crianza, de allí que a pesar de la existencia de su familia biológica, Jaider Gutiérrez decidió permanecer con aquella, y que no por ello dejó de sostener una cercana relación con su otra familia, especialmente con su padre. En efecto, obra en el plenario la copia auténtica del registro civil de nacimiento de Jaider Alfredo Gutiérrez, en el que se constató que nació el 28 de octubre de 1981, y que era hijo de Jaime Alfredo Gutiérrez Sierra y Leonarda Piscioty Sáenz. Establecido el parentesco, se da por acreditado el perjuicio moral, por cuanto la prueba de la relación de consanguinidad permite inferir la existencia de afecto y unión entre la víctima y su padre. Lo anterior con fundamento en la presunción judicial o de hombre, que constituye un criterio de valoración; en el derecho americano a dichas presunciones judiciales se les llama "inferencias"; la presunción es un razonamiento que está basado enteramente en la lógica y la experiencia, por ello no se puede confundir con el indicio ya que éste es un hecho. Sin embargo, en su estructura lógica-deductiva, participa de la naturaleza de los indicios, comoquiera que el juez las deriva de premisas mayores y de inferencias lógicas. Así las cosas, como en el sub judice la demandada no desvirtuó la presunción de aflicción ocasionada al padre demandante, de acuerdo con las pruebas del deceso y de la relación de parentesco, habrá que decretar el perjuicio solicitado, según el arbitrio judicial, para lo cual es imprescindible tener en cuenta la naturaleza y la gravedad de la lesión, que tratándose del fallecimiento de su hijo, se fijará en la suma equivalente a 100 SMMLV.

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante. Muerte y lesiones sufridas por militares en accidente de tránsito / PRUEBA DE PARENTESCO - En vigencia de la Ley 92 de 1938 / PRUEBA DE PARENTESCO - En vigencia del Decreto 1260 de 1970 / PRUEBA DE PARENTESCO - Partida eclesiástica / TASACION LUCRO CESANTE - Disminución o pérdida de capacidad laboral / INGRESO BASE DE LIQUIDACION - Si no se tiene un ingreso establecido se tendrá en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente aumentado en un 25 por ciento de presumibles prestaciones sociales / TASACION LUCRO CESANTE FUTURO Y CONSOLIDADO - Cálculo. Fórmula

Debe señalarse que la Ley 92 de 1938 estableció la posibilidad de suplir la falta de la prueba principal del nacimiento, -registro civil-, con pruebas supletorias como la partida de bautismo, declaraciones de testigos relacionadas con los hechos constitutivos del estado civil o en su defecto, por la notoria posesión del estado civil. Posteriormente a la normativa indicada, se expidió el Decreto 1260 de 1970, estatuto del registro del estado civil de las personas, y allí se determinó, en el artículo 105, que: "Los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas ocurridos con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados

expedidos con base en los mismos". Por tal razón, es posible que la prueba del estado civil en los casos posteriores a la vigencia de la mencionada ley, sea el folio del registro civil de nacimiento o la partida eclesiástica, de allí que, como en el caso concreto la partida de bautismo es del 28 de noviembre de 1939, se debe aplicar el supuesto de este artículo y tenerse por probada la calidad de madre y por ende, abuela, del precitado lesionado. (...) Se encuentra demostrado que el señor Humberto Antonio Vides García sufrió una pérdida de capacidad laboral del 11 %, según el dictamen de la Junta Médica Laboral No. 2031 de la Dirección de Sanidad del Ejército. Para determinar lo que dejará de percibir por la disminución de su capacidad laboral, y por el resto de la vida probable, se usará el salario mínimo vigente como base de liquidación, pues si bien el actor no devengaba un salario como prestación de su servicio militar obligatorio, las reglas de la sana crítica enseñan que una persona laboralmente activa, no podría devengar menos de este monto y a esa suma se adicionará el 25% por prestaciones sociales.

FUENTE FORMAL: LEY 92 DE 1938 / DECRETO 1260 DE 1970 - ARTICULO 105

PERJUICIOS MORALES - Tasación del daño moral / TASACION DEL DAÑO MORAL - Aplicación del arbitrio juris. Reiteración jurisprudencial. Sala Plena Sección Tercera

De acuerdo con la jurisprudencia –acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de la Sala Plena de la Sección Tercera y la posición mayoritaria de la Subsección C - sobre la materia, el daño moral hace referencia a la órbita interna del sujeto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del arbitrio juris, postulado que se integra a la nomenclatura jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en las reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona. El arbitrio juris ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico. (...) el arbitrio juris constituye herramienta fundamental del juzgador para determinar, con base en las circunstancias propias del caso concreto y a la luz de la prudencia, el quantum indemnizatorio frente a la particularidad de cada daño, que lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para resarcir los vacíos que por razones obvias no puede ser regulado, en cada caso, por la ley en su carácter impersonal, general y abstracto. En el sub-lite, no se acompasa con el juicio prudente y las reglas de la experiencia, el establecimiento de una condena de 1000 gramos oro para todos los lesionados sin considerar el tipo de lesiones sufridas en cada caso concreto, máxime teniendo en cuenta que esta cuantía ha sido lo que la jurisprudencia ha concedido como compensación al dolor en situaciones extremas de pérdida de un ser querido, o estados de gravedad, en eventos de lesiones personales. No se aviene al entendimiento común que una persona a quien se le dictamina una disminución de la capacidad laboral del 11%, con secuela de una mínima asimetría facial, tenga, verbi gracia, el mismo padecimiento y compensación, que aquél que sufrió una incapacidad laboral del 96.99% y quedó con graves limitaciones de movimiento.

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencias del 1 de febrero de 2012, exp. 20106 y del 14 de marzo de 2012, exp. 21859

PERJUICIOS INMATERIALES - Daño a la salud / PERJUICIO FISIOLÓGICO - Daño a la salud / TASACION DEL DAÑO A LA SALUD - Reiteración jurisprudencial. Unificación jurisprudencial / TASACION DEL DAÑO A LA SALUD - Aplicación del arbitrio juris

En relación con el perjuicio fisiológico, hoy denominado daño a la salud, derivado de una lesión a la integridad psicofísica, solicitado en la demanda, la Sala reitera la posición acogida en las sentencias 19.031 y 38.222, ambas del 14 de septiembre 2011 (...) la Sala en sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente: 22.163, determinó, de acuerdo con el principio del arbitrio iuris, los parámetros de liquidación y valoración del daño a la salud, en cuanto a su contenidos objetivo (estático) y subjetivo (dinámico). (...) debe indicarse que en los casos en que las lesiones revisten mayor gravedad, esto es una incapacidad del 100%, se ha concedido por daño a la salud el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes. Por lo tanto, aplicando una simple regla de tres, y establecido que el porcentaje de incapacidad de José Silvestre Daza Plata, Jorge Luís Polo Carracedo y Clodomiro Yasith Robles Orozco, es del 96.99%, 75.11% y 38.26%, se les reconocerá por este concepto el valor de 387,96; 300,44 y 153.04 salarios de la misma índole, respectivamente, por lo cual, el monto de la indemnización resulta proporcional con la lesión sufrida, esto de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados sobre la materia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio que supone una significativa variación en el estado de salud de los demandante principales.

NOTA DE RELATORIA. Unificación jurisprudencial. Procedencia de liquidación y valoración del daño a la salud, consultar sentencias de 14 de septiembre, exps. 19031 y 38222. En relación con la aplicación del arbitrio juris como parámetro de liquidación y valoración del daño a la salud ver sentencia de 28 de marzo de 2012, exp. 22163

INDEMNIZACION A FORFAIT - Pérdida de capacidad laboral / INDEMNIZACION A FORFAIT - Configura una prestación social / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS - Pérdida de capacidad laboral / INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL - Configuración de un daño antijurídico / INDEMNIZACION A FORFAIT E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL - Tienen naturaleza jurídica diferente / INDEMNIZACION A FORFAIT E INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL - Son válidamente acumulables. Improcedencia de descuentos entre una y otra

La parte demandada destacó que el a quo no debió reconocer los perjuicios materiales señalados, comoquiera que José Silvestre Daza Plata y Jorge Luís Polo Carracedo, debido a las lesiones sufridas, fueron pensionados, lo que significaba que continuarían percibiendo una remuneración económica mensual, sin menoscabo en su patrimonio presente o futuro. (...) observa la sala que se trata de establecer sí cuando como consecuencia de un daño donde la víctima recibe compensaciones de varias fuentes queda en una mejor posición por el aspecto patrimonial a causa del mismo, y si dicha situación es compatible con criterios de validez y justicia. Este evento corresponde a lo que la doctrina ha denominado la compensatio lucri cum damnis y puede estar conformado por conceptos diferentes al indemnizatorio, que dicho sea, es el debido por el

causante directo del daño. Se tiene, en consecuencia, que sí es posible para la víctima quedar en una mejor situación material o de ventaja con motivo de los diferentes ingresos económicos a que puede tener derecho por la materialización del daño. (...) Es el caso, tratado en varias ocasiones por la jurisprudencia de la corporación, como en el presente, cuando la víctima reclama la indemnización legal o a forfait (prestaciones sociales, mas técnicamente) y la indemnización propiamente dicha, en el que se ha planteado el problema de su acumulación. Para el análisis debe establecerse si coinciden la indemnización que se origina con el daño y las prestaciones sociales que se derivan de la condición que las posibilita. La Sala Plena ha precisado el alcance y contenido de estas diversas realidades. (...) claramente hay lugar al reconocimiento y pago no sólo de los valores derivados de la relación laboral - prestacional de la víctima, sino también de los originados en la indemnización que por el ejercicio de la acción resarcitoria pueda obtener, sin que haya lugar hacer descuento alguno entre las sumas reconocidas, las cuales, por el contrario, como se ha sostenido, pueden válidamente acumuladas.

NOTA DE RELATORIA: Sobre el tema, consultar de la Sala Plena sentencia del 7 de febrero de 1995, exp. S-247 y Sección Tercera sentencia del 12 de septiembre de 1991, exp. 6572

NOTA DE RELATORIA: Con aclaración de voto del doctor Jaime Orlando Santofimio Gamboa

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 05001-23-31-000-1995-00464-01(21285)

Actor: ANDRES MANUEL BUELVAS VIDES Y OTROS

Demandado: NACION -MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 15 de marzo de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión, en la que se resolvió:

“PRIMERO: Se declara administrativamente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa –Ejército Nacional-, de los perjuicios ocasionados a

los demandantes con motivo de las lesiones y la muerte sufrida en la humanidad de: HUMBERTO ANTONIO VIDES GARCÍA, CLODOMIRO YASITH ROBLES OROZCO, JOSÉ SILVESTRE DAZA PLATA, JORGE LUÍS POLO CARRACEDO y JAIDER ALFREDO GUTIÉRREZ FUENTES, en hechos ocurridos el día nueve de abril de 1994, al accidentarse un vehículo militar en el municipio de Carepa (Antioquia).

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se condena a la Nación – Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, a pagar por concepto de perjuicios morales a las siguientes personas:

HUMBERTO ANTONIO VIDES GARCÍA: la suma que represente en pesos colombianos la cantidad de 1000 gramos oro, según certificación que de su valor haga el Banco de la República al momento de la ejecutoria de esta sentencia.

Para VÍCTOR MANUEL BUELVAS VIDES, MARÍA ISABEL BUELVAS VIDES, en calidad de hermanos del señor HUMBERTO ANTONIO VIDES GARCÍA, a cada uno, la suma que represente en pesos colombianos la cantidad de 200 gramos oro cada uno, según certificación que de su valor haga el Banco de la República al momento de la ejecutoria de esta sentencia.

A CLODOMIRO YASITH ROBLES OROZCO: la suma que represente en pesos colombianos la cantidad de 1000 gramos oro, según certificación que de su valor haga el Banco de la República al momento de la ejecutoria de esta sentencia.

A MILENYS (o MILENA) ROBLES OROZCO, ESTERLINA ROBLES OROZCO, ROSANA ROBLES OROZCO, ARNULFO ENRIQUE ROBLES OROZCO, KAREN CAROLINA ROBLES OROZCO; MARY LUZ ROBLES OROZCO, EDINSON ROBLES OROZCO, JORGE OROZCO CANTILLO, JOHNY ENRIQUE ROBLES OROZCO Y MARIBEL ROBLES OROZCO, en calidad de hermanos de CLODOMIRO YASITH ROBLES OROZCO, a cada uno, la suma que represente en pesos colombianos la cantidad de 200 gramos oro cada uno, según certificación que de su valor haga el Banco de la República al momento de la ejecutoria de esta sentencia.

CELINA ESTHER GUTIÉRREZ SIERRA, en calidad de madre de crianza del señor JAIDER ALFREDO GUTIÉRREZ FUENTES, la suma que represente en pesos colombianos la cantidad de 1000 gramos oro, según certificación que de su valor haga el Banco de la República al momento de la ejecutoria de esta sentencia.

CARMEN ELENA GUTIÉRREZ, YOLANDA ISABEL GUTIÉRREZ, MARTÍN ENRIQUE GUTIÉRREZ, MARÍA CRISTINA LORA GUTIÉRREZ, JOAQUÍN PABLO LORA GUTIÉRREZ en calidad de hermanos de crianza del señor JAIDER ALFREDO, a cada uno, la cantidad de 200 gramos oro según certificación que de su valor haga el Banco de la República al momento de la ejecutoria de esta sentencia.

JOSÉ SILVESTRE DAZA PLATA, en calidad de lesionado la suma que represente en pesos colombianos la cantidad de 1000 gramos oro, según certificación que de su valor haga el Banco de la República al momento de la ejecutoria de esta sentencia.

JOSÉ EUGENIO DAZA SUÁREZ, NIMIA MARÍA PLATA GUTIÉRREZ en calidad de padres de JOSÉ SILVESTRE DAZA PLATA, a cada uno, la cantidad de 600 gramos oro según certificación que de su valor haga el Banco de la República al momento de la ejecutoria de esta sentencia.

NINI YHOANA DAZA PLATA, YENIFER YAJAIRA DAZA PLATA; JOSÉ EUGENIO DAZA PLATA, MELQUICEDEC DAZA PLATA y MARÍA FABIOLA MILIAN PLATA, en calidad de hermanos de JOSÉ SILVESTRE DAZA PLATA, a cada uno, la cantidad de 300 gramos oro según certificación que de su valor haga el Banco de la República al momento de la ejecutoria de esta sentencia.

Para JUANA EVANGELISTA GUTIÉRREZ y TOMASA SUÁREZ MILIAN, abuelas de JOSÉ SILVESTRE DAZA PLATA, a cada una la cantidad de 400 gramos oro según certificación que de su valor haga el Banco de la República al momento de la ejecutoria de esta sentencia.

JOSÉ JACOB VILLALOBO, GUILLERMINA CARRACEDO DE POLO en calidad de padres del lesionado JORGE LUÍS POLO CARRACEDO, a cada uno la cantidad de 600 gramos oro, según certificación que de su valor haga el Banco de la República al momento de la ejecutoria de esta sentencia.

JORGE LUÍS POLO CARRACEDO, en calidad de lesionado la suma que represente en pesos colombianos la cantidad de 1000 gramos oro, según certificación que de su valor haga el Banco de la República al momento de la ejecutoria de esta sentencia.

MALIO RAQUEL POLO CARRACEDO, ZULEIMA POLO CARRACEDO, MARTÍN JOSÉ POLO CARRACEDO, ALFONSO ENRIQUE POLO CARRACEDO, ALCIRA SEGUNDA POLO CARRACEDO, EYADIRA POLO CARRACEDO, MARIELIS INÉS POLO CARRACEDO, y ALBERTO POLO CARRACEDO en calidad de hermanos de JORGE LUÍS POLO CARRACEDO, a cada uno, la cantidad de 300 gramos oro según certificación que de su valor haga el Banco de la República al momento de la ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: Se condena a la NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, a pagar por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante tanto vencido como futuro (consolidado) a las siguientes personas:

A HUMBERTO ANTONIO VIDES GARCÍA: la suma de ocho millones seiscientos treinta y ocho mil ochocientos setenta pesos (\$8.638.870)

CLODOMIRO YASITH ROBLES OROZCO: La suma de veintinueve millones ochocientos cuarenta y un mil quinientos veintinueve pesos (\$29.841.529)

A JOSÉ SILVESTRE DAZA PLATA: La suma de setenta y cinco millones seiscientos cuarenta y ocho mil seiscientos veinticuatro pesos (\$75.648.624)

A JORGE LUÍS POLO CARRACEDO: La suma de cincuenta y ocho millones novecientos noventa y seis mil ochocientos setenta y ocho pesos (\$58.996.878)

CUARTO: Se niegan las demás súplicas de la demanda.

QUINTO: No se condena en costas y se dará cumplimiento a la sentencia en los términos establecidos en los artículos 176,177 y 178 del Código Contencioso Administrativo. Si esta sentencia no fuere apelada, consúltese." (Mayúscula sostenida en el original).

I. Antecedentes

1. En demandas acumuladas, presentadas el 29 de marzo de 1995, 16 de noviembre de 1995¹, 18 de marzo de 1996² y 9 de abril de 1996, los grupos familiares que a continuación se describen, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación, -Ministerio de Defensa, Ejército Nacional-, por la muerte de Jaider Alfredo Gutiérrez Fuentes y por las lesiones de que fueron víctimas los soldados: Humberto Antonio Vides García, Jorge Luís Polo Carracedo, Clodomiro Yasith Robles Orozco y José Silvestre Daza Plata, el 9 de abril de 1994, en accidente de tránsito ocurrido en la vía que del aeropuerto Los Cedros conduce al Batallón Voltígeros en el municipio de Carepa, Antioquia.

Primer grupo:

Humberto Antonio Vides García, Andrés Manuel, Víctor Manuel, Mario Rafael, María Isabel, Eidaidés y Florentino Buelvas Vides; por las lesiones del primero de ellos.

Segundo grupo:

Clodomiro Yasith Robles Orozco, Clodomiro Robles Vega, Andrea Orozco Jiménez, Jorge Orozco Cantillo, Milena, Esterlina, Rosana, Arnulfo Enrique, Karen Carolina, Mary Luz, Edinson, Johny Enrique y Maribel Robles Orozco, por las lesiones del primero de ellos.

Tercer grupo:

¹ Acumulado con demanda presentada el 29 de marzo de 1995, en la que igualmente se solicita se condene a la entidad por las lesiones ocasionadas a José Silvestre Daza Plata.

² Acumulado con demanda presentada el 29 de marzo de 1995, en la que igualmente se solicita se condene a la entidad por las lesiones ocasionadas a Jorge Luís Polo Carracedo.

José Silvestre Daza Plata, José Eugenio Daza Suarez, Nimia María Plata Gutiérrez, Nini Yhoana, Yenifer, Yajaira, José Eugenio y Melquicedec Daza Plata; Juana Evangelista Gutiérrez Ortega, Tomasa Suarez Milian y María Fabiola Milian Plata, por las lesiones del primero de ellos.

Cuarto grupo:

Jorge Luís Polo Carracedo, José Jacob Polo Villalobo, Guillermina Carracedo de Polo, Malio Raquel, Zuleima, Martín José, Alfonso Enrique, Alcira Segunda, Eyadira, Marielis Inés y José Alberto Polo Carracedo, por las lesiones del primero de ellos.

Todos los demandantes que se vienen de relacionar solicitaron se condenara, por concepto de perjuicios morales, a la suma que en pesos correspondiera a 1.000 gramos de oro para cada uno. Por perjuicios materiales los lesionados deprecaron individualmente por daño emergente, la suma de \$30.000.000 pesos, en atención a lo cancelado por gastos médicos; por lucro cesante \$60.000.000 de pesos y por la merma de goce fisiológico \$40.000.000 de pesos.

Quinto grupo:

Celina Esther Gutiérrez Sierra, Carmen Elena Gutiérrez, Yolanda Isabel Gutiérrez, María Cristina Lora Gutiérrez, Joaquín Pablo Lora Gutiérrez, Jaime Alfredo Gutiérrez Sierra, Karen Margarita Gutiérrez Carranza, Vilma Leonor Gutiérrez Carranza, Jaime Stivinson Gutiérrez Carranza, Jaime Alberto Gutiérrez Pisciotty, Breyner Alfredo Gutiérrez Pisciotty, Víctor Alfonso Gutiérrez Pisciotty, Yulis Paola Gutiérrez Pisciotty, Aida María Fuentes Vides, Álvaro Alfonso Fuentes Vides Y Francisco Javier, María Fernanda, Fernando Carlos y César Augusto Cepeda Fuentes, por la muerte de Jaider Alfredo Gutiérrez Fuentes, quienes pidieron se condenara, por concepto de perjuicios morales a la suma que en pesos correspondiera a 1.000 gramos de oro, para cada uno. Por perjuicios materiales, los gastos en que se incurriera para sacar avante el litigio; subsidiariamente, Celina Gutiérrez deprecó lucro cesante sin determinar su valor, señalando que, en caso de no ser posible hacer el cálculo de esos perjuicios, se concretara a la suma que en pesos correspondiera a 4.000 gramos de oro.

Como supuesto fáctico de la causa petendi, se señaló que en la fecha citada, se ordenó el desplazamiento por comisión de tropas del ejército, en un avión hércules, desde el batallón Rondón No. 2 de Buenavista, Guajira, hacia el

municipio de Carepa, y al llegar, abordaron el vehículo oficial dispuesto para esos efectos, el cual era conducido por el cabo Osgardo de Jesús Herrera Ciro; se indicó que a los pocos minutos de haber emprendido el viaje rumbo al Batallón Voltígeros, el automotor se accidentó resultando heridos los soldados: Humberto Antonio Vides García, Clodomiro Yasith Robles Orozco, José Silvestre Daza Plata, Jorge Luís Polo Carracedo y Jaider Alfredo Gutiérrez Fuentes y, fallecido, Jaider Alfredo Gutiérrez Fuentes.

2. Las respectivas demandas fueron admitidas mediante auto del 20 de abril, 22 de mayo, 6 y 7 de abril de 1995, y 28 de mayo de 1996 y notificadas en debida forma.

La Nación - Ministerio de Defensa, Ejército Nacional- se opuso a la prosperidad de las pretensiones, esgrimiendo en síntesis que no existía responsabilidad del Estado, toda vez que no se demostró que el daño invocado hubiera sido causado por falla en el servicio.

3. Igualmente formuló llamamiento en garantía al teniente Arcángel Echavarría Echavarría, como responsable de los hechos en los que resultaron lesionados los soldados, a fin de que se declarara en la sentencia si actuó con dolo o culpa grave; sin embargo, pese a que el Tribunal de Antioquia mediante auto del 3 de julio de 1997 aceptó el llamamiento, no fue posible su vinculación conforme a lo indicado en proveído del 6 de agosto de 1999³.

4. Concluida la etapa probatoria, iniciada en los procesos de la referencia por autos del 2 y 25 de octubre, 5 de diciembre y 26 de agosto de 1996 respectivamente, y fracasada la conciliación, se dio traslado para alegar.

La entidad demandada señaló que el caso se enmarcaba en el ejercicio de una actividad peligrosa, sin embargo, adujo la configuración de la eximente de responsabilidad de culpa personal del agente, toda vez que, de acuerdo con la versión del conductor, el accidente se ocasionó porque al pasar por una curva, un camión invadió su carril haciéndole perder el control del vehículo; manifestó que si en gracia de discusión se aceptara que fueron el exceso de velocidad y la imprudencia las que provocaron el suceso, debía entenderse que fue el comportamiento del uniformado el que originó el daño, lo cual resultaba ajeno a la

³ Folio 120 del cuaderno inicialmente radicado bajo el número 960.587

institución. Además, se brindó a cada uno de los lesionados toda la atención médica necesaria.

Finalmente, destacó que las pretensiones de las demandas eran manifiestamente excesivas, en relación con lo acreditado en el proceso y con lo que se reconocía en la jurisprudencia del Consejo de Estado sobre el particular.

El Ministerio Público guardó silencio.

II. Sentencia de primera instancia

El Tribunal al conceder las pretensiones de la demanda, en los términos transcritos al inicio de esta providencia, consideró que de acuerdo con el material probatorio, el siniestro se produjo por la falla del servicio consistente en el exceso de velocidad y la falta de pericia del conductor; señalando que si bien se había tratado de justificar la rapidez porque así lo había ordenado el teniente Arcángel Echavarría que estaba al mando del grupo, esta orden no tenía ni la calidad ni la exigencia suficientes para compeler al conductor a violar las normas de tránsito, ya que era precisamente él quien tenía la capacidad de determinar la manera como debía conducir el vehículo. Se negó la eximente planteada por la defensa de culpa personal del agente, argumentando que le asistía responsabilidad al demandado por cuanto los soldados se encontraban en una misión especial propia del servicio, movilizándose en un vehículo oficial que estaba al mando de un teniente.

III. Recurso de apelación

1. Las partes interpusieron recursos de apelación, que fueron concedidos mediante auto del 15 de mayo de 2001, y sustentados oportunamente por los recurrentes.

1.1. El apoderado de los demandantes lesionados, solicitó la revocatoria de los párrafos 3, 5, 9, 10, 11, 12 y 14 del numeral segundo, y de los párrafos 1, 2, 3 y 4 del numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia, en su lugar pidió que se condenara, por concepto de perjuicio moral, para cada uno de los padres de los lesionados, a 100 salarios mínimos legales mensuales; para cada uno de los hermanos de los lesionados y para cada una de las abuelas de José Daza Plata, a

50 salarios mínimos legales mensuales; igualmente deprecó se incrementará el monto de la condena por concepto de lucro cesante para cada uno de los lesionados y la condena en 400 salarios mínimos legales mensuales a la demandada, por los daños causados a la vida de relación de los demandantes.

Lo anterior, en atención a la gravedad de las lesiones recibidas que dejaron una considerable merma en su capacidad laboral, y a los traumas psicológicos que produjo el hecho en cada uno de los familiares de los lesionados.

1.2. Por su parte, el apoderado de los familiares del soldado fallecido impugnó el fallo de primera instancia ante la denegatoria del reconocimiento de perjuicios morales al padre biológico de Jaider Alfredo Gutiérrez, haciendo alusión a las buenas relaciones existentes entre éstos.

1.3. Finalmente, la demandada reiteró que en el evento sub examine se configuraba la culpa personal del agente, pero si en gracia de discusión no se aceptaba la existencia de la eximente de responsabilidad, debían estudiarse las circunstancias especiales de cada supuesto, toda vez que las condenas no se acompañaban con la prueba relativa al tipo de lesiones padecidas y a la recuperación observada en cada caso; ya que de acuerdo con las historias clínicas y las actas de junta médica laboral, las diferencias en la disminución de capacidad laboral, el tiempo de incapacidad y las secuelas, fueron muy diversas para cada uno y, en forma alguna se avenían con la elevada condena impuesta. En consecuencia, solicitó se revocara en su integridad el fallo recurrido o, en su defecto, se disminuyera el *quantum* de los perjuicios reconocidos a cada uno de los grupos familiares.

2. Debido a solicitud formulada por el apoderado de los familiares del fallecido Jaider Gutiérrez, el 4 de julio de 2002 se llevó a cabo audiencia de conciliación respecto de este grupo familiar; conciliación que fue aprobada por esta colegiatura mediante auto del 25 de julio de la misma anualidad, ordenándose la continuidad del proceso respecto de los demás demandantes.

3. En el traslado para presentar alegatos de conclusión las partes guardaron silencio, de otro lado, durante el término concedido, el Ministerio Público conceptuó, solicitando la disminución de la condena impuesta por perjuicios morales a favor de Humberto Vides García y Clodomiro Ramos a quienes se les

dictaminó una incapacidad del 11% y 38.26%, respectivamente; en su criterio, si bien, merecían indemnización, la estimación del *a quo* resultaba excesiva ya que de acuerdo con los lineamientos trazados por esta corporación, el monto de 1000 gramos oro se había reconocido tratándose de pérdida de un ser querido o de lesiones que implicaban postración total y permanente de la víctima o asunción de condición vegetativa.

Respecto de José Daza y Jorge Polo, solicitó se confirmara la decisión de primera instancia, debido a la magnitud de su incapacidad, esto es, del 96.99% y 75.11%, respectivamente; igualmente, pidió la confirmación de la denegatoria de reconocimiento de perjuicios morales al padre biológico de Jaider Gutiérrez, por cuanto si bien, se demostró el vínculo de consanguinidad con el fallecido, la víctima había sido acogida en el hogar de su tía Celina Gutiérrez, quien lo crió como su propio hijo.

Solicitó, igualmente, se revocara la condena impuesta a favor de Humberto Vides por concepto de lucro cesante, habida cuenta de que una "asimetría facial mínima" no le impedía desarrollar una actividad económicamente lucrativa, comoquiera que si bien, le ocasionaba un defecto estético, ello no limitaba su capacidad productiva; del mismo modo pidió se revocara la condena impuesta, también por ese concepto, a Jorge Luís Polo Carracedo, toda vez que mediante Resolución No. 0646 de 31 de enero de 1996 se le había reconocido derecho a percibir una pensión de invalidez equivalente al 75% del sueldo básico de lo que perciba en todo tiempo un cabo segundo, lo que demostraba que el demandante no había dejado de percibir suma alguna como consecuencia de la incapacidad.

Por último, deprecó el reconocimiento de indemnización por concepto de perjuicio fisiológico o daño a la vida en relación causado a los lesionados, debido a que, del propio contenido de las actas de junta médica laboral practicadas por la dirección de sanidad del ejército, se evidenciaba que las lesiones sufridas producían una disminución en la capacidad de practicar actividades placenteras a la vida humana, sin que se requiriera prueba adicional para tener por demostrada tal afectación.

4. Finalmente, en virtud de proveído del 18 de octubre de 2012 se denegó la solicitud de reconocimiento del apoderado de una de las partes, como cesionario de derechos litigiosos, ordenándose compulsar copias de la providencia y de las

escrituras públicas mediante las cuales se realizó el negocio jurídico en mención, lo anterior conforme a lo establecido en los artículos 53.6 y 54.1 del decreto 196 de 1971 y, en los artículos 35.2 y 34 literal g) de la ley 1123 de 2007, Código Disciplinario del Abogado.

IV. Consideraciones:

1. Corresponde a la Sala decidir los recursos de apelación interpuestos, contra la sentencia del 15 de marzo de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, Sala de Descongestión; de suerte que al haberse interpuesto el recurso de alzada por ambas partes, conforme a lo dispuesto en el artículo 357 del C.P.C se encuentra abierta la litis.

2. Previo a resolver, es necesario señalar que en el sub-examine a pesar de haberse concedido el recurso de apelación, se omitió proferir el auto de admisión, no obstante la existencia de los presupuestos para ello; situación, además, respecto de la cual, guardaron silencio las partes, lo que ineludiblemente, compele a la Sala a hacer un pronunciamiento sobre el particular.

Dispone el artículo 140 del estatuto procesal civil, aplicable por remisión expresa del 165 del C.C.A, lo siguiente:

ARTÍCULO 140. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente⁴ en los siguientes casos:

1. Cuando corresponda a distinta jurisdicción.
2. Cuando el juez carece de competencia.
3. Cuando el juez procede contra providencia ejecutoriada del superior, revive un proceso legalmente concluido o pretermite íntegramente la respectiva instancia.
4. Cuando la demanda se tramite por proceso diferente al que corresponde.
5. Cuando se adelanta después de ocurrida cualquiera de las causales legales de interrupción o de suspensión, o si en estos casos se reanuda antes de la oportunidad debida.

⁴ Aparte subrayado declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-491-95 del 2 de noviembre de 1995, Magistrado Ponente Dr. Antonio Barrera Carbonell.

La Corte advirtió en la Sentencia C-491-95: 'Declarar EXEQUIBLE la expresión acusada del inciso 1o del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, subrogado por el art. 1, numeral 80, del Decreto 2282 de 1989, con la advertencia expresa de que dicho artículo reguló las causales de nulidad legales en los procesos civiles, en consecuencia, además de dichas causales, es viable y puede invocarse la prevista en el art. 29 de la Constitución, según el cual, 'es nula de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso', que es aplicable en toda clase de procesos'.

6. Cuando se omiten los términos u oportunidades para pedir o practicar pruebas o para formular alegatos de conclusión.

7. Cuando es indebida la representación de las partes. Tratándose de apoderados judiciales esta causal sólo se configurará por carencia total de poder para el respectivo proceso.

8. Cuando no se practica en legal forma la notificación al demandado o a su representante, o al apoderado de aquél o de éste, según el caso, del auto que admite la demanda o del mandamiento ejecutivo, o su corrección o adición.

9. Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o de aquellas que deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley.

Cuando en el curso del proceso se advierta que se ha dejado de notificar una providencia distinta de la que admite la demanda, el defecto se corregirá practicando la notificación omitida, pero será nula la actuación posterior que dependa de dicha providencia, salvo que la parte a quien se dejó de notificar haya actuado sin proponerla.

PARAGRAFO. **Las demás irregularidades del proceso se tendrán por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este Código establece.** (Negrillas y subrayas de la sala).

Aun cuando la Corte Suprema de Justicia en sentencia No. 43 de junio 5 de 1986, esto es, bajo la vigencia de la Constitución de 1886, había declarado exequible la expresión "*solamente*" , *ut supra*, dentro de la referida regulación normativa, la Corte Constitucional, en sentencia C-491 de 1995, se vio avocada a hacer un nuevo pronunciamiento para responder a los cargos de una demanda, con fundamento en la normativa ahora vigente, Constitución de 1991, reiterando el carácter taxativo de la disposición y exponiendo con especial *sindéresis* lo siguiente:

"No se opone a la norma del art. 29 de la Constitución la circunstancia de que el legislador señale taxativamente las causales o motivos de nulidad, por las siguientes razones:

La Constitución en el art. 29 señala los fundamentos básicos que rigen el debido proceso; pero corresponde al legislador dentro de su facultad discrecional, aunque con arreglo a criterios objetivos, razonables y racionales, desarrollar a través de las correspondientes fórmulas normativas las formas o actos procesales que deben ser cumplidos para asegurar su vigencia y respeto. En tal virtud, la regulación del régimen de las nulidades, es un asunto que atañe en principio al legislador, el cual puede señalar, con arreglo a dichos criterios y obedeciendo al principio de la proporcionalidad normativa, las causales o motivos que generan nulidad, a efecto de garantizar la regularidad de las actuaciones procesales y consecuentemente el debido proceso.

(...)

Es el legislador, como se advirtió antes, quien tiene la facultad para determinar los casos en los cuales un acto procesal es nulo por carencia de los requisitos formales y sustanciales requeridos para su formación o constitución. Por consiguiente, es válido, siempre que se respete la Constitución, el señalamiento taxativo de las nulidades por el legislador.

Las atribuciones del legislador en la materia contribuyen a la realización jurídica y material del debido proceso y a la seguridad jurídica, en lo atinente al desarrollo de las actuaciones procesales, en cuanto presume, acorde con los principios de legalidad y de buena fe que rigen las actuaciones de las autoridades públicas, la validez de los actos procesales, mientras no se declare su nulidad con arreglo a la invocación de una de las causales específicamente previstas en la ley. De este modo, se evita la proliferación de incidentes de nulidad, sin fundamento alguno, y se contribuye a la tramitación regular y a la celeridad de las actuaciones judiciales, lo cual realiza el postulado del debido proceso, sin dilaciones injustificadas.

El Código de Procedimiento Civil que nos rige con un criterio que consulta la moderna técnica del derecho procesal, señala la taxatividad de las causales de nulidad, es decir, de los motivos que dan lugar a invalidar un acto procesal, y el principio de que no toda irregularidad constituye nulidad, pues éstas se entienden subsanadas si oportunamente no se corrigen a través de los recursos." (Negrillas y subrayas de la sala).

Se destaca que la Corte Suprema de Justicia en su función de guarda de la carta de 1986, con argumentos similares había señalado:

"La ley es la que ha establecido qué defectos en los actos procesales constituyen nulidad procesal. A contrario sensu la misma ley dispuso que el defecto que no constituye nulidad es simplemente irregularidad, toda vez que se utiliza la frase "Las demás irregularidades"... ha de considerarse que toda irregularidad en los actos procesales, cualquiera que sea su nombre, está al alcance de los correctivos que la ley ha dispuesto para ellos⁵".

Sin lugar a duda, como atinadamente lo señaló la Corte Constitucional, una interpretación en este sentido compagina con los postulados constitucionales, porque garantiza el debido proceso y con ello, el acceso a la justicia, el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, y el de preclusión y los derechos procesales de las partes.

⁵ Corte Suprema de Justicia, sentencia No. 43 de junio 5 de 1986.

Reiteradamente la jurisprudencia constitucional ha señalado que la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio no puede servir al propósito de hacer que las ritualidades procesales se conviertan en un fin en sí mismas, pues la prevalencia del derecho sustancial impone que los procedimientos sirvan como medio para lograr la efectividad de los derechos subjetivos de las partes y demás intervinientes en los procesos; de igual modo ha señalado que se incurre también en defecto procedimental, cuando, en aras de otorgarle plena satisfacción a requisitos de índole formal resultan sacrificados otros derechos de índole constitucional⁶.

Esta también es la pauta hermenéutica consagrada el artículo 4º del C.P.C que enseña:

Al interpretar la ley procesal, el juez deberá tener en cuenta que el objeto de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Las dudas que surgen en la interpretación de las normas del presente Código, deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumpla la garantía constitucional del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes.

La similitud y correspondencia de la norma en cita con el artículo 228 de la Constitución que dispone que en las actuaciones de la administración de justicia prevalecerá el derecho sustancial, reconoce inequívocamente la importancia de los dispositivos procesales como medio de realización y protección de otros derechos sustanciales.

En consecuencia, se transgrede el debido proceso cuando en determinado caso, por la exigencia irreflexiva del cumplimiento de requisitos formales y la no yuxtaposición de las garantías fundamentales como el derecho a una tutela judicial efectiva, deviene igualmente una denegación de justicia.

Acerca del derecho a una tutela judicial efectiva la Corte Constitucional⁷ expresó:

“El derecho a una tutela judicial efectiva, apareja, entre otras cosas, la posibilidad de acceder en condiciones de igualdad y sin obstáculos o barreras desproporcionadas, a un juez o tribunal independiente e imparcial, frente al cual se pueda acometer, libremente, la plena

⁶ Ver Corte Constitucional, sentencia T-531 de junio 25 de 2010, expediente T-2.404.454

⁷ Corte Constitucional, sentencia C -318 de 1998

defensa los derechos o intereses propios a fin de obtener, dentro de un plazo razonable, la debida protección del Estado.”

Ahora, a efectos de válidamente dar preeminencia al derecho sustancial en menoscabo de la formalidad, impone preguntarse acerca de cuál garantía procura salvaguardar el artículo 212 del C.C.A, al disponer que una vez sustentado el recurso y, reunidos los demás requisitos legales debe ser admitido mediante auto que se notificará a las partes y al ministerio público; y analizar si en el presente caso, al omitir el cumplimiento de la formalidad, se puso en riesgo el núcleo de la garantía protegida.

La respuesta no requiere mayores disquisiciones, por cuanto la teleología procesal en el *sub - iudice*, evidencia que la norma tiene como finalidad proteger el principio de la doble instancia una vez se hayan verificado los presupuestos legales que habiliten al *ad quem* en el conocimiento del asunto sometido a examen judicial, para, de este modo, materializar la competencia funcional que por imperativo de ley, le es atribuida. El caso bajo examen, indiscutiblemente se circunscribe en un proceso con vocación de doble instancia en el que los recursos fueron interpuestos y sustentados en la oportunidad legal, sin que se haya lesionado el principio de bilateralidad de la audiencia, *audiatur altera pars*, ni otros de trascendencia imperativa, como los que atañen a los supuestos de validez del proceso.

Una decisión sin consideración a los razonamientos aquí expuestos, conllevaría sin duda a un desconocimiento de la ciencia procesal constitucional que se explica a partir de la relación que existe entre el proceso y la constitución pues como claramente lo señala el tratadista Hernández Valle “las nulidades procesales solo pueden declararse cuando impliquen una clara indefensión de las partes⁸”.

Luego, siendo diáfana la taxatividad de la norma y con ello, el alcance restrictivo de interpretación de los presupuestos bajo los cuales es admisible la declaratoria de nulidad del proceso, se impone señalar que la ausencia del auto que admite el recurso no constituye *per se*, una causal de nulidad que invalide la actuación judicial surtida, habida cuenta de que (i) no está consagrada en ninguna de las causales específicamente enlistadas en la disposición en comento, (ii) y porque

⁸ HERNÁNDEZ VALLE, Rubén. Derecho Procesal Constitucional. Juriscentro, San José de Costa Rica, 1995. Pág. 98.

una interpretación en sentido contrario no solo contravendría la hermenéutica de la exégesis impuesta por el legislador, sino que transgrediría, *in fine*, una de las aristas fundamentales del debido proceso como es la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, el principio de celeridad y eficacia procesal y, el derecho a una tutela judicial efectiva que de suyo implica un proceso sin dilaciones injustificadas que hagan más gravosa el derecho al oportuno acceso a la administración de justicia.

Ahora, si el asunto fuera pasible de discusión, que no lo es, es decir, que la omisión de la instancia en la expedición del auto admisorio del recurso fuera un vicio susceptible de nulidad, ella tampoco tendría la envergadura suficiente para desarticular la sucesión de actos procesales llevados a cabo para la consecución del fallo, toda vez que no soporta un examen a la luz de los principios que orientan la declaratoria de las nulidades procesales, como son la especificidad, la trascendencia, la protección y la convalidación⁹. *Especificidad*, en tanto no existe el hecho legal generador de la misma de acuerdo a lo establecido por el legislador en el artículo 140 *ibídem*; *trascendencia*, toda vez que el defecto no coloca en posición de vulnerabilidad a ninguna de las partes, como tampoco resulta lesivo a sus derechos legales, constitucionales, sustanciales o, sustanciales procesales; *protección*, por cuanto nadie puede alegar su propia omisión para luego beneficiarse de la misma, en tal sentido ha de destacarse que, las partes omitieron interponer los recursos de ley contra el acto subsiguiente como era el que corría traslado para alegar en segunda instancia; y *convalidación*, puesto que éste supone la posibilidad de que el acto viciado, por acción u omisión, pueda ser convalidado expresa o tácitamente, por el o los sujetos procesales legitimados para alegarla al estar involucrados sus exclusivos intereses procesales.

Así las cosas, (i) habiendo establecido el párrafo del artículo 140 que las demás irregularidades del proceso que no estuvieren enlistadas en la disposición transcrita, si no se hubieron impugnado oportunamente por medio de los recursos establecidos en la ley, se tendrían por subsanadas, (ii) que la ausencia del auto admisorio del recurso de alzada, no se halla dentro de las causales de nulidad puntualmente establecidas en la ley, (iii) que no se violó el propósito procesal del artículo 212 del C.C.A, por cuanto existen los presupuestos del caso para conocer en segunda instancia, (iv) que el acto omisivo no se impugnó oportunamente a

⁹ MESA CALLE, María Cecilia. Derecho Procesal Civil Parte General. Biblioteca Jurídica Dike, 2004, pág. 426.

través de los recursos que el código establece conforme lo imponía el párrafo del artículo 140 del estatuto procesal *ejusdem*, (v) y que con tal omisión no se vulneró garantía constitucional alguna, la sala, procederá a tener por subsanada la irregularidad aludida y a proferir la decisión que se impone para resolver el litigio.

2. De conformidad con los lineamientos legales y jurisprudenciales recientes, se reconocerá valor a la prueba documental que se encuentra en copia simple y que obra a folios 236 y 269 del expediente No. 950.465 y folios 234 y 270 del expediente No. 950.465, pues en relación con las normas que rigen la materia, es preciso señalar que la regulación vigente es la contenida en los artículos 254 y 252 del C.P.C., cuyo sentido literal es el siguiente:

“ARTÍCULO 252. DOCUMENTO AUTÉNTICO. Artículo modificado por el artículo 26 de la Ley 794 de 2003. El nuevo texto es el siguiente: Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. El documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad.

“El documento privado es auténtico en los siguientes casos:

“1. Si ha sido reconocido ante el juez o notario, o si judicialmente se ordenó tenerlo por reconocido.

“2. Si fue inscrito en un registro público a petición de quien lo firmó.

“3. Si habiéndose aportado a un proceso y afirmado estar suscrito, o haber sido manuscrito por la parte contra quien se opone, ésta no lo tachó de falso oportunamente, o los sucesores del causante a quien se atribuye dejaren de hacer la manifestación contemplada en el inciso segundo del artículo 289.

Esta norma se aplicará también a las reproducciones mecánicas de la voz o de la imagen de la parte contra quien se aducen, afirmándose que corresponde a ella.

“4. Si fue reconocido implícitamente de conformidad con el artículo 276.

“5. Si se declaró auténtico en providencia judicial dictada en proceso anterior, con audiencia de la parte contra quien se opone en el nuevo proceso, o en la diligencia de reconocimiento de que trata el artículo 274.

“Se presumen auténticos los libros de comercio debidamente registrados y llevados en legal forma, el contenido y las firmas de pólizas de seguros y recibos de pago de sus primas, certificados, recibos, bonos y títulos de inversión en establecimientos de crédito y contratos de prenda con éstos, cartas de crédito, contratos de cuentas corrientes bancarias, extractos del movimiento de éstas y de cuentas con aquellos establecimientos, recibos de consignación y comprobantes de créditos, de débitos y de entrega de chequeras, emitidos por los mismos establecimientos, y los títulos de acciones en sociedades comerciales y bonos emitidos por estas, títulos valores, certificados y

títulos de almacenes generales de depósito, y demás documentos privados a los cuales la ley otorgue tal presunción.

“Inciso modificado por el artículo 11 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente: En todos los procesos, los documentos privados manuscritos, firmados o elaborados por las partes, presentados en original o en copia para ser incorporados a un expediente judicial con fines probatorios, se presumirán auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación. Esta presunción no aplicará a los documentos emanados de terceros de naturaleza dispositiva.”

“Se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos establecidos en el artículo 488, cuando de ellos se pretenda derivar título ejecutivo.

“Los memoriales presentados para que formen parte del expediente se presumirán auténticos salvo aquellos que impliquen o comporten disposición del derecho en litigio y los poderes otorgados a apoderados judiciales que, en todo caso, requerirán de presentación personal o autenticación.” (Negrillas y subrayado adicionales).

“
.....

“ARTÍCULO 254. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Artículo modificado por el artículo 1, numeral 117 del Decreto 2282 de 1989. El nuevo texto es el siguiente: Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

“1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.

“2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.

“3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.” (Negrillas del original).

Como se aprecia, las disposiciones contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., resultan aplicables a los procesos de naturaleza contencioso administrativa en curso, de conformidad con la regla de integración normativa contenida en el artículo 267 del C.C.A.

De otro lado, es necesario destacar la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, que cambió el inciso cuarto del artículo 252 del C.P.C., para señalar que los documentos privados elaborados o suscritos por las partes, incorporados al proceso en original o copia se presumen auténticos, sin necesidad de presentación personal ni autenticación, salvo los que provienen de terceros que revisten la condición de dispositivos.

No obstante, con la promulgación de la ley 1437 de 2011 –nuevo código de procedimiento administrativo y de lo contencioso administrativo– se profirió una disposición especial aplicable a los asuntos de conocimiento de esta jurisdicción, precepto cuyo contenido y alcance era el siguiente:

“ARTÍCULO 215. VALOR PROBATORIO DE LAS COPIAS. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tendrán el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas de falsas, para cuyo efecto se seguirá el trámite dispuesto en el Código de Procedimiento Civil.

“La regla prevista en el inciso anterior no se aplicará cuando se trate de títulos ejecutivos, caso en el cual los documentos que los contengan deberán cumplir los requisitos exigidos en la ley.”

De allí que la citada disposición resultaba aplicable a los procesos contencioso administrativos que estuvieran amparados por la regla de transición contenida en el artículo 308 de la misma ley 1437 de 2011¹⁰.

Lo relevante del artículo 215 de la ley 1437 de 2011 –C.P.A.C.A.– era que incorporaba o concentraba la regulación legal del valor probatorio de las copias en una sola disposición, que no se prestaba para interpretaciones o hermenéuticas en relación bien con la clase o naturaleza del documento –público o privado– así como tampoco con su autor, signatario o suscriptor –las partes o terceros–.

En esa lógica, la normativa mencionada constituía un régimen de avanzada en el que el principio de buena fe contenido en el texto constitucional (artículo 83) y desarrollado ampliamente en el Código Civil –en sus vertientes objetiva y subjetiva– se garantizaba plenamente, toda vez que correspondía a las partes o sujetos procesales tachar de falsas las copias que, en su criterio, no correspondían con el original y, por lo tanto, dar paso al incidente de tacha de falsedad del respectivo documento.

¹⁰ “ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

“Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia.

“Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior.” (Se destaca).

Es así como, con el artículo 215 de la ley 1437 de 2011, se permitía que las partes aportaran los documentos que tenían en su poder en copia, sin importar que los mismos fueran elaborados por aquéllas, por terceros o inclusive que provinieran de una autoridad administrativa o judicial. Era el reconocimiento pleno del principio de confianza que debe imperar en toda sociedad moderna, siempre y cuando se otorguen las herramientas para surtir de manera efectiva el derecho de contradicción.

En esa línea de pensamiento, las regulaciones contenidas en las leyes 1395 de 2010 y 1437 de 2011, eran el reflejo de una concepción del proceso más moderna, alejada de los ritualismos y formalismos que tanto daño le han hecho a la administración de justicia, puesto que atentan contra los principios de celeridad y eficacia.

La confianza, en el sentido filosófico y sociológico, ha sido delimitada en los siguientes términos:

“La confianza, en el más amplio sentido de la fe en las expectativas de uno, es un hecho básico de la vida social. Por supuesto que en muchas situaciones, el hombre puede en ciertos aspectos decidir si otorga confianza o no. **Pero una completa ausencia de confianza le impediría incluso levantarse en la mañana. Sería víctima de un sentido vago de miedo y temores paralizantes. Incluso no sería capaz de formular una desconfianza definitiva y hacer de ello un fundamento para medidas preventivas, ya que esto presupondría confianza en otras direcciones. Cualquier cosa y todo sería posible. Tal confrontación abrupta con la complejidad del mundo al grado máximo es más de lo que soporta el ser humano.**

“Este punto de partida puede considerarse como referencia, como una afirmación incontrovertiblemente verdadera. Cada día ponemos nuestra confianza en la *naturaleza* del mundo, que de hecho es evidente por sí misma, y en la naturaleza humana. **En este nivel que es el más básico, la confianza (*Zutrauen*) es un rasgo natural del mundo, parte integral de los límites dentro de los cuales vivimos nuestras vidas cotidianas, aunque no es un componente intencional (y, por lo tanto, variable) de la experiencia.**

“En segundo lugar, la necesidad de confianza puede considerarse como el punto de partida correcto y apropiado para la derivación de reglas para la conducta apropiada. Si el caos y el temor paralizante son las únicas alternativas para la confianza, hay que concluir que el hombre por naturaleza tiene que otorgar confianza, aun cuando esto no se haga ciegamente y sólo en ciertas

direcciones. Por medio de este método uno llega a las máximas éticas o a la ley natural...¹¹ (Negrillas del original).

En efecto, los lineamientos procesales modernos tienden a valorar la conducta de los sujetos procesales en aras de ponderar su actitud y, de manera especial, la buena fe y lealtad con que se obra a lo largo de las diferentes etapas que integran el procedimiento judicial.

No obstante lo anterior, con la expedición de la ley 1564 de 2012 –nuevo código general del proceso– corregido mediante el Decreto 1736 de 2012, se derogó expresamente el inciso primero del artículo 215 de la ley 1437 de 2011, C.P.A.C.A.

En efecto, el artículo 16 del Decreto 1736, estableció:

“ARTÍCULO DÉCIMO SEXTO. Corrijase el literal a) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012, el cual quedará así:

"Artículo 626.

“A partir de la promulgación de esta ley quedan derogados: artículos [126](#), [128](#), la expresión "y a recibir declaración a los testigos indicados por los solicitantes" del [129](#), [130](#), [133](#), [la expresión "practicadas las diligencias indicadas en el artículo 130"](#) del [134](#), las expresiones "[y no hubiere por este tiempo de practicar las diligencias de que habla el artículo 130](#)" y "[sin tales formalidades](#)" del [136](#) y [202](#) del Código Civil; artículos [9º](#) y [21](#) del Decreto 2651 de 1991; los artículos [8º inciso 2º](#) parte final, [209 A](#) y [209 B](#) de la Ley 270 de 1996; el artículo [148](#) de la Ley 446 de 1998; [211](#) y [544](#) del Código de Procedimiento Civil; el numeral [1](#) del artículo 19 y la expresión "por sorteo público" del artículo 67 inciso [1º](#) de la Ley 1116 de 2006; el inciso [2º](#) del artículo 40 de la Ley 1258 de 2008; la expresión "[que requerirá presentación personal](#)" del artículo 71, **[el inciso 1º del artículo 215](#)** y el [inciso 2º](#) del artículo 309 de la Ley 1437 de 2011; la expresión "No se requerirá actuar por intermedio de abogado" del artículo 58 numeral [4](#), el literal [e\)](#) del numeral 5 del artículo 58 y el numeral [8](#) del artículo 58 de la Ley 1480 de 2011; el artículo [34](#) del Decreto-ley 19 de 2012; y, cualquier norma que sea contraria a las que entran en vigencia a partir de la promulgación de esta ley.,

“(...)”

Así las cosas, al haber derogado el Código General del Proceso C.G.P., la disposición contenida en la ley 1437 de 2011, resulta incuestionable que las normas para la valoración de las copias son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., preceptos que mantienen vigencia, ya que sólo la perderán a partir

¹¹ LUHMANN, Niklas "Confianza", Ed. Anthropos, Ciudad de México, 2005, Pág. 5 y 6.

del 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el artículo 627 de la codificación general citada¹².

Las reglas relativas a la valoración de las copias, que podrán entrar en vigencia el 1º de enero de 2014, según lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 627 del C.G.P., son las siguientes:

“Artículo 243. Distintas clases de documentos.

“Son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares.

“Los documentos son públicos o privados. Documento público es el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención. Así mismo, es público el documento otorgado por un particular en ejercicio de funciones públicas o con su intervención. Cuando consiste en un escrito autorizado o suscrito por el respectivo funcionario, es instrumento público; cuando es autorizado por un notario o quien haga sus veces y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública.

“Artículo 244. Documento auténtico.

¹² **“Artículo 627. Vigencia.**

“La vigencia de las disposiciones establecidas en esta ley se regirá por las siguientes reglas:

“1. [Corregido por el art. 18, Decreto Nacional 1736 de 2012](#). Los artículos 24, 30 numeral 8 y párrafo, 31 numeral 2, 33 numeral 2, 206, 467, 610 a 627 entrarán a regir a partir de la promulgación de esta ley.

“2. La prórroga del plazo de duración del proceso prevista en el artículo 121 de este código, será aplicable, por decisión de juez o magistrado, a los procesos en curso, al momento de promulgarse esta ley.

“3. El Consejo Superior de la Judicatura dispondrá lo necesario para que los expedientes de procesos o asuntos en los que no se haya producido actuación alguna en los últimos dos (2) años anteriores a la promulgación de este código, no sean registrados dentro del inventario de procesos en trámite. En consecuencia, estos procesos o asuntos no podrán, en ningún caso, ser considerados para efectos de análisis de carga de trabajo, o congestión judicial.

“4. Los artículos 17 numeral 1, 18 numeral 1, 20 numeral 1, 25, 30 numeral 8 y párrafo, 31 numeral 6 y párrafo, 32 numeral 5 y párrafo, 94, 95, 317, 351, 398, 487 párrafo, 531 a 576 y 590 entrarán a regir a partir del primero (1º) de octubre de dos mil doce (2012).

“5. A partir del primero (1º) de julio de dos mil trece (2013) corresponderá a la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura la expedición de las licencias provisionales y temporales previstas en el Decreto 196 de 1971, así como la aprobación para la constitución de consultorios jurídicos prevista en el artículo 30 de dicho Decreto.

“6. Los demás artículos de la presente ley entrarán en vigencia a partir del primero (1º) de enero de dos mil catorce (2014), en forma gradual, en la medida en que se hayan ejecutado los programas de formación de funcionarios y empleados y se disponga de la infraestructura física y tecnológica, del número de despachos judiciales requeridos al día, y de los demás elementos necesarios para el funcionamiento del proceso oral y por audiencias, según lo determine el Consejo Superior de la Judicatura, y en un plazo máximo de tres (3) años, al final del cual esta ley entrará en vigencia en todos los distritos judiciales del país.

“Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento.

“Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso.

“También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución.

“Así mismo se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo.

“La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

“Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones.

“Artículo 245. Aportación de documentos.

Los documentos se aportarán al proceso en original o en copia.

“Las partes deberán aportar el original del documento cuando estuviere en su poder, salvo causa justificada. Cuando se allegue copia, el aportante deberá indicar en dónde se encuentra el original, si tuviere conocimiento de ello.

“Artículo 246. Valor probatorio de las copias.

“Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia.

“Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente.

“(...)” (Negrillas y subrayado del original).

Así las cosas, cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C.G.P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de

buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachan de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias.

Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales.

Ahora bien, una vez efectuado el recorrido normativo sobre la validez de las copias en el proceso, la Sala insiste en que –a la fecha– las disposiciones que regulan la materia son las contenidas en los artículos 252 y 254 del C.P.C., con la modificación introducida por el artículo 11 de la ley 1395 de 2010, razón por la cual deviene inexorable que se analice el contenido y alcance de esos preceptos a la luz del artículo 83 de la Constitución Política y los principios contenidos en la ley 270 de 1996 –estatutaria de la administración de justicia–.

En el caso *sub examine*, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba las copia simples indicadas, circunstancia que no acaeció, tanto así que ninguna de las partes objetó o se refirió a la validez de esos documentos.

Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.

El anterior paradigma, como se señaló, fue recogido por las leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011, y 1564 de 2012, lo que significa que el espíritu del legislador, sin anfibología, es modificar el modelo que ha imperado desde la expedición de los Decretos leyes 1400 y 2019 de 1970.

En otros términos, a la luz de la Constitución Política abstenerse de adoptar una decisión de fondo en un proceso en el cual los documentos en copia simple aportados por las partes han obrado a lo largo de la actuación, implicaría afectar – de modo significativo e injustificado– el principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal, así como el acceso efectivo a la administración de justicia (arts. 228 y 229 C.P.).

Lo anterior no significa que se estén aplicando normas derogadas (ultractividad) o cuya vigencia se encuentra diferida en el tiempo (retroactividad), simplemente se quiere reconocer que el modelo hermenéutico de las normas procesales ha sufrido cambios significativos que permiten al juez tener mayor dinamismo en la valoración de las pruebas que integran el acervo probatorio, para lo cual puede valorar documentos que se encuentran en copia simple y frente a los cuales las partes han guardado silencio, por cuanto han sido ellas mismas las que con su silencio, así como con la referencia a esos documentos en los actos procesales (v.gr. alegatos, recursos, etc.) los convalidan, razón por la que, mal haría el juzgador en desconocer los principios de buena fe y de lealtad que han imperado en el trámite, con el fin de adoptar una decisión que no refleje la justicia material en el caso concreto o no consulte los postulados de eficacia y celeridad.

De allí que, no puede el juez actuar con obstinación frente a los nuevos lineamientos del derecho procesal o adjetivo, en los que se privilegia la confianza y la lealtad de las partes, razón por la cual esa es la hermenéutica que esta Subsección ha privilegiado en pluralidad de decisiones, entre ellas vale la pena destacar¹³.

¹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 18 de enero de 2012. M.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Rad. No. 1999-01250. Oportunidad en la que se precisó: **“De conformidad con las manifestaciones de las partes, para la Sala dicho documento que obra en copia simple, tiene en esta oportunidad mérito para ser analizado y valorado, comoquiera que la parte demandada pidió tener esa copia como prueba y valorarla como tal; en otras palabras, la Nación no desconoció dicho documento ni lo tachó de falso, sino que conscientemente manifestó su intención de que el mismo fuese valorado dentro del proceso.**

3. De los elementos demostrativos recaudados se destacan los siguientes:

3.1. Copia auténtica del registro civil de defunción de Jaider Alfredo Gutiérrez, en el que se señaló que la muerte ocurrió el 9 de abril de 1994, en el municipio de Carepa, Antioquia, a causa de laceración encefálica (fl. 23 cdno No. 960.587).

3.2. Acta de junta médica laboral No. 1822 registrada en la dirección de sanidad del ejército, del 26 de octubre de 1994, en la que se determinaron las lesiones y secuelas de Humberto Vides García así:

“En consideración a lo anterior y a pesar de que no se cumplió con el requisito de autenticación de la copia previsto en el artículo 254 de la ley procesal civil, la Sala considera en esta oportunidad, en aras de la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal y de la garantía del derecho de acceso a la justicia consagrado en los artículos 228 y 229 de la Constitución Política, que no pueden aplicarse las formas procesales con excesivo rigorismo y en forma restrictiva, con el fin de desconocer lo que las mismas partes no han hecho y ni siquiera han discutido durante el proceso, como lo es la autenticidad del documento aportado por la parte actora en copia simple, admitido como prueba por la Nación que, además, aceptó el hecho aducido con el mismo en la contestación de la demanda.” (Negrillas adicionales).

De igual forma, se pueden consultar la sentencia de 7 de marzo de 2011, exp. 20171, M.P. Enrique Gil Botero, oportunidad en la que se precisó: “Lo primero que advierte la Sala es que el proceso penal fue aportado en copia simple por la parte actora desde la presentación de la demanda, circunstancia que, *prima facie*, haría invalorable los medios de convicción que allí reposan. No obstante, de conformidad con los lineamientos jurisprudenciales recientes, se reconocerá valor probatorio a la prueba documental que si bien se encuentra en fotocopia, ha obrado en el proceso desde el mismo instante de presentación del libelo demandatorio y que, por consiguiente, ha surtido el principio de contradicción.

“En efecto, los lineamientos procesales modernos tienden a valorar la conducta de las sujetos procesales en aras de ponderar su actitud y, de manera especial, la buena fe y lealtad con que se obra a lo largo de las diferentes etapas que integran el procedimiento judicial.

“En el caso *sub examine*, por ejemplo, las partes demandadas pudieron controvertir y tachar la prueba documental que fue acompañada con la demanda y, especialmente, la copia simple del proceso penal que se entregó como anexo de la misma, circunstancia que no acaeció, tanto así que los motivos de inconformidad y que motivaron la apelación de la providencia de primera instancia por parte de las demandadas no se relacionan con el grado de validez de las pruebas que integran el plenario sino con aspectos sustanciales de fondo que tienen que ver con la imputación del daño y con la forma de establecer la eventual participación en la producción del mismo.

“Por lo tanto, la Sala en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal reconocerá valor probatorio a la prueba documental que ha obrado a lo largo del proceso y que, surtidas las etapas de contradicción, no fue cuestionada en su veracidad por las entidades demandadas.

“El anterior paradigma fue recogido de manera reciente en el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –que entra a regir el 2 de julio de 2012– en el artículo 215 determina que se presumirá, salvo prueba en contrario, que las copias tienen el mismo valor del original cuando no hayan sido tachadas de falsas; entonces, si bien la mencionada disposición no se aplica al caso concreto, lo cierto es que con la anterior o la nueva regulación, no es posible que el juez desconozca el principio de buena fe y la regla de lealtad que se desprende del mismo, máxime si, se insiste, las partes no han cuestionado la veracidad y autenticidad de los documentos que fueron allegados al proceso.”

“Trauma hemicara derecha con lesión en malar, tratado quirúrgicamente, queda como secuela: a) asimetría facial mínima”.

“Paciente quien se realizó cirugía reconstructiva con injerto óseo a nivel región malar derecha; actualmente presentó mejoría de parte estética y funcional.

“le determina incapacidad relativa y permanente.

“le produce una disminución de la capacidad laboral del 11%.

“Lesión ocurrida en el servicio por causa y razón del mismo.” (fl. 60 cdno No. 950.464).

3.3. Acta de junta médica laboral No. 2248 registrada en la dirección de sanidad del ejército, del 21 de mayo de 1996, en la que se determinaron las lesiones y secuelas de Clodomiro Yasith Robles Orozco, así:

“Trauma hombro derecho con luxación anterior recidivante de hombro que requirió tratamiento quirúrgico que deja como secuelas: a) limitación movimiento del hombro derecho. b) atrofia muscular hombro derecho.

“le determina incapacidad relativa y permanente.

“le produce una disminución de la capacidad laboral del 38.26%.

“Lesión ocurrida en el servicio por causa y razón del mismo.” (fl. 114 cdno No. 950.463).

3.4. Acta de junta médica laboral No. 2031 registrada en la dirección de sanidad del ejército, del 18 de agosto de 1995, en la que se clasificó las lesiones y secuelas de José Silvestre Daza Plata, en el siguiente orden:

“En accidente automovilístico se le enterró trompetilla del fusil, con herida escrotal inguinal derecha, laparotomía con rafia escrotal - fractura de pelvis, quedan como secuelas: a) limitación movimientos cadera derecha. b) lesión severa del nervio ciático derecho con pie caído anestesia plantar. c) cicatrices inguino escrotal retráctil dolorosa defecto estético severo”.

“le produce una disminución de la capacidad laboral del 96.99%”.

“le determina incapacidad absoluta y permanente”

“Lesión ocurrida en el servicio por causa y razón del mismo.” (fl. 216 cdno No. 950.465).

3.5. Acta de junta médica laboral No. 1342 registrada en la dirección de sanidad del ejército, del 17 de agosto de 1994, en la que se determinaron las lesiones de Jorge Luís Polo Carracedo, así:

“Trauma cerrado abdominal, se practicó laparotomía, queda como secuela: a) Esplenectomía con repercusión sobre estado general. b) Nefrectomía izq., con integridad del riñón derecho”.

“le determina incapacidad relativa y permanente.

“le produce una disminución de la capacidad laboral del 75.11%.

“Lesión ocurrida en el servicio por causa y razón del mismo.” (fl. 71 cdno No. 950.449).

3.6. Informe administrativo por lesiones suscrito por el comandante Julio Cesar Santos González de las Fuerzas Militares, del 11 de abril de 1994, que señaló:

“CONCEPTO. 01. El día 09 de abril de 1994, siendo aproximadamente las 12.30 horas en la vía que conduce del aeropuerto los Cedros a Casa Verde municipio de Apartadó en un accidente de tránsito, resultó herido y sufrió herida sobre región inguinal derecha y trauma abdominal cerrado, el soldado DAZA PLATA JOSÉ SILVESTRE CM. 77176302.
02. De acuerdo al Decreto No. 94 de 1.989 las lesiones ocurrieron en el servicio por causa y razón del mismo (literal b), artículo 35.” (fl.540 cdno No. 950.465) (Mayúscula sostenida en el original).

3.7. Informe administrativo de la Brigada 17 de las Fuerzas Militares del 11 de abril de 1994 suscrito por el comandante Julio César Santos González, que indicó:

“ASUNTO: Accidente de tránsito y daños material de guerra.
Por medio del presente me permito informar al señor Teniente Coronel Comandante del Batallón Voltígeros, los hechos ocurridos en un accidente de tránsito el día 09 de abril de 1994.
El día sábado 09 de abril de 1994 aproximadamente a las 10:20 horas le di la orden al señor Teniente ECHAVARRIA ECHAVARRIA ANGEL que se desplazara al Aeropuerto de los Cedros a recoger un suboficial y dieciséis soldados que llegaban de Buenavista Guajira. En cumplimiento a la orden, salieron en dos vehículos FORD 350 conducidos por el CP. HERRERA CIRO OSGARDO conductor del PICK-UP No. 89152 y el D-3 BRAVO ESTRADA TOMHAS conductor del PICK-UP No. 89408 orgánicos del Batallón de Infantería No. 31 Voltígeros.

Aproximadamente a las 13:00 horas fui informado de que uno de los vehículos en los cuales se trasladaban los soldados que venían de Buenavista, se había accidentando en la vía que conduce del Aeropuerto de los Cedros a Casa Verde, y que los heridos fueron llevados del lugar del suceso al Dispensario de la Brigada, y posteriormente al Hospital de Apartadó.

De acuerdo a averiguaciones hechas, el accidente se produjo al parecer por exceso de velocidad del vehículo que al tomar una curva en la vía del Aeropuerto a Casa Verde se salió de la carretera. Según informaciones, el señor Teniente ECHAVARRÍA ECHAVARRÍA ANGEL venía como Comandante de éste vehículo por lo cual se le ordenó rendir informe de los hechos, el cual se anexa.

Como resultado de esta situación murieron los soldados GUTIÉRREZ FUENTES JAIDER ALFREDO Y ÁLVAREZ BURITICÁ URIEL DE JESÚS, y resultaron heridos el C.P HERRERA CIRO OSGARDO y los soldados AMAYA HIDALGO YESID ALONSO, ROBLES OROZCO

CLODOMIRO, POLO CARRACEDO JORGE, DAZA PLATA JOSÉ SILVESTRE, TABARES MARÍN DUBÁN DARÍO, PALOMINO BARRIOS JOSÉ, BRAVO CHINCHIA YULBRAINE, JARAMILLO QUINTERO GILDARDO, RODRÍGUEZ RICARDO, VIDES GARCÍA HUMBERTO, BERNAL VÁSQUEZ JOHN, RUÍZ MORENA ROBERTO.

Así mismo se presentó la perdida y daño del siguiente material de guerra:

-Fusiles Galil SAR dañados (...)

-El vehículo PICK-UP FORD 350 No. 89152 quedó parcialmente averiado."(fl.542 cdno No. 950.465) (Mayúscula sostenida en el original) (Subrayas de la sala).

3.8. Informe de accidente rendido por el Teniente Arcángel Echavarría Echavarría, quien comandaba la tropa víctima del siniestro, del 10 de abril de 1994 en el que anotó:

"Con el presente me permito informar al señor Capitán, Comandante del Escuadrón "c" los hechos ocurridos el día 09 de abril de 1994 a las 13:05 horas así:

Estando en el aeropuerto "Los Cedros" y una vez llegando el avión C-47 de las FAC procedente de Buenavista (Guaj) con 17 soldados y 01 suboficial, procedí a repartirlos en los dos vehículos que había llevado para tal fin; después de dar las instrucciones en caso de ataque, ordené al primer vehículo iniciar la marcha dándole aproximadamente 30 ó 50 segundos para iniciar la marcha con el segundo vehículo. A la altura de una curva apareció un camión, el cual cerró el vehículo en el que viajaba haciendo salir la parte derecha de éste de la vía, el cual al querer retomarla, perdió el control y se volteó hacia el lado derecho deslizándose y cayendo a un caño. Yo salí despedido por la camioneta y cuando me levanté empecé a recoger heridos y material; como a los dos min., apareció la otra camioneta, unos soldados tomaron el dispositivo de seguridad y otros recogieron heridos y material, enviándolos a la BR-17 y al Hospital donde recibieron atención médica; con el resto me quedé registrando el área para recoger material para evitar que el personal civil que se encontraba en el sitio se llevara material. Envié al señor CS. Benavides con el material de guerra e intendencia al señor S.P Ruíz con los heridos; me quedé con los 08 soldados que prestaron de seguridad en el área hasta que llegó el señor Mayor Ejecutivo y 2do comandante del Bat. Voltígeros, una vez llegó, se realizó el croquis, se tomaron fotos, se recuperó la camioneta y se regresó a la brigada." (fl. 3 cdno anexo 1 del expediente No. 950.449) (Subrayas de la sala).

3.9. Copia auténtica del informe de accidente y croquis del Instituto Nacional de Transporte en el que se declaró que el vehículo pick-up marca Ford modelo 1989 de placas K89152 del Ejército Nacional, Ministerio de Defensa, era conducido por Osgardo de Jesús Herrera Ciro, que el accidente probablemente se ocasionó por impericia en el manejo y exceso de velocidad, y se relacionó como víctimas del mismo, a: Jaider Alfredo Gutiérrez Fuentes, Humberto Antonio Vides García,

Clodomiro Yasith Robles Orozco, José Silvestre Daza Plata, Jorge Luís Polo Carracedo, Ricardo Rodríguez, Duban Tabares, Gildardo Jaramillo, José Palomino, Duverney Bravo, Yesid Amaya, Jhon Bravo y Osgardo Caro (fl. 236, 266 y 267 cdno No. 950.465).

3.10. Copia del carné de autorización del Ejército Nacional para conducción del vehículo pick-up modelo 89, placas 89152 de C.P. Ciro Herrera Osgardo (fl. 236 y 269 cdno No. 950.465).

3.11. Copia del carné de póliza de seguro del vehículo de servicio oficial pick-up modelo 89, placas K 89152 en el que aparece como tomador el Ministerio de Defensa, Ejército Nacional (fl. 234 y 270 cdno No. 950.465).

3.12. Sobre la forma como ocurrieron los hechos obran las siguientes pruebas testimoniales:

- Declaración del teniente Arcángel Echavarría Echavarría, quien precisó:

“PREGUNTADO: Sírvase rendir y hacer un relato amplio, claro y suficiente de los hechos ocurridos el día 09- ABRIL-1994 a las 13:00 horas? CONTESTÓ: ese día y por orden del señor Capitán SANTOS GONZÁLEZ JULIO CÉSAR recibí la orden de dirigirme hacia el aeropuerto de los Cedros a recoger un personal de soldados y un suboficial que llegaban de Buenavista, Guajira; para el efecto me asignaron dos camionetas tres cincuenta PICK-UP, dispuse la seguridad de los soldados en las camionetas y nos fuimos para el aeropuerto a eso de las 11:30 horas. A las 12:30 horas aproximadamente llegaron los soldados y se dispuso la seguridad para el regreso. Yo iba en la segunda camioneta en la parte trasera, aproximadamente unos tres kilómetros de regreso en una curva la camioneta se salió de la vía y al tratar de entrar nuevamente a la vía dio una vuelta sobre el lado derecho y se volteó en una cuneta, saliendo despedidos del vehículo todos los ocupantes hacia una bananera del lado derecho de la vía. En el momento yo reaccioné, me levanté y fui a socorrer los heridos y a recoger el material esparcido, en ese momento pasaba una camioneta y la paré para que le avisara a la otra camioneta que iba a delante que nos habíamos accidentado; al llegar al sitio del accidente la otra camioneta y con la ayuda de sus ocupantes procedimos a subir los heridos y el material recuperado, a dicho vehículo para que éste se trasladara hasta la brigada 17.” (fl. 23 Anexo 1 del cdno. 950.449) (Mayúscula sostenida en el original).

-Osgardo de Jesús Herrera Ciro, conductor el vehículo oficial pick-up modelo 89, placas K 89152, expuso:

“Estando en la sección de transportes del Batallón Voltígeros, recibí una orden del señor sargento viceprimero Ospina, de ir con el civil Bravo Estrada Tomas en dos pick - up al mando del señor teniente Echavarría a recoger un personal de soldados procedentes de Buenavista (Guajira) al aeropuerto los Cedros, (...) ya estando en el aeropuerto llegó el avión con 15 soldados y un suboficial se embarcó la mitad en la pick-up que yo conducía, la cual era la 89152, ya estando el personal montado iniciamos el desplazamiento recibiendo en el recorrido la orden del señor Teniente ECHAVARRÍA ECHAVARRÍA ANGEL de que le acelerara porque necesitábamos alcanzar la otra pick-up, recibiendo esta orden le aceleré al vehículo y en una recta encontré una curva de improviso traté de desacelerar pero por la velocidad y porque los frenos yo los encontré un poco largos perdí la estabilidad del vehículo perdiendo así el control de la misma, al tratar de retomar la carretera la pick -up se volteó, habiendo pasado unos cinco o 10 minutos me encontré una zanja llena de agua y barro traté de levantarme y no pude, (...)” (fl. 460 cdno. 950.465) (Mayúscula sostenida en el original).

-Duvan Darío Tabares Marín, testigo víctima del siniestro, señaló:

“Eso fue el día 9 de abril, llegamos al aeropuerto, mi primero Ruíz nos formó y constató el armamento, entonces mi primero nos dijo que nos subiéramos a los carros y escuché al teniente que dijo que ojalá nos fuéramos a 100 kilómetros por hora, de ahí nos montamos a los carros y nos vinimos para el Batallón, ya después no me acuerdo más, sino hasta cuando me desperté en el Hospital Militar en Bogotá en donde me estaban tratando, (...)” (fl. 313 cdno. 950.465)

4. Con los documentos relacionados, se encuentra plenamente acreditado el daño antijurídico alegado en las demandas acumuladas, se demostró que Humberto Antonio Vides García, Clodomiro Yasith Robles Orozco, José Silvestre Daza Plata y Jorge Luís Polo Carracedo, resultaron lesionados, asimismo Jaider Alfredo Gutiérrez Fuentes, fallecido, como consecuencia de un accidente de tránsito cuando se encontraban en servicio activo, al desplazarse en un vehículo que era conducido por un cabo primero (C.P) y del que tenía la guarda material la institución.

5. Probado el daño, procede analizarse lo concerniente a la imputación fáctica, que tiene como propósito determinar si en el plano material más no necesariamente causal, el daño es atribuible o no a un sujeto de derecho. Así las cosas, antes de abordar el análisis de la imputación jurídica o el fundamento de la responsabilidad, es imprescindible que la lesión o afectación antijurídica esté radicada en cabeza de la entidad o del sujeto pasivo de la relación. Una vez constatado lo anterior, es posible abordar el análisis sobre la imputación jurídica,

esto es, si existe o no, un fundamento normativo que concrete, en el caso específico, la obligación de resarcir el daño antijurídico.

De acuerdo con el acervo probatorio que obra en el proceso se tiene que el 9 de abril de 1994, el Cabo Osgardo Herrera Ciro, conductor del vehículo oficial pick-up modelo 89, placas K 89152, por órdenes de su superiores y bajo la coordinación del Teniente Echavarría Echavarría, se dirigió al aeropuerto los Cedros a recoger un grupo de soldados y un suboficial provenientes de la Guajira, que al poco tiempo de haber iniciado el desplazamiento, en una curva, el vehículo se salió de la vía y al tratar de entrar nuevamente, dio una vuelta sobre el lado derecho y cayó en una cuneta; con lo que de suyo, en principio está demostrado la atribuibilidad fáctica del daño causado a la entidad demandada.

No obstante, adujo la defensa de la Nación, la existencia de eximentes de responsabilidad como el hecho de un tercero, y/o culpa personal del agente; sin embargo, en cuanto al primero, observa la sala que no se allegaron al proceso los medios suasorios necesarios para evidenciar una causal impositiva de imputación y desde luego excluyente de responsabilidad, toda vez que si bien en el informe de accidente rendido por el Teniente Arcángel Echavarría Echavarría, éste señaló que *“a la altura de una curva apareció un camión, el cual cerró el vehículo en el que viajaba”* (fl. 3 cdno anexo 1 del expediente No. 950.449), conforme la declaración del C.P Osgardo Herrera Ciro, ello no corresponde a la verdad, en razón a que sobre el asunto declaró:

“Estando allí hospitalizado, a eso de las 7:30 de la noche, se me acercó el Sargento Primero GARCÍA procedente de la brigada, por órdenes del señor Teniente ECHAVARRÍA ECHAVARRÍA ANGEL para que me dijera que si me preguntaban en alguna declaración en dónde iba el señor Teniente ECHAVARRÍA dijera que él iba en la parte de atrás del pick-up y que además dijera a nosotros nos había cerrado un camión bananero azul, lo cual no se ajusta a la realidad porque el Teniente ECHAVARRÍA iba en la cabina junto conmigo y porque no nos cerró ningún camión sino que por órdenes de él se aceleró”. (fl. 460 cdno. 950.465).

Luego, en modo alguno puede tenerse como cierta la existencia de una causa extraña, como lo es el hecho de un tercero, en el acaecimiento del accidente en el que se produjeron los daños aludidos.

Tampoco es de recibo la causal eximente denominada culpa personal del agente, ya que de conformidad con los elementos demostrativos aportados, quedó

establecida la atribuibilidad o imputación fáctica a la entidad demanda por cuanto la guarda de la actividad peligrosa la tenía tanto el cabo Osgardo Herrera Ciro, conductor del vehículo, como el teniente Arcángel Echavarría Echavarría, quien estaba al mando de la operación.

En efecto, se ha aceptado la existencia de diversos tipos de guardianes, bien porque domina la actividad (guarda en el comportamiento), o porque domina la cosa (guarda en la estructura), esta corporación ya ha abordado el análisis de la posibilidad de predicar la acumulación de las mismas, circunstancia que ha permitido definir, en supuestos en los que una de las guardas no está a cargo del Estado, la existencia o no responsabilidad solidaria en la producción de un determinado daño antijurídico

Sobre el particular, la doctrina nacional más autorizada en la materia ha puntualizado:

“En determinado momento, la guarda de una cosa puede estar en cabeza de varias personas, sea porque les es común, sea porque les pertenezca y de una u otra forma tienen poder de dirección y control sobre ella, aunque desde diferentes ámbitos...”¹⁴

Es posible, entonces, que dos o más personas se sirvan de una cosa, circunstancia por la cual se puede predicar de ellos la condición de guardianes acumulativos. Y, si bien, por regla general, la guarda material es alternativa, es decir, no se comparte en su estructura o en su comportamiento, sino que es ejercida por un determinado sujeto (eje: el conductor del vehículo automotor), es cierto que pueden existir eventos en los cuales es viable acumular la guarda material de la cosa, circunstancia que permitirá definir quien o quienes son las personas que ejercen la facultad de control y dirección sobre la misma y, por consiguiente, en el supuesto de que se genere un daño con ella, se pueda determinar la imputación del resultado¹⁵.

¹⁴ TAMAYO Jaramillo, Javier “Tratado de Responsabilidad Civil”, Ed. Legis, Bogotá, Tomo I, pág. 884 y 885.

¹⁵ “En este supuesto, todos los sujetos asumen el carácter de guardianes, ejercitando el poder de gobierno y dirección de la cosa o sirviéndose de ella en conjunto. La pluralidad de guardianes puede presentarse de diferente modo; es factible que existan dos guardianes que de manera compartida se sirvan de la cosa y la tengan a su cuidado, ejercitando sobre ella el poder autónomo de gobierno, control y dirección; así, por ejemplo, cuando dos personas reciben un inmueble en comodato, actúan de manera conjunta como guardianes pues se sirven de ella y la tienen a su cuidado.

“En otras oportunidades, en cambio, la pluralidad de guardianes puede presentarse de distinta manera, pues es uno de los sujetos el que se sirve de la cosa, aunque sin tener circunstancialmente sobre la cosa un poder de hecho autónomo que se traduzca en aquellas facultades de dirección,

En consecuencia, es posible hablar de la guarda acumulativa, en aquellos eventos en que un número plural de sujetos ejercen el control o la dirección sobre la cosa o la actividad riesgosa, de tal manera que, en estos casos, por regla general, la doctrina y la jurisprudencia se han inclinado por avalar la teoría de la *guarda en la estructura* y la *guarda en el comportamiento*, de tal forma que se facilite el análisis de imputación, esto es, de atribución del daño.

En estos supuestos, es imperativo determinar quién es el guardián o guardianes de la cosa, con miras a esclarecer quién es el responsable en la concreción del riesgo, circunstancia que permitirá atribuir la responsabilidad por el daño antijurídico padecido.

Al respecto, la Sala en reciente oportunidad precisó:

“Sobre este aspecto, la doctrina distingue entre la peligrosidad de la estructura y la peligrosidad en el comportamiento de las cosas inanimadas, para considerar que hay peligrosidad en la estructura cuando *“la cosa tiene un dinamismo propio o, a pesar de no tenerlo, conserva la posibilidad de dañar dada su ubicación, construcción o materiales utilizados”* y existe peligrosidad en el comportamiento cuando *“una cosa o actividad que pueden tener o no dinamismo propio son utilizadas en tal forma que de ese uso surge la peligrosidad”*¹⁶. En este orden de ideas, un vehículo en movimiento representa un peligro por su comportamiento, pero un vehículo estacionado no representa ningún peligro desde el punto de vista de su comportamiento y sólo será un peligro en su estructura por la posibilidad de su explosión, por ejemplo. Los daños que se generen como consecuencia de la materialización de esos peligros podrán ser resueltos, como ya se señaló con fundamento en el criterio de imputación de riesgo excepcional.”¹⁷ (Cursivas del original).

En el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, la doctrina mayoritaria ha reconocido la imposibilidad de imputar la responsabilidad al guardián del comportamiento, cuando de los supuestos fácticos se desprende que el daño se origina en la estructura misma de la cosa, o de los elementos a través de los

control y cuidado, y otro, distinto de aquél, es quien tiene estas prerrogativas aunque sin servirse de la cosa. Tal lo que sucede, por ejemplo, en el supuesto del contrato de depósito, al que hemos hecho referencia en el punto anterior.” PIZARRO, Ramón Daniel “Responsabilidad Civil por el Riesgo o Vicio de la Cosa”, Ed. Universidad, Buenos Aires, Pág. 405.

¹⁶ JAVIER TAMAYO JARAMILLO *Tratado de Responsabilidad Civil*. Bogotá, Ed. Legis, 2ª. ed., 2007, pág 941.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 26 de marzo de 2008, exp. 14.780, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

cuales se desarrolla la actividad¹⁸; no sucede lo propio en sede de la responsabilidad extracontractual de la administración pública, toda vez que, si el Estado es el guardián del comportamiento o de la actividad peligrosa, es porque se está frente a la prestación de un servicio público o actividad estatal y, por lo tanto, no se puede liberar de su responsabilidad en relación con los hechos, máxime si el daño es producto de la concreción de una actividad de alto riesgo.

En efecto, en tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado, ni siquiera es posible excluir la imputación del resultado, en aquellos eventos en que se tenga una guarda compartida de la cosa o de la actividad peligrosa, como quiera que, en estos supuestos, la administración pública debe ser juzgada bajo el amparo del artículo 90 de la Constitución Política y, por lo tanto, deberá reparar el daño de manera integral para luego repetir, si es del caso, en contra de la persona o personas que tenían la guarda material compartida del factor o elemento de riesgo.

En consecuencia, en eventos en que se juzgue la responsabilidad patrimonial de la administración pública, donde se aprecie la existencia de una guarda acumulativa entre dos o más sujetos, en la que si quiera una de ellas está a cargo del aparato estatal, no se podrá excluir el deber de reparación integral, bien sea porque el Estado sea el guardián de la estructura o del comportamiento, dado que en estas situaciones la administración, en su calidad de controladora de la cosa o de la actividad, estará obligada a la reparación del perjuicio. De este modo, siendo claro que en el *sub-examine*, la guarda de la actividad riesgosa la compartía el conductor del vehículo y el teniente que estaba al mando de la operación, de cuyo se tiene que la misma estaba a cargo directamente del Estado, por lo que, desde ésta arista, de él se predica la atribuibilidad fáctica del resultado.

Ahora bien, de manera reiterada la Sala ha sostenido que al predicarse la peligrosidad de la actividad, no cabe duda acerca de la posibilidad de abordar el análisis de imputación, instrumentalizando el título jurídico del riesgo excepcional, toda vez que el daño así producido será el resultado de la materialización del

¹⁸ "Cuando el daño se produce por un vicio de la cosa, esta doctrina considera que solamente debe responder el "guardián de la estructura", sobre quien pesa el deber de conservar la cosa en buen estado y libre de todo vicio, y que no es otro que el propietario. En este supuesto, sería injusto responsabilizar al "guardián del comportamiento" toda vez que no puede reprochársele haber incurrido en falta alguna. Inversamente, si el daño obedece a deficiencias en el comportamiento de la cosa, debe responder quien tiene la guarda de dicho funcionamiento v.gr. el comodatario o locatario, debiendo en principio, quedar exento de responsabilidad el guardián de la estructura." PIZARRO, Ramón Daniel Ob. Cit. Pág. 406 y 407.

desbordamiento de los estándares del riesgo permitido¹⁹, por cuanto el detrimento se acarrea por el rompimiento de las cargas públicas en la medida que la persona o personas afectadas, son sometidas a un riesgo anormal y excepcional diferente al que deben tolerar, en el diario vivir. Sin embargo debe señalarse que, cuando el daño es producto del incumplimiento de normas cuya observancia se exige a los agentes estatales, el régimen de imputación se torna subjetivo por falla en el servicio.

6. Se encuentra probado que el accidente se produjo en el traslado de una tropa en un vehículo oficial pick-up modelo 89, placas K 89152, en desarrollo de una actividad militar, con lo que se evidencia que la demandada incumplió una obligación a su cargo, pues permitió que sus miembros fueran transportados, para desarrollar una operación militar, en un vehículo no idóneo para tal fin, esto es, accedió a usar un vehículo con plataforma, que de ordinario, funciona para transporte de carga, para movilizar a sus soldados, cuya integridad personal se vio comprometida con el acaecimiento del accidente.

Este comportamiento contraría lo dispuesto en la legislación sobre transporte de pasajeros de carretera –Decreto 1344 de 1970-:

“Artículo 170: **Los vehículos de carga no podrán transportar pasajeros sobre la plataforma**, excepto cuando se transporten mercancías u objetos fáciles de sustraer, caso en el cual se podrán llevar dos vigilantes sobre la carga con las debidas seguridades.

Para transportar ocasionalmente pasajeros en vehículo de carga se requiere permiso especial expedido por la autoridad competente.”
(Negrillas fuera de texto)

En este orden de ideas, existe una irregularidad manifiesta al permitir que los militares fueran trasladados en ese tipo de vehículo, prohibido para el transporte de personas, y que *a posteriori* sufrió el fatal siniestro.

No hay duda de que esta conducta irregular fue la causante del accidente en el que perdió la vida el soldado Jaider Alfredo Gutiérrez y resultaron lesionados los

¹⁹ “De esta manera, todo aquel riesgo que permanece aun con el cumplimiento de las normas de cuidado que deben acompañar la ejecución de toda actividad socialmente admitida, recibe la denominación de riesgo permitido... Como postulado general puede entonces decirse que todas aquellas actividades desarrolladas dentro de lo que socialmente se considera un riesgo permitido no pueden dar lugar a reproche jurídico de ninguna naturaleza, aun en el evento de que generen lesiones a particulares...” Cf. REYES Alvarado, Yesid “Imputación Objetiva”, Ed. Temis, Bogotá, Pág. 92 y 93.

soldados: Humberto Antonio Vides García, José Silvestre Daza Plata, Jorge Luís Polo Carracedo y Clodomiro Yasith Robles Orozco, comoquiera que iban transportados en un vehículo tipo volqueta, sin la autorización exigida por la ley. De esta infracción, por lo demás, deviene claramente previsible, conforme a las reglas de la experiencia, el accidente ocurrido, lo que permite considerarla en el caso concreto, la causa del resultado. En consecuencia, se encuentra demostrada la falla de la administración, toda vez que frente a los hechos, se advierte de inmediato que la demandada violó varias disposiciones del Código Nacional de Tránsito, posibilitando el siniestro en el que fueron víctimas los soldados referidos.

7. Así, demostrada como está la responsabilidad de la Nación, Ejército Nacional, la Sala procederá a resolver lo concerniente a la inconformidad de las partes respecto a la decisión del a-quo.

7.1. En primer lugar, manifestó el apoderado de Jaime Alfredo Gutiérrez Sierra, padre biológico de Jaider Alfredo Gutiérrez Fuentes, su objeción por la denegación del reconocimiento de perjuicios morales, habida cuenta de que si bien el joven soldado creció con su familia de crianza, a quienes si se le reconocieron los perjuicios aludidos, lo cierto es que su acogida en el respectivo hogar conformado por sus padres biológicos, se debió al profundo amor que había recibido de su familia de crianza, de allí que a pesar de la existencia de su familia biológica, Jaider Gutiérrez decidió permanecer con aquella, y que no por ello dejó de sostener una cercana relación con su otra familia, especialmente con su padre.

En efecto, obra en el plenario la copia auténtica del registro civil de nacimiento de Jaider Alfredo Gutiérrez, en el que se constató que nació el 28 de octubre de 1981, y que era hijo de Jaime Alfredo Gutiérrez Sierra y Leonarda Pisciotty Sáenz (fl. 14 cdno No. 960.587).

Establecido el parentesco, se da por acreditado el perjuicio moral, por cuanto la prueba de la relación de consanguinidad permite inferir la existencia de afecto y unión entre la víctima y su padre. Lo anterior con fundamento en la presunción judicial o de hombre, que constituye un criterio de valoración; en el derecho americano a dichas presunciones judiciales se les llama “inferencias”; la presunción es un razonamiento que está basado enteramente en la lógica y la experiencia, por ello no se puede confundir con el indicio ya que éste es un hecho. Sin embargo, en su estructura lógica-deductiva, participa de la naturaleza de los

indicios, comoquiera que el juez las deriva de premisas mayores y de inferencias lógicas.

Así las cosas, como en el *sub judice* la demandada no desvirtuó la presunción de aflicción ocasionada al padre demandante, de acuerdo con las pruebas del deceso y de la relación de parentesco, habrá que decretar el perjuicio solicitado, según el arbitrio judicial, para lo cual es imprescindible tener en cuenta la naturaleza y la gravedad de la lesión, que tratándose del fallecimiento de su hijo, se fijará en la suma equivalente a 100 SMMLV.

7.2. Ahora bien, manifiestan las partes recurrentes su inconformidad en cuanto a la tasación de perjuicios morales y el lucro cesante decretados en primera instancia; la parte demandante, por considerarlos insuficientes; y la demandada por estimarlos demasiado elevados.

En lo que concierne sobre el particular, obran en el proceso los siguientes elementos de prueba:

7.2.1. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Humberto Vides García en el que se da cuenta que nació el 14 de junio de 1.974 (fl. 16 cdno No. 950.464).

7.2.2. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Clodomiro Yasith Robles Orozco, en el que se constata es hijo de Clodomiro Robles Vega y Andrea Orozco Jiménez y que nació el 16 de mayo de 1974 (fl. 13 cdno No. 950.463).

7.2.3. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Andrea Orozco Jiménez en el que se demuestra que Jorge Orozco Cantillo es su padre, y por ende, abuelo de Clodomiro Yasith Robles (fl. 9 cdno No. 950.463).

7.2.4. Copia auténtica de los registros civiles de nacimiento de Milena, Esterlina, Rosana, Anulfo Enrique, Karen Carolina, Mary Luz, Edinson, Johnny Enrique y Maribel Robles Orozco, en los que se verifica son hijos de Clodomiro Robles Vega y Andrea Orozco Jiménez, y por ello, hermanos de Clodomiro Yasith Robles Orozco (fl. 10 a 19 cdno No. 950.463).

7.2.5. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de José Silvestre Daza Plata, en el que se verifica es hijo de José Eugenio Daza Suarez y Nimia María Plata

Gutiérrez y que nació el 3 mayo de 1973 (fl. 12 cdno No. 950.465).

7.2.6. Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Nimia María Plata Gutiérrez, en el que se constata que Juana Gutiérrez es su madre, y por ende, abuela de José Silvestre Daza Plata (fl. 10 cdno No. 950.465).

7.2.7. Copia auténtica de los registros civiles de nacimiento de Nini Johana, Yenifer, Yajaira, Melquicedec y José Eugenio Daza Plata, en los que se acredita que son hijos de José Eugenio Daza Suarez y Nimia María Plata Gutiérrez, y hermanos de José Silvestre Daza Plata (fl. 11 a 16 cdno No. 950.465).

7.2.8. Copia auténtica del certificado de registro civil de nacimiento de María Fabiola Milian Plata en el que se verifica es hija de Nimia Maria Plata y Pedro Milian, por ello, hermana por parte de madre, de José Silvestre Daza Plata (fl. 11 cdno No. 951.761).

7.2.9. Copia auténtica del certificado de registro civil de nacimiento de Jorge Luís Polo Carracedo, en el que se demuestra es hijo de José Jacobo Polo Villalobos y Guillermina Carracedo Castilla y que nació el 16 de abril de 1975 (fl.17 cdno No. 950.449).

7.2.10. Copia auténtica de los certificados de registro civil de nacimiento de Malio Raquel, Zuleima, Martín, Alfonso Enrique, Alcira Segunda, Eyadira, Marielis, y José Alberto Polo Carracedo, en los que se demuestra que son hijos de José Jacobo Polo Villalobos y Guillermina Carracedo Castilla y hermanos de Jorge Luís Polo Carracedo (fl. 12 a 19 cdno No. 950.449, fl. 4 cdno No. 960.446).

7.2.11. Partida de Bautismo del 28 de noviembre de 1.939 en la que se indica que Tomasa Suarez, es la madre de José Eugenio Daza Suarez, y por ello, abuela de José Silvestre Daza Plata (fl. 9 cdno No. 950.465).

En cuanto a este último medio de prueba, debe señalarse que la Ley 92 de 1938²⁰ estableció la posibilidad de suplir la falta de la prueba principal del nacimiento, - registro civil-, con pruebas supletorias como la partida de bautismo, declaraciones de testigos relacionadas con los hechos constitutivos del estado civil o en su

²⁰ Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre registro civil y cementerios.

defecto, por la notoria posesión del estado civil²¹.

Posteriormente a la normativa indicada, se expidió el Decreto 1260 de 1970, estatuto del registro del estado civil de las personas, y allí se determinó, en el artículo 105, que: “Los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas ocurridos con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1938, se probarán con copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos”. Por tal razón, es posible que la prueba del estado civil en los casos posteriores a la vigencia de la mencionada ley, sea el folio del registro civil de nacimiento o la partida eclesiástica, de allí que, como en el caso concreto la partida de bautismo es del 28 de noviembre de 1939, se debe aplicar el supuesto de este artículo y tenerse por probada la calidad de madre y por ende, abuela, del precitado lesionado.

Ahora bien, de acuerdo con la jurisprudencia –acogida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de la Sala Plena de la Sección Tercera y la posición mayoritaria de la Subsección C²²– sobre la materia, el daño moral hace referencia a la órbita interna del sujeto, razón por la que para su liquidación se ha optado por la aplicación del *arbitrio juris*, postulado que se integra a la nomoárquica jurídica, y que, lejos de reflejar parámetros de arbitrariedad, su existencia y validez normativa encuentra fundamento en la sana crítica y en las reglas de la experiencia de las que se vale legítimamente el operador judicial para reconocer vía compensación una afectación a un bien tan personalísimo como las lesiones a la esfera u órbita interna y afectiva de la persona.

El *arbitrio juris* ha sido empleado desde la teoría del derecho de daños, de la mano con el principio de equidad, para solucionar problemas como el analizado, esto es, la liquidación del perjuicio moral debido a la imposibilidad de definir el grado de afectación interior o que produce el daño antijurídico.

²¹ Artículo 18. A partir de la vigencia de la presente ley solo tendrán el carácter de pruebas principales del estado civil respecto de los nacimientos, matrimonios, defunciones, reconocimientos y adopciones que se verifiquen con posterioridad a ella, las copias auténticas de las partidas del registro del estado civil, expedidas por los funcionarios de que trata la presente ley.

Artículo 19. La falta de los respectivos documentos del estado civil podrá suplirse, en caso necesario, por otros documentos auténticos, o por las actas de partidas existentes en los libros parroquiales, extendidas por los respectivos curas párrocos, respecto de nacimientos, matrimonios o defunciones de personas bautizadas, casadas o muertas en el seno de la Iglesia católica, por declaraciones de testigos que hayan presenciado los hechos constitutivos del estado civil de que se trata, y, en defecto de estas pruebas, por la notoria posesión de ese estado civil.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencias del 1º de febrero de 2012, exp. 20106 y del 14 de marzo de 2012, exp. 21859, M.P. Enrique Gil Botero.

Al respecto, es importante la distinción efectuada por Alejandro Nieto, según la cual, en los esquemas sociales y jurídicos modernos, no es posible privar al juez de potestades de arbitrio judicial; lo importante es saber trazar la línea divisoria a partir de la que aquella potestad legítima de los funcionarios judiciales, se transforma en arbitrariedad, momento en el que las decisiones se tornan, claramente ilegítimas y, por consiguiente, en vías de hecho. Sobre el particular, el autor señala:

“El arbitrio es un criterio de la toma de decisión. El juez adopta sus resoluciones siguiendo o bien un criterio de legalidad o bien un criterio de su propio arbitrio o bien - como es lo más frecuente- combinando ambos de tal manera que la decisión es fijada con su arbitrio dentro de las posibilidades que le ofrece la legalidad. Si la ley diera una solución precisa y unívoca al conflicto, no habría lugar para el arbitrio. Pero como esto sucede muy pocas veces, **dado que la naturaleza general y abstracta de la ley no le permite entrar en las peculiaridades del caso concreto, es imprescindible la intervención de un ser humano que conecte ambos polos de la relación –la ley y el caso- utilizando al efecto primero la técnica de interpretación de la norma y luego su adaptación al caso concreto...** El arbitrio es el factor humano que el juez añade a los datos aportados por el ordenamiento jurídico. El arbitrio es fruto del árbol de la prudencia, **madurado al sol de la justicia (del sentimiento de justicia) con el transcurso de la experiencia.** El arbitrio hace que la sentencia sea una obra humana y no el mero resultado de una ecuación lógica o de un proceso mecanicista. Rechazar el arbitrio no es sólo desconocer una práctica manifiesta, es negar la condición ética del juez, del que se desconfía hasta el punto que se supone que cuando se introduce un elemento distinto de la lógica tradicional, se despeña inevitablemente en la arbitrariedad.”²³ (negrillas de la sala).

Esta orientación jurisprudencial, es la misma que ha trazado la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil, que por su importancia se transcribe²⁴:

“5. Superadas algunas corrientes adversas y, admitida por esta Corte la reparación del daño moral sin más restricciones para fijar su cuantía que las impuestas por la equidad (*ex bono et aequo*) conforme al marco concreto de circunstancias fácticas (cas.civ. sentencias de 21 de julio de 1922, XXIX, 220; 22 de agosto de 1924, XXXI, 83), a partir de la sentencia de 27 de septiembre de 1974, es su criterio inalterado, la inaplicabilidad de las normas penales para su tasación, remitiéndose al *arbitrium iudicis*, naturalmente, ponderado, razonado y coherente según

²³ NIETO, Alejandro “El arbitrio judicial”, Ed. Ariel, 2001, Pág. 219.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, sentencia del 18 de septiembre de 2009, exp. 2005-00406, M.P. William Namén Vargas.

la singularidad, especificación, individuación y magnitud del impacto, por supuesto que las características del daño, su gravedad, incidencia en la persona, el grado de intensidad del golpe y dolor, la sensibilidad y capacidad de sufrir de cada sujeto, son variables y el *quantum debeat* se remite a la valoración del juez.

“(…) En el empeño de encarar directamente el asunto, la Sala precisa que, para la valoración del *quantum* del daño moral en materia civil, estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador.

“Por consiguiente, la Corte itera que la reparación del daño causado y todo el daño causado, cualquiera sea su naturaleza, patrimonial o no patrimonial, es un derecho legítimo de la víctima y en asuntos civiles, **la determinación del monto del daño moral como un valor correspondiente a su entidad o magnitud, es cuestión deferida al prudente arbitrio del juzgador según las circunstancias propias del caso concreto y los elementos de convicción.**”

De esta forma el *arbitrio juris* constituye herramienta fundamental del juzgador para determinar, con base en las circunstancias propias del caso concreto y a la luz de la prudencia, el *quantum* indemnizatorio frente a la particularidad de cada daño, que lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para resarcir los vacíos que por razones obvias no puede ser regulado, en cada caso, por la ley en su carácter impersonal, general y abstracto.

En el sub-lite, no se acompasa con el juicio prudente y las reglas de la experiencia, el establecimiento de una condena de 1000 gramos oro²⁵ para todos los lesionados sin considerar el tipo de lesiones sufridas en cada caso concreto, máxime teniendo en cuenta que esta cuantía ha sido lo que la jurisprudencia ha concedido como compensación al dolor en situaciones extremas de pérdida de un ser querido, o estados de gravedad, en eventos de lesiones personales. No se aviene al entendimiento común que una persona a quien se le dictamina una

²⁵ Hoy establecido como el equivalente de 100 salarios mínimos legales de acuerdo con línea jurisprudencial, en la materia.

disminución de la capacidad laboral del 11%, con secuela de una mínima asimetría facial, tenga, *verbi gracia*, el mismo padecimiento y compensación, que aquél que sufrió una incapacidad laboral del 96.99% y quedó con graves limitaciones de movimiento.

Por lo expuesto, en atención a las lesiones sufridas y probadas por cada uno de los directamente afectados, la sala revocará los párrafos primero, cuarto, octavo, y decimo tercero del numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia y en su lugar se condenará por concepto de perjuicios morales:

A favor de Humberto Antonio Vides García a 10 SMMLV²⁶ dada la lesión padecida que le dejó como secuela una asimetría facial mínima y una incapacidad laboral del 11%.

A favor de Clodomiro Yasith Robles Orozco, la suma equivalente a 30 SMMLV en atención a la lesión padecida que le dejó como secuela una limitación de movimiento del hombro derecho y una incapacidad laboral del 38.26%.

A favor de Jorge Luís Polo Carracedo, la suma equivalente a 90 SMMLV en por la lesión padecida que le dejó como secuela esplenectomía con repercusión sobre estado general y nefrectomía izquierda con integridad del riñón derecho, y una incapacidad laboral del 75.11%.

A favor de José Silvestre Daza Plata, la suma equivalente a 100 SMMLV en por la lesión padecida que le dejó como secuela limitación de movimientos de cadera derecha, severa del nervio ciático derecho con pie caído anestesia plantar y cicatrices inguino escrotal retráctil dolorosa con defecto estético severo, y una incapacidad laboral del 96.99%.

En consecuencia, se condenará a pagar a las familias de los directamente afectados por concepto de perjuicios morales las siguientes cantidades:

Para Victor Manuel y María Isabel Buelvas Vides, en calidad de hermanos de Humberto Antonio Vides García, 5 SMMLV, para cada uno.

Para Clodomiro Robles Vega y Andrea Orozco Jiménez, padres de Clodomiro Yasith Robles Orozco, 15 SMMLV, para cada uno; para Milena, Esterlina, Rosana,

²⁶ salarios mínimos mensuales legales

Anulfo Enrique, Karen Carolina, Mary Luz, Edinson, Johnny Enrique y Maribel Robles Orozco, hermanos del lesionado, 10 SMMLV, para cada uno; y para su abuelo, Jorge Orozco Cantillo, 10 SMMLV.

Para José Eugenio Daza Suarez y Nimia María Plata Gutiérrez, padres de José Silvestre Daza Plata, 45 SMMLV, para cada uno; para Nini Johana, Yenifer, Yajaira, Melquicedec, José Eugenio Daza Plata y María Fabiola Milian Plata, hermanos del lesionado, 30 SMMLV, para cada uno; y para sus abuelas, Juana Evangelista Gutiérrez y Tomasa Suárez Milian, 30 SMMLV.

Para José Jacobo Polo Villalobos y Guillermina Carracedo de Polo padres de Jorge Luís Polo Carracedo, 35 SMMLV, para cada uno; para Malio Raquel, Zuleima, Martín, Alfonso Enrique, Alcira Segunda, Eyadira, Marielis, y José Alberto Polo Carracedo, hermanos del lesionado, 20 SMMLV, para cada uno.

Y para Jaime Alfredo Gutiérrez Sierra, padre de Jaider Alfredo Gutiérrez Fuentes, 100 SMMLV.

7.3. De otra parte, solicitó el apoderado apelante de la parte demandante se condenara a 4.000 gramos de oro por el perjuicio fisiológico y daño a la vida de relación sufrido por José Silvestre Daza Plata, Jorge Luís Polo Carracedo y Clodomiro Yasith Robles Orozco, los cuales fueron denegados en primera instancia.

En relación con el perjuicio fisiológico, hoy denominado daño a la salud, derivado de una lesión a la integridad psicofísica, solicitado en la demanda, la Sala reitera la posición acogida en las sentencias 19.031 y 38.222, ambas del 14 de septiembre 2011, en las que se señaló:

“De modo que, el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

“Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.

“Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad²⁷.

“En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación- precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

“Es así como la doctrina, sobre el particular señala:

“Hecha esta identificación, entre el daño corporal y el daño a la salud, vemos que también se identifica con el perjuicio fisiológico; terminología que impera en la doctrina francesa para referirse al daño en la esfera funcional, como sinónimo del daño a la integridad física y psíquica de la persona; se denomina así porque afecta, como decimos, la esfera funcional con independencia de la pérdida de rentas que pueda ocasionar.

“Pero esta terminología es peligrosa porque se desliza hacia una realidad diferente. Como se ha precisado por la doctrina italiana, hay que matizar que, si bien a veces se utiliza como sinónimo del llamado daño biológico, la doctrina italiana más especializada, ha señalado que este último, es un concepto médico - legal, mientras que **el daño a la salud es un**

²⁷ “El daño subjetivo o daño a la persona es aquél cuyos efectos recaen en el ser humano, considerado en sí mismo, en cuanto sujeto de derecho, desde la concepción hasta el final de la vida. Por la complejidad del ser humano, los daños pueden efectuar alguna o algunas de sus múltiples manifestaciones o “maneras de ser”. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos “El daño a la persona”, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, pág. 71 y s.s.

concepto jurídico, normativo, que se encuentra consagrado en el artículo 32 de la Constitución...²⁸ (Se destaca).

“En esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto que ya no es utilizado por la doctrina y jurisprudencia italianas, en la medida en que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico – relacionado con la órbita psicofísica del individuo– y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros)²⁹, sin que esta última categoría se encuentre lo suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias de la Sección Unida (Sala Plena) de la Corte de Casación Italiana, en la que se recoge el daño existencial dado, precisamente, de la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivización)³⁰.

“Desde esa panorámica, los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo e desigualitario –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño–, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro.

“Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las

²⁸ VICENTE Domingo, Elena “Los daños corporales: tipología y valoración”, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, Pág. 139.

²⁹ “Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No. 6572 del 24 de marzo de 2006] como todo perjuicio causado en el hacer no redituable del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior.” KOTEICH Khatib, Milagros “El daño extrapatrimonial”, en “Diritto Romano Comune e America Latina”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 259.

³⁰ Ver: Corte de Casación Italiana, sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, No. 26972.

mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial³¹. En otros términos, se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado “daño a la salud o fisiológico”, sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.

“En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica³². Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

“De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: **i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada.**

“Así las cosas, el daño a la salud permite estructurar un criterio de resarcimiento fundamentado en bases de igualdad y objetividad,

³¹ Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

³² “Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser “límites razonables”, determinados sí, en términos jurídicos.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

de tal forma que se satisfaga la máxima “a igual daño, igual indemnización”³³.

“En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.

“Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios – siempre que estén acreditados en el proceso –:

“i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

“ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal³⁴.

“Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto. En consecuencia, la tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de

³³ “En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico “debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia psicofísica del sujeto perjudicado.” ROZO Sordini, Paolo “El daño biológico”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pág. 209 y 210.

³⁴ “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL Botero, Enrique “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10.

conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

“Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud.

“Ahora bien, el hecho de sistematizar el daño a la salud (integridad corporal, psicológica, sexual, estética), mientras se deja abierta la estructura de los demás bienes o derechos jurídicos, garantiza un esquema coherente con los lineamientos conceptuales, teóricos y prácticos del resarcimiento del daño, como quiera que no se presta para generar una tipología paralela al daño a la salud que produzca los mismos efectos perjudiciales que acarrearón las nociones abiertas e indefinidas del daño a la vida de relación y de alteración a las condiciones de existencia.

“En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona; y, por último, será oportuno que se analice la posibilidad por parte de esta Corporación – siempre que los supuestos de cada caso lo permitan– de que se reparen los demás bienes, derechos o intereses jurídicos de la víctima directa o de los perjudicados que logren acreditar efectivamente que padecieron ese daño autónomo e independiente, sin que quede cobijado por la tipología antes delimitada (v.gr. el derecho al buen nombre). La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno.

“No obstante lo anterior, es preciso recalcar que en nuestro país no existe un sistema abierto y asistemático del perjuicio inmaterial, puesto que estos esquemas atentan contra el entendimiento del derecho de la responsabilidad, motivo por el cual, será la jurisprudencia de esta Corporación la encargada de definir la posibilidad de reconocer otras categorías o tipos de daños distintos al daño a la salud, pero siempre que el caso concreto permita la discusión y se afronte la misma a través de la búsqueda de una metodología coherente que contenga el abanico resarcitorio a sus justas proporciones sin que se desdibuje el contenido y alcance de la teoría del daño resarcible.

“Esta es, precisamente, la importancia del daño a la salud, ya que como se ha explicado permite reconducir a una misma categoría resarcitoria todas las expresiones del ser humano relacionadas

con la integridad psicofísica, como por ejemplo las esferas cognoscitivas, psicológicas, sexuales, hedonísticas, etc., lo que evita o impide que se dispersen estos conceptos en rubros indemnizatorios autónomos.

“Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material.”
(Negrillas y subrayas de la sala)

Así mismo, la Sala en sentencia del 28 de marzo de 2012, expediente: 22.163, determinó, de acuerdo con el principio del *arbitrio iuris*, los parámetros de liquidación y valoración del daño a la salud, en cuanto a su contenidos objetivo (estático) y subjetivo (dinámico); en la providencia se señaló:

“El *arbitrio iuris* siempre será necesario en cualquier ordenamiento jurídico puesto que el legislador no puede contemplar todas y cada una de las hipótesis y variables que se pueden presentar en el proceso judicial, razón por la cual queda un margen de maniobra a cargo del operador judicial que, lejos de ser catalogado como arbitrariedad, constituye un campo de discreción racional en el que con fundamento en las reglas de la experiencia y la sana crítica traza derroteros para colmar esas lagunas o vacíos que están contenidos en la ley.

De allí que sí existen criterios de valoración del daño a la salud, de manera concreta, de la siguiente forma:

1. El ámbito o espectro objetivo o estático del daño a la salud se determinará a través del *arbitrio iuris*, para lo cual se tendrá en cuenta la edad de la víctima y la gravedad de la lesión, lo cual permitirá emplear la regla de tres, al tener en cuenta que a la mayor incapacidad corresponde un valor máximo de cuatrocientos salarios mínimos mensuales vigentes, como lo ha hecho la jurisprudencia de tiempo atrás

2. En cuanto al contenido dinámico del daño a la salud, esto es, las particularidades o especificidades que ese perjuicio significa para cada víctima en particular (v.gr. no es lo mismo la pérdida de una mano para alguien que tiene como “hobbie” ir a cine, frente a alguien cuyo esparcimiento lo obtiene de tocar el piano o pintar cuadros). En este tipo de eventos, en los que la persona logre acreditar unas consecuencias particulares que harían más gravosa su condición al resultar afectado en su integridad psicofísica, el juez podrá incrementar, con base en el *arbitrio iuris*, la indemnización correspondiente al factor objetivo del daño a la salud. No obstante, se itera, en principio no se podrá reconocer una suma superior a 400 SMMLV, pues este es el tope –sumado el ámbito estático y dinámico– del daño a la salud.

Por consiguiente, el daño a la salud reviste una connotación bifronte, una estática u objetiva que garantiza la máxima “a igual afectación a la integridad psicofísica debe corresponder una idéntica o similar compensación del perjuicio”, y una perspectiva dinámica o subjetiva –que permite hacer realidad la igualdad material– debido a que en este componente se permite que el juez eleve en un preciso porcentaje la reparación por cuenta de las condiciones particulares de la víctima.

No se trata de reparar la vida relacional o social de quien sufre el daño (en el espectro dinámico), sino de reconocer un porcentaje adicional debido a situaciones particulares que hacen que para ese sujeto específico la afectación correspondiente sea más grave”.

Conforme a lo anterior, debe indicarse que en los casos en que las lesiones revisten mayor gravedad, esto es una incapacidad del 100%, se ha concedido por daño a la salud el equivalente a 400 salarios mínimos mensuales vigentes. Por lo tanto, aplicando una simple regla de tres, y establecido que el porcentaje de incapacidad de José Silvestre Daza Plata, Jorge Luís Polo Carracedo y Clodomiro Yasith Robles Orozco, es del 96.99%, 75.11% y 38.26%, se les reconocerá por este concepto el valor de 387,96; 300,44 y 153.04 salarios de la misma índole, respectivamente, por lo cual, el monto de la indemnización resulta proporcional con la lesión sufrida, esto de conformidad con los parámetros jurisprudenciales que han sido trazados sobre la materia, teniendo en cuenta la gravedad de la lesión y, por lo tanto, la magnitud del perjuicio que supone una significativa variación en el estado de salud de los demandante principales³⁵.

7.4. En cuanto a los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, se tiene:

Se encuentra demostrado que el señor Humberto Antonio Vides García sufrió una pérdida de capacidad laboral del 11%, según el dictamen de la Junta Médica Laboral No. 2031 de la Dirección de Sanidad del Ejército.

Para determinar lo que dejará de percibir por la disminución de su capacidad laboral, y por el resto de la vida probable, se usará el salario mínimo vigente como base de liquidación, pues si bien el actor no devengaba un salario como prestación de su servicio militar obligatorio, las reglas de la sana crítica enseñan

³⁵ Se destaca que tal perjuicio no se reconocerá a Humberto Antonio Vides García en razón a que este no fue objeto de impugnación.

que una persona laboralmente activa, no podría devengar menos de este monto y a esa suma se adicionará el 25% por prestaciones sociales.

El salario mínimo para el año de 1994 era de \$98.700,00, actualizado a valor presente equivale a \$460.503,00, comoquiera que es una cifra inferior al salario mensual vigente para este año, se tendrá como base de liquidación dicha suma, que equivale a \$566.700,00, y será incrementada en un 25%, por concepto de prestaciones sociales, para un total de \$708.375,00.

Para efectos de esta liquidación se tomará el 11% del valor anterior, correspondiente a la incapacidad que sufrió la víctima, esto es, \$ 77.921,25, suma con la cual se liquidará la indemnización debida y futura.

- Lucro cesante consolidado

Comprende el período transcurrido desde la fecha de los hechos, 9 de abril de 1994, hasta la fecha de esta sentencia, para un total de 222 meses.

Aplicando la fórmula, se tiene lo siguiente:

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

$$S = \$ 77.921,25 \frac{(1+0.004867)^{222} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$31'033.448,18$$

- Lucro cesante futuro

Comprende el período transcurrido desde el día siguiente de esta sentencia, hasta el máximo de vida probable de Humberto Antonio Vides García. De conformidad con las tablas de supervivencia³⁶ se estimó la vida probable del

³⁶ Si bien la tabla colombiana de mortalidad vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos, es la contenida en la Resolución No. 0996 de 29 de marzo de 1990, habida cuenta que en la misma solo se establece la edad masculina a partir de los 20 años, se aplicará, ,

lesionado en 56,85 años, para un total de 682,2 meses, teniendo en cuenta que tenía 19 años de edad cuando ocurrió el accidente, según el registro civil que informa de su nacimiento el 14 de junio de 1974 (fl. 16 cdno No. 950.464). A los 682,2 meses deberá restársele 222 meses, los cuales ya fueron indemnizados, para un total de 460,2 meses.

Aplicando la fórmula, se tiene:

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

$$S = \$77.921,25 \frac{(1+0.004867)^{460,2} - 1}{0.004867(1+0.004867)^{460,2}}$$

$$S = \$14'296.066,60$$

Sumados los valores de la indemnización debida y futura se obtiene un valor total de **\$ 45'329.514,78**

Con el mismo argumento y entendimiento matemático se tiene:

Clodomiro Yasith Robles Orozco:

Para efectos de esta liquidación se tomará el 38.26%, correspondiente a la incapacidad que sufrió la víctima, del total de \$708.375,00 ya señalados, que arroja como resultado \$271.024,27, suma con base en la cual se liquidará la indemnización debida y futura.

- Lucro cesante consolidado

Comprende el período transcurrido desde la fecha de los hechos, 9 de abril de 1994, hasta la fecha de esta sentencia, para un total de 222 meses.

Aplicando la fórmula, se tiene lo siguiente:

por razones de equidad, la establecida en la Resolución No. 0497 de 20 de mayo de 1997 expedida por la Superintendencia Bancaria que establece la vida probable a partir en las edades de los aquí demandantes.

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

$$S = \frac{\$271.024,27 (1+0.004867)^{222} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 107'939.973,22$$

- Lucro cesante futuro

Comprende el período transcurrido desde el día siguiente de esta sentencia, hasta el máximo de vida probable de Clodomiro Yasith Robles Orozco. De conformidad con las tablas de supervivencia se estimó la vida probable del lesionado en 56,85 años, para un total de 682,2 meses, teniendo en cuenta que tenía 19 años de edad cuando ocurrió el accidente, según el registro civil que informa de su nacimiento el 16 de mayo de 1974. A los 682,2 meses deberá restársele 222 meses, los cuales ya fueron indemnizados, para un total de 460,2 meses.

Aplicando la fórmula, se tiene:

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

$$S = \frac{\$271.024,27 (1+0.004867)^{460,2} - 1}{0.004867 (1+0.004867)^{460,2}}$$

$$S = \$ 49'724.318,02$$

Sumados los valores de la indemnización debida y futura se obtiene un valor total de **\$ 157'664.291,24**

Para José Silvestre Daza Plata:

Se encuentra demostrado que José Silvestre Daza Plata sufrió una pérdida de capacidad laboral del 96.99%, según el dictamen de la Junta Médico Laboral de la

Dirección de Sanidad del Ejército, sin embargo, en atención a lo consagrado en el artículo 38 de la ley 100 de 1993, para efectos de su liquidación se tomará el 100%, de la suma equivalente a \$708.375,00 ya señalados, esto es, su totalidad, habida cuenta que de acuerdo con la norma en cita y conforme ya se ha establecido jurisprudencialmente para efectos liquidatorios, se considera inválida la persona que hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

- Lucro cesante consolidado

Comprende el período transcurrido desde la fecha de los hechos, 9 de abril de 1994, hasta la fecha de esta sentencia, para un total de 222 meses.

Aplicando la fórmula, se tiene lo siguiente:

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

$$S = \$708.375,00 \frac{(1+0.004867)^{222} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 282'122.256,19$$

- Lucro cesante futuro

Comprende el período transcurrido desde el día siguiente de esta sentencia, hasta el máximo de vida probable de José Silvestre Daza Plata. De conformidad con las tablas de supervivencia se estimó la vida probable del lesionado en 55,87 años, para un total de 670,44 meses, teniendo en cuenta que tenía 20 años de edad cuando ocurrió el accidente, según el registro civil que informa de su nacimiento el 3 de mayo de 1973. A los 670,44 meses deberá restársele 222 meses, los cuales ya fueron indemnizados, para un total de 448,44 meses.

Aplicando la fórmula, se tiene:

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

$$S = \$708.375,00 \frac{(1 + 0.004867)^{448,44} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{448,44}}$$

$$S = \$ 129'048.648,02$$

Sumados los valores de la indemnización debida y futura se obtiene un valor total de **\$ 411'170.904,21**

Para Jorge Luís Polo Carracedo:

Se encuentra demostrado que Jorge Luís Polo Carracedo sufrió una pérdida de capacidad laboral del 75.11%, según el dictamen de la Junta Médico Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército, sin embargo, por lo que, en atención a la sindéresis precitada, para efectos de su liquidación también se tomará el 100%, de la suma equivalente a \$708.375,00 ya señalada.

- Lucro cesante consolidado

Comprende el período transcurrido desde la fecha de los hechos, 9 de abril de 1994, hasta la fecha de esta sentencia, para un total de 222 meses.

Aplicando la fórmula, se tiene lo siguiente:

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

$$S = \$708.375,00 \frac{(1 + 0.004867)^{222} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 282'122.256,19$$

- Lucro cesante futuro

Comprende el período transcurrido desde el día siguiente de esta sentencia, hasta el máximo de vida probable de Jorge Luís Polo Carracedo. De conformidad con las tablas de supervivencia se estimó la vida probable del lesionado en 56,85 años, para un total de 682,2 meses, teniendo en cuenta que tenía 19 años de

edad cuando ocurrió el accidente, según el registro civil que informa de su nacimiento el 16 de abril de 1975. A los 682,2 meses deberá restársele 222 meses, los cuales ya fueron indemnizados, para un total de 460,2 meses.

Aplicando la fórmula, se tiene:

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

$$S = \$708.375,00 \frac{(1+0.004867)^{460,2} - 1}{0.004867(1+0.004867)^{460,2}}$$

$$S = \$ 129'964.241,87$$

Sumados los valores de la indemnización debida y futura se obtiene un valor total de **\$ 412'086.498,06**

7.4. Finalmente, la parte demandada destacó que el *a quo* no debió reconocer los perjuicios materiales señalados, comoquiera que José Silvestre Daza Plata y Jorge Luís Polo Carracedo, debido a las lesiones sufridas, fueron pensionados, lo que significaba que continuarían percibiendo una remuneración económica mensual, sin menoscabo en su patrimonio presente o futuro.

El Ministerio Público se pronunció en el mismo sentido, indicando que a Jorge L. Polo se le había reconocido una pensión de invalidez por Resolución No. 0646 de 31 de enero de 1996, equivalente al 75% del sueldo básico de lo que perciba en todo tiempo un cabo segundo, sin que en ningún caso pudiera ser inferior al salario mínimo legal vigente, lo que en criterio de la delegada demostraba que este demandante no había dejado de percibir suma alguna como consecuencia de la incapacidad que se le había determinado, ya que al obtener la pensión por invalidez se satisfacía el lucro cesante indemnizable por la entidad a la que se hallaba vinculado.

Destacó que la finalidad de la acción de reparación directa era indemnizar a la víctima a través del pago de las sumas de dinero de lo que dejaba o iba a dejar de percibir como consecuencia de la disminución de la capacidad laboral, de suerte que, como al ex soldado se le había reconocido una pensión que en ningún caso

sería inferior al salario mínimo, el lucro cesante ya había sido satisfecho mediante el reconocimiento y pago de la misma.

De este modo, observa la sala que se trata de establecer sí cuando como consecuencia de un daño donde la víctima recibe compensaciones de varias fuentes queda en una mejor posición por el aspecto patrimonial a causa del mismo, y si dicha situación es compatible con criterios de validez y justicia. Este evento corresponde a lo que la doctrina ha denominado la *compensatio lucri cum damnos*³⁷ y puede estar conformado por conceptos diferentes al indemnizatorio, que dicho sea, es el debido por el causante directo del daño. Se tiene, en consecuencia, que sí es posible para la víctima quedar en una mejor situación material o de ventaja con motivo de los diferentes ingresos económicos a que puede tener derecho por la materialización del daño. La doctrina sobre el particular ha expuesto:

“El tema es de por sí complejo, pero ello no impide centrarlo correctamente. Se debe recordar, con el Consejo de Estado colombiano, “que no es cierto que un delito o cuasidelito, no puede ser motivo de enriquecimiento para la víctima. Este resultado se darán [...] cuando exista un título o causa que justifica ese enriquecimiento”³⁷, precisión que conduce a aceptar que el lucro o la ventaja que la víctima recibe a raíz del daño puede superar el valor de éste. Se combate así la idea de quienes consideran que la víctima frente a su daño sólo puede quedar máximo en situación idéntica a la que se tenía antes de su advenimiento, porque una víctima sí puede enriquecerse a raíz de un daño. El ejemplo típico es el cobro de un seguro de personas o el caso de donaciones realizadas por piedad al dañado, que provengan de personas distintas al responsable, en las cuales quien sufre el daño puede quedar en una situación económica que supere a la entidad real de su daño.

“El problema consistirá entonces, como bien se observa en la sentencia citada, en que la causa o título que justifica la mejoría de la víctima no se excluya con la indemnización del proceso de responsabilidad. Dentro de esta óptica se plantea de una manera diferente la regla de la indemnización plena del daño: no se trata de discutir si la víctima tiene derecho a quedar en mejor situación porque existen causas que lo justifican. A este propósito se puede sentar la siguiente regla: si existe un título o causa que justifica el cúmulo de compensaciones, por ejemplo - un seguro, una pensión, una donación, etc. -, y si, además, dicha causa o título no se excluye con la propiamente indemnizatoria debida por el directamente responsable, procede aceptar la acumulación. Si el cúmulo de compensaciones se acepta porque proviene de causas o títulos diferentes que no son excluyentes entre sí, no se viola la regla de la indemnización plena de sólo el daño. Nótese que se habla de cúmulo de compensaciones y no necesariamente de indemnizaciones, porque bien

³⁷ De Cupis Adriano, *El Daño*, Editorial Bosch, 1970, 2ª edición, pág. 327.

³⁷ Consejo de Estado col., Sección Tercera, 12 de septiembre de 1991, CP. Dr. Uribe Acosta, actor: Rosa Nelly Londoño, exp. 6572.

puede ocurrir que no todos los ingresos que tenga la víctima a raíz del daño sean indemnizatorios.”³⁸

Es el caso, tratado en varias ocasiones por la jurisprudencia de la corporación, como en el presente, cuando la víctima reclama la indemnización legal o a forfait (prestaciones sociales, mas técnicamente) y la indemnización propiamente dicha, en el que se ha planteado el problema de su acumulación. Para el análisis debe establecerse si coinciden la indemnización que se origina con el daño y las prestaciones sociales que se derivan de la condición que las posibilita. La Sala Plena ha precisado el alcance y contenido de estas diversas realidades:

“...a través de ese reconocimiento no se le está otorgando ninguna indemnización a esas personas, sino simplemente pagándoles una prestaciones sociales a las que tienen vocación por razón del nexo laboral de su causante. En cambio, la indemnización de perjuicios que se les reconoció separadamente en el proceso citado, tiene su origen y fundamento en la falla del servicio que produjo la muerte del agente. O sea, en el primer supuesto la obligación deviene de la ley y se sustenta en la relación laboral del causante; en el segundo, nace de la responsabilidad que le compete a la administración pública en la muerte de aquél, por una falla del servicio. En ese orden de ideas no es dable el descuento impetrado por la entidad recurrente”³⁹.

“Esta era la posición reiterada de la Sala Plena del Consejo de Estado fruto de un largo periplo evolutivo donde dialécticamente se superó un primer ciclo caracterizado por el rechazo a la posibilidad de acumulación de compensaciones, en él sólo había lugar al reconocimiento de la indemnización de ley o a forfait (prestaciones sociales); hubo un segundo momento donde se adoptó el esquema del derecho francés, esto es, el de descontar de la indemnización total o plena el reconocimiento de prestaciones sociales, y finalmente, en el tercer estadio, la Sala Plena de esta corporación acogió la postura jurisprudencial que se viene de transcribir, consistente en la independencia absoluta y autonomía de cada uno de los conceptos - prestaciones sociales e indemnización - en virtud de la dualidad causal. La estratificación argumentativa que permitió el escalonamiento al tercer hito fue el resultado de un recurso extraordinario de súplica cuya función como es sabido era la de unificar la jurisprudencia”⁴⁰.

³⁸ Henao Juan Carlos, *El daño*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 51 y 52.

³⁹ Sentencia del 7 de febrero e 1995, exp. S-247, C.P. Dr. Orjuela Góngora.

⁴⁰ GIL BOTERO, Enrique. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Temis, 5ª edición. Pág. 223.

“Es importante destacar, igualmente, como en el derecho español la compatibilidad de indemnizaciones derivadas de accidente laboral y acto culposo se resuelve en la acumulación a favor de la víctima, y es así como el Tribunal Supremo ha elaborado y perfeccionado la doctrina de la llamada “**perfecta compatibilidad**” entre indemnizaciones civiles y laborales. Esta compatibilidad y absoluta independencia de las prestaciones satisfechas por accidentes de trabajo y la derivada de acto culposo, es doctrina jurisprudencial reiterada por el Tribunal Supremo, cabe destacar entre otras las sentencia del 27 de noviembre de 1993, que cita entre muchas otras que mantienen la misma línea, las siguientes: la del 5 de enero, 6 de octubre y 8 de noviembre de 1982; 9 de marzo, 6 de mayo, 5 de julio, y 28 de octubre de 1983; 7 de mayo y 8 de octubre de 1984; y 2 de enero de 1991⁴¹; todo lo cual es reiterado por el Tribunal Supremo en sentencias de: 7-3-1994, y 27-2-1996, expresando esta última: “Debe rechazarse el primero de los motivos invocado al amparo del núm. 1º o 2º del artículo 1692 LEC, ante la reiterada doctrina de éste Tribunal que establece la compatibilidad de las prestaciones dimanantes de un mismo hecho (accidente laboral) pues las razones de pedir en el orden jurisdiccional laboral y las que sirven de fundamento al pedimento en este orden jurisdiccional civil se basan en reglas que, no obstante, sean concurrentes en el hecho físico, se apoyan en hechos normativos diferenciados que no se anulan entre sí o se confundan el uno con el otro”⁴².

Desde otro ángulo, se debe mirar el vínculo que existe entre el acto desencadenante del daño y el beneficio, y es que no se puede dejar de lado este punto porque se llegaría a una indeterminación o indiferencia causal que no es el camino más indicado, la doctrina así se pronuncia: “Nosotros preferimos la tesis que admite la acumulación en todos los casos, porque ella se funda en un elemento esencial e invariable como es el de la conexión causal entre el acto ilícito y el beneficio. Es evidente que éste no tiene como causa necesaria ese acto, sino que se funda en elementos diversos: retenciones de los sueldos, años de servicio, etc.. el acto ilícito no es más que la “ocasión” fortuita en que se cumple la condición (invalidez, muerte) a que se halla subordinado el beneficio, el cual habría podido nacer en cualquier otra circunstancia: no puede decirse, por tanto, que acto ilícito sea la “causa de la jubilación o pensión”⁴³.

⁴¹ Luis Díes Picazo, Derecho de Daños, Editorial Civitas, 1999, pág. 177.

⁴² GIL BOTERO, Enrique. *Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Temis, 5ª edición. Pág. 227.

⁴³ Alfredo Orgaz, El Daño resarcible, 2ª edición, editorial Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1960, pág. 208

En consecuencia, claramente hay lugar al reconocimiento y pago no sólo de los valores derivados de la relación laboral - prestacional de la víctima, sino también de los originados en la indemnización que por el ejercicio de la acción resarcitoria pueda obtener, sin que haya lugar hacer descuento alguno entre las sumas reconocidas, las cuales, por el contrario, como se ha sostenido, pueden válidamente acumuladas.

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,

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMASE el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia del 15 de marzo de 2001, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en el que se declaró patrimonialmente responsable a la Nación, Ministerio de Defensa, -Ejercito Nacional-, de los daños y perjuicios ocasionados a los demandantes.

SEGUNDO: MODÍFICASE el numeral segundo de la providencia en cita, el cual, en cuanto a lo impugnado, queda así:

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se condena a la Nación, Ministerio de Defensa, -Ejercito Nacional-, a pagar los perjuicios morales a las siguiente personas:

A Humberto Antonio Vides García, la suma equivalente en pesos a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A Víctor Manuel y María Isabel Buelvas Vides, hermanos de Humberto Antonio Vides García, la suma equivalente en pesos cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

A Clodomiro Robles Vega y Andrea Orozco Jiménez, padres de Clodomiro Yasith Robles Orozco, la suma equivalente en pesos a quince (15) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

A Clodomiro Yasith Robles Orozco, la suma equivalente en pesos a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A Milena, Esterlina, Rosana, Anulfo Enrique, Karen Carolina, Mary Luz, Edinson, Johnny Enrique y Maribel Robles Orozco, hermanos de Clodomiro Yasith Robles Orozco, y para su abuelo, Jorge Orozco Cantillo, la suma equivalente en pesos a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

A José Silvestre Daza Plata, la suma equivalente en pesos a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A José Eugenio Daza Suarez y Nimia María Plata Gutiérrez, padres de José Silvestre Daza Plata, la suma equivalente en pesos a 45 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

Nini Johana, Yenifer, Yajaira, Melquicedec, José Eugenio Daza Plata y María Fabiola Milian Plata, hermanos de José Silvestre Daza Plata, la suma equivalente en pesos a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

A Juana Evangelista Gutiérrez y Tomasa Suárez Milian, abuelas de José Silvestre Daza Plata, la suma equivalente en pesos a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A José Jacobo Polo Villalobos y Guillermina Carracedo de Polo padres de Jorge Luís Polo Carracedo, la suma equivalente en pesos a treinta y cinco (35) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

A Jorge Luís Polo Carracedo, la suma equivalente en pesos a noventa (90) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A Malio Raquel, Zuleima, Martín, Alfonso Enrique, Alcira Segunda, Eyadira, Marielis, y José Alberto Polo Carracedo, hermanos de Jorge Luís Polo Carracedo, la suma equivalente en pesos a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno.

Y a Jaime Alfredo Gutiérrez Sierra, padre de Jaider Alfredo Gutiérrez Fuentes, la suma equivalente en pesos a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO: MODIFÍCASE el numeral tercero de la providencia en cita, en su lugar se decide:

TERCERO: se condena a la Nación, Ministerio de Defensa, -Ejército Nacional-, a pagar perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante tanto vencido como futuro, a las siguientes personas:

A Humberto Antonio Vides García, la suma de cuarenta y cinco millones trescientos veintinueve mil quinientos quince pesos pesos (\$45'329.515,).

A Clodomiro Yasith Robles Orozco, la suma de ciento cincuenta y siete millones seiscientos sesenta y cuatro mil doscientos noventa y un pesos (\$157'664.291).

A José Silvestre Daza Plata, la suma de cuatrocientos once millones ciento setenta mil novecientos cuatro pesos (\$411'170.904).

A Jorge Luís Polo Carracedo, la suma de cuatrocientos doce millones ochenta y seis mil cuatrocientos noventa y ocho pesos (\$412'086.498).

CUARTO: Revóquese el numeral cuarto de la providencia bajo examen, en lo relativo a la denegatoria de la solicitud de reconocimiento de perjuicios fisiológicos, y en su lugar:

CONDÉNASE a la Nación, Ministerio de Defensa, -Ejército Nacional-, a pagar por concepto de daño a la salud las siguientes cantidades:

Para José Silvestre Daza Plata el equivalente en pesos a trescientos ochenta y siete coma noventa y seis (387,96) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para Jorge Luís Polo Carracedo el equivalente en pesos a trescientos coma cuarenta y cuatro (300,44) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Para Clodomiro Yasith Robles Orozco el equivalente en pesos a ciento cincuenta y tres coma cuatro (153.04) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

QUINTO: COMPÚLSESE copias de esta sentencia y de las copia de las escrituras públicas contentivas del negocio jurídico –cesión de derechos litigiosos- celebrado entre el apoderado y sus representados, al Consejo Superior de la Judicatura, Sala Jurisdiccional Disciplinaria, para que adelanten la investigación que corresponda en contra de Olid Larrarte Rodríguez, apoderado judicial de la parte actora, con base en las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: CONFÍRMESE lo dispuesto en el numeral quinto en lo atinente a la no imposición de condena en costas.

Dese cumplimiento a lo establecido en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo, para lo cual se expedirá copia de la sentencia de segunda instancia, conforme al artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

SÉPTIMO: En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y PUBLÍQUESE

ENRIQUE GIL BOTERO

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

OLGA VALLE DE DE LA HOZ
Presidenta de la Sala

ACLARACION DE VOTO DEL DR. JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

COPIAS SIMPLES - Valor probatorio. Valoración probatoria / VALORACION COPIAS SIMPLES - Artículos 253 y 254 del Código de Procedimiento Civil / COPIAS SIMPLES - No pueden ser valoradas por incumplimiento de requisitos legales / VALORACION COPIAS SIMPLES - Unicamente en casos excepcionales

Dado que dichas copias no reposan auténticas en el expediente carecen de valor probatorio, porque, en tratándose de copias de documento público, para que puedan ser aducidas o apreciadas como prueba dentro de un proceso judicial, deben reunir las exigencias contenidas en el artículo 254 del Código de

Procedimiento Civil, entre las cuales se encuentra la diligencia de autenticación, en concordancia con los requisitos contemplados en el numeral 7º del artículo 115 del mismo estatuto procesal. Con otras palabras, las copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del C. de P. Civil antes citado. (...) el artículo 253 ibídem establece que los documentos deben ser aportados al proceso en original o en copias, sin presentarse ningún inconveniente frente a los documentos originales pues su condición los exime del cumplimiento de cualquier formalidad adicional para su valoración probatoria. Contraria es la apreciación frente a los documentos allegados a través de copias, los cuales por determinación de la ley procesal (artículo 254 del C. de P. Civil) sólo podrán adquirir el mismo valor probatorio que el documento original, al cumplir con la exigencia de la autenticidad de las mismas, la cual se adquiere ya sea por “provenir de la autorización del funcionario ante quien reposa el original, ora por la autenticación del notario previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente, ya por la reproducción del original o de copia auténtica que se ordene en el curso de una inspección judicial”, lo que genera seguridad al juzgador frente a su producción. Ahora, si bien en otras oportunidades ésta subsección a dotado de valor probatorio a determinados documentos aportados en copia simple, lo cierto es que su aplicación obedece a casos excepcionales en los cuales i) dichos documentos originales se encuentran en poder de la entidad demandada o; ii) que fueron aportados por la misma.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 253 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 254

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencias de: 2 de mayo de 2007, exp. 31217; 3 de diciembre de 2008, exp. 18205; 7 de marzo de 2011, exp. 20171 y de 9 de mayo de 2011, exp. 36912

TASACION DE PERJUICIOS MORALES - Necesidad de aplicar el test de proporcionalidad

La tasación y liquidación del perjuicio moral en el presente caso debió sujetarse a lo que ordinariamente esté demostrado con base en las pruebas allegadas en cada proceso (testimonial, pericial, informes técnicos, etc), a la “presunción de aflicción” (que no es de “iure”) y a los criterios para ponderar la tasación de los perjuicios morales: a) en cuanto a idoneidad cabe observar: el dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad, valoración a la relaciones propias al núcleo familiar (que comprende la convivencia, la cercanía sentimental y el apego), violación de derechos humanos, o de garantías propias al derecho internacional humanitario; b) en cuanto a necesidad cabe observar: el grado de afectación y la estructura de la relación familiar de las víctimas; y, c) en cuanto a la proporcionalidad en estricto sentido, o la ponderación cabe observar: la intensidad del daño (que cabe examinarlo desde la cercanía y la mínima certeza de conocimiento), la aflicción por la vulneración, propiamente dicha.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá, D. C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012)

Radicación número: 05001-23-31-000-1995-00464-01(21285)

Actor: ANDRES MANUEL BUELVAS VIDES Y OTROS

Demandado: NACION -MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL-

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Aunque compartí la decisión adoptada por la Sala en sentencia de 19 de noviembre de 2012, consistente en declarar administrativamente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional de los hechos ocurridos el 19 de abril de 1994, con motivo de las lesiones y la muerte sufrida de Humberto Antonio Vides García, Clodomiro Yasith Robles orozco, José Silvestre Daza Plata, Jorge Luis Polo Carracedo y Jaider Alfredo Gutierrez Fuentes, me permito aclarar voto en cuanto a los siguientes aspectos:

Valor probatorio de la copia simple.

El precedente de la Corporación tiene por sentado que “sobre el valor probatorio de las copias, la Sala ha recalcado que, por expresa remisión que el artículo 168 del Código Contencioso Administrativo hace al régimen probatorio previsto en el Código de Procedimiento Civil, en cuanto a la admisibilidad, práctica y valoración de esta prueba documental, es aplicable el artículo 254 de este último, de acuerdo con el cual:

“Artículo 254.- [Modificado por el Decreto Ley 2282 de 1989, artículo 1. numeral 117]. Valor probatorio de las copias. Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos:

“1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.

“2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.

“3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.”

Norma esta que, como lo ha puntualizado la jurisprudencia, guarda concordancia con el numeral 7º del artículo 115 del mismo estatuto, a cuyo tenor en materia de copias de actuaciones judiciales, *“las copias auténticas requerirán auto que las ordene y la firma del secretario”*, puesto que se trata, *“...de un acto mixto o, si se quiere, de naturaleza compleja, habida cuenta que la autenticación de la copia de un documento que obre en un expediente judicial, reclama la participación del juez, en orden a posibilitar -mediante providencia previa- que la copia sea expedida con tal carácter, así como del secretario del respectivo juzgado, quien cumple la función de 'extender la diligencia de autenticación directamente o utilizando un sello', precisando 'que el contenido del documento corresponde exactamente al que tuvo a la vista', según lo establece el artículo 35 del Decreto 2148 de 1983, tras lo cual procederá a suscribirla con firma autógrafa, que es en lo que consiste la autorización propiamente dicha.”*⁴⁴

En consecuencia, dado que dichas copias no reposan auténticas en el expediente carecen de valor probatorio, porque, en tratándose de copias de documento público, para que puedan ser aducidas o apreciadas como prueba dentro de un proceso judicial, deben reunir las exigencias contenidas en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, entre las cuales se encuentra la diligencia de autenticación, en concordancia con los requisitos contemplados en el numeral 7º del artículo 115 del mismo estatuto procesal.

Con otras palabras, las copias simples no son medios de convicción que puedan tener la virtualidad de hacer constar o demostrar los hechos que con las mismas se pretendan hacer valer ante la jurisdicción, en cuanto su estado desprovisto de autenticación impide su valoración probatoria, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 254 del C. de P. Civil antes citado.⁴⁵⁴⁶

Asimismo, la Sala, sobre el particular ha puntualizado que “Cabe precisar que la exigencia de que se presente en original o copia auténtica un documento público

⁴⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 22 de abril de 2002, Exp. 6636. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.

⁴⁵ “...la exigencia del numeral 2º del artículo 254 es razonable, y no vulnera el artículo 83 de la Constitución, como tampoco el 228. En este caso, la autenticación de la copia para reconocerle ‘el mismo valor probatorio del original’ es un precepto que rige para todas las partes en el proceso, y que no tiene otra finalidad que rodear de garantías de certeza la demostración de los hechos, fundamento del reconocimiento de los derechos...” Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-023 de 11 de febrero de 1998, M.P. Jorge Arango Mejía.

⁴⁶ Consejo de Estado, Sentencia de 2 de mayo de 2007, Exp. 31217 M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

como lo sería una providencia judicial o un expediente penal, tiene consagración legal, establecida en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, al señalar los eventos en que las copias tienen el mismo valor del original, de modo que tratándose de las copias arrimadas a un proceso, deben aportarse en copia auténtica para que pueda dárseles valor probatorio. Además porque la presunción establecida en el artículo 252 *ibidem* según la cual el documento público se presume auténtico, sólo se atribuye al original de ese documento, pero no a su copia.

Por su parte, el artículo 253 *ibidem* establece que los documentos deben ser aportados al proceso en original o en copias, sin presentarse ningún inconveniente frente a los documentos originales pues su condición los exime del cumplimiento de cualquier formalidad adicional para su valoración probatoria. Contraria es la apreciación frente a los documentos allegados a través de copias, los cuales por determinación de la ley procesal (artículo 254 del C. de P. Civil) sólo podrán adquirir el mismo valor probatorio que el documento original, al cumplir con la exigencia de la autenticidad de las mismas, la cual se adquiere ya sea por *“provenir de la autorización del funcionario ante quien reposa el original, ora por la autenticación del notario previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente, ya por la reproducción del original o de copia auténtica que se ordene en el curso de una inspección judicial”*, lo que genera seguridad al juzgador frente a su producción.^{47 48}

Ahora, si bien en otras oportunidades⁴⁹ ésta subsección a dotado de valor probatorio a determinados documentos aportados en copia simple, lo cierto es que su aplicación obedece a casos excepcionales en los cuales i) dichos documentos originales se encuentran en poder de la entidad demandada o; ii) que fueron aportados por la misma.

Necesidad de aplicar el test de proporcionalidad para la tasación de los perjuicios morales.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sentencia de 3 de diciembre de 2008, Exp. 18205. M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁴⁸ Vale aclarar que el Consejero Ponente, como doctrinante y en su actividad académica, no comparte el precedente jurisprudencial sostenido invariablemente por la Sala sobre este tema, sin embargo, su carácter de fallador en el sub lite le obliga a acoger el criterio unificado de la Corporación conforme al artículo 231 de la Carta Política.

⁴⁹ Expedientes 20171 y 36912.

Si bien a partir de 2001 la jurisprudencia viene aplicando como criterio de tasación de los perjuicios morales el salario mínimo mensual legal vigente (en una suerte de equivalencia con los gramos oro reconocidos en la primera instancia), no deja de seguir siendo un ejercicio discrecional (arbitrio iudicis) del juez, sin lograr, aún, la consolidación de criterios objetivos en los que pueda apuntarse la valoración y tasación de los mismos, con lo que se corresponda a los principios de proporcionalidad y razonabilidad con base en los cuales debe decidir el juez y, no simplemente sustentarse en una “cierta discrecionalidad”.

En reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia T-212 de 15 de marzo de 2012 (Exp.T-3199440), se fija la posición que debe orientar al juez contencioso administrativo para la tasación y liquidación de los perjuicios morales en los siguientes términos, que merece ser comentados.

En primer lugar, sostiene la Corte Constitucional que dar “la libertad a un juez para que tome una decisión bajo su arbitrio judicial, no es un permiso para no dar razones que sustenten lo decidido, no es una autorización para tomar decisiones con base en razonamientos secretos ni tampoco para tomar decisiones basadas en emociones o palpitos. Como se indicó, por el contrario, demanda un mayor cuidado en el juez al momento de hacer públicas las razones de su decisión”.

En segundo lugar, se parte del argumento según el cual la jurisprudencia constitucional ha sostenido que se viola el debido proceso constitucional, al establecer condenas en contra de una persona sin tener bases probatorias suficientes sobre la existencia del daño moral por el cual se condenó. No se trata de una forma de controvertir criterios de valoración del acervo probatorio, propios del proceso ordinario. La protección evita mantener decisiones judiciales que no tienen un sustento razonable en las pruebas aportadas y consideradas. Así, por ejemplo, recientemente la Corte Constitucional protegió los derechos de una persona jurídica, por haber sido condenada a pagar una suma, a título de perjuicios morales, sin tener sustento probatorio alguno.⁵⁰

⁵⁰ “En la sentencia T-874 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo) se decidió lo siguiente: “[...] la Sala encuentra, tal y como lo hizo el Tribunal al resolver la segunda instancia del trámite de la tutela, que al decidir sobre el incidente de perjuicios, el juzgado accionado incurrió en evidentes errores fácticos de valoración probatoria, pues extrajo la certeza de ocurrencia de perjuicios, en cuantías precisas, sin que en el expediente existiera fundamento probatorio alguno para llegar a esos

Es necesario, por lo tanto, contar con bases probatorias suficientes para determinar la existencia del daño moral, a lo que cabe agregar, y para determinar la tasación y liquidación de los perjuicios morales.

En tercer lugar, y teniendo en cuenta la sentencia de la Corte Constitucional T-351 de 2011, la jurisprudencia del Consejo de Estado en materia de daño y perjuicios morales sí establece parámetros vinculantes para los jueces administrativos. En efecto, estos deben seguir *la libertad probatoria* y utilizar su *prudente arbitrio* en el marco de la equidad y la reparación integral para tasar los perjuicios morales. Además, al establecer un tope –al menos indicativo- de 100 smlmv, el Consejo de Estado hizo referencia al principio de igualdad, lo que significa que ese tope, unido a análisis de equidad, debe permitir que cada juez no falle de forma caprichosa sino a partir de criterios de *razonabilidad*, a partir del análisis de casos previos, y de sus similitudes y diferencias con el evento estudiado. El límite, sin embargo, es *indicativo* porque si, a partir de los criterios y parámetros indicados, el juez encuentra razones que justifiquen separarse de ese tope y las hacen explícitas en la sentencia de manera transparente y suficiente, su decisión no se apartaría de la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni sería ajena a la obligación constitucional de motivar los pronunciamientos judiciales”.

En cuarto lugar, y es de singular relevancia, la jurisprudencia de la Corte Constitucional advierte que “un juez incurre en una violación del derecho constitucional al debido proceso, cuando condena a una persona a pagar un

montos, por demás exorbitantes. En los términos que ha usado la Corte, el auto que resolvió el incidente de regulación de perjuicios, en la valoración del elemento probatorio, “se sale de los cauces racionales”: la determinación de la cuantía de los perjuicios morales, en suma cercana a los cien millones de pesos, no encuentra fundamento alguno en las pruebas obrantes en el expediente; la inclusión del valor adeudado por el ejecutado a otra entidad crediticia en la cuantificación de los perjuicios no responde a ningún criterio racional, especialmente teniendo en cuenta que no hay prueba alguna del nexo existente entre el otorgamiento de dicho crédito, y el embargo supuestamente generador de los perjuicios; y, finalmente, tampoco se encuentra fundamento, en las pruebas obrantes en el expediente, de la decisión tomada por el despacho accionado en el sentido de considerar como parte de la cantidad a ser resarcida, el valor comercial del inmueble embargado, con base en una supuesta venta frustrada del mismo, cuya existencia, aunque fuera cierta- lo cual es debatible-, no conduce, por ningún camino racional, al monto definido por el juez. || Además de estos errores ‘ostensibles, flagrantes y manifiestos’ en el juicio valorativo de la prueba, la Sala constata que ellos tuvieron incidencia directa en la decisión, pues el auto del 27 de noviembre de 2008 condenó a la entidad demandante, con base en esa defectuosa valoración probatoria, a pagar una suma cercana a las cuatrocientos setenta millones de pesos mcte.”

monto por concepto de daños morales, que carece evidentemente de sustento en el acervo probatorio del proceso”. Con otras palabras, obrar con base en la comprensión del arbitrio iudicis como una cláusula que exime al juez de motivar por qué concede un determinado quantum puede constituirse, como lo señala la Corte Constitucional, en una VIOLACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AL DEBIDO PROCESO.

En quinto lugar, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, sentencia T-212 de 2012, argumenta que los “criterios adicionales que se advierten en la sentencia del Consejo de Estado para determinar la discrecionalidad judicial en materia de perjuicios morales son dos, a saber: (a) tener en cuenta “las condiciones particulares de la víctima” y (b) tener en cuenta “la gravedad objetiva de la lesión”. Da pues la jurisprudencia parámetros y factores de análisis mínimos a considerar por los jueces administrativos para identificar los perjuicios morales y el monto de los mismos”, los cuales obedecen a la existencia de “un parámetro constitucional mínimo para ejercicio de la discrecionalidad judicial”. Sin duda, la Corte Constitucional está orientando su posición hacia la exigencia de una motivación suficiente, y del reconocimiento de criterios objetivos, que como los que se procuran emplear en el “test de proporcionalidad” deben constituirse en el sustento de la decisión judicial de tasar y liquidar el “quantum” del perjuicio moral para cada caso en concreto.

En sexto lugar, la Corte Constitucional considera que “la jurisprudencia contencioso administrativa ha encontrado tres principios básicos que han de orientar el cumplimiento de las funciones judiciales fundadas en la discreción judicial, a saber: *equidad, razonabilidad y reparación integral*. Estos principios, en especial la equidad, demandan al juez algún grado de comparación entre la situación evaluada y otras reconocidas previamente. De lo contrario puede llegarse a decisiones inequitativas, desproporcionadas o discriminatorias”. No cabe duda que a la razonabilidad cabe asociar el principio de proporcionalidad, y especialmente el sub-principio de ponderación, con los que la decisión del juez contencioso responda al principio fundamental de la justicia distributiva.

Finalmente, cabe afirmar que la sentencia T-212 de 2012 permite no sólo considerar como necesaria la motivación que debe dar el juez contencioso al momento de tasar y liquidar los perjuicios morales, sino también admite que metodologías, como la del “test de proporcionalidad”, están llamadas a operar ya

que exigen no sólo una mínima prueba de la intensidad del perjuicio padecido, sino también que establecen criterios objetivos en los que el juez contencioso administrativo pueda apoyarse para que su decisión no exceda o quiebre el principio de la autonomía judicial, al invocar un excesivo “abritrio iudicis”. Precisamente, en la mencionada sentencia se interroga “ ¿cuáles fueron los criterios concretos y específicos de razonabilidad, equidad y reparación integral de las víctimas que se tuvieron en cuenta? ¿Los criterios en cuestión cómo fueron aplicados? ¿por qué se llega a las consecuencias derivadas en la sentencia y no otras? Todo ello se mantiene en secreto. ¿Por qué si no existieron pruebas de los perjuicios morales y, por tanto, ni siquiera se sabe la real magnitud del daño material, es posible establecer con la precariedad de elementos con que se cuenta en el proceso que el monto del daño, razonable y equitativamente es el fijado y no otro? La respuesta a esta pregunta es competencia del juez ordinario; por supuesto. Pero está obligado a darla, no puede mantenerse oculta y ajena al texto de la decisión judicial que está fundando”

Ahora bien, examinado la fundamentación jurídica en la que cabe sustentar el “test de proporcionalidad” como metodología para la tasación y liquidación de los perjuicios morales, se debe motivar y delimitar los criterios de dicha tasación y liquidación.

Debe partirse de concebir el perjuicio moral con un carácter inconmensurable, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo que exige que su tasación no obedezca a criterio alguno de compensación. En ese sentido, se señala,

“En torno al perjuicio moral es de recordar que su indemnización no obedece a un criterio compensatorio, desde luego que la vida humana es inconmensurable, sino a uno satisfactorio, destinado a mitigar en lo posible la enorme pena que en el fondo queda ante la ausencia de un ser amado, razón por la cual en a su apreciación han de considerarse el dolor de quien lo sufre, la intensidad de su congoja, la cercanía con el ser perdido, entre otras cosas, para con cimiento en la equidad arribar al más justo valor, distante por lo general de la matemática exactitud con que se escruta el daño material”⁵¹.

Con base en las anteriores premisas, el juez contencioso administrativo está llamado a considerar, dentro de su discrecionalidad judicial, en su apreciación

⁵¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 15 de abril de 2009. Exp. 1995-10351.

criterios como i) el dolor sufrido, ii) la intensidad de la congoja; iii) la cercanía con el ser perdido, iv) derecho (s) vulnerado (s) –considerar, especialmente, la vulneración de derechos humanos, o del derecho internacional humanitario-, v) la conformación del núcleo familiar, vi) las diversas relaciones y vii) la valoración ponderada de lo que representa moralmente la angustia, la tristeza y la aflicción de verse con el fallecimiento de sus familiares. Se trata de criterios objetivos, si cabe, fundados en los principios de equidad, razonabilidad, reparación integral y proporcionalidad, que deben permitir al juez determinar con justicia (distributiva) el “quantum” indemnizatorio de los perjuicios morales reclamados en cada caso en concreto.

Lo anterior, además, significa que la discrecionalidad que el legislador le otorgó al juez, en el marco del artículo 16 de la ley 446 de 1998, en materia de tasación y liquidación de los perjuicios morales no está sujeto a imposiciones jurisprudenciales, ni a limitaciones conceptuales, menos a aquellas con las que pueda socavarse no sólo su libre ejercicio por el juez, sino que se condicione de tal manera que se convierta una construcción jurisprudencial en precedente cuando no tiene dicho alcance, implicando, además, en el fondo la generación de desigualdades e, incluso, de discriminaciones.

De ahí, pues, que como manifestación de la discrecionalidad, de la que está dotado el juez por el legislador, se emplea (sin convertirse en regla normativa) la metodología del test de proporcionalidad, que busca como objetivos: i) que haya una acreditación o prueba mínima del perjuicio moral en cabeza de los demandantes, sin que sea suplida por la simple presunción jurisprudencial de aflicción o, por las reglas de la experiencia del juzgador (suficientes para el reconocimiento del perjuicio, pero no para la tasación y liquidación), sino que debe reunir la mayor cantidad de elementos posibles a valorar, advirtiéndose las limitaciones que tiene el juez para tasar en cabeza de qué personas cabe afirmar una mayor intensidad del dolor moral o aflicción, que en otras; así mismo, ii) se busca la aplicación, en sede del contencioso administrativo, del principio de proporcionalidad⁵², el cual no está vedado o prohibido de aplicación, ni se puede

⁵² “La proporcionalidad en el derecho refiere a una máxima general y parámetro de acción para la totalidad de la actividad estatal, aunque no exclusivamente, ya que el principio de proporcionalidad puede llegar a aplicarse también en el ámbito de las relaciones particulares regidas por el derecho privado. En sentido constitucional, la proporcionalidad es un principio de corrección funcional de toda la actividad estatal que, junto con otros principios de interpretación constitucional –unidad de la Constitución, fuerza normativa, fuerza integradora, concordancia práctica, armonización concreta, inmunidad de los derechos constitucionales e interpretación conforme a la Constitución–,

considerar solamente como una herramienta para resolver las tensiones constitucionales entre derechos, intereses y principios, sino que cabe afirmarlo, a partir del sub-principio de ponderación y del principio de la razonabilidad, en sede de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, de tal manera que el juez oriente su raciocinio desde una perspectiva jurídica, con mínimos criterios objetivos (una “crítica frecuente a la ponderación es que la Corte (americana) no cuenta con un criterio objetivo para valorar o comparar los intereses en juego (...) Por tanto, la ponderación demanda el desarrollo de una balanza de valores externos a las preferencias personales de los jueces”⁵³) que permitan resolver la tensión que se produce entre el ejercicio del derecho a la reparación integral y los intereses generales representados en el patrimonio público del cual debe sufragarse las indemnizaciones⁵⁴, como por ejemplo: i) núcleo familiar; ii) relaciones afectivas; iii) relaciones de cercanía (no sólo material, sino desde la perspectiva de las relaciones que se logre establecer existía entre los miembros de la familia de la víctima o lesionado), y otras inherentes al concepto de familia, si que tenga la necesidad de acudir a discursos sociológicos, psicológicos o de otro orden⁵⁵ que sólo contribuyen a distorsionar el papel del juez al momento de la tasación y liquidación de los perjuicios morales, y a crear desigualdades propias de la visión subjetiva que desde la posición del juez intenta establecer “in abstracto” un valor genérico del perjuicio moral que cabe indemnizar en los diferentes eventos en los que queda acreditado el daño antijurídico y la imputación.

busca asegurar que el poder público, actúe dentro del marco del estado de derecho, sin excederse en el ejercicio de sus funciones. Su fundamento normativo último está dado por los principios fundamentales de Estado de Derecho (artículo 1 C.P.), fuerza normativa de la Constitución (artículo 4 C.P.) y carácter inalienable de los derechos de la persona humana (artículo 5 C.P.). En el derecho penal, la proporcionalidad regula las relaciones entre diversas instituciones, como entre la gravedad de la conducta punible y la sanción penal a imponer por su comisión, entre las causales de justificación y la posible eximente de punibilidad, entre las causales de agravación o atenuación y la graduación de la pena, o entre la magnitud del daño antijurídico causado y la sanción pecuniaria correspondiente a fijar por el juez, como se analiza en la presente providencia”.

⁵³ ALEINIKOFF, T. Alexander. El derecho constitucional en la era de la ponderación. Lima, Palestra, 2010, pp.74 y 75.

⁵⁴ Lo que ha sido reconocido en el derecho constitucional anglosajón de la siguiente manera: “La protección igualitaria ha sido testigo del desarrollo de un nivel intermedio de escrutinio que exige que una ley esté “sustancialmente relacionada” con “intereses gubernamentales importantes”. Este examen se ha aplicado a demandas de discriminación por género y legitimidad, y, por cuatro jueces, a casos de clasificaciones sociales con el propósito de ayudar a los afroamericanos”. ALEINIKOFF, T. Alexander. El derecho constitucional en la era de la ponderación., ob., cit., pp.66 y 67.

⁵⁵ Lo anterior, lleva a concluir desde cierta perspectiva a que se piense que el “estilo del discurso jurídico se acercó al de los lugares comunes de la argumentación política o económica cuando el razonamiento jurídico intencionado y las preocupaciones y las preocupaciones por la justicia sustantiva empezaron a prevalecer. Surgen serias dudas sobre la legitimidad de esa manera de tomar las decisiones judiciales. Ofende la libertad política que los jueces no elegidos tengan que tomar decisiones cuya índole no difiere de las que toman las legislaturas”. TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría. Bogotá, Universidad Externado, 2011, p.177.

La aplicación del “test de proporcionalidad”, como metodología en el ejercicio discrecional del juez (reconocido por el legislador), tiene sustento constitucional y permite afrontar la crítica según la cual en el “Estado de Bienestar (estadio en el que se encuentra implicado el Estado Social de Derecho como modelo en el cual se encuentra nuestra Nación) había provocado dos cambios esenciales. Primero, se pidió progresivamente a los jueces que aplicaran estándares abiertos como equidad, buena fe, razonabilidad y negación del enriquecimiento injusto”⁵⁶. Sin duda, esto se aparta de la función judicial tradicional de la “aplicación formal de las normas y se apartaban del idea de un conjunto de normas poseedor de las cualidades de generalidad, igualdad y certeza:

“Las cláusulas abiertas y los estándares generales llevan a que las cortes y los departamentos administrativos se dediquen a una ponderación ad hoc de intereses reacios a ser reducidos a reglas generales.

El razonamiento intencionado y la justicia no formal también causan problemas al ideal de generalidad. El abogado orientado a la política sostiene que parte de la interpretación de una norma es elegir los medios más eficientes para lograr los fines que se le asignan a ella. Pero como las circunstancias a las que se refieren las decisiones cambian y como la interpretación de quien toma la decisión de los que dispone varía, así también debe suceder con la forma en que él interpreta las normas (...) Por tanto, la noción de áreas estables de derechos y obligaciones individuales, una noción inseparable del ideal del Estado de derecho, se erosionará.

La búsqueda de la justicia sustantiva corrompe la generalidad jurídica en un grado aún mayor. Cuando la gama de desigualdades inadmisibles entre situaciones sociales se amplía, la necesidad de tratamiento individualizado aumenta correspondientemente. Sin importar cómo se defina la justicia sustantiva, ésta solo se puede lograr tratando de manera diferente las diferentes situaciones”⁵⁷.

Lo anterior, no implica apartarse de la construcción jurisprudencial que a partir de 2001 la Sección Tercera aplica de manera uniforme, al tener como factor para la tasación y liquidación de los perjuicios morales al salario mínimo mensual legal vigente, pero no puede comprenderse agotada en el mismo, sino que para responder al reto de no crear desigualdades entre los diferentes actores sociales que acuden a reclamar la indemnización por concepto de perjuicios morales, se emplea el “test de proporcionalidad” como la metodología con base en la cual cabe tasar y liquidar dichos perjuicios. Se reitera, por lo tanto, que con la determinación

⁵⁶ TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.175.

⁵⁷ TAMAHANA, Brian. “En torno al Estado de derecho. Historia, política y teoría., ob., cit., p.176.

del factor de tasación y liquidación simplemente no se logra, aún, la consolidación de criterios objetivos con los que pueda apuntalarse la valoración, tasación y liquidación de los mismos, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad y, a su vez, la ponderación y la razonabilidad con la que debe operar el juez y, no simplemente sustentarse en la denominada “*cierta discrecionalidad*”.

Así mismo, para la tasación y liquidación el juez se sujeta al criterio determinante de la intensidad del daño, que usualmente se demuestra con base en las pruebas testimoniales las cuales arrojan una descripción subjetiva de quienes, por las relaciones familiares, afectivas, de cercanía, conocimiento o amistad deponen en la causa, restando objetividad a la determinación de dicha variable, cuya complejidad en una sociedad articulada, plural y heterogénea exige la consideración de mínimos objetivos para la tasación proporcional, ponderada y adecuada de los perjuicios morales, sin que se constituya en tarifa judicial o, se pretenda el establecimiento de una tarifa legal.

En cuanto al fundamento de este test, se encuentra en la aplicación de la proporcionalidad⁵⁸ desde la perspectiva del juicio de igualdad⁵⁹, y de la necesidad

⁵⁸ “De las funciones que cumple el principio de proporcionalidad en el control constitucional de la legislación y en la tutela de los derechos fundamentales depende en gran parte la efectividad del Estado Social de Derecho, el respeto de la dignidad humana y la inalienabilidad de los derechos de la persona. Es por ello que se hace necesario un manejo adecuado del principio de proporcionalidad, diferenciando su sentido general -como máxima de interpretación que evita el desequilibrio, la desmesura o el exceso en el ejercicio del poder público- de su sentido específico como parte constitutiva del juicio de igualdad. Tal distinción entre un sentido genérico y uno específico con que se usa el concepto de proporcionalidad conduce al problema de los métodos para su aplicación. 8.2. Un uso general, no técnico, del concepto de proporcionalidad en el control de constitucionalidad, prescinde de un método para su aplicación. La relación de equilibrio entre dos magnitudes, instituciones, conductas, etc., se establece en forma intuitiva, conectada muchas veces a un juicio de grado. Se afirma, por ejemplo, que un acto es proporcionado, desproporcionado, leve o manifiestamente desproporcionado. La inexistencia de método para establecer el grado a partir del cual dicho acto pierde la proporción hasta el punto de verse afectada su constitucionalidad, conlleva la concentración en el juez de la facultad de decidir discrecionalmente sobre la juridicidad de las actuaciones de otros órganos del poder público. Tal consecuencia no es compatible en un estado democrático de derecho donde los órganos del Estado cumplen funciones separadas. Es por ello que el uso coloquial de la proporcionalidad o desproporcionalidad, en el sentido de exceso o desmesura, requiere ser sustituido por métodos objetivos y controlables que permitan al juez constitucional ejercer su misión de salvaguarda de la Constitución y de los derechos constitucionales, dentro de un marco jurídico respetuoso de las competencias de las demás autoridades públicas, en especial del legislador democrático. La proporcionalidad concebida como principio de interpretación constitucional puede adoptar la forma de dos mandatos: la prohibición de exceso y la prohibición de defecto. El primero tiene que ver principalmente con la limitación del uso del poder público de cara a las libertades fundamentales. El segundo se aplica por lo general respecto de los deberes positivos del Estado y la protección de los derechos que comprometen la actuación de las autoridades para el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. El método de aplicación del principio de proporcionalidad es la ponderación. Generalmente, el objeto de la ponderación son intereses enfrentados que han recibido alguna protección constitucional, la cual es mayor en el caso de intereses cobijados por derechos fundamentales. Se pondera, por una parte, las medidas y los fines estatales y, por otra parte, la afectación de parámetros formales o materiales consagrados en la Constitución. Existe, por lo tanto, una clara

ponderar ante la indeterminación, vaguedad y necesidad de una resolver la tensión que pueda representar la tasación y liquidación de los perjuicios morales cuando se pone en juego la tutela de derechos como a la vida, al libre desarrollo de la personalidad, a la integridad personal (enmarcado dentro del concepto global de dignidad humana), y el respeto del derecho a la reparación, que no puede resolverse, como se pretende en muchas ocasiones, por medio de la lógica de la subsunción⁶⁰, sino que debe trascenderse, como se busca con el test de proporcionalidad, que el juez contencioso administrativo valore, determine si cabe el sacrificio de principios, con otras palabras que se oriente hacia la ponderación⁶¹ de valores o derechos reconocidos desde la individualidad de cada sujeto, y su dimensionamiento y expresión en el derecho a la reparación, que no es unívoco en su individualidad, sino que exige responder al principio de igualdad.

Luego, ante la potencial colisión de los derechos señalados que pueda representarse en la tasación y liquidación de los perjuicios morales atendiendo sólo al salario mínimo legal mensual vigente, desprovisto de argumentación

relación conceptual entre la proporcionalidad y la ponderación. La primera es establecida mediante la segunda, puesto que siendo la primera un concepto relacional, los extremos de dicha relación han de ser comparados y sopesados, esto es, ponderados con el fin de establecer si ellos mantienen el equilibrio, el balance o la medida debida o, por el contrario, se desconocen las prohibiciones de exceso o defecto.

No existe un solo método de ponderación. Se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate. Por ejemplo, cuando se analiza si una medida policiva es desproporcionada, la comparación se efectúa, generalmente, entre la gravedad de las circunstancias, de un lado, y la magnitud con la cual la medida afecta intereses constitucionalmente protegidos. En el juicio de razonabilidad, cuando éste incluye un análisis de proporcionalidad en sentido estricto, la comparación se realiza, usualmente, entre los fines y las medidas estatales, de un lado, y la afectación de intereses protegidos por derechos constitucionales. Los métodos de ponderación se distinguen no solo según qué es lo que se sopesa, sino también por los criterios para decidir cuando la desproporción es de tal grado que procede una declaración de inexecutable. No se exige una proporcionalidad perfecta puesto que el legislador no tiene que adecuarse a parámetros ideales de lo que es correcto por no ser excesivo (subrayado fuera de texto). Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

⁵⁹ Sobre la proporcionalidad como elemento del juicio de igualdad únicamente cuando el test es estricto, ver la sentencia C-673 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; aclaración de voto de Jaime Araujo Rentería

⁶⁰ Alexy tiene como principal postulado al darle tratamiento a las decisiones judiciales “es que una resolución o sentencia emitida por un juez no se refiere únicamente a simples operaciones mecánicas lógicas de subsunción, sino que en los casos difíciles implican valoraciones, sacrificios de principios, una necesidad de ponderación de los valores en conflicto”. SOBREVILLA, David: “La teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy” en La filosofía del derecho alemana actual de orientación racionalista (Estudios sobre R. Alexy, K. Günther, J. Habermas y O. Höffe), México, Fontamara, 2008, p. 28. LÓPEZ SANCHEZ, Rogelio. “El principio de proporcionalidad como derecho hermenéutico en la justicia constitucional”, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. N.23, 2011, p.327.

⁶¹ “La ponderación es necesaria debido a cuatro razones fundamentales: a) la vaguedad del lenguaje jurídico; b) la posibilidad de conflictos de normas; c) el hecho de que sean posibles casos que necesitan una regulación jurídica, pero para cuya regulación no existe ya una norma vigente, y d) la posibilidad de decidir incluso contra el tenor literal de una norma en casos especiales”. ALEXY, Robert. Teoría de la argumentación jurídica (La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica), (trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 23.

jurídica y propiciando una mayor colisión de los mismos, que derive en el quebrantamiento de la igualdad y la justicia⁶² es que procede, dentro del arbitrio judicial, el “test de proporcionalidad” para que obre la decisión judicial con la suficiente ponderación. De ahí que en la jurisprudencia constitucional se sostiene:

“Por lo anterior, el análisis de proporcionalidad del límite de mil salarios mínimos legales, se hará de conformidad con el siguiente método: (i) identificar y clarificar cuáles son los intereses enfrentados regulados por la norma; (ii) sopesar el grado de afectación que sufre cada uno de esos intereses por la aplicación del límite fijado en la norma; (iii) comparar dichas afectaciones; (iv) apreciar si la medida grava de manera manifiestamente desproporcionada⁶³ uno de los intereses sopesados protegidos por la Constitución, y, en caso afirmativo, (v) concluir que resulta contraria a la Constitución”⁶⁴.

Dicho principio de proporcionalidad debe, por lo tanto, convertirse en el sustento adecuado para la tasación y liquidación ponderada del quantum indemnizatorio del perjuicio moral, respecto de lo que la jurisprudencia constitucional señala:

“Frente a los llamados perjuicios morales objetivables, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado, ha estimado que en algunos casos pueden ser valorados pecuniariamente⁶⁵, con base en criterios como el dolor infligido a las víctimas⁶⁶, el perjuicio estético causado⁶⁷ o el daño a la reputación⁶⁸. Si de la aplicación de tales criterios surge que dichos perjuicios superan el límite fijado por el legislador, habría una afectación grave del interés de las víctimas por lograr una

⁶² LARENZ, Karl. Metodología de la ciencia del derecho, (trad. y revisión de Marcelino Rodríguez Molinero), Barcelona, Ariel, 1994, p. 400

⁶³ Ver entre otras la sentencia C-758 de 2002, MP: Álvaro Tafur Galvis. Allí la Corte justifica que en materia de sanciones el límite entre lo constitucionalmente inadmisibles y lo permitido se traza con el criterio de la desproporción manifiesta

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

⁶⁵ Ver entre otras las sentencias del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera del 13 de abril de 2000, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No. 11892; 19 de julio de 2001, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 13086; 10 de mayo de 2001, CP: Ricardo Hoyos Duque, Radicación No.13.475 y del 6 de abril de 2000, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, Radicación No. 11.874. Ver también, por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal del 29 de mayo de 1997, MP: Juan Manuel Torres Fresneda, Radicación 9536

⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de agosto de 1982, CP: Carlos Betancur Jaramillo, Expediente 3139, donde se reconoció como perjuicio moral el “malestar psíquico” sufrido a raíz del accidente. Consejo de Estado, Sección Tercera, 4 de abril de 1997, CP: Jesús María Carrillo Ballesteros, Expediente 12007, que reconoció como perjuicio moral por el hecho de que la víctima “estuvo sometida al miedo, la desolación, a la zozobra, a la tristeza, mientras se produjo su liberación.”

⁶⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, 31 de julio de 1989, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 2852. Consejo de Estado, Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, CP: Julio César Uribe Acosta, Expediente 7428

⁶⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, 30 de marzo de 1990, CP: Antonio José de Irisarri Restrepo, Expediente 3510.

indemnización integral de los perjuicios que se le han ocasionado y cuyo quantum ha sido probado. Al igual que con los perjuicios materiales, el límite resultaría manifiestamente desproporcionado frente al derecho de las víctimas a la reparación integral, como quiera que el riesgo de arbitrariedad del juez es menor cuando el valor de los perjuicios ha sido acreditado en el juicio por factores que no dependen de su apreciación subjetiva.

Esta desproporción resulta más evidente si se tiene en cuenta que ni en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales. En dichas jurisdicciones se ha fijado una cifra para la valoración de ciertos perjuicios que depende de consideraciones puramente subjetivas y cuyo quantum ha sido reconocido tradicionalmente hasta por 1000 gramos oro, o más recientemente hasta por 2000 y 4000 gramos oro⁶⁹⁷⁰.

El test de proporcionalidad, a su vez, comprende tres sub-principios que son aplicables: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en el sentido estricto⁷¹. En cuanto al primero, esto es, la idoneidad, debe decirse que la indemnización del perjuicio debe estar orientada a contribuir a la obtención de una indemnización que se corresponda con criterios como dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego. En cuanto al segundo, esto es la necesidad, la indemnización del perjuicio debe ser lo más benigna posible con el grado de afectación que se logre revelar en el o los individuos y que contribuyan a alcanzar el objetivo de dejarlos indemnes. Sin duda, este sub-principio exige que se dosifique conforme a la intensidad que se revele de los criterios propios a la idoneidad, de tal manera que la indemnización se determine atendiendo a la estructura de la relación familiar, lo que debe llevar a proyectar un mayor quantum cuando se produce la muerte, que cuando se trate de lesiones (e incluso se deba discernir la intensidad del dolor que se padece por las condiciones en las que se encuentra la víctima lesionada). Lo anterior, debe permitir concretar un mayor quantum indemnizatorio cuando se trata del dolor,

⁶⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencias de 25 de septiembre de 1997, Sección Tercera, Expediente 10.421, CP: Ricardo Hoyos Duque, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 2.000 gramos oro. Sentencia del 19 de julio de 2000, Expediente 11.842, CP: Alier Eduardo Hernández Enríquez, que fijó una indemnización por perjuicios morales de 4.000 gramos oro

⁷⁰ Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002.

⁷¹ La doctrina señala que "la propia estructura del principio de proporcionalidad consiste, en efecto, en la aplicación del conocido test tripartito sobre una medida determinada, adoptada de ordinario por un sujeto distinto a aquel que desarrolla el juicio de control". ARROYO JIMENEZ, Luis. "Ponderación, proporcionalidad y derecho administrativo", en ORTEGA, Luis; SIERRA, Susana de la (Coords). Ponderación y derecho administrativo. Madrid, Marcial Pons, 2009, p.33.

aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, que ocurre en el núcleo familiar inmediato (cónyuge, hijos, padres), de aquel que pueda revelarse en otros ámbitos familiares (hermanos, primos, nietos), sin olvidar para su estimación los criterios que deben obrar en función del principio de idoneidad. Finalmente, en cuanto al tercero, esto es la proporcionalidad en estricto sentido, con el test se busca que se compensen razonable y ponderadamente los sufrimientos y sacrificios que implica para la víctima (víctimas) la ocurrencia del dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad y valoración de las relaciones propias al núcleo familiar de la víctima, como convivencia, cercanía sentimental y apego, y su desdoblamiento, sin que se produzca una ruptura de los mandatos de prohibición de exceso y prohibición de defecto.

De acuerdo con lo anterior, la tasación y liquidación del perjuicio moral en el presente caso debió sujetarse a lo que ordinariamente esté demostrado con base en las pruebas allegadas en cada proceso (testimonial, pericial, informes técnicos, etc), a la “presunción de aflicción” (que no es de “iure”) y a los criterios para ponderar la tasación de los perjuicios morales: a) en cuanto a idoneidad cabe observar: el dolor, aflicción, pesar, apego, ansiedad, desasosiego, tristeza, respeto a la dignidad, valoración a la relaciones propias al núcleo familiar (que comprende la convivencia, la cercanía sentimental y el apego), violación de derechos humanos, o de garantías propias al derecho internacional humanitario; b) en cuanto a necesidad cabe observar: el grado de afectación y la estructura de la relación familiar de las víctimas; y, c) en cuanto a la proporcionalidad en estricto sentido, o la ponderación cabe observar: la intensidad del daño (que cabe examinarlo desde la cercanía y la mínima certeza de conocimiento), la aflicción por la vulneración, propiamente dicha.

En este sentido dejo presentada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA