

PRINCIPIO NON REFORMATIO IN PEJUS - No puede aplicarse en forma irrestricta o absoluta / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Reclamación de perjuicios. Improcedencia por falta de acreditación de parentesco o de condición de damnificado / PERJUICIOS MORALES - Improcedencia de reconocimiento. Falta de acreditación de parentesco o de condición de damnificado

No puede aplicarse de manera irrestricta el principio de la non reformatio in pejus en el presente caso, puesto que no puede entenderse que la protección de los intereses y derechos del apelante sea extensivo a quien no tiene derecho, ya que en el presente caso, se evidencia una falta de legitimación en la causa por activa del señor Manuel Salvador Aza y María Rosa Aza. (...). Aun en gracia de discusión se tuvieran como terceros afectados o damnificados, se observa que en el petitum de la demanda no fue alegada esta condición, ni tampoco fue acreditada dentro del plenario, por lo que no es posible para esta Subsección conceder perjuicios a quienes no tienen derechos (...), ni tampoco a quienes no alegaron la calidad de damnificados, por lo que no puede entonces olvidarse que el principio de congruencia de las sentencias es un mandato dirigido al juez.

PRINCIPIO NON REFORMATIO IN PEJUS - No es absoluto. Juez de segunda instancia puede analizar fenómeno de falta de legitimación de las partes procesales

Si bien el principio de la non reformatio in pejus es un derecho individual mediante el cual la parte que resultó parcialmente vencida en el proceso, consistente en que, si apela, no puede ser modificado lo que le fue favorable porque la contraparte, al no recurrir, consintió en lo que se decidió en su contra, (...) de acuerdo a la posición actual de la Sección Tercera, el juez puede analizar el fenómeno de la caducidad, la falta de legitimación en la causa o la ineptitud sustantiva de la demanda, aun en el evento en que no lo haya advertido el juez de primera instancia o alguna de las partes de la Litis.

RECURSO DE APELACION - Principio non reformatio in pejus. Temas sometidas al juez de segunda instancia / PRINCIPIO NON REFORMATIO IN PEJUS - Recurso de apelación. Temas sometidas al juez de segunda instancia

La posición actual de la Sala Plena de Sección Tercera, en relación con la regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez ad quem, la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 357 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 267 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 31 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 86

NOTA DE RELATORIA: Respecto al tema del principio de la non reformatio in pejus ver fallo de 31 de enero de 2011, exp. 15800

LEGITIMACION EN LA CAUSA - Reconocimiento de perjuicios morales / PERJUICIOS MORALES - Compañeros permanentes. Reglas para la acreditación de la existencia de la unión marital de hecho

Según lo previsto en artículo 1 de la Ley 54 de 1990, se denominan compañeros permanentes a quienes forman una unión marital de hecho, la cual se constituye a partir de la prueba de la comunidad permanente y singular formada por aquellos que no están casados.(...).Ahora bien, la prueba de la unión marital de hecho, como lo disponía el texto inicial del artículo 4° de la Ley 54 de 1990, antes de la modificación introducida por el artículo 2° de la Ley 979 de 2005, se efectúa por los medios ordinarios de prueba, consagrados en el Código de Procedimiento Civil, es decir por los contenidos en el artículo 175 ibídem. (...). De ese modo, para acreditar la existencia de la unión marital de hecho debe probarse lo siguiente: i) la unión, es decir, la cohabitación, ii) que la unión se efectuó entre dos personas, iii) que no contrajeron matrimonio entre sí, iv) que entre quienes la conforman exista una comunidad de vida permanente, y v) que dicha unión sea de carácter singular, es decir monogámica.

FUENTE FORMAL: CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 175 / LEY 54 DE 1990 - ARTICULO 1 / LEY 54 DE 1990 - ARTICULO 4 / LEY 979 DE 2005 - ARTICULO 2

DAÑO A LA SALUD - Perjuicios fisiológicos. Componente objetivo y componente subjetivo o dinámico / DAÑO A LA SALUD - Calificación integral de la invalidez, criterios y porcentajes. Aplicación del Decreto 917 de 1999

El daño a la salud se repara con base en dos componentes, uno objetivo y otro subjetivo o dinámico, cuya valoración debe atender a los principios de reparación integral y equidad (artículo 16 de la Ley 446 de 1998) e igualdad, y observar los criterios técnicos actuariales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, postulados estos cuya importancia resulta de mayor relevancia cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria. (...) Bajo este propósito, la Sala determinará el contenido del elemento objetivo con base en la calificación integral de la invalidez, que debe constar en el dictamen emitido por la Junta de Calificación, que a su vez tiene en cuenta componentes funcionales, biológicos, psíquicos y sociales del ser humano, entendidos en términos de las consecuencias de la enfermedad, el accidente o la edad, y definidos por el Decreto 917 de 1999, esto es, bajo los conceptos de deficiencia, discapacidad y minusvalía: (...) Definidos los criterios para calificar la invalidez, el dictamen debe otorgar unos porcentajes a cada uno de los componentes antes mencionados, cuya sumatoria equivale al 100% del total de la pérdida de la capacidad laboral, porcentaje al que necesariamente debe responder la indemnización que dentro del componente objetivo del daño a la salud se reconozca, para cuyo efecto se considera que en los casos en que la disminución de la capacidad laboral alcance el 100%, su valor indemnizatorio puede fijarse en la suma equivalente a 300 salarios mínimos legales mensuales.(...) Es pertinente precisar, que en los eventos que no repose en el material probatorio el dictamen emanado por la Junta de Calificación, en el que se especifique los tres criterios de clasificación de invalidez, el porcentaje que tal dictamen determine se imputará al rubro de Deficiencia, es decir, 150 SMLMV, en forma proporcional. (...). Y por

último, el segundo componente, esto es, el elemento subjetivo del daño a la salud, permitirá incrementar, con fundamento en el material probatorio, la sana crítica y las reglas de la experiencia, el quantum determinado en el aspecto objetivo, de manera que se atiendan las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada, en cuyo efecto se sugiere como límite para los casos de mayor intensidad el equivalente a 100 SMLMV. (...). En conclusión, se estima oportuno destacar que el daño a la salud, está compuesto de dos elementos, el primero de ellos (objetivo) con una valoración de 75% como máximo reconocible, esto es, hasta 300 salarios mínimos legales, de conformidad con lo señalado en párrafos precedentes y el segundo (subjetivo o dinámico), correspondiente hasta el 25%, el cual se reconocerá cuando las pruebas den lugar a ello, ascendiendo al monto de 100 salarios mínimos.

FUENTE FORMAL: DECRETO 917 DE 1999 / LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 16 / CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - ARTICULO 178

NOTA DE RELATORIA: Esta decisión fue proferida por la Sub-Sección C con aclaración de voto de la consejera Olga Mélida Valle de De la Hoz y con salvamento de voto parcial del consejero Enrique Gil Botero. Respecto al tema del elemento objetivo, ver sentencias de 11 de julio, exp. 28792, 36295 y 39548. Referente al elemento subjetivo, ver fallo del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de julio de dos mil trece (2013).

Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00782-01(27155)

Actor: GUILLERMO ESCOBAR LOPEZ Y OTROS

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Subsección C el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el H. Tribunal Administrativo de Nariño el 6 de febrero de 2004, mediante la cual se acogieron las súplicas de la demanda, en los siguientes términos:

“(…)

RESUELVE:

PRIMERO.- DECLARAR que la Nación Colombiana Ministerio de Defensa Policía Nacional, es administrativamente responsable de los perjuicios morales y materiales ocasionados a GUILLERMO ESCOBAR LÓPEZ, MARÍA JUANA CERON, MANUEL SALVADOR AZA y MARÍA ROSA AZA, por las lesiones de que fuera víctima GUILLERMO ESCOBAR LÓPEZ, en hechos sucedidos el seis (6) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) en el Centro de Asistencia Inmediata CAI del Barrio Potrerillo de la Ciudad de Pasto. SEGUNDO.- Condenar a LA NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL a pagar por concepto de perjuicios morales subjetivos suma equivalente en moneda nacional de cien (100) Salarios Mínimos Legales Mensuales SMLM para el lesionado y ahora extinto GUILLERMO ESCOBAR LOPEZ; cincuenta (50) SMLM para la compañera permanente MARÍA JUANA CERON; la misma cantidad para su padre MANUEL SALVADOR AZA; y, veinticinco (25) SMLM para su hermana MARIA ROSA AZA.

El salario mínimo legal mensual será el vigente en la época de los hechos demandados.

TERCERO.- Condenar a la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL a pagar por concepto de indemnización por el perjuicio fisiológico, el equivalente a cinco (5) SMLM para los sucesores de GUILLERMO ESCOBAR LÓPEZ.

CUARTO.- CONDENAR EN ABSTRACTO a LA NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL a pagar al lesionado y ahora extinto GUILLERMO ESCOBAR LÓPEZ únicamente, por concepto de perjuicios materiales, lucro cesante y perjuicios patrimoniales directos o daño emergente, la cantidad deducida en incidente posterior, conforme a las pautas que se han señalado en la parte motiva de esta providencia y con fundamento en las tablas de liquidación adoptadas por el H. Consejo de Estado, actualizada de conformidad con la variación promedio del índice de precios al consumidor.

QUINTO.- DENEGAR las demás súplicas de la demanda. (...)

(...)

Si este fallo no fuere apelado, se consultará con el H. Consejo de Estado. (...)" (Fls. 138 a 150 C. ppal)

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones de la demanda.

Guillermo Escobar López (Lesionado), María Juana Cerón (Compañera Permanente), Manuel Salvador Aza (Padre) y María Rosa Aza (Hermana), mayores de edad, actuando en nombre propio por intermedio de apoderado y en ejercicio de la acción de reparación directa consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, mediante escrito presentado el día 29 de julio de 1999, instauraron demanda contra la Nación - Ministerio de Defensa - Policía Nacional, solicitando se hicieran las siguientes declaraciones y condenas: (Fls. 2 a 11 C.1)

"(...) PRIMERA.-

LA NACIÓN (MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL), es responsable civil y administrativamente de todos los perjuicios tanto morales como materiales ocasionados a:

**GUILLERMO ESCOBAR LOPEZ,
MARIA JUANA CERON
MANUEL SALVADOR AZA
MARÍA ROSA AZA**

de las condiciones civiles antes anotadas, con las graves lesiones corporales de que fuera víctima el ciudadano **GUILLERMO ESCOBAR LÓPEZ**, en hechos sucedidos el día 06 de noviembre de 1.997 en la ciudad de Pasto, y protagonizados por miembros de la Policía Nacional, en una evidente falla del servicio.

SEGUNDA.-

Condénase (sic) a **LA NACIÓN (MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL)** a pagar a:

**GUILLERMO ESCOBAR LOPEZ
MARIA JUANA CERON
MANUEL SALVADOR AZA
MARÍA ROSA AZA**

por medio de su apoderado, todos los perjuicios tanto morales como materiales que se les ocasionaron con las lesiones sufridas por el Señor **GUILLERMO ESCOBAR LOPEZ**, conforme a la siguiente liquidación o a la que se demostrase en el proceso así:

a.- CINCUENTA MILLONES DE PESOS M/CTE (\$50.000.000.00), por concepto de Lucro Cesante, correspondientes a las sumas que **GUILLERMO ESCOBAR LOPEZ** dejó y dejará de producir en razón de sus graves lesiones, en la actividad económica a que se dedicaba (jornalero), habida cuenta de su edad al momento del insuceso (sic), y a la esperanza de vida calculada conforme a las Tablas de Mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria.

b.- Daños y perjuicios patrimoniales directos o Daño Emergente, por concepto de Gastos de Hospitalización, gastos médicos, quirúrgicos, medicamentos, Diligencias Judiciales, Honorarios de Abogado etc. que los demandantes debieron atender como consecuencia de las lesiones que **GUILLERMO ESCOBAR LOPEZ** sufriera, los cuales estimo en la suma de **DIEZ MILLONES DE PESOS M/CTE (10.000.000.00)**

c.- El equivalente en moneda Nacional de 2.000 gramos de oro fino para cada uno de los Demandantes, por concepto de perjuicios morales o "Pretium Doloris", consistentes en el profundo trauma psíquico que produce el hecho de saberse (sic) víctima de un acto arbitrario nacido de la falta de responsabilidad de la Administración, en aplicación del Art. 106 del Código Penal, máxime cuando el hecho se sucede por actuaciones criminales e irresponsables de miembros de la Policía Nacional, entidad que tiene el deber constitucional de velar por la vida de todos los ciudadanos residentes en Colombia, y con ellas se ha causado grave perjuicio.

d.- DAÑO FISIOLÓGICO que lo estimo en la suma de DIEZ MILLONES (\$10.000.000.00) de Pesos M/cte.

e.- Intereses aumentados con la variación promedio del índice de precios al consumidor.

f.- Todas las condenas serán actualizadas de conformidad con la variación promedio del índice de precios al consumidor.

TERCERA.-

LA NACIÓN (MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL) dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los Arts 176, 177, 178 del C.C.A. (...). (Fls. 2 a 4 C.1)

2. Hechos de la demanda.

Como fundamento de las pretensiones, los actores expusieron los hechos en los siguientes términos: (Fls. 4 a 5 C.1)

(...) 1.- El señor MANUEL SALVADOR ESCOBAR AZA y la señora ROSA ADELIA LOPEZ contrajeron matrimonio por los ritos de la religión católica en ceremonia celebrada (...) el día 8 de septiembre de 1956.

2.- Como furto de esa unión procrearon tres (3) hijos a saber:

MARIA ROSA ALEJANDRINA ESCOBAR LÓPEZ (...)

GUILLERMO ESCOBAR LOPEZ (...)

LUIS ANTONIO ESCOBAR LÓPEZ (...)

(...)

5.- El día 06 de noviembre de 1.997 como todos los días, GUILLERMO ESCOBAR LOPEZ madrugó al mercado a realizar sus labores cotidianas las cuales desarrolló normalmente hasta las 3. 00 pm.

Posteriormente se dedicó en unión de algunos de sus amigos a ingerir licor en una cantina ubicada cerca del lugar.

Cerca de las 5 de la tarde decidió retirarse a su casa a descansar, por lo cual llamó al administrador del lugar para cancelarle la cuenta.

En ese momento se presentó una acalorada discusión entre los dos, puesto que el dependiente del establecimiento aseguraba que el billete recibido de GUILLERMO era de una denominación mas (sic) baja.

Al lugar entonces se hizo presente una patrulla de la POLICIA NACIONAL compuesta por dos de los agentes del CAI de Potrerillo, los cuales sin que mediara explicación procedieron a golpear violentamente a GUILLERMO no solo dándole de patadas en toda su humanidad sino, utilizando sus 'bastones de mando' para hacerle mas (sic) gravosa su situación.

6.- No contentos con tan reprochable actuación oficial, los policiales lo condujeron al Permanente Central donde nuevamente lo hicieron objeto de otra golpiza (sic), quedando en esta ocasión tirado a su suerte en el piso del lugar.

Por la petición airada y sistemática de los demás retenidos que observaban como (sic) GUILLERMO se revolcaba del dolor y temían por su vida, fue conducido por sus guardianes de la Policía al Hospital Departamental de la

ciudad, donde fue ingresado por Urgencias, diagnosticándosele una delicada Herida en el Hígado con Perforación del Yeyuno.

7.- *Al día siguiente es intervenido quirúrgicamente por los Cirujanos del Hospital, logrando salvarle la vida pero quedando allí recluido por varios días hasta lograr una aceptable recuperación, siendo dado de alta pero continuando aquejado de sus males aun (sic) en la actualidad, pues la actividad física que antes desarrollaba y con la cual se ganaba el sustento, no la ha podido volver a realizar, quedando su familia en grave situación económica.*

8.- *Los anteriores hechos son constitutivos de falla presunta y probada (sic) en el servicio, en razón del arma utilizada (bastón de mando) y por la categoría de empleado público de los infractores, falla que compromete la responsabilidad de LA NACIÓN, a cuyo nombre actuaban los agentes de la Policía Nacional que golpearon a GUILLERMO ESCOBAR LOPEZ (...)" (Fls 4 a 5 C.1)*

3. Actuación procesal en primera instancia.

Mediante auto proferido el día 11 de agosto de 1999 el Tribunal Administrativo de Nariño admitió la demanda (Fls. 23 a 24 C.1), siendo notificadas las entidades demandadas por conducto del Comandante del Departamento de Policía de Nariño, el 16 de diciembre de 1999 (Fl. 30 C.1).

Vencido el término de fijación en lista para que las entidades contestaran la demanda, las mismas guardaron silencio (Fl. 32 C.1). Pese a ello, visto a folios 34 a 38 del cuaderno 1 allegaron contestación de la demanda de manera extemporánea, por lo que el a quo no la tuvo en cuenta (Fl. 42 C.1).

Vencido el término probatorio que inició mediante auto de fecha 6 de marzo de 2000 (Fl. 43 C.1), el apoderado de la parte demandante, mediante escritos de 5 de diciembre de 2001 y 13 de junio de 2002, solicitó al fallador de instancia fijar fecha y hora para la práctica de la audiencia de conciliación judicial (Fl. 95 y 99 C.1) y a través de proveído de fecha 11 de diciembre de 2002, el Tribunal citó a las partes para su celebración (Fl. 101 C.1). Llegado el día de la diligencia, la apoderada de la entidad demandada manifestó no asistirle ánimo conciliatorio (Fls. 106 a 107 C.1).

Por último, el Tribunal mediante auto de 7 de mayo de 2003 corrió traslado a las partes para alegar en conclusión, y al agente del Ministerio Público para que rindiera el concepto de rigor (Fl. 118 C.1).

3.1. Alegatos de conclusión en primera instancia.

Mediante escrito presentado el día 26 de mayo de 2003, procedió la parte demandante a alegar en conclusión, solicitando se acogieran las súplicas de la demanda, en consideración a que los elementos axiológicos exigidos para la prosperidad de la acción indemnizatoria se encontraban probados en el *sub lite*, a saber, la falla del servicio, el daño cierto y determinado, y la relación de causalidad entre éste y aquélla. A juicio del referido apoderado, el primer elemento se encontraba probado con las declaraciones de los testigos llamados a juicio, quienes relataron haber presenciado el momento en que Guillermo Escobar López era agredido por los agentes de policía. En cuanto al segundo elemento, se logró probar que el hecho de la fuerza pública causó las lesiones sufridas por la víctima, consistentes en la perforación del yeyuno con herida en el hígado, las cuales

fueron probadas mediante los dictámenes rendidos por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, y que a la postre, le ocasionarían la muerte. (Fls. 120 a 124 C.1)

Y finalmente, en cuanto a la relación de causalidad, afirmó la parte demandante que, de no haberse presentado la actuación ilícita de las autoridades públicas, no hubiese sobrevenido el daño en la integridad de Guillermo Escobar López.

Por su parte, la apoderada de la parte demandada, mediante escrito presentado el día 26 de mayo de 2004 procedió a alegar en conclusión, afirmando que de las pruebas arrimadas al plenario, no se logró acreditar que los causantes de las lesiones a la integridad del señor Escobar López eran los agentes de policía que acudieron al establecimiento público. Por el contrario, las investigaciones penal militar y disciplinaria efectuadas a los referidos agentes, las cuales culminaron con su absolucón, indicaron que las lesiones sufridas por la víctima fueron causadas por Jaime Orlando Benavides y no por los uniformados. De esta forma, no existiendo relación de causalidad entre el actuar de la Fuerza Pública y las lesiones sufridas por Guillermo Escobar, solicitó al *A quo* denegar las pretensiones de la demanda. (Fls. 129 a 132 C.1)

El Ministerio Público guardó silencio.

4. La sentencia del Tribunal.

El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante sentencia de 6 de febrero de 2004 accedió a las súplicas de la demanda. Para tomar esta decisión, el *A quo* tuvo en cuenta las siguientes consideraciones: (Fls. 138 a 150 C. Ppal)

Luego de resaltar la incongruencia de la providencia del Tribunal Superior Militar, en virtud de la cual se absolvió penalmente a los agentes de policía por las lesiones personales causadas a Guillermo Escobar López, en atención a que dicho Tribunal invirtió la situación consistente en que fue el aprehendido quien agredió a los policías y, en aras de salvaguardar la seguridad ciudadana, los implicados (policías) condujeron al lesionado a las instalaciones de la estación, aunque en la decisión de la autoridad militar se haya expuesto “uso ilegítimo de la fuerza”, refiriéndose a la actividad desplegada por los agentes.

Así mismo, tal situación se contradice con lo expuesto en el dictamen de medicina legal que arrojó como resultado una incapacidad de 50 días producto de las lesiones causadas el 6 de noviembre de 1997 al demandante. Por último, expuso el *a quo* que la acción perpetrada por los uniformados rebasó los límites de sus facultades, pues no hubo proporción entre lo estrictamente necesario para defenderse en su honor e integridad y vencer la resistencia de la víctima al cumplimiento de la orden policial, infringiendo así el Código Nacional de Policía en sus artículos 29 y 30. (Fls. 140 y 141 C. ppal)

Afirmó además el Tribunal, que el empleo brutal e ilegítimo de la fuerza no fue destinado al restablecimiento del orden público alterado, pues habiéndose reducido a la víctima a un estado de indefensión tal, que requería ser llevado a rastras al calabozo, era claro que no ofrecía peligro alguno para la perturbación del mismo, de modo que mal podrían justificarse los golpes propinados a su integridad en aquel lugar, de los cuales dan cuenta los testimonios rendidos en el curso del proceso. (Fl. 141 C. ppal)

De otra parte, sostuvo el Tribunal que el acervo probatorio demostraba que el perjuicio fue ocasionado en horas y en el lugar del servicio y con intervención de agentes del Estado. El acto acusado era propio del servicio, pues no solo se produjo en el lugar donde se prestó o debía prestarse, sino que también con instrumentos suministrados para ello. (Fl. 142 C. ppal)

En cuanto a los elementos de la responsabilidad, para el fallador de instancia se encontró acreditado la infracción a los deberes legales y constitucionales que orientan la prestación del servicio, fundamentalmente con los testimonios que dieron cuenta del empleo brutal y desmedido de la fuerza a una persona en estado de indefensión manifiesta; el daño padecido, con dictámenes rendidos por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, corroborado por la incapacidad médica otorgada y el acta de defunción; y la relación de causalidad, la cual aparece de bulto para el sentenciador, pues el uso indiscriminado de la fuerza le generó a la víctima las lesiones que a la postre le ocasionarían su muerte.

En cuanto a los perjuicios solicitados, el *a quo* estimó que los demandantes acreditaron el interés jurídico, además de las relaciones familiares dentro del parentesco de consanguinidad y afinidad acreditado y con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado se condenó en favor del lesionado a 100 smlmv: para el padre y compañera permanente del lesionado 50 smlmv para cada uno y, para la hermana 25 smlmv.

Respecto de los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) consideró el estos pudieron causarse y que si bien no existe dictamen que los concrete, se efectuaría incidente de liquidación contemplado en el artículo 172 del C.C.A. (Fls. 143 y 144 C. ppal)

Por último, en cuanto al perjuicio fisiológico, consideró el Tribunal que la víctima alcanzó a sufrir el perjuicio aun cuando éste haya fallecido tiempo después. Con fundamento en lo anterior, dada la magnitud del perjuicio reconoció 5 smlmv en favor del señor Guillermo Escobar López. (Fl. 145 C. ppal)

5. El recurso de apelación y actuación en segunda instancia.

Contra lo así decidido se alzó la parte demandante, mediante escrito presentado el 16 de febrero de 2004 (Fl. 152 C. ppal), el cual fue concedido por el Tribunal en auto de 5 de marzo de 2004. (Fl. 155 C. ppal)

Esta Corporación mediante auto de 4 de junio de 2004 ordenó a la parte recurrente sustentar el recurso (Fl. 160 C. ppal) y mediante escrito de 4 de junio de 2004 la parte demandante allegó escrito de sustentación en los siguientes términos: (Fls. 161 a 164 C. ppal)

1. Solicitó el aumento de los perjuicios morales concedidos al padre y a la compañera permanente a cien salarios mínimos legales y, para la hermana de la víctima, en cuantía de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Sostuvo el recurrente que de conformidad con los criterios jurisprudenciales trazados por esta Corporación, el monto máximo de reconocimiento de perjuicios morales asciende a la suma equivalente de 100 salarios mínimos. A juicio del apoderado, no existiendo una circunstancia especial entre el occiso y su grupo familiar que permitiera concluir que hubo variación del afecto normal entre los familiares, y con suficiente entidad para desconocer aquel tope indemnizatorio, se impone la necesidad de modificar el fallo impugnado. Por el contrario, de las pruebas arrimadas al plenario se desprende la gravedad de las lesiones sufridas, pues le

ocasionaron la muerte posterior a la víctima, de lo cual se puede colegir que la afectación del grupo familiar fue en el grado máximo, y por tal razón, debe condenarse por el monto mayor permitido. (Fls. 162 y 163 C. ppal)

2. Así mismo, solicitó el aumento de la condena reconocida por perjuicios fisiológicos o daño a la vida de relación, en una cuantía de 100 smlmv, ya que, según el recurrente “(...) Estando demostrada la presanidad (sic) del señor ESCOBAR LÓPEZ, la gravedad de las lesiones que sufriera a manos de los brutales policiales, el tratamiento quirúrgico de que fuera objeto como consecuencia de las mismas y su posterior deceso, se evidencia entonces incontrovertiblemente el perjuicio a la vida de relación (...) que debe ser resarcido a los sucesores del extinto, lo cual impone una tasación que esté más acorde con la intensidad del daño ocasionado, pues el valor de CINCO SMLMM en que el a – quo tasó dicho perjuicio no se compadece con la realidad fáctica del insuceso (...)”.

Esta Corporación mediante proveído de fecha 25 de junio de 2004 admitió la referida impugnación (Fl. 166 C. ppal). Por último, a través del auto de fecha 16 de julio de 2004, se corrió traslado a las partes para alegar en conclusión, y al agente del Ministerio Público para que rindiera el concepto de rigor (Fl. 168 C. ppal).

5.1. Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Mediante escrito presentado el día 4 de agosto de 2004 (Fls. 169 a 171 C. ppal), procedió la entidad demandada a alegar en conclusión dentro de la oportunidad legal, reiterando los argumentos expuestos en los alegatos de primera instancia y adicionalmente sostuvo que la víctima tuvo gran incidencia en el resultado dañoso, ya que de las pruebas se pudo acreditar que el extinto Guillermo Escobar estaba alterando el orden público, y debido a su avanzado estado de alicoramiento, éste opuso resistencia y además agredió física y verbalmente a los uniformados, causándose con su actitud lesiones, que después se atribuyeron a la administración. Por lo tanto, expuso que en el presente caso debía aplicarse el artículo 2357 del C.C., esto es concurrencia de culpas.

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio.

Mediante escrito presentado el 21 de julio de 2005, el apoderado de los demandantes solicitó celebración de audiencia de conciliación judicial (Fl. 186 C. ppal). Por medio de auto proferido el día 12 de agosto de 2005, se citó a las partes a fin de que se surtiera la diligencia solicitada. Dicha audiencia fue aplazada en cinco oportunidades, hasta que en audiencia de 4 de mayo de 2006, las partes acordaron la siguiente fórmula de arreglo:

“(...) 1. Que el Ministerio de Defensa - Policía Nacional pagará el 75% de los perjuicios morales de la condena impuesta en primera instancia, los materiales no, por cuanto no están liquidados y respecto a la compañera permanente, señora JUANA CERÓN no se reconocerán por no estar acreditada la unión de hecho. Perjuicios debidamente actualizados.

2. Los intereses se pagarán en los términos del artículo 177 del C.C. Administrativo (...).” (Fls. 208 a 209 C. ppal)

No obstante, esta Corporación, mediante auto de fecha 6 de julio de 2006, improbió la conciliación efectuada por las partes, en consideración a que no se

encontró el material probatorio suficiente para concluir que el acuerdo se sujetaba a la ley y no vulneraba el patrimonio público. (Fls. 215 a 223 C. ppal)

De conformidad con la facultad oficiosa otorgada por el artículo 43 de la ley 640 de 2001, esta Corporación nuevamente fijó fecha y hora para la práctica de una nueva audiencia de conciliación judicial (Fl. 234 C. ppal). Sin embargo, el apoderado de la entidad demandada manifestó no asistirle ánimo conciliatorio (Fl. 250 C. ppal).

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

La Corporación es competente para conocer del asunto¹, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en proceso de doble instancia², contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Nariño de 6 de febrero de 2004, mediante la cual se acogieron las súplicas de la demanda.

2. Caso en concreto

El presente asunto se contrae a resolver si le asiste la razón a la parte demandante en aumentar los perjuicios morales en favor del padre, compañera permanente y hermana del señor Guillermo Escobar López hoy fallecido y quien alegó tener la calidad de lesionado dentro del *sub judice*, de conformidad con el registro civil de defunción allegado al plenario³.

Así mismo, se solicita el aumento del valor de los perjuicios fisiológicos reconocidos por el *a quo*, en atención a la gravedad de las lesiones padecidas por el señor Guillermo Escoba López, hoy fallecido, por los hechos acaecidos el 6 de noviembre de 1997.

Para resolver el asunto, es menester como primera medida realizar unas breves reflexiones acerca del principio de la *non reformatio in pejus* como garantía del recurso de apelación, sus límites y sus excepciones.

3. Principio de la *non reformatio in pejus*.

De acuerdo con lo preceptuado por el artículo 357 del C.P.C⁴., aplicable en sede contencioso administrativo según se dispone en el artículo 267 del C. C. A., el recurso de apelación se entiende interpuesto en lo que es desfavorable al

¹ De conformidad con el artículo 129 del C.C.A, subrogado por el artículo 37 de la Ley 446 de 1998 y el 1° del Acuerdo 55 de 2003.

² El Decreto 597 de 1988 consagró que para que un proceso de reparación directa que inició en el año 1999 tuviere vocación de doble instancia, la pretensión mayor de la demanda debía superar la suma de \$18.850.000. En el *sub lite* se instauró la demanda el día 29 de julio de 1999, cuya pretensión mayor ascendió a la suma de \$50'000.000 por concepto de lucro cesante, razón por la cual es susceptible de ser tramitada en segunda instancia.

³ Mediante escrito de 26 de septiembre de 2001 allegado por el apoderado de la parte demandante visto a folios 91 a 92 del cuaderno 1, se anexó copia auténtica del registro civil de defunción del señor Guillermo Escobar López, en el cual se consignó que la fecha de la muerte de produjo el 5 de septiembre de 2001. Así mismo, con el certificado de defunción suscrito por el Hospital Departamental de Nariño, se pudo establecer que el fallecimiento ocurrió en dicho centro asistencial hospitalario.

⁴ La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella (...)."

apelante y por esta razón el *ad quem* no puede hacer más gravosa su situación si fue el único que se alzó contra la decisión⁵.

El principio de la *non reformatio un pejus* es un desarrollo de lo establecido en el artículo 31 constitucional que ordena que “*el superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único.*”

En atención a la posición actual de la Sección Tercera de esta Corporación⁶, mediante el recurso de apelación, se ejerce el derecho de impugnación contra la decisión judicial y el juez de segunda instancia no puede empeorar, agravar o desmejorar la situación que en relación con el litigio le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.

Así mismo, se ha establecido que el marco fundamental de competencia para el juez de segunda instancia “*lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia⁷ de la sentencia como el principio dispositivo⁸, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que “las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: ‘tantum devolutum quantum appellatum’^{9 10}. (Subrayado por la Sala)*

Por su parte, también se ha resaltado que dicha garantía no tiene un carácter absoluto, por cuanto en su aplicación tiene dos limitantes, a saber:

i) La imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del

⁵ Sentencia de 31 de enero de 2011, expediente: 15800.

⁶ Sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, expediente: 21060.

⁷ En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrado Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó: “*De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional*”.

⁸ Dicho principio ha sido definido por la doctrina como: “*La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin*”. O como dice COUTURE, es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso”.

“*Son características de esta regla las siguientes: (...). El campo de decisión del juez queda determinado especial y esencialmente por las pretensiones del demandante debido a que el juez no puede decidir sobre objeto diverso a lo en ellas contemplado*” (negritas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

⁹ Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

¹⁰ Puede verse sentencia de 9 de junio de 2010, expediente: 17605 y 9 de febrero de 2012, expediente: 21060.

proceso o integran una misma parte dentro de la *litis* (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas.

ii) En aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo “... *aun cuando fuere desfavorable al apelante*” (artículo 357, inciso final, C. de P. C.)¹¹.

Conviene precisar que con fundamento en la posición actual de la Sala Plena de Sección Tercera, en relación con la regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez *ad quem*, la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, *i)* de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; *ii)* de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o *iii)* de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada.

Y es así como la posición mayoritaria de la Sala concluyó que

“(...) la Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples decisiones ha determinado la operancia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción ejercida, así como también ha encontrado acreditada la existencia de la falta de legitimación en la causa –por activa o por pasiva– e incluso la ineptitud sustantiva de la demanda, casos¹² en los cuales ha denegado las

¹¹ Al respecto consultar, por ejemplo, sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, de 23 de abril del 2009, expediente: 17160 y de 20 de mayo de ese mismo año, expediente: 16.925.

¹² En relación con la caducidad de la acción ejercida, la Sala ha sostenido: “Esta Sección del Consejo de Estado ha señalado que el Juez está facultado para declarar de oficio la caducidad de la acción cuando quiera que, de conformidad con las pruebas obrantes en el proceso, encuentre probados los supuestos que la configuran; al respecto la Sala ha considerado:

‘La caducidad de la acción puede entenderse como la institución jurídico-procesal mediante la cual el legislador, en consideración a la seguridad jurídica y el interés general, establece límites temporales para el ejercicio de las acciones que materializan el derecho de acceso a la administración de justicia. Cuando opera la caducidad se extingue el derecho de acción ‘de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos. Dichos plazos constituyen entonces, una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado’. Por ser de orden público, la caducidad es indisponible, irrenunciable y el juez, cuando encuentre probados los respectivos supuestos fácticos, puede declararla de oficio, aún en contra de la voluntad de las partes. La caducidad opera por el sólo transcurso objetivo del tiempo, y su término perentorio y preclusivo, por regla general, no se suspende, no se interrumpe y no se prorroga’. [Sentencias de 24 de abril de 2008, exp. 16.699. M.P. Myriam Guerrero de Escobar y de 30 de agosto de 2006, exp. 15.323, entre muchas otras].

Ahora, en punto a la legitimación en la causa de las partes, se ha sostenido: “Cabe recordar que constituye una postura sólidamente decantada por la jurisprudencia de esta Sala aquella consistente en excluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, **en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado**”. (Se destaca). [Sentencia del 22 de noviembre de 2001,

*pretensiones de la demanda o se ha inhibido de fallar, según el caso, con independencia de si tales presupuestos o aspectos hubieren sido, o no, advertidos por el juez de primera instancia o por alguno de los sujetos procesales, incluido, claro está, aquel que hubiere impugnado la providencia del juez a quo (...)*¹³.

Conviene precisar que si bien el principio de la *non reformatio in pejus* es un derecho individual mediante el cual la parte que resultó parcialmente vencida en el proceso, consistente en que, si apela, no puede ser modificado lo que le fue favorable porque la contraparte, al no recurrir, consintió en lo que se decidió en su contra¹⁴, el juez, de acuerdo a la posición actual de la Sección Tercera, el juez puede analizar el fenómeno de la caducidad, la falta de legitimación en la causa o la ineptitud sustantiva de la demanda, aun en el evento en que no lo haya advertido el juez de primera instancia o alguna de las partes de la *litis*, por tal motivo se debe observar si en el presente caso, los medios probatorios dan lugar a reconocer un mayor quantum a la parte demandante respecto de los perjuicios morales en favor del padre, la compañera permanente y la hermana del señor Guillermo Escobar López, para esclarecer no solo la prueba del parentesco o relación expuesta en la demanda, sino aquellas que evidencian las relaciones familiares y maritales entre el hoy causante y quien alega la calidad de padre, hermana y compañera permanente.

Se inicia el estudio con quienes alegan la calidad de padre y hermana del señor Guillermo Escobar López, estos son, el señor Manuel Salvador Aza y María Rosa Aza, para lo cual se allegaron los siguientes medios probatorios con los nombres que a continuación se exponen:

Poder (Fls. 13 y 14 C.1)	Presentación personal (Fl. 14 C. 1)	Demanda	Registro civil de nacimiento
Aparece el nombre de Manuel Salvador Aza.	Aparece el nombre de Manuel Salvador Aza con cédula de ciudadanía No. 1.827.191 de Cumbal.	Aparece en las pretensiones el nombre de Manuel Salvador Aza y en el hecho No. 1 el nombre de Manuel Salvador Escobar Aza.	En el Registro civil de nacimiento del lesionado (Guillermo Escobar López Fl. 16 C.1) aparece como padre el señor Manuel Escobar Aza.

En cuanto a la señora María Rosa Aza aparece la siguiente información:

Consejera Ponente. María Elena Giraldo Gómez, exp. 13.356., sentencia reiterada en muchas oportunidades por la Sala].

Y frente al tema de la inepta demanda, se ha determinado:

“En consecuencia, la Sala encuentra demostrada la indebida escogencia de la acción, lo cual torna improcedente un pronunciamiento de fondo comoquiera que la adecuada escogencia de la acción constituye presupuesto de la sentencia de mérito, tal como lo ha sostenido esta Sección del Consejo de Estado: “Al efecto cabe tener en cuenta que esta Corporación ha precisado que persisten algunos requisitos indispensables para proferir una decisión de fondo, como lo es que la acción contencioso administrativa se ejerza con sujeción a los requisitos que prevé la ley para su procedencia, sin perjuicio de que, como lo explica la doctrina, el juez cumpla con la obligación ‘de declarar la razón por la cual no puede proveer’”. [sentencias de 28 de abril de 2010, exp. 17.811 y de 27 de abril de 2011, exp. 19.392].

¹³ Sentencia de Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado de 9 de febrero de 2012, expediente: 21060.

¹⁴ Sentencia de la Subsección C de 31 de enero de 2011, expediente: 15800.

Poder (Fls. 13 y 14 C.1)	Presentación personal	Demanda	Registro civil de nacimiento
Aparece el nombre de María Rosa Aza López	Aparece el nombre de María Rosa Aza con cédula No. 30.734.335 de Pasto	Aparece en las pretensiones el nombre de María Rosa Aza y en el hecho No. 2 el nombre de María Rosa Alejandrina Escobar López	Si se trata de María Rosa Aza, no aparece registro civil de nacimiento. Pero obra dentro del proceso copia auténtica del registro civil de nacimiento de María Rosa Alejandrina Escobar López y como Padre Manuel Escobar (Fl. 18 C.1)

En la sentencia de primera instancia se consideró que existía interés jurídico de estas dos personas y en atención a ello, se reconocieron perjuicios morales en cuantía de 50 y 25 smlmv, respectivamente para el padre y hermana del señor Guillermo Escobar López. Es importante determinar que con la presentación personal, en este caso, efectuado ante notario, éste último podrá dar testimonio escrito de que la firma puesta en un documento corresponde a la de la persona que la haya registrado ante él, previa confrontación de las dos. También podrá dar testimonio de que las firmas fueron puestas en su presencia, estableciendo la identidad de los firmantes¹⁵.

Si lo anterior, es así, se tiene que el señor Manuel Salvador Aza figura ser la persona que es de acuerdo con la presentación personal y respecto de su calidad de padre que alega tener, no se compadece con la prueba que acredita el parentesco con el lesionado, hoy fallecido Guillermo Escobar López, esto es, con el certificado civil de nacimiento. Lo anterior tiene sustento en que dicho certificado del hoy fallecido Guillermo Escobar López, aparece como padre Manuel Escobar Aza, lo que evidentemente no se corresponde con el nombre puesto en la demanda, en el poder y la presentación personal, esto es, Manuel Salvador Aza.

En igual sentido se observa que respecto de María Rosa Aza, en la presentación personal aparece como tal y no obra certificado de nacimiento con este nombre. Pese a ello, en gracia de discusión, si se tuviera como registro de nacimiento el de María Rosa Alejandrina Escobar López, entonces quien alega la calidad de hermana no coincide con el de presentación personal, el poder y demanda instaurada.

En efecto, al no acreditarse el parentesco de las personas que alegan ser padre y hermana respectivamente del señor Guillermo Escobar López, conviene precisar el concepto de legitimación en la causa como la "*calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso*"¹⁶, de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, el juez no puede adoptar una decisión favorable a las pretensiones o a las excepciones de la demanda, según se trate del demandante o del demandado¹⁷.

Lo anterior se ratifica en el precedente de la Sala, según el cual:

¹⁵ Artículo 73 del Decreto 960 de 1970. Por el cual se expide el Estatuto del Notariado.

¹⁶ Corte Constitucional, Sentencia C- 965 del 21 de octubre de 2003.

¹⁷ Sentencia de 25 de julio de 2011, expediente: 20146.

“(...) La legitimación en la causa -legitimatío ad causam- se refiere a la posición sustancial que tiene uno de los sujetos en la situación fáctica o relación jurídica de la que surge la controversia o litigio que se plantea en el proceso y de la cual según la ley se desprenden o no derechos u obligaciones o se les desconocen los primeros o se les exonera de las segundas. Es decir, tener legitimación en la causa consiste en ser la persona que, de conformidad con la ley sustancial, se encuentra autorizada para intervenir en el proceso y formular o contradecir las pretensiones contenidas en la demanda por ser sujeto activo o pasivo de la relación jurídica sustancial debatida objeto de la decisión del juez, en el supuesto de que aquélla exista (...)”¹⁸.

También se ha explicado en múltiples oportunidades¹⁹ que en los juicios ordinarios existe legitimación en la causa de hecho y legitimación en la causa material, de modo que, la primera²⁰ se entabla con la relación procesal entre el demandante y el demandado a través de las pretensiones, es decir, tal relación tiene origen en la demanda y en su notificación personal al demandado; y por su parte, la legitimación material, se refiere a la participación real en el hecho que origina la presentación de la demanda, supone la conexión entre las partes y los hechos constitutivos del litigio²¹.

De lo anterior se colige claramente que *“todo legitimado de hecho no necesariamente será legitimado material, pues sólo están legitimados materialmente quienes participaron realmente en los hechos que le dieron origen a la formulación de la demanda”*²². En pronunciamiento de la Sección Tercera, se reiteró la anterior posición en los siguientes términos:

“(...) Con lo anterior, puede suceder que un sujeto pueda estar legitimado en la causa de hecho pero carecer de legitimación en la causa material, lo cual ocurrirá cuando a pesar de ser parte dentro del proceso no guarde relación alguna con los intereses inmiscuidos en el mismo, por no tener conexión con los hechos que motivaron el litigio, evento éste en el cual las pretensiones formuladas estarán llamadas a fracasar puesto que el demandante carecería de un interés jurídico perjudicado y susceptible de ser resarcido o el demandado no sería el llamado a reparar los perjuicios ocasionados a los actores (...)”²³.

¹⁸ Sentencia de 23 de abril de 2008, expediente: 16271.

¹⁹ Sentencia del 15 de junio de 2000, expediente: 10171; 20 de septiembre de 2001, expediente: 10973; 22 de noviembre de 2001, expediente: 13356; 17 de junio de 2004, expediente: 14452; 28 de abril de 2005, expediente: 4178; 27 de abril de 2006, expediente: 15352; 31 de octubre de 2007, expediente: 13503; 30 de marzo de 2011, expediente: 33238; 8 de junio de 2011, expediente: 19573; 22 de junio de 2011, expediente: 16703.

²⁰ La legitimación de hecho, originada en la simple alegación de esa calidad en la demanda, como lo prevé el artículo 86 del C. C. A., al señalar *“la persona interesada podrá”*, siendo entonces ese interés mínimo, suficiente para accionar y para proponerlo en la instancia procesal de inicio del juicio. Sección Tercera, sentencia de 19 de agosto de 2011, expediente 19237.

²¹ Sentencia de 21 de septiembre de 2011, expediente: 20705.

²² Sentencia de 17 de junio de 2004, expediente: 14452.

²³ A propósito de la falta de legitimación en la causa material por activa, la Sección ha sostenido que *“... si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo —no el procesal—”*. Sentencia del 20 de septiembre de 2001, expediente: 10973. En este sentido véase también la sentencia del 19 de agosto de 2011, expediente: 19237.

Asimismo, la Sala ha manifestado que la falta de legitimación en la causa material no es una excepción de fondo que se oponga a la prosperidad de las pretensiones, no obstante, la falta de prueba del derecho para formular determinadas pretensiones faculta al juez a absolver a la parte demandada, así:

“(...) si la falta recae en el demandante, el demandado tiene derecho a ser absuelto pero no porque él haya probado un hecho nuevo que enerve el contenido material de las pretensiones sino porque quien lo atacó no es la persona que frente a la ley tiene el interés sustantivo para hacerlo -no el procesal-; si la falta de legitimación en la causa es del demandado, de una parte al demandante se le negarán las pretensiones no porque los hechos en que se sustenten no le den el derecho sino porque a quien se los atribuyó no es el sujeto que debe responder; por eso, de otra parte, el demandado debe ser absuelto, situación que se logra con la denegación de las súplicas del demandante”²⁴.

En conclusión, los señores Manuel Salvador Aza y María Rosa Aza con el poder, la presentación personal y la demanda, alegaron la calidad de padre y hermana respectivamente del señor Guillermo Escobar López. Teniendo en cuenta que el parentesco se acredita únicamente con el registro o certificado civil de nacimiento, con fundamento en la normatividad establecida en el Decreto 1260 de 1970, no es posible considerar que se tratan de las mismas personas, puesto que en la demanda, en el poder y en la presentación personal, son diferentes a las contempladas en los registros civiles de nacimiento.

Sobre la importancia del registro o certificado civil de nacimiento, el ordenamiento civil colombiano establece que la prueba del estado civil, y de las situaciones que emanen de él, está circunscrita a la copia auténtica del correspondiente folio o al certificado que con base en él expidan²⁵ los funcionarios encargados de llevar el registro del estado civil y la oficina central²⁶, es más, el mismo Estatuto previó que ninguno de los hechos, actos y providencias relativos al estado civil y la capacidad de las personas, sujetos a registro, hagan fe en proceso ni ante ninguna autoridad, empleado a funcionario público, si no ha sido inscrito o registrado en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en la descrita normatividad²⁷.

Por lo tanto, no puede aplicarse de manera irrestricta el principio de la *non reformatio in pejus* en el presente caso, puesto que no puede entenderse que la protección de los intereses y derechos del apelante sea extensivo a quien no tiene derecho, ya que en el presente caso, se evidencia una falta de legitimación en la causa por activa del señor Manuel Salvador Aza y María Rosa Aza.

²⁴ Sentencia de 11 de noviembre de 2009, expediente: 18163. Puede verse también: sentencia de 2 de marzo de 2000, expediente: 11945 y Sentencia de 22 de noviembre de 2001, expediente: 13356. Reiterada posición en sentencia de Subsección C de 6 de marzo de 2013, expediente: 25584.

²⁵ **Artículo 105** Decreto 1260 de 1970. Los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posteridad 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.

²⁶ **Artículo 110** *ibídem*. Los funcionarios encargados de llevar el registro del estado civil y la oficina central podrán expedir copias y certificados de las actas y folios que reposen en sus archivos. No se podrán expedir copias de certificados.

Los certificados contendrán, cuando menos, los datos esenciales de toda inscripción y los de aquella de cuya prueba se trate.

Tanto las copias como los certificados se expedirán en papel competente y bajo la firma del funcionario que los autoriza.

²⁷ **Artículo 106** *ibídem*. Ninguno de los hechos, actos o providencias relativos al estado civil y la capacidad de las personas, sujetas a registro, hace fe en proceso ni ante ninguna autoridad, empleado o funcionario público, si no ha sido inscrito y registrado en la respectiva oficina, conforme a lo dispuesto en la presente ordenación, salvo en cuanto a los hechos para cuya demostración no se requiera legalmente la formalidad del registro.

Aun en gracia de discusión se tuvieran como terceros afectados o damnificados, se observa que en el *petitum* de la demanda no fue alegada esta condición, ni tampoco fue acreditada dentro del plenario, por lo que no es posible para esta Subsección conceder perjuicios a quienes no tienen derechos (por usencia de legitimación en la causa por activa debido a que alegaron ser padre y hermana de la víctima), ni tampoco a quienes no alegaron la calidad de damnificados, por lo que no puede entonces olvidarse que el principio de congruencia de las sentencias es un mandato dirigido al juez que tiene una doble dimensión, pues no sólo exige que entre la parte motiva y la parte resolutive de la decisión judicial exista completa armonía (congruencia interna); sino también, que la sentencia resulte armónica, consonante y concordante con los hechos y las pretensiones formuladas en la demanda y con aquello planteado en el escrito de oposición (congruencia externa), a fin de que se garantice una coherencia entre lo pedido y lo resuelto; pues de lo contrario, el juez incurriría en un fallo *ultra petita*, si concede más allá de lo pedido; o *infra* o *citra petita*, si deja de pronunciarse sobre cuestiones sujetas al proceso.

Con fundamento en lo anterior, esta Subsección procede modificar la sentencia de primera instancia en el sentido de denegar las pretensiones de la demanda respecto de los perjuicios morales reconocidos en favor de Manuel Salvador Aza y María Rosa Aza al no encontrarse acreditado el parentesco que dicen tener con el hoy causante Guillermo Escobar López, ni tampoco acreditaron la calidad de damnificado no solo porque no fue solicitado en el escrito de demanda, sino también porque no allegaron prueba sobre tal calidad.

Ahora bien, respecto de la señora María Juana Cerón, quien alega la calidad de compañera permanente, el Tribunal de primera instancia condenó al pago de 50 smlmv en favor de ésta por concepto de perjuicios morales.

Según lo previsto en artículo 1 de la Ley 54 de 1990, se denominan compañeros permanentes a quienes forman una unión marital de hecho, la cual se constituye a partir de la prueba de la comunidad permanente y singular formada por aquellos que no están casados²⁸.

Ahora bien, la prueba de la unión marital de hecho, como lo disponía el texto inicial del artículo 4° de la Ley 54 de 1990, antes de la modificación introducida por el artículo 2° de la Ley 979 de 2005, se efectúa por los medios ordinarios de prueba, consagrados en el Código de Procedimiento Civil, es decir por los contenidos en el artículo 175 *ibídem*, a saber la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez²⁹.

De ese modo, para acreditar la existencia de la unión marital de hecho debe probarse lo siguiente: i) la unión, es decir, la cohabitación, ii) que la unión se efectuó entre dos personas, iii) que no contrajeron matrimonio entre sí, iv) que entre quienes la conforman exista una comunidad de vida permanente, y v) que dicha unión sea de carácter singular, es decir monogámica.

²⁸ “Artículo 1o. A partir de la vigencia de la presente Ley y para todos los efectos civiles, se denomina Unión Marital de Hecho, la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular. Igualmente, y para todos los efectos civiles, se denominan compañero y compañera permanente, al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho.”

²⁹ Artículo 175 del Código de Procedimiento Civil.

Así las cosas, al no existir tarifa legal en relación con la prueba de la unión marital de hecho, y por ende de la condición de compañero o compañera permanente, se tiene como medios probatorios los siguientes:

Declaración de Buenaventura Gavilnes Urresti (Fl. 34 C.2)

“(...) Sí conozco al señor GUILLERMO ESCOBAR LÓPEZ, lo conoce hace 12 años, nos conocimos en una cancha de fútbol (...) relación de amistad, de vista conozco a la esposa (...) no tengo una relación estrecha de amistad, he mirado que GUILLERMO ESCOBAR LÓPEZ, se lleva bien con su esposa sus hijos (...) una vez conversé con el papá que el hijo ya no podía colaborarles, que ya no tenía de adonde que ya no podía trabajar, el (sic) era coterero trabajaba en el Potrerillo, como el cargue es por toneladas aproximadamente sale un diario de 30 mil pesos. El comentó que él ayudaba a los familiares económicamente y mantenía a su mujer y a sus hijos.

Declaración de José Eduardo Pinchao (Fl. 35 y 36 C.2)

“(...) conozco al señor GUILLERMO ESCOBAR LOPEZ, aproximadamente hace unos 10 años. Lo conocí en el mercado de Potrerillo, el (sic) trabajaba como coterero, desde allí han sido amigos, conozco a la mujer MARÍA JUANA CERÓN, los hijos son tres, viven con el papá (...) El mantiene buenas relaciones con su familia y conozco que con lo que se ganaba en su trabajo los ayudaba, el hogar estaba a cargo de GUILLERMO ESCOBAR LÓPEZ, él sostenía a la mujer y a los hijos,

En atención a las anteriores declaraciones, se observa que la señora María Juana Cerón convivía con el señor Guillermo Escobar López, aunque de los testimonios no se puede derivar el grado de afectación de ésta por la muerte de su compañero, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia en este aspecto y se mantendrá el valor de 50 smlmv concedidos por perjuicios morales en favor de la compañera permanente.

Se advierte que para Subsección resulta inconcebible el error en que incurrió el Tribunal de primera instancia en condenar en favor de quienes alegaban ser padre y hermana del señor Guillermo Escobar López, por cuanto el juez está en la obligación de analizar el contenido del proceso, las pruebas, las excepciones, o situaciones donde se evidencie claramente como en el presente, una ausencia en la legitimación en la causa por activa de quienes no tienen derechos en la presente litis.

Otra de las inconformidades existentes por la parte recurrente consiste en que debe aumentarse el valor de los perjuicios fisiológicos en cuantía de 100 smlmv ya que, según el recurrente *“(...) Estando demostrada la gravedad de las lesiones que sufriera a manos de los brutales policiales, el tratamiento quirúrgico de que fuera objeto como consecuencia de las mismas y su posterior deceso, se evidencia entonces incontrovertiblemente el perjuicio a la vida de relación (...) que debe ser resarcido a los sucesores del extinto, lo cual impone una tasación que esté más acorde con la intensidad del daño ocasionado, pues el valor de CINCO SMLMM en que el a –quo tasó dicho perjuicio no se compeadece con la realidad fáctica del insuceso (...)*”.

Bajo los anteriores argumentos expuestos por la parte demandante, se observa que respecto de los perjuicios fisiológicos reconocidos en favor del extinto

Guillermo Escobar López, estos deben encuadrarse siguiendo la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera, dentro del daño a la salud³⁰.

Desde esta perspectiva, se precisa que en el momento que se unificó la divergencia de nombres que habían utilizado, en el de daño a la salud se dispuso que:

“...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 idéntica³¹. 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 lesionada³².

Conforme al precedente citado, el daño a la salud se repara con base en dos componentes, uno objetivo y otro subjetivo o dinámico, cuya valoración debe atender a los principios de reparación integral y equidad (artículo 16 de la Ley 446 de 1998) e igualdad, y observar los criterios técnicos actuariales³³, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, postulados estos cuya importancia resulta de mayor relevancia cuando se trata de la indemnización de un perjuicio que, por la naturaleza de éste, no puede ser restitutoria ni reparadora, sino simplemente compensatoria, eventos en los cuales la jurisprudencia ha reconocido:

“En efecto, la suma establecida no se ajustará nunca al monto exacto del perjuicio, pero buscará, de alguna manera, restablecer el equilibrio roto con su ocurrencia. Se impone al juez, entonces, el ejercicio de una cierta discrecionalidad, que, sin embargo, debe encontrarse suficientemente razonada y fundada en las probanzas que, en el proceso, obren sobre la existencia del perjuicio y su intensidad. No se trata, en efecto, de una facultad arbitraria; por ello, en su desarrollo, debe buscarse también la

³⁰ Sección Tercera, sentencias del 14 de septiembre de 2011, expedientes 19031 y 38222.

³¹ “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.

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031.

³³ Al respecto el artículo 178 del código Contencioso Administrativo (Dec. 01 de 1984) estableció que “la liquidación de las condenas que se resuelvan mediante sentencias de la jurisdicción en lo contencioso administrativo deberá efectuarse en todos los casos, mediante sumas líquidas de moneda de curso legal en Colombia y cualquier ajuste de dichas condenas sólo podrá determinarse tomando como base el índice de precios al consumidor, o al por mayor”. En atención a lo cual la jurisprudencia de la Corporación ha fijado las indemnizaciones por perjuicios inmateriales en salarios mínimos, por cuanto en Colombia el salario mínimo legal mensual se fija atendiendo fundamentalmente la variación del índice de precios al consumidor.

*garantía del principio de igualdad, lo que hace necesaria la comparación de la situación debatida con otras ya decididas, con fundamento en el análisis de los diferentes aspectos que determinan aquélla y éstas, dentro de los cuales deberá tomarse en cuenta, por supuesto, el valor real de la indemnización*³⁴.

Bajo este propósito, la Sala determinará³⁵ el contenido del elemento objetivo con base en la calificación integral de la invalidez, que debe constar en el dictamen emitido por la Junta de Calificación, que a su vez tiene en cuenta componentes funcionales, biológicos, psíquicos y sociales del ser humano, entendidos en términos de las consecuencias de la enfermedad, el accidente o la edad, y definidos por el Decreto 917 de 1999, esto es, bajo los conceptos de deficiencia, discapacidad y minusvalía:

“a) DEFICIENCIA: Se entiende por deficiencia, toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano.

b) DISCAPACIDAD: Se entiende por Discapacidad toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona.

c) MINUSVALÍA: Se entiende por Minusvalía toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno”.

Definidos los criterios para calificar la invalidez, el dictamen debe otorgar unos porcentajes a cada uno de los componentes antes mencionados, cuya sumatoria equivale al 100% del total de la pérdida de la capacidad laboral, porcentaje al que necesariamente debe responder la indemnización que dentro del componente objetivo del daño a la salud se reconozca, para cuyo efecto se considera que en los casos en que la disminución de la capacidad laboral alcance el 100%, su valor indemnizatorio puede fijarse en la suma equivalente a 300 salarios mínimos legales mensuales.

Ahora bien, considerando que el referente normativo adoptado, es decir, el

³⁴ Consejo de Estado, sentencia de 6 de septiembre de 2001, expediente: 13.232 y 15.646 (acumulados).

³⁵ Esta posición puede verse en sentencias de 11 de julio, expedientes: 28792, 36295 y 39548, entre otras.

Decreto 917 de 1999 distribuye el porcentaje de incapacidad en los diferentes criterios de calificación de la invalidez, igualmente se propone distribuir la correspondiente indemnización en la siguiente proporción:

CRITERIOS DE CALIFICACIÓN DE LA INVALIDEZ	PORCENTAJE MAXIMO DE PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL	MONTO MAXIMO DE SALARIOS MINIMOS LEGALES ASIGNADO POR LA CORPORACION
Deficiencia	50%	150 SMLMV
Discapacidad	20%	60 SMLMV
Minusvalía	30%	90 SMLMV
Total pérdida de la capacidad laboral	100%	300 SMLMV

Es pertinente precisar, que en los eventos que no repose en el material probatorio el dictamen emanado por la Junta de Calificación, en el que se especifique los tres criterios de clasificación de invalidez, el porcentaje que tal dictamen determine se imputará al rubro de Deficiencia, es decir, 150 SMLMV, en forma proporcional.

Y por último, el segundo componente, esto es, el elemento subjetivo del daño a la salud, permitirá incrementar, con fundamento en el material probatorio, la sana crítica y las reglas de la experiencia, el quantum determinado en el aspecto objetivo, de manera que se atiendan las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada³⁶, en cuyo efecto se sugiere como límite para los casos de mayor intensidad el equivalente a 100 SMLMV.

En conclusión, se estima oportuno destacar que el daño a la salud, está compuesto de dos elementos, el primero de ellos (objetivo) con una valoración de 75% como máximo reconocible, esto es, hasta 300 salarios mínimos legales, de conformidad con lo señalado en párrafos precedentes y el segundo (subjetivo o dinámico), correspondiente hasta el 25%, el cual se reconocerá cuando las pruebas den lugar a ello, ascendiendo al monto de 100 salarios mínimos.

Conforme a lo anterior, la Sala dispone que deberá estudiarse la vertiente objetiva y subjetiva del daño a la salud, en el caso concreto. En este orden de ideas se tienen como medios probatorios los siguientes:

Copia auténtica del dictamen No. 4531-97 rendido por el Médico Forense 1034-0, del Instituto de Medicina Legal con fecha 18 de noviembre de 1997, solicitado mediante oficio No. 883 de noviembre 11 de 1997 por el Tribunal, en el cual se conceptuó: (Fl. 18 C.2)

*(...) Examinado: GUILLERMO ESCOBAR LÓPEZ.
Edad: 39 años
Sin documento de identidad
Refiere que hace doce días fue golpeado por agentes de policía
Recibió atención médica en el Hospital Departamental de Nariño.
Examinado hoy a las 9:45 am en primer reconocimiento médico legal
presenta cicatriz de incisión quirúrgica, plana, ligeramente hipercrómica,*

³⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 14 de septiembre de 2011, expediente: 19031.

vertical, de 17 cm., en la línea media del abdomen, supra e infra umbilical, realizada para practicar laparotomía (cirugía para abrir el abdomen).
A nivel umbilical presenta una zona de 2 cm de longitud en el mismo nivel de la cicatriz quirúrgica, que está abierta, drenando material purulento.
Se revisa Historia Clínica No. 186832 del Hospital Departamental de Nariño, que en sus partes pertinentes dice: 'Nombre: Guillermo López. Fecha de ingreso: noviembre 6 de 1997. Fecha de Egreso: Noviembre 12 de 1997. Paciente traído por la policía a Urgencias en estado de embriaguez, no da datos, no colabora, Diagnóstico: Embriaguez aguda. Perforación de yeyuno. Herida de Hígado. Hemoperitoneo de 2.000 cc (sangre libre en cavidad abdominal) se practicó drenaje del hemoperitoneo y sutura de la herida del yeyuno (intestino delgado) y del hígado. Evoluciona satisfactoriamente saliendo en mejor estado clínico'.

Con base en lo anterior se establece que las lesiones ameritan una incapacidad médico legal definitiva de 50 (cincuenta) días. Para establecer secuelas si las hubiere se requiere nuevo reconocimiento dentro de dos meses.

Por las características clínicas de las lesiones descritas, no es posible establecer el elemento causal (...).

Copia de la historia clínica, hoja Epicrisis que estableció lo siguiente:

Epicrisis: de fecha 6 de noviembre de 1997
Motivo de consulta: Dolor abdominal
Examen físico: Dolor epigastrio flaco y fosa I.
Diagnóstico de ingreso: Gastritis - alcoholismo
ABD agudo a estudio (...)
Tipo de cirugía: laparatomía
Hepatoma
Rafia Yeyuno
Perforación yeyuno
Herida de hígado segmento 4 (Fl. 38 C.2)

Historia Clínica de Guillermo Escobar López (Fls. 37 a 43 C.3) registrada en el Hospital Departamental de Nariño E.S.E., de la cual se destaca: 1. Que en la sala de urgencias fue atendido el paciente a las 18 horas del día 6 de noviembre de 1997, presentando un estado actual de "dolor abdominal (ilegible) agudizado acompañado de náuseas y vómito", y se le diagnostica finalmente "1. Gastritis; 2. Embriaguez aguda" (Fl. 38 C.3); 2. Que el paciente ingresa nuevamente al hospital en la madrugada del día 7 de noviembre de 1997, diagnosticándosele "perforación del yeyuno - Hx Hígado segmento 4" (Fl. 43 C.3); 3. Que posteriormente le practicaron una "Laparotomía - Hepatomofia - (ilegible) yeyuno" (Fl. 36 C.3); 3. Que el motivo de la consulta obedeció a un "dolor abdominal" (Fl. 37 C.3).

Dictamen No. 1901-98 rendido por el médico forense 1034-0 por oficio petitorio No. 0606 de abril 28 de 1998, donde se lee: (Fls. 114 y 115 anexo 1)

"(...) Examinado: GUILLERMO ESCOBAR LÓPEZ
Edad: 40 años
Sin documento de identidad.

Refiere que hace 5 meses fue golpeado por agentes de la Policía, recibió atención médica en el hospital Departamental de Nariño.

Examinado nuevamente hoy a las 2:30 p.m., en segundo reconocimiento médico legal presenta cicatriz hipertrófica, hipercrómica, vertical de 17 cm, en la línea media del abdomen, ostensible.

Cicatrización adecuada de la zona cruenta purulenta descrita en el dictamen anterior 4531-97.

Con base en lo anterior, se establece que las lesiones ameritan una incapacidad médico legal definitiva de cincuenta (50) días, dejando como secuela una deformidad física de carácter permanente.

En relación al cuestionario propuesto en el folio 91, se responde lo siguiente:

A) La herida de 1.5 cm, en el yeyuno y la herida en el segmento cuatro del hígado fue o no consecuencia de un trauma o golpe?

Los traumas cerrados de abdomen, que en algunas ocasiones producen heridas viscerales como este caso, son producidos por traumas contundentes.

B). Se sabe de autos que el lesionado estuvo bebiendo desde las 9:00 a.m., brandy y cerveza. Esta circunstancia pudo haber influido en la lesión del yeyuno e hígado?

Es estado de embriaguez por si solo, no influye en la aparición de las heridas del yeyuno e hígado, pues estos son consecuencia directa de la lesión traumática sufrida por el lesionado. (...)

Con fundamento en los anteriores medios probatorios se puede observar que el señor Guillermo Escobar López tuvo una incapacidad definitiva de cincuenta (50) días, dejando como secuela una deformidad física de carácter permanente. Desde la óptica del componente objetivo, no puede establecerse con exactitud el porcentaje de incapacidad derivado de las lesiones padecidas en los hechos acaecidos el 6 de noviembre de 1997.

Resta establecer si existe alguna prueba que permita valorar la ocurrencia de específicas situaciones particulares que permitan incrementar el monto que debería reconocerse por la pérdida de la capacidad.

Al respecto, la Sala pasa examinar los testimonios que obran dentro del expediente, con el propósito de determinar si de éstos se pueden tener por acreditado una concreta afectación de la vida relacional del lesionado.

Declaración de José Eduardo Pinchao (Fl. 35 y 36 C.2)

"(...) después del ultraje ya no pudo trabajar ya no lo volvimos a ver trabajando no podía hacer fuerza, realmente ya no puede trabajar afectó a la familia de el (sic), el ganaba 20-25 o a veces 10 mil pesos diarios yy otras veces nada, lo que ganaba lo invertía al sostenimiento de su hogar y en ayudar a su padre y hermana (...) PREGUNTA: Sabe Ud. si antes del accidente GUILLERMO ESCOBAR practicaba algún deporte o desarrollaba alguna actividad recreativa. CONTESTO. Sabíamos entrenar fútbol, nos poníamos a jugar sapo, hasta que le sucedió el accidente, después ya no podía realizar esas actividades, ya no podía (...)"

Declaración de Buenaventura Gavilnes Urresti (Fl. 34 C.2)

(...) PREGUNTA: Luego del accidente sabe Ud si GUILLERMO ESCOBAR pudo continuar jugando fútbol como antes lo hacía. CONTESTO: No pudo

seguir jugando fútbol por motivo de la operación el (sic) no puede ni alzar una canasta del piso por eso se retiró de la profesión de cotero, esto lo puedo asegurar porque yo trabajo en un carro de caballos (...)”.

Teniendo en cuenta que estas declaraciones se refiere al estado de salud y las consecuencias que sus lesiones han generado, no se observa en éstas ni en ningún otro medio probatorio que indique que existen situaciones particulares del demandante que hagan la afectación sea más gravosa.

En este orden de ideas en el caso sub examine, se confirma la sentencia de primera instancia y se mantiene la condena de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes por daño a la Salud.

Por otro lado, teniendo en cuenta que no se discutió lo referente al incidente de liquidación de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, la sentencia confirmará la decisión de primera instancia.

Por último, se pone de presente que estando el proceso ante el Tribunal Administrativo de Nariño se pudo establecer con fundamento en la información allegada por el apoderado de la parte actora, que el antes lesionado, Guillermo Escobar López falleció el 5 de septiembre de 2001, de acuerdo con la copia auténtica del registro civil e defunción el registro civil (Fl. 92 C.1)

A su turno, estando el proceso en segunda instancia ante esta Corporación mediante escrito de 1° de abril de 2009 el señor William Guillermo Escobar Guerrero puso en conocimiento de la muerte de su padre, indicó que era heredero legítimo del señor Escobar López³⁷ y además revocó el poder conferido al entonces apoderado de la parte actora. (Fls. 226 a 229 C. ppal)

Esta Corporación mediante de 5 de junio de 2009 tuvo en cuenta la revocatoria de poder realizada por el señor William Escobar Guerrero (Fl. 230 C. ppal), y mediante escrito de 19 de agosto de 2009 se le informó al apoderado de la revocatoria de su mandato. (Fl. 231 C. ppal)

Desde ahora, se indica que respecto del concepto de sucesión procesal, la actual posición del Consejo de Estado se asienta en reconocer la transmisibilidad del perjuicio moral en los siguientes términos:

*“De cara al ordenamiento jurídico colombiano y específicamente desde la óptica del art. 90 de la Constitución Política es indudable que la transmisibilidad del derecho a la reparación originado en daño moral padecido por la víctima se impone, máxime si se tiene presente que, tanto el ordenamiento jurídico privado ex-art. 2.341 Código Civil consagra como regla general el resarcimiento de todo daño, y, en el ámbito penal, el daño moral cuya resarcibilidad está consagrada expresamente ex-art. 103 Código Penal, puede ser reclamado por “las personas naturales, o sus **sucesores**”³⁸; de otra parte, no existe como se observó, en el ordenamiento colombiano precepto prohibitivo y resulta incompatible a la luz de las normas precitadas, afirmar la intransmisibilidad de un derecho de naturaleza patrimonial que*

³⁷ De acuerdo con la copia auténtica del registro civil de nacimiento de William Guillermo Escobar Guerrero aparece como padre de éste el señor Guillermo Escobar López (Fl. 229 C. ppal)

³⁸ El art. 104 del Código Penal, brinda argumento adicional y contundente, incluso desde una perspectiva puramente exegética para aceptar sin reserva alguna la transmisibilidad de la acción: “Las personas naturales, o sus sucesores, y las jurídicas perjudicadas por el hecho punible tienen derecho a la acción indemnizatoria correspondiente, la cual se ejercerá en la forma señalada por el Código de Procedimiento Penal”.

desde luego puede ser ejercido bien directamente por la víctima ora por los continuadores de su personalidad, sucesores mortis causa, que en su condición de herederos representan al de cujus, o dijérase más propiamente, ocupan el lugar y la posición jurídica que ostentaba el causante frente a la totalidad de los derechos y acciones de contenido patrimonial transmitidas por virtud del fallecimiento.

Así las cosas, resulta oportuno distinguir, a la manera como lo ha hecho la doctrina y en ocasiones esta Corporación, entre los diferentes acontecimientos que pueden englobarse dentro del tema general de la transmisibilidad de la acción a los herederos, específicamente entratándose del perjuicio moral, señalando desde ahora que no se trata de la diferencia de acciones y perjuicios cuando se invoca iure proprio el perjuicio personal experimentado por la muerte de un ser querido, tema relativamente pacífico en doctrina y jurisprudencia, si no de la hipótesis en que iure hereditario se demanda con título de heredero, el perjuicio experimentado por el causante y transmitido sucesoralmente, de naturaleza moral.

(...) De conformidad con la orientación doctrinal a que se ha hecho referencia, se tiene que arribar a la conclusión que permite, acorde con los principios que informan la transmisibilidad de los derechos patrimoniales, al heredero ejercer las acciones que corresponderían a su causante. No tratándose en el caso presente de una muerte instantánea³⁹, si no muy por el contrario, de una hipótesis en la cual la víctima directa experimentó durante varios meses el perjuicio moral, a su muerte, dicho crédito indemnizatorio formaba parte de su patrimonio herencial y por lo mismo sus herederos habrían de recibirlo en iguales condiciones⁴⁰.

Cabe precisar que la calidad de sucesor procesal que le fue reconocido al hijo del señor Guillermo Escobar López, encontró sustento en lo dispuesto en el artículo 60⁴¹ del C. de P.C., del cual se deduce que su presencia en el proceso consiste en ejercer la defensa e intereses de la parte que murió, más no se tiene como titular del derecho como tal.

4. Costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado

³⁹ En dicha hipótesis, la cuestión indudablemente es más delicada, amén de la dificultad de acreditar si la víctima pudo sobrevivir aunque sea un instante luego de haber recibido la lesión. “La cuestión es mucho más delicada en lo que concierne al perjuicio que la víctima haya sufrido, no ya de sus lesiones antes de su muerte, sino por su misma muerte. De ese perjuicio, la víctima no habría podido quejarse por sí misma, ya que el daño se origina con su muerte. ¿Pueden sus herederos, demandando en su carácter de tales, pedir, pues, reparación?” los Mazeaud están por la afirmativa. Cfr. Ob. Cit. pág. 540 y s.s.

⁴⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 10 de septiembre de 1998, expediente: 12009. Posición reiterada en sentencias del 10 de marzo de 2005, expediente: 16346 y 26 de abril de 2006, expediente: 4908.

⁴¹ Dispone la norma que “(...) Fallecido un litigante o declarado ausente o en interdicción, el proceso continuará con el cónyuge, el albacea con tenencia de bienes, los herederos, o el correspondiente curador.

Si en el curso del proceso sobrevienen la extinción de personas jurídicas o la fusión de una sociedad que figure como parte, los sucesores en el derecho debatido podrán comparecer para que se les reconozca tal carácter. En todo caso, la sentencia producirá efectos respecto de ellos aunque no concurran.

El adquirente a cualquier título de la cosa o del derecho litigioso, podrá intervenir como litisconsorte del anterior titular. También podrá sustituirlo en el proceso, siempre que la parte contraria lo acepte expresamente.

El auto que admite o rechace a un sucesor procesal es apelable.

Las controversias que se susciten con ocasión del ejercicio del derecho consagrado en el artículo 1971 del Código Civil, se decidirán como incidentes (...).”

temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, la Sala se abstendrá de imponer condena alguna por este concepto, revocando así lo decidido por el A Quo por este aspecto.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de Nariño el 6 de febrero de 2004, la cual quedará así:

PRIMERO.- DECLARAR que la Nación Colombiana Ministerio de Defensa Policía Nacional, es administrativamente responsable de los perjuicios morales y materiales ocasionados a GUILLERMO ESCOBAR LÓPEZ y MARÍA JUANA CERON, por las lesiones de que fuera víctima GUILLERMO ESCOBAR LÓPEZ, en hechos sucedidos el seis (6) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) en el Centro de Asistencia Inmediata CAI del Barrio Potrerillo de la Ciudad de Pasto.

SEGUNDO.- Condenar a LA NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL a pagar por concepto de perjuicios morales a la sucesión procesal de Guillermo Escobar López suma equivalente en moneda nacional de cien (100) Salarios Mínimos Legales Mensuales SMLM y cincuenta (50) SMLM para la compañera permanente MARÍA JUANA CERON;

TERCERO.- Condenar a la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL a pagar por concepto de indemnización por el daño a la salud, el equivalente a cinco (5) SMLM a la sucesión procesal de GUILLERMO ESCOBAR LÓPEZ.

CUARTO.- CONDENAR EN ABSTRACTO a LA NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA POLICÍA NACIONAL a pagar a la sucesión procesal de GUILLERMO ESCOBAR LÓPEZ por concepto de perjuicios materiales, lucro cesante y perjuicios patrimoniales directos o daño emergente, la cantidad deducida en incidente posterior, conforme a las pautas que se han señalado en la parte motiva de esta providencia y con fundamento en las tablas de liquidación adoptadas por el H. Consejo de Estado, actualizada de conformidad con la variación promedio del índice de precios al consumidor.

QUINTO.- DENEGAR las demás súplicas de la demanda. (...)

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Dese cumplimiento a lo dispuesto 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.

CUARTO: Devuélvase el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ
Magistrada
Aclaro voto

ENRIQUE GIL BOTERO
Magistrado
Salvo parcialmente el voto