

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Condena

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA / APELANTE ÚNICO / MARCO FUNDAMENTAL DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA / RECONOCIMIENTO DE LUCRO CESANTE A FAVOR DE LOS PADRES DE HIJO QUE FALLECE – Condiciones

DAÑOS SUFRIDOS O CAUSADOS POR SERVIDORES ESTATALES / DAÑO CAUSADO POR INTEGRANTES DE LA FUERZA PÚBLICA / DAÑO CAUSADO POR USO EXCESIVO DE LA FUERZA / DAÑO CAUSADO A CIVIL CON ARMA DE DOTACIÓN OFICIAL O ARTEFACTOS EXPLOSIVOS

SÍNTESIS DEL CASO: Miembros del Ejército Nacional, en cumplimiento de una misión oficial en el municipio de Santa Bárbara Antioquia, impactaron con disparos de fusil las llantas de un automóvil, el cual hizo un giro inesperado quedando de frente a la escolta militar y con las luces altas encendidas, lo cual provocó la reacción de los soldados, que respondieron disparando directamente contra el automotor y sus ocupantes. Como consecuencia de lo anterior, la joven que ocupaba el puesto del copiloto murió y una menor que pasaba por el lugar resultó herida.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA / MARCO FUNDAMENTAL DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA – Aspectos señalados expresamente por el recurrente / MARCO FUNDAMENTAL DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA – Aspectos que se entiendan comprendidos dentro del marco del recurso / APELANTE ÚNICO / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE LA NON REFORMATIO IN PEJUS / ESTUDIO Y REVISIÓN DE LOS ASPECTOS COMPRENDIDOS O CONSUSTANCIALES EN EL RECURSO DE APELACIÓN – Deber y obligación del juez de segunda instancia / APELACIÓN DE UN ASPECTO GLOBAL DE LA SENTENCIA / APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

En tanto la parte demandada fue la única en apelar la decisión, la Sala se limitará a resolver –con plena observancia del principio de la non reformatio in pejus– sobre los argumentos expuestos en su medio de impugnación de conformidad con lo dispuesto por el artículo 357 del C.P.C. (...) En relación con el alcance de esta disposición, la Sala ha acogido dos posturas que, en principio, parecen opuestas o contradictorias entre sí, pero que realmente no lo son porque ambas se sustentan en el principio de congruencia (...) Conforme a la primera postura, la competencia del ad quem está limitada a los aspectos que expresamente señale el recurrente (...) La segunda postura plantea que la competencia del juez de

segunda instancia comprende los temas implícitos en aquellos aspectos que el recurrente propone expresamente en su escrito de apelación, de manera que nada obsta para que el juez de segunda instancia corrija o modifique aquellos que, por su naturaleza, se encuentran comprendidos o son consustanciales a los asuntos mencionados. (...) En ambos casos, la Sala buscó salvaguardar el principio de congruencia pues limitó la competencia del juez de segunda instancia a los aspectos que señale expresamente el recurrente o que se entiendan comprendidos dentro del marco del recurso, siempre que favorezcan al apelante único. (...) Este entendimiento del principio de congruencia y de los límites competenciales del ad quem frente al recurso de apelación es el que la Sala acoge y reitera, de manera que si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 357

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / RECONOCIMIENTO DE LUCRO CESANTE A FAVOR DE LOS PADRES DE HIJO QUE FALLECE – Condiciones / AUSENCIA DE PRUEBA / CARGA DE LA PRUEBA CORRESPONDEN AL DEMANDANTE / MUERTE DE HIJO MENOR DE 25 AÑOS NO GENERA UNA PÉRDIDA DE INGRESOS CIERTA A FAVOR DE SUS PADRES – No se presume el lucro cesante / SOSTENIMIENTO ECONÓMICO A LOS PADRES POR PARTE DE TODOS LOS HIJOS QUE ESTÁN EN EDAD DE TRABAJAR – Presunción válida / CÁLCULO DEL LUCRO CESANTE A FAVOR DE LOS PADRES DE HIJO QUE FALLECE - Reducción en proporción al número de hijos que integran el hogar

[E]l fundamento de la obligación alimentaria contenida en la legislación civil es doble: por un lado, la necesidad de quien los reclama y, por el otro, la capacidad de quien los debe. Esto significa que legalmente no se deben alimentos a quien tiene los medios para procurarse su propia subsistencia y que no está obligado a ellos aquel que no cuenta con los recursos económicos para proporcionarlos. (...) cuando la exigibilidad de esta obligación no surge por la simple relación de parentesco, sino que demanda la configuración de dos situaciones de hecho: por un lado que el peticionario carezca de bienes y, por tanto, requiera los alimentos que solicita y, por el otro, que la persona a quien se le piden los alimentos tenga los medios económicos para procurarlos. (...) la Sala unificará su jurisprudencia para señalar que, en ausencia de prueba que demuestre (i) que los hijos contribuyen económicamente con el sostenimiento del hogar paterno o materno, porque materialmente están en condiciones de hacerlo, es decir, porque ejercen una actividad productiva que les reporta algún ingreso, y (ii) que los padres son beneficiarios de la obligación alimentaria porque no tienen los medios para procurarse su propia subsistencia, bien porque están desempleados, enfermos o sufren de alguna discapacidad, no puede presumirse que la muerte de una persona menor de 25 años genera una pérdida de ingresos cierta a favor de sus padres. (...) Para la demostración de estos dos elementos son admisibles todos los medios de prueba; sin embargo, en lo que toca al primer elemento –la capacidad del deudor de la obligación alimentaria– el juez administrativo deberá valorar especialmente todos los hechos que sean indicativos de que el hijo sí

ejercía alguna actividad productiva, como son el contexto familiar, cultural, de género y social en el que él y su familia subsistían, pues es bien sabido que en las zonas rurales todos los integrantes del núcleo familiar contribuyen de alguna manera con el sostenimiento económico del hogar. No obstante, en estos casos, para el cálculo del lucro cesante deberá presumirse que todos los hijos que están en edad de trabajar, contribuyen económicamente al mismo propósito, por lo que la indemnización que por concepto de lucro cesante se reconozca a favor de los padres del hijo[E]l fundamento de la obligación alimentaria contenida en la legislación civil es doble: por un lado, la necesidad de quien los reclama y, por el otro, la capacidad de quien los debe. Esto significa que legalmente no se deben alimentos a quien tiene los medios para procurarse su propia subsistencia y que no está obligado a ellos aquel que no cuenta con los recursos económicos para proporcionarlos. (...) cuando la exigibilidad de esta obligación no surge por la simple relación de parentesco, sino que demanda la configuración de dos situaciones de hecho: por un lado que el peticionario carezca de bienes y, por tanto, requiera los alimentos que solicita y, por el otro, que la persona a quien se le piden los alimentos tenga los medios económicos para procurarlos. (...) la Sala unificará su jurisprudencia para señalar que, en ausencia de prueba que demuestre (i) que los hijos contribuyen económicamente con el sostenimiento del hogar paterno o materno, porque materialmente están en condiciones de hacerlo, es decir, porque ejercen una actividad productiva que les reporta algún ingreso, y (ii) que los padres son beneficiarios de la obligación alimentaria porque no tienen los medios para procurarse su propia subsistencia, bien porque están desempleados, enfermos o sufren de alguna discapacidad, no puede presumirse que la muerte de una persona menor de 25 años genera una pérdida de ingresos cierta a favor de sus padres. (...) Para la demostración de estos dos elementos son admisibles todos los medios de prueba; sin embargo, en lo que toca al primer elemento –la capacidad del deudor de la obligación alimentaria– el juez administrativo deberá valorar especialmente todos los hechos que sean indicativos de que el hijo sí ejercía alguna actividad productiva, como son el contexto familiar, cultural, de género y social en el que él y su familia subsistían, pues es bien sabido que en las zonas rurales todos los integrantes del núcleo familiar contribuyen de alguna manera con el sostenimiento económico del hogar. No obstante, en estos casos, para el cálculo del lucro cesante deberá presumirse que todos los hijos que están en edad de trabajar, contribuyen económicamente al mismo propósito, por lo que la indemnización que por concepto de lucro cesante se reconozca a favor de los padres del hijo que fallece debe disminuirse en proporción al número de hijos que integran el hogar que fallece debe disminuirse en proporción al número de hijos que integran el hogar.

DAÑOS SUFRIDOS O CAUSADOS POR SERVIDORES ESTATALES / DAÑO CAUSADO POR INTEGRANTES DE LA FUERZA PÚBLICA / DAÑO CAUSADO A CIVIL CON ARMA DE DOTACIÓN OFICIAL O ARTEFACTOS EXPLOSIVOS / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR MUERTE Y LESIONES CAUSADAS A CIVILES / DAÑO CAUSADO POR EL USO EXCESIVO, DESPROPORCIONADO E IRRACIONAL DE LA FUERZA / INADECUADA PREPARACIÓN DEL PERSONAL A CARGO DE ESCOLTA MILITAR – Causa adecuada y eficiente del daño / EXISTENCIA DE FALLA DEL SERVICIO

La Sala encuentra acreditado el daño, el cual consiste, de una parte, en la muerte de la joven (...) y de otra, en las lesiones sufridas por la menor (...) ocurridas ambas en la noche del 18 de febrero de 2001 en el municipio de Caldas (...) al margen de quién haya efectuado los disparos, lo cierto es que éstos sí ocurrieron y que fue este hecho, sumado a la maniobra adelantada por el Mazda blanco y a la postura asumida por los ocupantes del Toyota negro –vehículo 1–, lo que

motivó al Toyota verde –vehículo 2– a iniciar la persecución (...) la Sala considera que aunque la muerte de (...) y las lesiones de (...) fueron causadas por miembros activos del Ejército Nacional con armas de dotación oficial y en ejercicio de sus funciones, el asunto no debe analizarse bajo un régimen objetivo de responsabilidad, sino desde la óptica de la falla del servicio, en tanto las numerosas pruebas documentales y testimoniales que fueron trasladadas de las investigaciones penal y disciplinaria, son demostrativas de que el daño se produjo porque la entidad demandada hizo un uso excesivo, desproporcionado e irracional de la fuerza, que se explica por una inadecuada preparación del personal a cargo de la escolta militar (...) el personal que integraba la escolta militar del comandante del Batallón Pedro Nel Ospina no reunía las condiciones exigidas para el correcto cumplimiento de esta labor pues dos de ellos no eran siquiera bachilleres y, peor aún, ninguno había recibido la formación teórica y práctica requerida para desempeñarse apropiadamente (...). Esta inadecuada preparación del personal, que es plenamente imputable a la entidad demandada, es la causa adecuada y eficiente de la muerte de (...) y de la afectación transitoria del estado de salud de (...) porque, sin duda alguna, ocasionó que (...) los agentes estatales involucrados en la persecución del vehículo conducido por [la víctima] (...) dispararan en su contra, haciendo un uso innecesario, irracional y desproporcionado de la fuerza.

USO DE ARMA DE DOTACIÓN OFICIAL – Infracción al principio de necesidad

[E]l uso de las armas de fuego por parte del Ejército Nacional infringió el principio de necesidad pues en ningún momento la vida o la integridad personal de alguno de sus agentes estuvo en peligro. En efecto, ni (...) ni su acompañante, (...) se encontraban armados, tal como lo constataron los agentes de la Policía Nacional que inspeccionaron el vehículo en el que se movilizaban

RECONOCIMIENTO Y TASACIÓN DE PERJUICIOS MORALES - Reiteración de jurisprudencia de unificación / RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS A TERCERO DAMNIFICADO

[A]tendiendo al objeto del recurso, que no es otro que se revoque integralmente el fallo apelado y, consecuencialmente, cualquier decisión que sea contraria a los intereses de la entidad demandada, el juez de segunda instancia está facultado para modificar o corregir lo relativo a las condenas por perjuicios morales y materiales que fueron impuestas por el a-quo (...) El señor (...) quien según ya se señaló no probó el parentesco que adujo en la demanda pero sí su condición de tercero damnificado, recibirá una indemnización equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si bien es cierto que, en principio, le correspondería una suma menor, acorde a la calidad que demostró, también lo es que existe prueba de que la muerte de (...) le produjo a este demandante una gran afectación, por lo que la Sala considera justo y equitativo reconocerle una indemnización mayor

RECONOCIMIENTO Y TASACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES EN LA MODALIDAD DE LUCRO CESANTE A FAVOR DE LOS PADRES DE HIJO FALLECIDO – Improcedencia / OMISIÓN DE PRUEBA QUE DEMUESTRE QUE LA HIJA FALLECIDA CONTRIBUÍA AL SOSTENIMIENTO DE SUS PADRES / MADRE DE HIJA FALLECIDA NO DEMOSTRÓ SER TITULAR DE DEL DERECHO A RECIBIR ALIMENTOS

[A]l momento de su fallecimiento, la joven Milena Andrea Santamaría, no ejercía ninguna actividad productiva pues era estudiante del colegio José Cosme Zuleta

(ver supra párr. 10.13). Además, se conoce que su padre no se encontraba desempleado pues en la declaración que rindió ante el Juzgado 24 de Instrucción Penal Militar afirmó que trabajaba en un taller en Medellín (...), en tanto la madre no demostró ser titular del derecho a recibir alimentos, en los términos del artículo 411 del Código Civil, por encontrarse desempleada, enferma o sufrir de alguna discapacidad. (...) Por ello, se concluye que no procede el reconocimiento del lucro cesante solicitado por los padres de la joven Milena Andrea Santamaría Lora

**VALIDEZ DE LOS MEDIOS DE PRUEBA - Valoración de la copia simple.
Reiteración de jurisprudencia de unificación**

Los documentos aportados en copia simple serán valorados de acuerdo con el criterio establecido por la Sala Plena de Sección Tercera que informa que cuando las reproducciones informales de documentos han obrado en el plenario a lo largo del proceso y han sido susceptibles de contradicción por las partes sin que éstas las tacharan de falsas.

NO PROCEDE LA CONDENA EN COSTAS – Uso desproporcionado de la fuerza pública

NOTA DE RELATORÍA: Con salvamento de voto de las consejeras Stella Conto Díaz del Castillo y Marta Nubia Velásquez Rico y aclaración de voto de los consejeros Ramiro Pazos Guerrero y Guillermo Sánchez Luque.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

San Antonio, Tolima, seis (6) abril de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 05001233100020010306801(46005)

Actor: DARÍO DE JESÚS SANTAMARÍA LORA Y OTROS

Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA, EJÉRCITO NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada contra la sentencia de 22 de mayo de 2012, proferida por la Sala de Descongestión, Subsección de Reparación Directa, del Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la

demanda. La sentencia será modificada y unificará la jurisprudencia en punto a la competencia del juez de segunda instancia frente al recurso de quien actúa como apelante único y las condiciones para el reconocimiento del lucro cesante a favor de los padres del hijo que fallece.

SÍNTESIS DEL CASO

En la noche del 18 de febrero de 2001, del Batallón de Ingenieros n.º 4 Pedro Nel Ospina salieron dos vehículos marca Toyota en dirección al municipio de Santa Bárbara (Antioquia), en cumplimiento de una misión oficial. En uno de ellos viajaba el comandante del batallón y en el otro su escolta militar, la cual estaba integrada por tres soldados profesionales y un civil. En medio del recorrido, los integrantes de la escolta escucharon unos disparos y luego observaron al vehículo escoltado—el cual les había cogido alguna ventaja— detenido en la mitad de la vía, a su protegido, quien no vestía su uniforme militar, parado sobre la carretera sosteniendo su arma de dotación, y a un tercer vehículo Mazda blanco que pasaba a gran velocidad por el costado de la vía, en una maniobra que los militares interpretaron como un intento de atropellamiento. De inmediato, el conductor de la escolta inició la persecución del vehículo sospechoso, la cual se extendió por espacio de varios minutos hasta llegar al perímetro urbano del municipio de Caldas (Antioquia). Luego de que los militares consiguieron impactar con disparos de fusil las llantas del Mazda blanco, éste hizo un giro inesperado de 180 grados y quedó de frente a la escolta militar, con las luces altas encendidas, lo cual provocó la reacción de los soldados, que respondieron disparando directamente contra el automotor y sus ocupantes. Como consecuencia de lo anterior, la joven Milena Andrea Santamaría, quien ocupaba el puesto del copiloto, resultó muerta, mientras que la menor Leidy Yuliana Vásquez, que casualmente pasaba por el lugar, sufrió algunas heridas.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. Mediante escrito presentado el 4 de septiembre de 2001 ante el Tribunal Administrativo de Antioquia, los señores Darío de Jesús Santamaría Lora, Luz Stella López de Santamaría, Rubén Darío Santamaría López, Jhon Fredy Santamaría López, Faber Hernando Santamaría López, Martín Emilio Santamaría

López, Yamir Alejandro Santamaría López, Diana Carolina Santamaría López, Carmen Emilia Lora, Rosario Castañeda, Luis Alfonso Vásquez Flórez y Nora Lucía Cano Sánchez interpusieron demanda de **reparación directa** contra la Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, con el fin de que se diera trámite favorable a las siguientes pretensiones (f. 26-40 c. 1):

1. *Que la NACIÓN COLOMBIANA-MINISTERIO DE DEFENSA, EJÉRCITO NACIONAL, es administrativamente responsable de la totalidad de los daños y perjuicios (materiales e inmateriales) ocasionados a DARÍO DE JESÚS SANTAMARÍA LORA y LUZ ESTHELA (sic) LÓPEZ DE SANTAMARÍA, como padres de la menor MILENA ANDREA SANTAMARÍA LÓPEZ, quien perdiera la vida a manos del Ejército Nacional, en hechos ocurridos el 18 de febrero de 2001 en el municipio de Caldas, Antioquia, YAMIR ALEJANDRO SANTAMARÍA LÓPEZ, menor de edad, DIANA CAROLINA SANTAMARÍA LÓPEZ, menor de edad, RUBÉN DARÍO SANTAMARÍA LÓPEZ, JHON FREDY SANTAMARÍA LÓPEZ, FABER HERNANDO SANTAMARÍA LÓPEZ, mayores de edad, como hermanos de la fallecida, MARTÍN EMILIO SANTAMARÍA, CARMEN EMILIA LORA y ROSARIO CASTAÑEDA, mayores de edad, como abuelos de la fallecida, LUIS ALFONSO VÁSQUEZ FLÓREZ, NORA LUCÍA CANO SÁNCHEZ, padres de la menor LEIDY YULIANA VÁSQUEZ CANO, abaleada en los mismos hechos.*
2. *Que, en consecuencia, la NACIÓN COLOMBIANA-MINISTERIO DE DEFENSA, EJÉRCITO NACIONAL está obligada a cancelar a cada uno de los demandantes por concepto de perjuicios morales, la cantidad equivalente a dos mil gramos oro, a la cotización más alta vigente en el mercado para el metal precioso, por la fecha en que quede en firme la sentencia que ponga fin al proceso de manera definitiva, conforme a la certificación que expida el Banco de la República.*
3. *Que la NACIÓN COLOMBIANA-MINISTERIO DE DEFENSA, EJÉRCITO NACIONAL deberá pagarle a los padres de la menor fallecida (...), por concepto de PERJUICIOS MATERIALES de lucro cesante, las sumas de dinero que cubran la supresión de la ayuda económica que realmente MILENA ANDREA SANTAMARÍA LÓPEZ les suministraría por un periodo de 8 años.*
4. *Que se condene igualmente a la entidad demandada al pago de costas del proceso (...).*
5. *Que la entidad demandada deberá dar cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo.*

1.1. Para dar apoyo a sus pretensiones, la parte actora expuso, en síntesis, que la joven Milena Andrea Santamaría López murió como consecuencia de los disparos que recibió por parte de efectivos del Ejército Nacional, que prestaban seguridad

al coronel Pedro Antonio Segura Barón, comandante del Batallón de Ingenieros n.º 4 Pedro Nel Ospina, con sede en Bello, Antioquia. Agregó que los hechos ocurrieron el 18 de febrero de 2001 cuando la víctima se desplazaba en compañía de su novio, León Darío Echavarría, abordo del vehículo Mazda de placas MLL624 a la altura del estadero El Reposo en el municipio de Caldas y se encontraron con los militares, quienes iban vestidos de civil y no portaban ningún signo distintivo. Indicó que al percatarse que los hombres estaban armados, los jóvenes emprendieron la huida y que consiguieron llegar hasta las inmediaciones de la casa de habitación de Milena Andrea, pero que allí fueron alcanzados por los militares, quienes les dispararon de forma injustificada y en total estado de indefensión. Señaló que en los hechos resultó herida la menor de 11 años Leidy Yuliana Vásquez Cano, *“quien todavía soporta la angustia de tener que andar con una bala incrustada en su cuerpo, debido a que no se la pueden retirar porque correría en peligro su vida, y todo esto por una extralimitación de agentes militares, que actuaron de forma irracional”*.

II. Trámite procesal

2. Surtida la notificación del auto admisorio de la demanda (f. 39-41 c. 1), la Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional presentó **escrito de contestación** mediante el cual se opuso a las pretensiones de la actora con fundamento en que el uso de la fuerza *“fue ajustado a derecho”* y que opera el hecho de la víctima y de un tercero como causal eximente de responsabilidad debido a que fue el actuar imprudente de los jóvenes León Darío Echavarría y Milena Andrea Santamaría López lo que expuso a ésta última y a la menor Leidy Yuliana Vásquez Cano *“a este desafortunado resultado”* (f. 42-46 c. 1).

3. Dentro del término para **alegar de conclusión** en primera instancia intervinieron las partes, así:

3.1. Los demandantes indicaron que la muerte de la joven Milena Andrea Santamaría y la afectación del estado de salud de la menor Leidy Yuliana Vásquez son imputables al Ejército Nacional en tanto fueron causadas por miembros activos de la entidad, con armas de dotación oficial, y de forma injustificada, dado que las víctimas estaban indefensas (f. 148-152 c. 1).

3.2. La Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional reiteró lo dicho en el

escrito de contestación, al tiempo que señaló que en los procesos penal y disciplinario iniciados con ocasión de los hechos de que trata la presente demanda no se ha adoptado ninguna decisión definitiva; tan solo se han practicado un conjunto de pruebas que no pueden ser valoradas en el proceso contencioso administrativo dado que no fueron trasladadas con plena observancia de los requisitos legales. Con todo, se refirió a varias de ellas para concluir que todas son demostrativas de la ausencia de responsabilidad de la entidad (f. 548-561 c. 3).

4. Surtido el trámite de rigor y practicadas las pruebas decretadas, la Sala de Descongestión, Subsección de Reparación Directa, del Tribunal Administrativo de Antioquia, profirió **sentencia de primera instancia** el 22 de mayo de 2012, mediante la cual accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda en los siguientes términos (f. 167-195 c. ppl):

PRIMERO: *Declarar administrativamente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional por la muerte de la menor Milena Andrea Santamaría López y las lesiones de la menor Leidy Yuliana Vásquez Cano, y los perjuicios ocasionados a los demandantes.*

SEGUNDO: *Condenar a la Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, a pagar en la forma indicada en la parte motiva, los siguientes valores por concepto de los perjuicios causados a los demandantes.*

PERJUICIOS MORALES

NOMBRE	CALIDAD	MONTO
Darío de Jesús Santamaría Lora	Padre	100 SMLMV
Luz Esthella (sic) López de Santamaría	Madre	100 SMLMV
Rubén Darío Santamaría López	Hermano	70 SMLMV
Jhon Fredy Santamaría López	Hermano	70 SMLMV
Faber Hernando Santamaría López	Hermano	70 SMLMV
Martín Emilio Santamaría López	Hermano	70 SMLMV
Diana Carolina Santamaría López	Hermana	70 SMLMV
Yamir Alejandro Santamaría López	Hermano	70 SMLMV
Leidy Yuliana Vásquez Cano	Víctima	80 SMLMV

Luis Alfonso Vásquez Flórez	Padre	80 SMLMV
Nora Lucía Sánchez Cano	Madre	80 SMLMV

PERJUICIOS MATERIALES

- A favor del señor DARÍO DE JESÚS SANTAMARÍA LORA por concepto de indemnización consolidada o pasada la suma de veintisiete millones cuatrocientos ochenta y cuatro mil trescientos treinta y ocho pesos con setenta y seis centavos (\$27.484.338,76).
- A favor de la señora LUZ ESTHELLA (sic) LÓPEZ DE SANTAMARÍA por concepto de indemnización consolidada o pasada la suma de veintisiete millones cuatrocientos ochenta y cuatro mil trescientos treinta y ocho pesos con setenta y seis centavos (\$27.484.338,76).

TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda respecto de las señoras Carmen Emilia Lora y Rosario Castañeda.

CUARTO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: La entidad demandada dará cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SEXTO: Sin costas en la presente instancia por no aparecer causadas.

4.1. El Tribunal encontró demostrado que la muerte de la joven Milena Andrea Santamaría ocurrió en medio de una persecución, que se desató cuando el conductor del vehículo en el que ella se transportaba no atendió la señal de pare que le impartieron miembros activos del Ejército Nacional, que carecían de cualquier signo que los identificara como tales. En virtud de lo anterior, concluyó que los militares incurrieron en un uso desproporcionado e irracional de la fuerza, debido a que la víctima y su acompañante en ningún momento atentaron contra su integridad personal:

Considera la Sala que en el caso concreto se evidencia un exceso en el uso de las armas y la autoridad, pues como se viene indicando la fuerza pública no fue objeto de ataque, los jóvenes LEÓN DARÍO ECHAVARRÍA CARDONA y MILENA ANDREA SANTAMARÍA LÓPEZ no estaban armados, situación que incluso fue aceptada por la entidad accionada, sin embargo se observa que contra ellos se inicia una cacería, como si se tratara de delincuentes a los que se debían capturar vivos o muertos (...).

Se encuentra demostrado que estos jóvenes son perseguidos de manera incesante y una vez alcanzados, sin que éstos atacaran, en forma indiscriminada abrieron fuego, desconociendo el derecho interno, el internacional y toda la normatividad que busca salvaguardar

la vida, pues solo se justifica el uso de las armas ante un ataque inminente, un enfrentamiento, que como se ha dicho repetidamente, no se dio en el caso que nos ocupa.

4.2. Por las mismas razones, el *a-quo* consideró que la afectación del estado de salud de la menor Leidy Yuliana Vásquez, quien resultó herida en los mismos hechos como consecuencia de un impacto de arma de fuego, también era imputable a la entidad demandada.

4.3. La excepción de culpa exclusiva de la víctima y de un tercero fue desestimada por el Tribunal con el argumento de que el daño no fue causado por el proceder de los jóvenes Milena Andrea Santamaría y León Darío Echavarría, pues ninguno de ellos puso en riesgo la vida o la integridad de los uniformados, además de que su decisión de ignorar la señal de pare impartida por aquellos se explicaba por el contexto histórico del momento y la conducta de los propios militares:

(...) como se vio del análisis de las pruebas válidamente aportadas no es posible predicar que el actuar de la hoy occisa MILENA ANDREA SANTAMARÍA LÓPEZ ni de su acompañante, el señor LEÓN DARÍO ECHAVARRÍA CARDONA, conductor del vehículo en el que sucedieron los hechos, hubiese desencadenado lo acontecido, pues incluso a los ojos del común es lógico que bajo la teoría de la supervivencia si a alguien un grupo de civiles portando armas le solicita que se detenga es lógico que esta persona no obre así, y mucho menos para la época en que sucedieron los hechos, dadas las graves perturbaciones de orden público, pues de las declaraciones rendidas por el señor ECHAVARRÍA CARDONA, y las de los miembros de la institución involucrada, es dable desprenderse que el lesionado en ningún momento pudo observar distintivos de militares ni identificación de estos como tales, pues el personal uniformado carecía de ellos.

4.4. En materia de perjuicios, el *a-quo* accedió al reconocimiento de los de carácter moral causados a favor de Leidy Yuliana Vásquez y de sus padres, de una parte, y del núcleo familiar de Milena Andrea Santamaría, de la otra, con excepción de las señoras Carmen Emilia Lora y Rosario Castañeda de quienes – dijo– *“no se acreditó la calidad alegada en la demanda”*. Adicionalmente, ordenó el pago de una indemnización por concepto de lucro cesante a favor de los señores Darío de Jesús Santamaría y Luz Stella López *“pero solo hasta que MILENA ANDREA SANTAMARÍA LÓPEZ hubiese adquirido la edad de 25 años, en tanto existe la presunción legal y jurisprudencial de ayuda a los padres (...)”*.

5. La Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional interpuso y sustentó oportunamente **recurso de apelación**¹ contra el fallo de primera instancia con el objeto de que se revocara y, en su lugar, se denegaran las pretensiones de la demanda con fundamento en que el “*hecho de la víctima*”² opera en este caso como causal eximente de responsabilidad dado que el daño fue causado por la conducta imprudente del joven Echavarría, “*que no atendió las diferentes señales y, por el contrario, aceleró [el vehículo] tratando de atropellar a la fuerza pública*”. Insistió en que las pruebas trasladadas de los procesos penal y disciplinario no pueden ser valoradas dado que no se practicaron con audiencia de la entidad demandada. Por último, solicitó que en el evento de que se confirme la declaratoria de responsabilidad, la condena reconocida a favor de los hermanos de la joven fallecida se reduzca a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, atendiendo las pautas jurisprudenciales fijadas por el Consejo de Estado, y que se revise el monto de la indemnización otorgada a Leidy Yuliana Vásquez y a sus padres, pues respecto de esta demandante no se probó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral (f. 198-208 c.ppl.).

6. El 21 de agosto de 2012 la Sala de Descongestión, Subsección de Reparación Directa, del Tribunal Administrativo de Antioquia resolvió la solicitud de “*aclaración*” de la sentencia presentada por la parte demandante con fundamento en que existían errores en la designación que se hizo de algunos de los demandantes (f. 218 c. ppl.). Como consecuencia de lo anterior, el numeral segundo de la parte resolutive del fallo quedó así (f. 219-220 c. ppl.):

SEGUNDO: Condenar a la Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, a pagar en la forma indicada en la parte motiva, los siguientes valores por concepto de los perjuicios causados a los demandantes.

PERJUICIOS MORALES

NOMBRE	CALIDAD	MONTO
Daño de Jesús Santamaría Lora	Padre	100 SMLMV
Luz Esthella (sic) López de Santamaría	Madre	100 SMLMV
Rubén Daño Santamaría López	Hermano	70 SMLMV
Jhon Fredy Santamaría López	Hermano	70 SMLMV

¹ El recurso se admitió el 20 de febrero de 2013 (f. 237 c. ppl.).
² Así lo denominó, aunque en estricto sentido se trataría del hecho de un tercero.

<u>Faber</u> <u>Fernando</u> Santamaría López	Hermano	70 SMLMV
Martín Emilio <u>Santamaría</u> <u>Correa</u>	<u>Abuelo</u>	70 SMLMV
Diana Carolina Santamaría López	Hermana	70 SMLMV
Yamir Alejandro Santamaría López	Hermano	70 SMLMV
Leidy Yuliana Vásquez Cano	Víctima	80 SMLMV
Luis Alfonso Vásquez Flórez	Padre	80 SMLMV
Nora Lucía <u>Cano Sánchez</u>	Madre	80 SMLMV

7. Dentro del término de **traslado especial**, intervino la Procuraduría Quinta Delegada ante el Consejo de Estado para solicitar que se emitiera fallo favorable a las pretensiones de la demanda por considerar que la causa de los daños invocados no fue la conducta desplegada por el joven León Darío Echavarría, sino el uso excesivo de la fuerza por parte de los miembros del Ejército Nacional (f. 240-248 c. ppl.).

CONSIDERACIONES

I. Competencia

8. El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, en un proceso con vocación de segunda instancia, dado que la cuantía de la demanda, determinada por la sumatoria de la totalidad de las pretensiones acumuladas, supera la exigida por la norma para el efecto.

II. Validez de los medios de prueba

9. En relación con las pruebas obrantes en el presente asunto, cabe señalar lo siguiente:

9.1. Los documentos aportados en copia simple serán valorados de acuerdo con el criterio establecido por la Sala Plena de Sección Tercera que informa que cuando las reproducciones informales de documentos han obrado en el plenario a lo largo del proceso y han sido susceptibles de contradicción por las partes sin que éstas las tacharan de falsas, pueden ser valorados y son idóneos para

determinar la convicción del juez frente a los hechos materia de litigio, pues de lo contrario se desconocerían el principio constitucional de prevalencia de lo sustancial sobre lo formal y el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia, lo que a su vez iría en contra de las nuevas tendencias del derecho procesal³.

9.2. Las pruebas que fueron practicadas dentro de los procesos penal y disciplinario seguido contra los militares implicados en los hechos de este caso serán apreciadas sin restricciones por la Sala. El hecho de que no se conozcan los resultados de estas investigaciones no es óbice para su valoración, como no lo es el que los testimonios recaudados en esas otras actuaciones no hayan sido ratificados en este proceso pues, contrario a lo dicho por la entidad demandada en su escrito de apelación, ellas sí se practicaron con su audiencia en tanto ella misma las recaudó ya que la investigación penal estuvo a cargo del Juzgado 24 de Instrucción Penal Militar, y la de carácter disciplinario recayó en la Cuarta Brigada del Ejército Nacional.

9.3. Pero, incluso en el evento de que la entidad no hubiera intervenido en la práctica y recaudo de estas pruebas, no existiría ningún impedimento para su valoración debido a que ambas partes solicitaron su traslado al proceso contencioso administrativo, y ya se ha señalado en repetidas oportunidades por la Sala, que es contrario a la lealtad procesal que una de las partes solicite que la prueba haga parte del acervo probatorio, pero que en el evento de resultar desfavorable a sus intereses, invoque las formalidades legales para su inadmisión⁴.

9.4. Con todo, vale señalar que los testimonios rendidos por quienes son parte demandante dentro de este proceso, como lo es el señor Darío de Jesús Santamaría, serán valorados únicamente en lo que sea susceptible de confesión y, por tanto, pueda beneficiar a la entidad demandada, conforme a las finalidades del interrogatorio de parte.

III. Hechos probados

³ Consejo de Estado, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2013, exp. 25022, C.P. Enrique Gil Botero.

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 21 de febrero de 2002, exp. 12.789, C.P. Alier Eduardo Hernández; 25 de enero de 2001, exp. 12.831, C.P. Ricardo Hoyos Duque; 3 de mayo de 2007, exp. 25.020,

10. De conformidad con las pruebas válidamente aportadas al proceso, se tienen probados los siguientes hechos relevantes:

10.1. En la noche del 18 de febrero de 2001 los soldados profesionales Julio César Flórez, Yuber Freddy Jaramillo y Nelson Antonio Londoño, en compañía del señor Libadier de Jesús Gallego Marín, quien se desempeñaba como conductor civil del Ejército Nacional, salieron del Batallón de Ingenieros n.º 4 Pedro Nel Ospina, a bordo del vehículo marca Toyota de placas OMH-011 de color verde, en dirección al municipio de Santa Bárbara, Antioquia, con el objeto de brindar seguridad al comandante del batallón, teniente coronel Pedro Antonio Segura Barón, quien viajaba a bordo del vehículo marca Toyota Four Wheel Drive de placas BDZ-421 de color negro, en compañía del mayor Roberto Perdomo Mosquera y de tres integrantes más del Ejército Nacional (oficio n.º 1442/BR4-BIOSP-CDO-746 suscrito por el comandante del Batallón de Ingenieros Pedro Nel Ospina –f. 88 anexo 3–).

10.2. Como iban en cumplimiento de una misión oficial, tanto el coronel Segura Barón como el personal que integraba la escolta militar llevaban sus armas de dotación, consistentes en pistolas y fusiles 7.62 y 5.56 (oficio n.º 1442/BR4-BIOSP-CDO-746 suscrito por el comandante del Batallón de Ingenieros Pedro Nel Ospina –f. 88 anexo 3–; informe presentado por el teniente coronel Pedro Antonio Segura al comandante la Cuarta Brigada del Ejército Nacional –f. 178-179 anexo 1–). No obstante, por razones de seguridad, ninguno de ellos vestía el uniforme militar, con excepción del mayor Perdomo, quien sí llevaba puesto el camuflado, además de que los vehículos en los que se transportaban carecían de emblemas o signos distintivos del Ejército Nacional (testimonio rendido por el señor León Darío Echavarría dentro del proceso penal –f. 13-17 anexo 3–; declaraciones rendidas por los subintendentes de la Policía Nacional Arlex Marino Velasco y Wilson de Jesús Castañeda –f. 9-11 anexo 1, f. 119-122 anexo 4–; testimonio rendido por el soldado regular Ricardo Higueta Suárez –f. 210-212 anexo 1–; testimonio del mayor Perdomo –f. 103-106 anexo 3–).

10.3. En algún punto de la carretera, la cual era sinuosa y carecía de iluminación, los miembros de la escolta militar escucharon algunos disparos. Al seguir

avanzando, observaron al vehículo escoltado –el cual les había cogido alguna ventaja– detenido en la mitad de la vía, al teniente coronel Segura Barón y a uno de los soldados que viajaban con él parados sobre la carretera sosteniendo sus armas de dotación, y a un tercer vehículo Mazda blanco que pasaba a gran velocidad por el costado de la vía, en una maniobra que los integrantes de la escolta interpretaron como un intento de atropellamiento (testimonios rendidos bajo la gravedad de juramento por los soldados Flórez, Londoño y Jaramillo dentro del proceso disciplinario –f.214-222 anexo 1–). El siguiente es el relato hecho por el conductor del vehículo de la escolta militar, señor Libadier de Jesús Gallego en el marco del proceso disciplinario (f. 203-205 anexo 1):

El vehículo que conduzco es una Toyota verde la cual es empleada como escolta de mi coronel SEGURA, en el vehículo mío me acompañaban dos dragoneantes y un soldado. Cuando íbamos subiendo de Caldas rumbo al Alto de Minas la Toyota de mi coronel me llevaba una ventaja, escuché unos disparos, en ese momento nos reportaron [por radio] un vehículo sospechoso, cuando tuve visibilidad con la Toyota de mi coronel ésta ya se encontraba en dirección contraria, un poquito atravesada y algún personal desembarcado, en ese momento salió inesperadamente una camioneta Mazda blanca incorporándose a la vía, por lo cual al pasar al lado de mi coronel se tuvo que hacer a un lado para que no lo fuera a atropellar (...). PREGUNTADO: Sírvase decir en el momento en que se produjeron los hechos a qué distancia conducía usted el vehículo del vehículo (sic) del comandante. CONTESTÓ: No llevaba visibilidad con el vehículo de mi coronel por lo que ese vehículo es más rápido, lo que sí pude darme cuenta es de los disparos que los escuché, más no pude ver de dónde provenían (...). PREGUNTADO: En preguntas anteriores usted hace mención de haber recibido una comunicación a través de un radio de comunicaciones, sírvase informarnos qué órdenes, instrucciones o informaciones recibió y por parte de quién. CONTESTÓ: No recibí ninguna orden porque en el momento en que tuve visibilidad con el vehículo que casi atropella a mi coronel asumí que de pronto era un atentado contra mi coronel. PREGUNTADO: Retomando la pregunta anterior, sírvase aclarar la información relacionada con la presencia de un vehículo sospechoso la cual aduce y hace referencia en respuesta a la pregunta de resumen del caso. CONTESTÓ: Mi coronel le dijo al soldado del radio que era una camioneta blanca sospechosa y después de tenerla visualmente y de ver que salía a incorporarse a la vía deduje que ese era el vehículo sospechoso (...). PREGUNTADO: Sírvase decir si observó que el personal ubicado en tierra del primer vehículo reaccionó y disparó sus armas contra el vehículo en mención. CONTESTÓ: En ningún momento dispararon contra el vehículo sospechoso, más sin embargo sí habían bajado algunos de la camioneta de mi coronel con sus armas.

10.4. De inmediato, el conductor de la Toyota verde, señor Libadier de Jesús

Gallego, inició la persecución de vehículo blanco, mientras que los soldados que viajaban con él hicieron, a través de las ventanas del carro en movimiento, disparos al aire con el propósito de conseguir que éste se detuviera. La persecución se extendió por ocho o diez minutos aproximadamente y llevó a los dos vehículos implicados en ella hasta el perímetro urbano del municipio de Caldas (Antioquia). Luego de que los soldados consiguieron impactar las llantas del vehículo “sospechoso”, éste hizo un giro de 180 grados y quedó de frente a la escolta militar, con las luces altas encendidas, lo cual provocó la reacción de los militares, quienes, asustados, respondieron disparando directamente contra el automotor y sus ocupantes (testimonios rendidos bajo la gravedad de juramento por los soldados Flórez, Londoño y Jaramillo dentro del proceso disciplinario – f.214-222 anexo 1–). Así continúa el relato hecho por el señor Libadier de Jesús Gallego en el marco del proceso disciplinario (f. 203-205 anexo 1):

(...) en ese momento di vuelta al vehículo para iniciar en la persecución del vehículo sospechoso, el personal que me acompañaba le gritó a los acompañantes de la camioneta alto, a lo cual no hicieron caso, posteriormente los soldados hicieron disparos de advertencia al aire y tampoco hizo caso, la camioneta iba a bastante velocidad, más adelante al ver que la camioneta no se detenía el personal manifestó que iban a disparar a las llantas, más abajo en el cruce de Amagá y la variante de Caldas perdí visibilidad del vehículo para lo cual esperé unos segundos y después el personal me informó que el vehículo iba en dirección hacia el pueblo, en ese momento el soldado que llevaba el radio le pedí que informara a mi coronel el rumbo del vehículo, el soldado lo hizo pero la comunicación no sé si la habrán recibido, más adelante le dije a los soldados que tuvieran cuidado porque íbamos a entrar al casco urbano, la camioneta se pasó varios policías acostados y ya cuando la íbamos a alcanzar hizo un giro de ciento ochenta grados, quedando frente a nosotros con las luces altas puestas, en ese momento gritamos que nos iban a disparar (...). PREGUNTADO: Sírvase decir en qué momento durante el desarrollo de la persecución se emplearon las armas y en qué dirección se disparó. CONTESTÓ: Las armas se vinieron a emplear después de gritar alto, inicialmente se disparó hacia el aire y después más abajo los soldados al ver que el carro no se detenía optaron por disparar a las llantas. PREGUNTADO: Sírvase informar a este despacho desde qué sitio de su vehículo se disparaba y más o menos a qué velocidad se conducía el vehículo de escolta. CONTESTÓ: Los disparos se efectuaron de ambos lados de la camioneta por las ventanas, pero de acuerdo a la ubicación del vehículo sospechoso, los soldados sacaron parte del cuerpo, la velocidad aproximada era entre setenta kilómetros por hora ya que había mucha curva.

10.5. Abordo del vehículo Mazda blanco viajaban dos personas: el conductor, León Darío Echavarría, de 27 años de edad, quien sufrió múltiples heridas con

arma de fuego en los miembros superiores, en el nervio cubital izquierdo, fractura de cúbito derecho y herida en el hemitórax derecho, y Milena Andrea Santamaría López, de 16 años de edad, quien ocupaba el puesto del copiloto y resultó muerta. En los hechos también salieron lesionadas la menor Leidy Yuliana Vásquez Cano y el señor Jhon Jairo Mejía Morales⁵, que casualmente caminaban por el lugar (copia de registros civiles de nacimiento y de defunción –f. 12, 13 c. 1–; copia del informe presentado por la inspectora segunda municipal del municipio de Caldas – f. 17-18 anexo 4–; copia del informe presentado el 19 de febrero de 2001 por el comandante de la estación de policía de Caldas al comandante de la policía metropolitana –f. 39-40 anexo 1–; testimonio de la señora Luz Dary Cano Sánchez –f. 134-135 anexo 4–).

10.6. Indagado acerca de lo acontecido en la noche del 18 de febrero de 2001, el joven León Darío Echavarría siempre sostuvo que la persecución se inició después de que él, atemorizado por la presencia de un hombre armado en la vía, decidió aumentar la velocidad de desplazamiento y esquivar el vehículo en el que éste se transportaba. A continuación se transcribe lo dicho por el testigo el 27 de marzo de 2001 ante el juez 24 de instrucción penal militar (copia de la declaración –f. 13-17 anexo 3–)⁶:

Como le dije a la inspectora en la declaración inicial, yo primero iba para la finca de mi abuela (...), pero antes de llegar detuve la camioneta en la que me movilizaba modelo 90 de marca MAZDA de color blanco con placas MLL-624 y detuve la camioneta para mostrarle a mi novia el pueblo desde un altico, mi novia de nombre MILENA ANDREA SANTAMARÍA LÓPEZ (...), me devolví, salimos a la principal o sea la carretera que lleva de Santa Bárbara a Medellín, pero salí en el sitio de la vereda El Reposo, entonces al momentico de llegar a la quebrada La Salada mermé la marcha para cambiar un cassette del pasacintas (...), cuando al rato me percaté que venía un carro detrás por la carretera, entonces aceleré para permitir que el vehículo me adelantara en una parte donde es más fácil hacerlo, dado que era muy angosta esa parte y hay mucha curva y una quebrada al lado, que es la quebrada La Salada, que dije anteriormente, cuando estábamos llegando al estadero El Remanso, el vehículo me adelanta, era una Toyota burbuja LAN CRUISER (sic), era de color oscuro, cuando veo que más adelante se detiene en la mitad de la vía y alguien de la parte de atrás se baja de civil con una pistola en la mano, yo me asusté y aceleré, pensé que era algún tipo molesto porque no lo

⁵ Revisado el sistema de gestión de la Rama Judicial no se encontró información acerca de demandas de reparación directa presentadas por los señores León Darío Echavarría y Jhon Jairo Mejía con fundamento en estos mismos hechos.

⁶ Similar declaración fue rendida el 19 de febrero de 2001 ante la inspectora municipal de policía de Caldas (f. 58-60 anexo 4) y luego, el 31 de julio de 2002, ante el juez comisionado por el Tribunal Administrativo de Antioquia (f. 66-70 c. 1).

había dejado adelantar antes, y ahí fue cuando sentí el primer disparo, y ahí fue donde más susto me dio y más aceleré, ahí empecé a escuchar como unas detonaciones más suaves y otras más fuertes (...), ya llegamos a las partidas y veo que el carro viene muy atrás y me confío de que va a seguir por la variante, entonces en el sector de Primavera iba más despacio, iba a una velocidad promedio de sesenta kilómetros por hora, y al llegar al cuadradero (sic) o terminal de buses de Caldas, veo que viene un carro con mucha velocidad, el mismo carro que nos estaba siguiendo, era la misma Burbuja, pero no estoy seguro del color, y ahí me volví a asustar y volví a acelerar e inmediatamente nos vieron nos empezaron a disparar de la Burbuja, pasé el primer policía acostado y bien, pasamos sin ningún problema, pasamos cerca de la casa de la novia mía y no me quise detener por miedo de que nos mataran en ese sitio y la gente que había ahí cerca, entonces al pasar el segundo policía, como iba tan rápido, a unos 120 o 130 kilómetros por hora, al caer el carro como que empieza a culebrear y para no chocarme con un muro, opto más bien por quebrarle la dirección y quedamos de frente hacia el carro que nos perseguía, a la Burbuja, en ese momento lo único que hice fue agacharme y protegerme la cabeza con los brazos, porque nos estaban haciendo un rafagazo, entonces ahí fue cuando me tocó ver los últimos momentos de la novia mía y yo me veía los brazos míos como partidos (...).

10.7. El tiroteo llamó la atención de algunos vecinos del sector, quienes después testificaron ante las autoridades competentes, señalando que tanto la camioneta Toyota verde como la camioneta Toyota negra, que arribó poco tiempo después al lugar con el teniente coronel Pedro Antonio Segura Barón abordo, estaban en perfecto estado y no presentaban ningún tipo de daño (testimonios rendidos por los señores Juan David Colorado, Sergio Iván Gallego, Luis Alberto Mejía y por el subintendente de la Policía Nacional Wilson de Jesús Castañeda –f. 42-44, 119-122, 131-133 anexo 4–). Así mismo, llamó la atención de las autoridades de policía de la localidad, quienes inspeccionaron el vehículo Mazda blanco, sin encontrar armas o municiones en su interior (testimonio rendido por el subintendente de la Policía Nacional Wilson de Jesús Castañeda –f. 119-122 anexo 4–).

10.8. El vehículo Mazda blanco en el que viajaban León Darío Echavarría y Milena Andrea Santamaría recibió en total veinticuatro (24) impactos de bala; también tenía pinchadas tres de las cuatro llantas y totalmente rotos los vidrios laterales y el vidrio panorámico delantero. En el informe elaborado por el Área de Balística y Explosivos de la Fiscalía General de la Nación, se concluyó que “ninguno de los orificios de disparo presentaba ingreso al vehículo por la parte trasera” y que todos fueron producidos por “proyectiles encamisados de alta velocidad como los

disparados en armas de guerra tipo fusil” (copia del informe presentado el 19 de febrero de 2001 por el comandante de la estación de policía de Caldas al comandante de la policía metropolitana –f. 39-40 anexo 1–; copia del dictamen de balística A.B. 401 –f. 87-102 c. anexo 4–).

10.9. En la necropsia practicada al cadáver de la joven Milena Andrea Santamaría López se estableció que la víctima recibió una herida causada por proyectil de arma de fuego, cuyos orificios de entrada y de salida se ubicaron en la región anterosuperior del hombro izquierdo y en la región posterior del hemitórax a la altura del sexto espacio intercostal posterior, respectivamente. Adicionalmente, se encontraron ocho roces de proyectil de arma de fuego localizados así: tres a nivel del hipocondrio derecho con línea media axilar, tres más, ubicados doce centímetros por detrás de los anteriormente descritos, uno más ubicado en la región esternal con línea media intermamaria y el último en la región lumbar derecha. Con fundamento en los anteriores hallazgos se concluyó que (copia del informe de necropsia practicada por el Hospital San Vicente de Paúl –f. 117-120 c. 1–):

(...) el deceso de quien en vida respondió al nombre de MILENA ANDREA SANTAMARÍA LÓPEZ fue consecuencia natural y directa de shock hipovolémico secundario a estallido de aorta torácica por herida penetrante a tórax por proyectil de arma de fuego. La herida señalada en el numeral 1 tuvo un efecto de naturaleza esencialmente mortal.

10.10. La joven Leidy Yuliana Vásquez Cano fue examinada físicamente el 26 de marzo de 2001 en el Hospital San Vicente de Paúl, donde se estableció que presentaba dos cicatrices de aspecto sano, de 1.5 centímetros de longitud cada una, ubicadas a nivel de la región glútea y lumbar derecha, palpándose además proyectil a nivel subcutáneo en región de fosa iliaca derecha. La incapacidad médico legal definitiva se fijó en veinte días, sin secuelas (copia del dictamen médico –f. 129 c. 1–). Posteriormente, el 27 de mayo de 2002, la víctima fue sometida a una nueva valoración médica en la regional noroccidente-Medellín del Instituto Nacional de Medicina Legal, donde se consignaron los siguientes hallazgos (original del dictamen médico forense –f. 53-55 c. 1–):

- 1) Presenta fragmentos metálicos compatibles con esquirlas o postas de proyectiles de arma de fuego en el glúteo y flanco derechos.*
- 2) No están ubicados en la cercanía del riñón.*
- 3) La única consecuencia que puede tener un paciente con dos cuerpos extraños metálicos en su cuerpo como los tiene la paciente*

y en las topografías descritas, es el dolor en fosa ocasional, en determinadas posiciones y no en forma permanente.

10.11. Antes de asumir la función de escoltas del comandante del Batallón Pedro Nel Ospina, los soldados profesionales Julio César Flórez, Nelson Antonio Londoño y Yuber Freddy Jaramillo recibieron una corta instrucción (declaraciones rendidas por los soldados Jaramillo y Londoño en el marco de la investigación disciplinaria –f. 218-222 anexo 1–), que se impartió de manera teórica y que estuvo a cargo del cabo segundo Nelson García Sandoval, según él mismo lo relató ante el Juzgado 24 de Instrucción Penal Militar (copia de la declaración –f. 108-111 anexo 3):

PREGUNTADO: Diga al despacho qué instrucción recibieron los soldados para servir como escoltas, quién se las dio, por cuánto tiempo, dónde y si se les explicó todo lo referente al uso de armas de fuego. CONTESTÓ: Cuando yo recibí la escolta el soldado LONDOÑO SANTAMARÍA NELSON ANTONIO ya pertenecía a la escolta del comando, por lo tanto no sé qué instrucción o qué capacitación le hubieran dado anteriormente, sin embargo, en base (sic) al conocimiento que yo adquirí en el curso que realicé en el DAS de Medellín que duró cinco (5) días, en base (sic) en eso les di la instrucción de los conocimientos que yo recibí durante el curso a los tres (3) soldados, lo cual hice en los ratos que me quedaban libres, porque mi función como escolta me mantiene ocupado permanentemente y no se puede programar nada, porque de un momento a otro nos llamaban y teníamos que salir con el comandante (...).

10.12. Por los anteriores hechos el Juzgado 24 de Instrucción Penal Militar abrió investigación el 23 de marzo de 2001 contra los soldados Julio César Flórez, Yuber Freddy Jaramillo y Nelson Londoño Santamaría, en el marco de la cual les impuso medida de aseguramiento de detención preventiva, sin beneficio de excarcelación, por los delitos de homicidio preterintencional, lesiones personales preterintencionales y lesiones personales culposas con fundamento en las siguientes consideraciones (copia de la decisión –f. 23-35 anexo 3–):

Si analizamos la edad de los soldados escoltas, aquí investigados, vemos como éstos a pesar de ser mayores de edad, no son personas con la madurez requerida, para desempeñar cargos de tanta responsabilidad como el que les ha sido asignado, pues el mismo vigor de su juventud los puede llevar en un momento determinado a reaccionar primeramente y a pensar sobre su proceder tiempo después. Todos sabemos que en estos fogosos años de la juventud no se miden en oportunidad las consecuencias del actuar y equivocadamente podemos pensar que no hay problemas en nuestras

reacciones, cuando en el fondo sí las hay y por tanto, debemos responder de nuestro actuar (sic) muy a pesar de que internamente creamos que con este se estaba cumpliendo un deber (...).

Extrañamente debemos pensar en fallas desde el punto de vista militar y esto se ve cuando un vehículo escolta que se encarga de la seguridad del comandante de una unidad militar no está en cabeza de un suboficial o un oficial con experiencia, sino que recae en meros soldados que han recibido una simple instrucción por tiempo ínfimo, los cuales bajo este adoctrinamiento siembran en su interior falsas atribuciones que se vienen a reflejar en insucesos como los aquí acontecidos.

También debemos tener en cuenta la misma reacción de la tropa, ya que es inexplicable cómo si el comandante de una unidad ha sido atacado y aparezca un vehículo en primer lugar se abandone al protegido, pudiendo ser víctima de un nuevo atentado, o sea, que se pierde la objetividad de su misión, y en segundo lugar se persiga a un vehículo con la creencia errónea de que está involucrado en el hecho, por la simple situación de que emprende veloz su huida, sin analizar si tan siquiera la grave situación de orden público que se vive en el país, y más en el departamento de Antioquia. No se analiza tampoco la hora de los hechos, esto es, que es de noche y que a esa hora es más fácil que cualquier persona sea víctima de [un] atentado en contra de su vida, honra, bienes. No se toma precaución ni se piensa que nadie se va a detener ante personas sin identificación alguna que portan armas de fuego, y que bien pudieran darles voces de alto y que si a esto se unen los disparos, pues lógicamente aumenta el pánico, por lo que en resumen ante esta clase de situaciones cualquier persona normalmente tiene que reaccionar como lo hizo el señor ECHAVARRÍA CARDONA, conductor del vehículo, quien en ningún momento pudo observar distintivos de militares, ni identificación de estos como tales, pues el personal uniformado carecía de ellos (...).

10.13. La joven Milena Andrea Santamaría López era hija de Darío de Jesús Santamaría Lora y Luz Stella López Castañeda, hermana de Jhon Fredy, Faber Hernando, Rubén Darío, Diana Carolina y Yamir Alejandro Santamaría López (certificados de los respectivos registros civiles de nacimiento –f. 6-12 c. 1–). Al momento de su fallecimiento, Milena Andrea estudiaba en el colegio José Cosme Zuleta en el horario nocturno y ayudada a su mamá con las tareas del hogar (testimonios de los señores Guillermo Antonio Toro, María Azucena del Cielo López y León Darío Echavarría, rendidos ante el Tribunal *a-quo* –f. 59-62, 66-70 c. 1–).

10.14. Por su parte, la joven Leidy Yuliana Vásquez es hija de Luis Alfonso Vásquez Flórez y de Nora Lucía Cano Sánchez (certificado del registro civil de nacimiento –f. 14 c. 1–).

IV. Problema jurídico

11. Dado que la entidad demandada actúa en este caso como apelante única, corresponde a la Sala establecer, en primer término, el alcance de su competencia. Luego, deberá determinar si el daño aducido por los demandantes, consistente en la muerte de la joven Milena Andrea Santamaría López y la afectación del estado de salud de la niña Leidy Yuliana Vásquez Cano es imputable a la Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional. Para ello, tendrá que establecer si estos hechos se produjeron por un uso excesivo e irracional de la fuerza, tal como lo sostuvo el Tribunal *a-quo* en la sentencia apelada, o si, por el contrario se configura el hecho de un tercero como causal eximente de responsabilidad, según lo expuesto por la entidad demandada en su recurso de apelación.

V. La competencia del *ad quem* frente al recurso de apelación

12. En tanto la parte demandada fue la única en apelar la decisión, la Sala se limitará a resolver –con plena observancia del principio de la *non reformatio in pejus*– sobre los argumentos expuestos en su medio de impugnación de conformidad con lo dispuesto por el artículo 357 del C.P.C., que establece lo siguiente:

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 aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

13. En relación con el alcance de esta disposición, la Sala ha acogido dos posturas que, en principio, parecen opuestas o contradictorias entre sí, pero que realmente no lo son porque ambas se sustentan en el principio de congruencia, como se verá más adelante.

14. Conforme a la primera postura, la competencia del *ad quem* está limitada a los aspectos que expresamente señale el recurrente pues se entiende que de la premisa “*la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante*”, no se sigue “*una autorización al juez de segundo grado para hacer el escrutinio y ad*

nutum determinar libremente ‘qué es lo desfavorable al recurrente’, pues a renglón seguido, la norma establece una segunda prohibición complementaria, según la cual ‘no podrá el ad quem enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso’⁷.

15. La segunda postura plantea que la competencia del juez de segunda instancia comprende los temas implícitos en aquellos aspectos que el recurrente propone expresamente en su escrito de apelación, de manera que nada obsta para que el juez de segunda instancia corrija o modifique aquellos que, por su naturaleza, se encuentran comprendidos o son consustanciales a los asuntos mencionados. De ahí que la Sala haya asumido competencia para revisar las indemnizaciones ordenadas por el *a-quo* por concepto de perjuicios materiales pese a que el recurso se interpuso por la entidad que resultó condenada en primera instancia con el objeto de que se revocara integralmente la decisión.

16. Esta segunda postura se adoptó en un caso en el que el recurso de apelación se interpuso exclusivamente por la entidad que fue encontrada administrativamente responsable en primera instancia y condenada al pago de los perjuicios causados. La condena, entonces, era un asunto consustancial a la declaratoria de responsabilidad y por lo tanto, difícilmente habría podido sostenerse que no estaba relacionada con el objeto del recurso de apelación. En cambio, la primera se adoptó en un evento distinto, pues el recurso de apelación se interpuso en solitario por la parte actora con el objeto de que se incrementara el monto de los perjuicios reconocidos a su favor, lo cual hacía completamente innecesario e improcedente hacer un análisis sobre la responsabilidad de la entidad, ya que eso en modo alguno se relacionaba con el objeto del recurso de apelación.

17. De manera que si la Sala inicialmente afirmó que *“el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos indicados por el recurrente”* y que, por lo tanto, *“los demás aspectos del fallo que no fueron cuestionados por el apelante único no pueden ser revisados por el juez ad quem”*, lo hizo con el objeto de justificar, en ese caso y en otros iguales a él, su decisión de omitir pronunciarse sobre todas aquellas cuestiones que motivaron la declaratoria de responsabilidad, pues entendió que éstas ya habían quedado fijadas con la decisión que profirió el a-

⁷ Consejo de Estado, sentencia de 9 de febrero de 2012, rad. 1997-06093-01(21060), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

quo; y no de impedir, en eventos distintos, al juez de segundo grado resolver sobre aspectos que son desfavorables al apelante y que, aunque no se mencionen expresamente, están íntimamente relacionados con el objeto de su apelación.

18. En ambos casos, la Sala buscó salvaguardar el principio de congruencia pues limitó la competencia del juez de segunda instancia a los aspectos que señale expresamente el recurrente o que se entiendan comprendidos dentro del marco del recurso, siempre que favorezcan al apelante único.

19. Este entendimiento del principio de congruencia y de los límites competenciales del *ad quem* frente el recurso de apelación es el que la Sala acoge y reitera, de manera que si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único. Lo anterior, desde luego, sin perjuicio de la potestad que tiene el juzgador de pronunciarse oficiosamente sobre todas aquellas cuestiones que sean necesarias para proferir una decisión de mérito, tales como la caducidad, la falta de legitimación en la causa y la indebida escogencia de la acción, aunque no hubieran sido propuestos por el apelante como fundamentos de su inconformidad con la providencia censurada.

20. En el caso concreto, la entidad demandada apeló la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revisara la decisión de declararla administrativamente responsable por la muerte de Milena Andrea Santamaría López y por la afectación del estado de salud de Leidy Yuliana Vásquez Cano, y de condenarla a pagar indemnizaciones en cuantías que, en su criterio, no se compadecen con la intensidad de los perjuicios morales padecidos por algunos de los demandantes.

21. En consecuencia, la Sala, atendiendo al criterio expuesto y a la prohibición de la *reformatio in pejus*, revisará todos aquellos aspectos que son desfavorables a la entidad demandada y que son consecuencia directa de la declaratoria de su responsabilidad, lo cual incluye –en el evento de ser procedente– no solo la condena por perjuicios morales, sino también por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

VI. El juicio de responsabilidad

22. La Sala encuentra acreditado el **daño**, el cual consiste, de una parte, en la muerte de la joven Milena Andrea Santamaría López, y de otra, en las lesiones sufridas por la menor Leidy Yuliana Vásquez Cano, ocurridas ambas en la noche del 18 de febrero de 2001 en el municipio de Caldas, departamento de Antioquia, durante un tiroteo protagonizado por miembros activos del Ejército Nacional.

23. Así mismo, la demostración de las relaciones de parentesco existentes entre la lesionada y los señores Luis Alfonso Vásquez Flórez y Nora Lucía Cano Sánchez permite inferir, conforme a las reglas de la experiencia, que ellos sintieron dolor, aflicción y congoja por la afectación del estado de salud de su hija. Lo mismo puede decirse respecto de los demandantes Darío de Jesús Santamaría Lora, Luz Stella López Castañeda, Jhon Fredy, Faber Hernando, Rubén Darío, Yamir Alejandro y Diana Carolina Santamaría López, quienes demostraron ser los padres y hermanos de la joven fallecida.

24. La Sala también tiene por acreditado el daño moral sufrido por el señor Martín Emilio Santamaría quien, si bien no probó el parentesco que adujo en la demanda debido a que el documento que aportó no es conducente ni pertinente para el efecto⁸, sí demostró el interés que le asiste en este caso con fundamento en los testimonios rendidos ante el Tribunal *a-quo* por los señores Guillermo Antonio Toro Yepes y Camilo Arturo Castañeda Rendón, quienes dieron cuenta de los sentimientos de tristeza y pesar que el actor experimentó con el fallecimiento de Milena Andrea, razón por la cual se lo tendrá como tercero damnificado (f. 59-60, 62-64 c. 1).

25. Las pruebas aportadas al proceso permiten tener por probado que la persecución que terminó con la muerte de Milena Andrea Santamaría y la afectación del estado de salud de Leidy Yuliana Vásquez, se originó por la sucesión de un conjunto de eventos que, por una parte, hicieron creer a los miembros de la escolta militar que su protegido había sido atacado, y por la otra, crearon en el conductor del vehículo Mazda, León Darío Echavarría, la convicción

⁸ Para demostrar que era el abuelo de Milena Andrea Santamaría López, el señor Martín Emilio Santamaría debió aportar al proceso el registro civil de nacimiento de su supuesto hijo, el señor Darío de Jesús Santamaría. En lugar de ello, aportó su propia partida eclesiástica de nacimiento (f. 5 c. 1).

de que él y Milena Andrea se encontraban en una situación de peligro de la que era necesario escapar.

25.1. Todos los ocupantes del vehículo Toyota verde –vehículo 2– fueron contestes en señalar que primero escucharon un conjunto de disparos y luego observaron al carro Toyota negro detenido en la vía –vehículo 1–, mientras su comandante, quien estaba armado, eludía el intento de atropellamiento de un tercer automotor, que circulaba a gran velocidad (ver *supra* párr. 10.3).

25.2. La Sala no duda que los disparos efectivamente ocurrieron. Lo que sí cuestiona es el origen y el objetivo de éstos, pues aunque los ocupantes del Toyota negro –vehículo 1– sostuvieron que fueron atacados durante el desplazamiento⁹, lo cierto es que hubo numerosos testigos que declararon que cuando arribó al lugar donde finalizó la persecución del Mazda blanco, este vehículo estaba en perfecto estado y que no presentaba ningún daño (ver *supra* párr. 10.7). Además, es difícil creer que al saberse víctimas de un ataque, los militares hubieran optado por detenerse en la mitad de la carretera, en lugar de intentar escapar lo más rápido posible de esa supuesta situación de peligro.

25.3. Pero al margen de quién haya efectuado los disparos, lo cierto es que éstos sí ocurrieron y que fue este hecho, sumado a la maniobra adelantada por el Mazda blanco y a la postura asumida por los ocupantes del Toyota negro –vehículo 1–, lo que motivó al Toyota verde –vehículo 2– a iniciar la persecución.

25.4. El otro hecho que no admite cuestionamiento es que el conductor del vehículo Mazda emprendió la huida al sentirse amenazado por la presencia en la vía de un hombre armado, al que de ninguna manera podía vincular con el Ejército Nacional ya que éste vestía de civil y no portaba ningún emblema que lo identificara como autoridad militar (ver *supra* párr. 10.2).

25.5. Ahora bien, saber qué motivó a los ocupantes de la Toyota negra –vehículo 1– para detenerse en la mitad de la vía y al comandante del Batallón Pedro Nel Ospina para apearse del carro con su arma de dotación, no es posible con las pruebas aportadas al proceso. No obstante, lo que sí puede afirmarse es que este

⁹ Véanse los testimonios del teniente coronel Pedro Antonio Segura, del mayor Roberto Perdomo Mosquera, los soldados Adrián de Jesús Velásquez y Ricardo Higueta Suárez y el conductor Luis Eduardo Ruíz Bedoya (f. 188-191, 198-212 continuación anexo 4).

hecho no se produjo –como lo insinuó el señor León Darío Echavarría (ver *supra* párr. 10.6)– porque él no le permitió al conductor de la Toyota negra –vehículo 1– ejecutar una maniobra de adelantamiento en algún punto de la carretera, pues está demostrado que el Mazda blanco circulaba en un sentido opuesto al que llevaban los militares¹⁰, lo que hacía materialmente imposible que éstos intentaran adelantarlo, a la vez que otorga sentido a lo dicho por el conductor del Toyota verde, en el sentido de que la persecución se inició cuando “*dio la vuelta al vehículo*” y lo puso en movimiento (ver *supra* párr. 10.4).

25.6. Esta falta de certeza sobre este punto en particular, no es óbice para resolver la presente controversia, pues para determinar si el daño resulta o no imputable a la administración no es imprescindible conocer las motivaciones de los ocupantes del Toyota negro –vehículo 1– para actuar de la forma en que lo hicieron, sino examinar objetivamente el comportamiento de la escolta militar y del conductor del Mazda blanco y su incidencia en la causación del daño.

26. En cuanto a la imputabilidad del daño a la administración, la Sala considera que aunque la muerte de Milena Andrea Santamaría y las lesiones de Leidy Yuliana Vásquez fueron causadas por miembros activos del Ejército Nacional con armas de dotación oficial y en ejercicio de sus funciones, el asunto no debe analizarse bajo un régimen objetivo de responsabilidad, sino desde la óptica de la falla del servicio, en tanto las numerosas pruebas documentales y testimoniales que fueron trasladadas de las investigaciones penal y disciplinaria, son demostrativas de que el daño se produjo porque la entidad demandada hizo un uso excesivo, desproporcionado e irracional de la fuerza, que se explica por una inadecuada preparación del personal a cargo de la escolta militar.

27. La directiva permanente n.º 000138 de 1999 sobre organización y funcionamiento de las escoltas militares, expedida por el comandante del Ejército Nacional (f. 122-124 anexo 3), establece que el personal de escolta militar “*debe reunir excelentes capacidades personales, profesionales, lealtad, experiencia y entrenamiento que garantice la protección del personaje*”.

¹⁰ En las declaraciones que rindió, el señor León Darío Echavarría manifestó que viajaba por la carretera que conduce de Santa Bárbara a Medellín (ver *supra* párr. 10.6). Por su parte, los militares fueron contestes en señalar que salieron del municipio de Bello, sede del Batallón Pedro Nel Ospina, en dirección al municipio de Santa Bárbara (ver *supra* párr. 10.1). Revisada la herramienta Google Maps se observa que el municipio de Bello queda al norte de la ciudad de Medellín, mientras que el municipio de Santa Bárbara se localiza al sur de la capital del departamento. Por su parte, el municipio de Caldas, lugar donde concluyó la persecución, se localiza entre los municipios de Santa Bárbara y Medellín.

28. Lo anterior supone que el personal seleccionado para cumplir con esta responsabilidad debe reunir un conjunto de calidades personales, pero también académicas, que fueron descritas por el señor Alfredo de Jesús Marín, jefe del área de protección del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, en declaración rendida ante el juez 24 de instrucción penal militar (f. 196-199 anexo 3):

Para el efecto de los escoltas que cumplen la tarea como tal, en el D.A.S. tienen de preparación un año en la Academia Superior de la AQUIMINDIA en Suba (Cundinamarca), este tipo de preparación se obtiene con el lleno de unos requisitos para los cuales el agente de seguridad o escolta demuestra estar al ciento por ciento, mediante unos resultados médicos y unos estudios académicos, aparte del lleno de unos requisitos para ingresar a esta academia, como son: el estudio de confiabilidad, que comprende al aspirante y a su grupo familiar, buscando generalmente antecedentes que no se tengan de ninguna índole por la profesión que van a desempeñar y las mismas funciones como tal que deba cumplir, una vez terminado el curso en la academia se hace una práctica y ya el agente de seguridad o escolta sale a cumplir su trabajo. PREGUNTADO: Según lo anterior, sírvase aclararnos qué condiciones académicas debe llenar el aspirante a escolta, cuánto dura el curso de entrenamiento en el D.A.S. y si se enfatiza o existe alguna instrucción especial sobre el manejo de armas y en especial sobre situaciones en que se pueda hacer uso de las mismas. CONTESTÓ: Las condiciones académicas son como requisito indispensable ser bachiller y aprobar el curso como tal de escolta, que dura un año, dentro de este curso se ven materias en el área teórica que comprenden normas básicas del derecho penal para que el escolta conozca lo relacionado a su trabajo y se complementa con la práctica en las respectivas modalidades de cómo se va a desempeñar el escolta y cómo debe reaccionar de acuerdo a las circunstancias que se presenten, dejando muy en claro que toda reacción debe ser proporcional al ataque que se pueda presentar y teniendo en cuenta que el agente de seguridad o escolta debe estar en capacidad de sortear todo tipo de situaciones que en materia protectiva (sic) se le puedan presentar.

29. En el caso concreto, se tiene demostrado que el personal que integraba la escolta militar del comandante del Batallón Pedro Nel Ospina no reunía las condiciones exigidas para el correcto cumplimiento de esta labor pues dos de ellos no eran siquiera bachilleres¹¹ y, peor aún, ninguno había recibido la formación teórica y práctica requerida para desempeñarse apropiadamente, según lo reconocieron el cabo segundo Nelson García Sandoval, comandante de escolta

¹¹ Las hojas de vida de los soldados Flórez, Jaramillo y Londoño están visibles a folios 4 a 11 del anexo 3.

del batallón (ver *supra* párr. 10.11), y el propio teniente coronel Pedro Antonio Segura en el marco del proceso penal militar (f. 151 anexo 3):

PREGUNTADO: A su sano juicio criterio considera usted que los soldados FLOREZ MESTRA JULIO CÉSAR, JARAMILLO CARDONA YUBER FREDY y LONDOÑO SANTAMARÍA NELSON ANTONIO estaban suficientemente capacitados al momento de los hechos para desempeñarse como escoltas de comando. CONTESTÓ: Antes de los hechos que está investigando este Juzgado, vi la actitud positiva de estos muchachos, su reacción, su comportamiento ejemplar y su viveza en los diferentes desplazamientos, los cuales me hacían pensar que estaban entrenados. Después de los hechos vi que la reacción asumida por ellos tal vez podría denotar falta de entrenamiento o falta de medios para poder actuar en forma acertada y solo recurrir a las armas como última instancia (...).

30. Y es que es apenas obvio que una preparación improvisada y fragmentada, impartida sin ninguna continuidad y planeación por alguien que a su vez no está lo suficientemente capacitado en el oficio¹², y en la que además, se deja de lado el componente práctico, inhabilita por completo a quien la recibe para desarrollar profesionalmente la labor de escolta, como bien lo señaló el jefe del área de protección del extinto Departamento Administrativo de Seguridad (f. 196-199 anexo 3).

31. Esta inadecuada preparación del personal, que es plenamente imputable a la entidad demandada, es la causa adecuada y eficiente de la muerte de Milena Andrea Santamaría y de la afectación transitoria del estado de salud de Leidy Yuliana Vásquez porque, sin duda alguna, ocasionó que en los agentes estatales involucrados en la persecución del vehículo conducido por León Darío Echavarría dispararan en su contra, haciendo un uso innecesario, irracional y desproporcionado de la fuerza.

31.1. Los Principios Básicos Sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley, adoptados por el octavo congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención y tratamiento del delincuente, disponen que:

¹² Al ser preguntado acerca de si los soldados que integraban la escolta militar estaban lo suficientemente capacitados para desempeñarse en esa labor, el cabo segundo Nelson García Sandoval, contestó: “Personalmente yo no me siento capacitado con la instrucción que recibí durante el curso, por lo tanto, los soldados a mi juicio no estaban lo suficientemente capacitados, lo que pasa es que no nos dieron más posibilidades de capacitación, dado lo complejo que es servir como escolta y yo puse todo mi empeño para transmitir a los soldados mis conocimientos, y anoto que todo se hizo sobre la marcha, pues a los soldados se

(...).

4. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en el desempeño de sus funciones, utilizarán en la medida de lo posible medios no violentos antes de recurrir al empleo de la fuerza y de armas de fuego. Podrán utilizar la fuerza y armas de fuego solamente cuando otros medios resulten ineficaces o no garanticen de ninguna manera el logro del resultado previsto.

5. Cuando el empleo de las armas de fuego sea inevitable, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley:

- a) Ejercerán moderación y actuarán en proporción a la gravedad del delito y al objetivo legítimo que se persiga;
- b) Reducirán al mínimo los daños y lesiones y respetarán y protegerán la vida humana;
- c) Procederán de modo que se presten lo antes posible asistencia y servicios médicos a las personas heridas o afectadas;
- d) Procurarán notificar lo sucedido, a la menor brevedad posible, a los parientes o amigos íntimos de las personas heridas o afectadas.

(...).

9. Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley no emplearán armas de fuego contra las personas salvo en defensa propia o de otras personas, en caso de peligro inminente de muerte o lesiones graves, o con el propósito de evitar la comisión de un delito particularmente grave que entrañe una seria amenaza para la vida, o con el objeto de detener a una persona que represente ese peligro y oponga resistencia a su autoridad, o para impedir su fuga, y sólo en caso de que resulten insuficientes medidas menos extremas para lograr dichos objetivos. En cualquier caso, sólo se podrá hacer uso intencional de armas letales cuando sea estrictamente inevitable para proteger una vida.

31.2. Por su parte, el Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer Cumplir la Ley, adoptado por Asamblea General en su resolución 34/169 de 17 de diciembre de 1979, establece lo siguiente:

Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley podrán usar la fuerza sólo cuando sea estrictamente necesario y en la medida que lo requiera el desempeño de sus tareas.

Comentario:

les enseñaba cuando teníamos posibilidades de hacerlo, mientras se desempeñaban como escoltas” (f. 110 anexo 3).

a) En esta disposición se subraya que el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley debe ser excepcional; si bien implica que los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley pueden ser autorizados a usar la fuerza en la medida en que razonablemente sea necesario, según las circunstancias para la prevención de un delito, para efectuar la detención legal de delincuentes o de presuntos delincuentes o para ayudar a efectuarla, no podrá usarse la fuerza en la medida en que exceda estos límites.

b) El derecho nacional restringe ordinariamente el uso de la fuerza por los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, de conformidad con un principio de proporcionalidad. Debe entenderse que esos principios nacionales de proporcionalidad han de ser respetados en la interpretación de esta disposición. En ningún caso debe interpretarse que esta disposición autoriza el uso de un grado de fuerza desproporcionado al objeto legítimo que se ha de lograr.

c) El uso de armas de fuego se considera una medida extrema. Deberá hacerse todo lo posible por excluir el uso de armas de fuego, especialmente contra niños. En general, no deberán emplearse armas de fuego excepto cuando un presunto delincuente ofrezca resistencia armada o ponga en peligro, de algún otro modo, la vida de otras personas y no pueda reducirse o detenerse al presunto delincuente aplicando medidas menos extremas. En todo caso en que se dispare un arma de fuego, deberá informarse inmediatamente a las autoridades competentes.

32. Que el empleo de la fuerza en general, y de las armas de fuego, en particular, deba sujetarse a los principios de necesidad, razonabilidad y proporcionalidad, determina que su uso está reservado a aquellas situaciones que entrañen una amenaza seria contra la vida o la integridad física de alguna persona y en la medida estrictamente necesaria a la gravedad del riesgo o la amenaza que se pretende conjurar.

33. En este caso, el uso de las armas de fuego por parte del Ejército Nacional infringió el principio de necesidad pues en ningún momento la vida o la integridad personal de alguno de sus agentes estuvo en peligro. En efecto, ni Milena Andrea Santamaría ni su acompañante, León Darío Echavarría, se encontraban armados, tal como lo constataron los agentes de la Policía Nacional que inspeccionaron el vehículo en el que se movilizaban (ver *supra* párr. 10.7), y lo afirmaron los propios soldados involucrados en los hechos, que en el marco de la investigación disciplinaria reconocieron que en ningún momento recibieron respuesta armada de parte de los jóvenes mencionados.

34. Ahora, es cierto que por la forma como ocurrieron los hechos, los agentes involucrados en la persecución interpretaron la maniobra realizada por el señor Echavarría, consistente en pasar a gran velocidad muy cerca del punto exacto donde su superior se encontraba detenido (ver *supra* párr. 10.3), como un atentado contra la integridad del teniente coronel Pedro Antonio Segura. Sin embargo, a juicio de la Sala este hecho tampoco justifica el uso de las armas de fuego, si se tiene en mente que cuando empezó la persecución y el posterior tiroteo ya la supuesta amenaza había cesado por cuenta de la decisión del vehículo sospechoso de emprender la huida.

35. El principio de razonabilidad también resultó afectado pues es evidente que los agentes estatales no buscaron reducir al mínimo los daños ni proteger la vida y la integridad personal de terceras personas, pues en tal caso se habrían abstenido de accionar sus fusiles de dotación oficial, las cuales se caracterizan por tener un gran poder destructor, en medio de una persecución desde un vehículo en movimiento, en condiciones de baja visibilidad y al interior de una zona urbana en donde existía el riesgo cierto de que alguien resultara herido, como efectivamente ocurrió, dado el previsible aumento en la circulación de peatones y otros conductores.

36. Por último, los hechos y las pruebas del caso también revelan que el uso de las armas de fuego infringió el principio de proporcionalidad pues se demostró que el vehículo en el que se transportaban los jóvenes Milena Andrea y León Darío recibió veinticuatro (24) impactos de fusil, recibidos todos de frente (ver *supra* párr. 10.8), lo que denota que se empleó más fuerza de que la que era estrictamente necesaria para detenerlos.

37. Para la Sala es claro que los disparos que aparecen descritos en el informe de balística no impactaron el vehículo durante la persecución, sino que lo hicieron en el instante en que éste giró bruscamente y quedó de frente al carro de la escolta militar, cuando materialmente el conductor no estaba en condiciones de reanudar la marcha pues para ese momento las llantas ya estaban pinchadas. Si el objetivo era detener a los presuntos sospechosos, bastaba con que los militares descendieran del vehículo en que se transportaban y los rodearan, y no que procedieran a dispararles en veinticuatro oportunidades, sin darles siquiera la oportunidad de rendirse o entregarse voluntariamente a las autoridades.

38. La entidad demandada adujo en su defensa que no es responsable de ninguno de los daños presentados en la demanda porque la causa eficiente del daño fue el actuar imprudente e irracional del joven León Darío Echavarría, quien no atendió la orden de pare impartida por los militares y, en cambio, emprendió la huida, ofreciendo a éstos razones para creer que estaba involucrado en alguna conducta delictiva.

39. La Sala no comparte el anterior razonamiento porque el conductor del vehículo Mazda blanco no incurrió en ninguna conducta que justificara que la escolta militar lo persiguiera como si se tratara de un delincuente, y menos que le disparara a él y a su acompañante de la forma en que lo hizo.

40. Las pruebas aportadas al proceso son plenamente demostrativas de que lo que los militares interpretaron como un intento de atropellamiento, no fue tal cosa, sino el intento desesperado del conductor por escapar rápidamente de una situación que a su juicio era peligrosa. Para la Sala es claro que si el vehículo militar se detuvo en la mitad de la vía, como está probado que ocurrió (ver *supra* párr. 10.3), el señor Echavarría tenía que pasar muy cerca de donde se encontraba el personal militar desembarcado si quería huir del lugar, pues es razonable que no dispusiera de un espacio muy amplio para adelantar la maniobra.

41. Adicionalmente, aunque fuera cierto lo dicho por la entidad demandada en punto a que el joven León Darío Echavarría desatendió una orden de pare impartida por el personal militar¹³, ello no podría eximirlo de responsabilidad pues, dadas las circunstancias en que tal hecho ocurrió, no era exigible al conductor del vehículo particular que se detuviera en la vía. Se recuerda que los militares estaban vestidos de civil y que no portaban ninguna insignia que los identificara a ellos o a los vehículos en los que se transportaban como parte del Ejército Nacional (ver *supra* párr. 10.2), en completo desconocimiento de lo dispuesto en el anexo C de la directiva permanente n.º 000138 de 1999 sobre organización y funcionamiento de las escoltas militares, que establece que *“los miembros del Ejército Nacional que por cualquier razón les corresponde operar de civil deben*

¹³ Aunque los integrantes de la escolta militar coincidieron en señalar que le gritaron en varias oportunidades que se detuviera, el señor León Darío Echavarría siempre sostuvo que en ningún momento escuchó las voces de alto, pues se desplazaba a gran velocidad.

portar en el brazo una cinta de 10 centímetros (brazalete), en color fluorescente con el letrero ESCOLTA y EJÉRCITO NACIONAL” (f. 134 anexo 3).

42. De ahí que, como bien lo expuso el Juzgado 24 de Instrucción Penal Militar (ver *supra* párr. 10.12), era perfectamente entendible que el señor León Darío Echavarría actuara de la forma en que lo hizo, pues era apenas razonable que se sintiera amenazado por la presencia en la vía de un desconocido que se encontraba armado y que, por tanto, tomara la decisión de emprender la huida, máxime si se tiene en cuenta que los hechos ocurrieron en una zona caracterizada por la presencia de grupos delincuenciales, como lo reconoció el propio teniente coronel Pedro Antonio Segura en declaración rendida dentro del proceso penal militar (f. 83 cuaderno anexo 4).

43. Por último, debe señalarse que ni el conductor del Mazda blanco ni su acompañante se encontraban armados y que en ningún momento atentaron contra la vida o la integridad de los miembros de la patrulla militar, y que si bien al final de la persecución ejecutaron una maniobra que a los ojos de los militares pudo resultar amenazante (ver *supra* párr. 10.4), ello no exime de responsabilidad a la administración porque lo decisivo en la producción de daño no fue esto, sino la falta de preparación de la escolta militar, que no supo sortear apropiadamente y con cabeza fría este movimiento inesperado.

44. Por las razones expuestas la Sala confirmará la decisión del Tribunal Administrativo de Antioquia que declaró la responsabilidad administrativa de la Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional por la muerte de la joven Milena Andrea Santamaría López y las lesiones causadas a la menor Leidy Yuliana Vásquez Cano.

VII. Perjuicios

45. Procede la Sala a fijar el monto de los perjuicios de conformidad con las pretensiones de la demanda, las pruebas que obran dentro del proceso y las razones de la apelación, no sin antes reiterar que, atendiendo al objeto del recurso, que no es otro que se revoque integralmente el fallo apelado y, consecuentemente, cualquier decisión que sea contraria a los intereses de la entidad demandada, el juez de segunda instancia está facultado para modificar o

corregir lo relativo a las condenas por perjuicios morales y materiales que fueron impuestas por el *a-quo*.

1) Perjuicios morales

46. El Tribunal Administrativo de Antioquia reconoció la suma equivalente a 100 SMLMV a favor de los padres de Milena Andrea Santamaría López y 70 SMLMV a favor de cada uno de sus hermanos. Adicionalmente, fijó en 80 SMLMV las indemnizaciones debidas a Leidy Yuliana Vásquez Cano, y a cada uno de sus padres.

47. La entidad demandada apeló este punto de la decisión, con el objeto de que se redujera el monto de la indemnización debida a los hermanos de la joven fallecida, conforme a las pautas establecidas por el Consejo de Estado, así como la que se reconoció a favor de la niña lesionada y de su familia con fundamento en que ella no sufrió una pérdida de capacidad laboral.

48. La Sala encuentra que el perjuicio moral generado por la muerte de la joven Milena Andrea Santamaría López se encuentra demostrado (ver *supra* párr. 13), por lo que accederá a repararlo, ajustando el monto de las respectivas indemnizaciones según el nivel del cercanía afectivo existente entre la víctima y los demandantes, siguiendo el criterio establecido por el pleno de la Sección Tercera, en sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014¹⁴:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Regla general en el caso de muerte	Relación afectiva conyugal y paterno – filial	Relación afectiva del 2º grado de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 3er grado de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º grado de consanguinidad o civil.	Relación afectiva no familiar (terceros damnificados)
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

¹⁴ Radicación 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172), C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

49. De esta manera, reconocerá lo equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de los padres de la occisa, los señores Darío de Jesús Santamaría Lora y Luz Stella López, en tanto que sus hermanos, los señores Jhon Fredy, Faber Hernando, Rubén Darío, Yamir Alejandro y Diana Carolina Santamaría López, recibirán cada uno de ellos lo equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

50. El señor Martín Emilio Santamaría, quien según ya se señaló no probó el parentesco que adujo en la demanda pero sí su condición de tercero damnificado (ver *supra* párr. 14), recibirá una indemnización equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Si bien es cierto que, en principio, le correspondería una suma menor, acorde a la calidad que demostró, también lo es que existe prueba de que la muerte de Milena Andrea le produjo a este demandante una gran afectación¹⁵, por lo que la Sala considera justo y equitativo reconocerle una indemnización mayor.

51. Por último, las señoras Carmen Emilia Lora y Rosario Castañeda no recibirán ninguna indemnización debido a que lo decidido en este sentido por el Tribunal *a-quo* no fue objeto de apelación por la parte actora, además de que ninguna de ellas demostró la relación de parentesco que invocó en la demanda, derivada de la calidad de abuelas de Milena Andrea Santamaría.

52. En cuanto a las indemnizaciones que corresponden al núcleo familiar de Leidy Yuliana Vásquez Cano, debe señalarse que el monto reconocido por el *a-quo* (80 SMLMV), es el que generalmente reciben las víctimas de lesiones corporales que comportan una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 40% e inferior al 50%¹⁶. En este caso, la víctima no sufrió una pérdida definitiva de capacidad laboral, por lo que se procederá a efectuar una reducción en el monto de la condena, teniendo en cuenta que está probado que Leidy Yuliana presenta una afectación de carácter estético y que ocasionalmente experimenta dolor en el lugar de la lesión (ver *supra* párr. 10.10).

¹⁵ En declaración rendida ante el juez comisionado por el Tribunal Administrativo de Antioquia, el señor Guillermo Antonio Toro afirmó “*Martín Emilio ya ni sale de la casa, por estar pensando en esa muchachita, a esa niña la querían mucho en esa familia*” (f. 60 c. 1).

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 31172, C.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

53. Por esta razón, se reconocerá una indemnización equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que beneficiará a cada uno de sus padres, más no a la víctima directa ya que revisado el texto de la demanda, Leidy Yuliana no figura como demandante pues ésta no se interpuso a nombre suyo.

2) Perjuicios materiales

54. Con fundamento en la presunción de que los hijos habitan la casa paterna/materna hasta la edad de 25 años, contribuyendo al sostenimiento económico del hogar¹⁷, el Tribunal Administrativo de Antioquia reconoció lucro cesante a favor de los padres de Milena Andrea Santamaría López.

55. Las presunciones han sido definidas doctrinariamente como *“un juicio lógico del legislador o del juez (según sea legal o jurisprudencial), en virtud del cual se considera como cierto o probable un hecho (lo segundo cuando es presunción judicial o de hombre) con fundamento en las máximas generales de la experiencia que le indican cuál es el modo normal como se suceden las cosas y los hechos”*¹⁸.

56. La presunción traída por Tribunal, si bien es de creación jurisprudencial, encuentra fundamento normativo en el artículo 411 del Código Civil, que establece que los ascendientes son titulares del derecho a recibir alimentos. Sin embargo, a juicio de la Sala, ella debe ser revisada debido a que lógicamente no puede coexistir –por contradecirla abiertamente– con aquella según la cual los padres contribuyen al sostenimiento económico de sus hijos hasta que éstos alcanzan los 25 años de edad.

57. En efecto, si el hijo requiere de la ayuda económica de sus padres hasta que cumple los 25 años es porque no está en capacidad de procurarse a sí mismo ni a un tercero todo lo que necesita para subsistir, de manera que no se ve cómo puede afirmarse válidamente que los padres de un hijo que fallece experimentan un lucro cesante por cuenta de este hecho. Tal como están las cosas en la jurisprudencia, pareciera que la regla conveniente se activa *ad libitum* dependiendo de quién demande como víctima.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 27709, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

¹⁸ Hernando Devis Echandía, Compendio de derecho procesal. Pruebas judiciales. Tomo II, editorial ABC, Bogotá, 1998, p. 537, 538.

58. Además, tampoco existe una regla de la experiencia que dé sustento a esta presunción cuando se conoce que los jóvenes, en Colombia, enfrentan importantes barreras para el acceso y la permanencia en el mercado laboral¹⁹, al punto que se han adoptado medidas de política pública para enfrentar esta problemática²⁰.

59. Un informe publicado en 2017 por el Observatorio Laboral de la Universidad del Rosario señaló que 53% de los jóvenes entre los 15 y los 24 años de edad en las 13 principales ciudades del país estudian, que el 36% trabaja, que el 4,2% combina las dos actividades, y que el resto dedica su tiempo a buscar trabajo, a realizar oficios en el hogar u otras tareas como cuidar o atender niños o asistir a eventos de capacitación en algún tema²¹. El DANE, por su parte, reveló que durante el trimestre comprendido entre los meses de noviembre 2017 y enero 2018, la tasa de ocupación para el total de personas entre los 14 y los 28 años fue solo del 48,3%, mientras que el desempleo alcanzó un porcentaje del 16,8%. En las áreas metropolitanas, esas cifras ascendieron al 49,6% y al 18,5% para la tasa de ocupación y de desempleo, respectivamente²².

60. Finalmente, debe tomarse en consideración que el fundamento de la obligación alimentaria contenida en la legislación civil es doble: por un lado, la necesidad de quien los reclama y, por el otro, la capacidad de quien los debe. Esto significa que legalmente no se deben alimentos a quien tiene los medios para

¹⁹ Sin embargo, este no es un fenómeno exclusivo de nuestro país, como quedó en evidencia en el informe publicado por la OIT en 2015: *“La creación de oportunidades de trabajo decente para jóvenes es uno de los grandes desafíos que deben enfrentar los países de América Latina y el Caribe. En 2015 hay alrededor de 108 millones de personas entre 15 y 24 años en esta región. De ellos, poco más de la mitad forman parte de la fuerza laboral.// Cuando los jóvenes trabajadores inician su vida productiva el primer obstáculo a superar es el de un desempleo elevado, con tasas que son de dos a cuatro veces superiores a las de los adultos en esta región. Con demasiada frecuencia salen en busca de un trabajo y vuelven a sus casas desilusionados sin conseguir nada.// Pero el panorama laboral de los jóvenes es aún más complejo. Cuando finalmente logran conseguir un empleo suele ser en la informalidad, con malas condiciones laborales, inestabilidad, bajos salarios, sin protección ni derechos. En la actualidad son informales seis de cada 10 nuevos trabajos disponibles para los jóvenes latinoamericanos y caribeños.// Al menos 27 millones de jóvenes que ya están insertos en el mercado laboral deben conformarse con estos empleos de mala calidad”*. Organización Internacional de Trabajo, “Formalizando la informalidad juvenil”, 2015, disponible en: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/documents/publication/wcms_359270.pdf, página consultada el 5 de abril de 2018.

²⁰ En 2016, el Congreso de la República expidió la Ley 1780, por medio de la cual se promueve el empleo y el emprendimiento juvenil.

²¹ Vanessa Ospina Cartagena, Andrés García-Suaza y otros, “Perfil juvenil urbano de la inactividad y el desempleo en Colombia”, Observatorio de Derecho Laboral de la Universidad del Rosario, marzo 2017, disponible en https://docs.wixstatic.com/ugd/c80f3a_aa28c62105494d98bd626affbf038613.pdf, página consultada el 5 de abril de 2018.

²² Departamento Nacional de Planeación, Gran Encuesta Integrada de Hogares, Mercado Laboral de la Juventud, marzo de 2018, disponible en https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/juventud/Bol_eje_juventud_nov17_ene18.pdf, página consultada el 5 de abril de 2018.

procurarse su propia subsistencia y que no está obligado a ellos aquel que no cuenta con los recursos económicos para proporcionarlos²³.

61. Lo anterior significa que desde el punto normativo tampoco existen razones para presumir que los hijos entre los 18 y los 25 años contribuyen con el sostenimiento económico de sus padres, cuando la exigibilidad de esta obligación no surge por la simple relación de parentesco, sino que demanda la configuración de dos situaciones de hecho: por un lado que el peticionario carezca de bienes y, por tanto, requiera los alimentos que solicita y, por el otro, que la persona a quien se le piden los alimentos tenga los medios económicos para procurarlos.

62. Con fundamento en lo expuesto, la Sala unificará su jurisprudencia para señalar que, en ausencia de prueba que demuestre (i) que los hijos contribuyen económicamente con el sostenimiento del hogar paterno o materno, porque materialmente están en condiciones de hacerlo, es decir, porque ejercen una actividad productiva que les reporta algún ingreso, y (ii) que los padres son beneficiarios de la obligación alimentaria porque no tienen los medios para procurarse su propia subsistencia, bien porque están desempleados, enfermos o sufren de alguna discapacidad, no puede presumirse que la muerte de una persona menor de 25 años genera una pérdida de ingresos cierta a favor de sus padres.

63. Para la demostración de estos dos elementos son admisibles todos los medios de prueba; sin embargo, en lo que toca al primer elemento –la capacidad del deudor de la obligación alimentaria– el juez administrativo deberá valorar especialmente todos los hechos que sean indicativos de que el hijo sí ejercía alguna actividad productiva, como son el contexto familiar, cultural, de género y social en el que él y su familia subsistían, pues es bien sabido que en las zonas rurales todos los integrantes del núcleo familiar contribuyen de alguna manera con el sostenimiento económico del hogar. No obstante, en estos casos, para el cálculo del lucro cesante deberá presumirse que todos los hijos que están en edad de trabajar, contribuyen económicamente al mismo propósito, por lo que la indemnización que por concepto de lucro cesante se reconozca a favor de los

²³ Corte Constitucional, sentencia C-919 de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentería.

padres del hijo que fallece debe disminuirse en proporción al número de hijos que integran el hogar²⁴.

64. En el caso concreto, está probado que, al momento de su fallecimiento, la joven Milena Andrea Santamaría, no ejercía ninguna actividad productiva pues era estudiante del colegio José Cosme Zuleta (ver *supra* párr. 10.13). Además, se conoce que su padre no se encontraba desempleado pues en la declaración que rindió ante el Juzgado 24 de Instrucción Penal Militar afirmó que trabajaba en un taller en Medellín (f. 104-105 anexo 4), en tanto la madre no demostró ser titular del derecho a recibir alimentos, en los términos del artículo 411 del Código Civil, por encontrarse desempleada, enferma o sufrir de alguna discapacidad.

65. Por ello, se concluye que no procede el reconocimiento del lucro cesante solicitado por los padres de la joven Milena Andrea Santamaría Lora y, en consecuencia, se modificará la sentencia apelada en lo pertinente.

VII. Costas

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

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

MODIFICAR la sentencia apelada, esto es, la proferida el 22 de mayo de 2012 por la Sala de Descongestión, Subsección de Reparación Directa, del Tribunal Administrativo de Antioquia, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR a la Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional administrativamente responsable de la muerte de la joven Milena Andrea

²⁴ Conforme al criterio empleado por la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado en varias providencias: sentencias de 8 de junio de 2017, exp. 50352; de 11 de junio de 2015, exp. 33355; de 13 de

Santamaría López y de las lesiones causadas a la menor Leidy Yuliana Vásquez Cano en hechos ocurridos en la noche del 18 de febrero de 2001 en el municipio de Caldas, departamento de Antioquia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la Nación- Ministerio de Defensa, Ejército Nacional a pagar las siguientes indemnizaciones por concepto de perjuicios morales:

- A favor de Darío de Jesús Santamaría Lora y Luz Stella López la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, para cada uno de ellos.
- A favor de Jhon Fredy Santamaría López, Faber Hernando Santamaría López, Rubén Darío Santamaría López, Yamir Alejandro Santamaría López, Diana Carolina Santamaría López y Martín Emilio Santamaría Correa lo equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, para cada uno de ellos.
- A favor de Luis Alfonso Vásquez Flórez y Nora Lucía Cano Sánchez la suma equivalente a treinta (30) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, para cada uno de ellos.

TERCERO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: Cúmplase lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

SEXTO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

En firme este proveído, devuélvase al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Presidente de la Sala

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO
Magistrada
Salvamento parcial de voto

MARÍA ADRIANA MARÍN
Magistrada

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado
Aclaración de voto

JAIME RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

Ausente con excusa

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaración de voto

JAIME O. SANTOFIMIO GAMBOA
Magistrado

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Magistrada
Salvamento de voto

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO B.
Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA DOCTORA STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

MUERTE DE HIJO MENOR DE 25 AÑOS GENERA UNA PÉRDIDA DE INGRESOS CIERTA A FAVOR DE SUS PADRES – Presunción válida / SOSTENIMIENTO ECONÓMICO A LOS PADRES POR PARTE DE TODOS LOS HIJOS QUE ESTÁN EN EDAD DE TRABAJAR – Presunción válida / CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA / VARIACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEBIDAMENTE SUSTENTANDA EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DE LAS REGLAS DE LA EXPERIENCIA / ROMPIMIENTO DEL EQUILIBRIO PROCESAL EN MATERIA PROBATORIA – Desmedro de garantías procesales

[L]a regla de la mayoría de edad sigue teniendo plena validez, para con fundamento en el artículo 411 del Código Civil considerar que salvo prueba en contrario los hijos ayudan a sus padres, hasta la edad en que, de ordinario, conforman un hogar propio. (...) la Sala al variar su jurisprudencia, basada en un

presunto cambio en las condiciones sociales, rompió el equilibrio procesal en materia probatoria, pues en este punto el demandante, amparado por la jurisprudencia vigente no se preocupó por demostrar la contribución de la víctima directa a la economía familiar. (...) si bien los cambios de jurisprudencia pueden ocurrir deberán responder al cambio de las circunstancias, de manera que las partes puedan preverlo y adecuar la gestión procesal. De ahí que, un cambio abrupto e injustificado vulnere el equilibrio procesal. Esto es así, porque en punto de la carga de la prueba, las partes en principio están ligadas por la regla general, según la cual: quien alega un hecho debe demostrarlo, salvo que se trate de un hecho notorio, una afirmación indefinida o una presunción como la establecida por la jurisprudencia en este caso para los padres. De este modo, estas asumen las cargas que el estado de la ley o la jurisprudencia imponen, para el caso, la demandante solo debía demostrar que su hija estaba en el rango de 18 a 25 años para beneficiarse de la inferencia, entre tanto la demandada debía desvirtuar que la joven Milena Andrea Santamaría colabora en la economía familiar. (...) variar la regla de la experiencia, debidamente sustentada en la jurisprudencia le cambia a la parte actora las cargas en desmedro de sus garantías procesales.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

San Antonio, Tolima, seis (6) abril de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 05001-23-31-000-2001-03068-01(46005)

Actor: DARÍO DE JESÚS SANTAMARÍA LORA Y OTROS

Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA, EJÉRCITO NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE

De conformidad con el num. 7 del art. 33 del Reglamento Interno del Consejo de Estado -Acuerdo n.º 58 de 1999, modificado por el art. 1 del Acuerdo n.º 35 de 2001-, procedo a consignar las razones por las cuales salvo parcialmente el voto en el asunto de la referencia.

1. Se modifica la sentencia de 22 de mayo de 2012 de la Sala de Descongestión, Subsección de Reparación Directa, del Tribunal Administrativo de Antioquia, por medio de la cual se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda formulada con ocasión de la muerte de la joven Milena Andrea Santamaría en hechos ocurridos el 18 de febrero de 2001. Así mismo, se unifica la jurisprudencia de la Sección en relación a i) la competencia del juez de segunda instancia frente al recurso de quien actúa como apelante único y ii) las condiciones para el reconocimiento del lucro cesante a favor de los padres del hijo que fallece.

2. Aunque comparto la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada por la muerte de la joven y la unificación que realizó la Sala sobre la competencia del juez en materia de apelación, no así la decisión de negar el lucro cesante a los padres y las razones unificadas que la Sala esgrimió con dicho propósito, no solo porque la realidad impedía modificar la jurisprudencia, construida esa sí con base en reglas de la experiencia, sino también por lo sorpresivo de la modificación en la que se imponen cargas, que comportan nuevas estructuras argumentativas y probatorias.

3. En la providencia de la que me aparto, parcialmente, la Sala consideró necesario revisar la inferencia fundada en el artículo 411 del Código Civil²⁵ para el reconocimiento del lucro cesante en favor de los padres del hijo que habita la casa paterna hasta la edad de 25 años, argumentando que no puede coexistir con aquella según la cual los padres contribuyen al sostenimiento económico de sus hijos hasta que éstos alcancen esa misma edad.

La mayoría consideró que i) si un hijo requiere de la ayuda económica de sus padres hasta que cumple los 25 años es porque no está en capacidad de procurarse a sí mismo ni a un tercero todo lo que necesita para subsistir; ii) no existe una regla de la experiencia que dé sustento a esta inferencia cuando se conoce que los jóvenes en Colombia enfrentan importantes barreras para el acceso y la permanencia en el mercado

²⁵ La norma en cita señala: “...Se debe alimentos:...3. A los ascendientes...”.

laboral y *iii*) legalmente no se deben alimentos a quien tiene los medios para procurarse su propia subsistencia y que no está obligado a ellos aquel que no cuenta con los recursos económicos para proporcionarlos.

Bajo esta lógica, la Sala Plena unificó su jurisprudencia para señalar que no puede presumirse que la muerte de una persona menor de 25 años genera una pérdida de ingresos cierta a favor de sus padres. Esto es echó de menos la demostración de *i*) la contribución económica con el sostenimiento del hogar paterno o materno y *ii*) que los padres no tiene los medios para procurarse su propia subsistencia, bien porque están desempleados, enfermos o sufren de alguna discapacidad.

Tesis que la Sala aplicó al caso concreto, para negar el lucro cesante, habida cuenta que no se demostró que la joven Santamaría López aportaba a la economía familiar, más si se tiene en cuenta que se demostró que para esa época estaba estudiando.

4. En razón de lo anterior, debo extrañar un estudio sobre el ingreso de los jóvenes en el que se consideren diferentes variables, no solo la dificultad de su acceso al mercado de trabajo, en particular si se considera que existe un número significativo de casos en los que se impone a los hijos participar en la generación de ingresos, desde que legamente les es autorizado dada la precariedad de la economía familiar, incluso en desmedro de su proyecto educativo o teniendo que combinarlo. Es que, en la actualidad, no es raro que aún los padres formen a sus hijos con la visión de que estos tienen la obligación de proveerlos económicamente, incluso en la adultez.

Desde esta perspectiva, considero que el solo hecho de que el Estado y la sociedad como conjunto no ofrezcan trabajo de calidad a los jóvenes no puede tomarse para desconocer una realidad que aún tiene vigencia en nuestra sociedad. En efecto, de acuerdo con el boletín del DANE sobre pobreza monetaria y multidimensional para el año 2017 se concluye que la

pobreza monetaria²⁶ es del 26,9% y la pobreza extrema del 7.4%, datos que si bien muestran una tendencia a la baja²⁷, resultan, todavía, significativamente altos; además no se puede desconocer que el sector que ha superado esa línea y comienza a engrosar lo que se denomina la clase media baja, ante la escases de ingresos y los altos costos de la vida, de ordinario, siguen demandando de la solidaridad familiar para solventar los gastos básicos en materia de salud, educación, etc ²⁸.

Por estas razones, a diferencia de lo señalado por la mayoría considero que la regla de la mayoría de edad sigue teniendo plena validez, para con fundamento en el artículo 411 del Código Civil considerar que salvo prueba en contrario los hijos ayudan a sus padres, hasta la edad en que, de ordinario, conforman un hogar propio.

²⁶ El DANE en el informe en el Boletín 2017 sobre pobreza monetaria y multidimensional explica: *“La medición de la pobreza se hace tradicionalmente de forma directa e indirecta, siguiendo la clasificación de Amartya Sen (1981). El método directo evalúa los resultados de satisfacción (o no privación) que tiene un individuo respecto a ciertas características que se consideran vitales como salud, educación, empleo, entre otras. En Colombia se realiza la medición directa por medio del Índice de Pobreza Multidimensional (IPM). Por otra parte, el método indirecto busca evaluar la capacidad adquisitiva de los hogares respecto a una canasta, para esto observa su ingreso, el cual es un medio y no un fin para lograr la satisfacción; cuando esta canasta incluye todos los bienes y servicios considerados mínimos vitales se habla de la pobreza monetaria general, mientras que cuando solo se considera los bienes alimenticios se habla de la pobreza monetaria extrema.*

El cálculo de la pobreza monetaria fue rediseñado durante los últimos años por la Misión para el Empalme de las Series de Empleo, Pobreza y Desigualdad (MESEP), constituida por expertos nacionales e internacionales en el tema, técnicos del Departamento Nacional de Planeación (DNP) y del Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). La metodología de la pobreza multidimensional nunca antes había sido medida oficialmente en Colombia. Ésta fue diseñada por el Departamento Nacional de Planeación (DNP) con base en la adaptación de la metodología de Alkire y Foster para Colombia, y transferida al DANE durante el año 2012. Mediante CONPES 150 de 2012, el DANE está oficialmente encargado del cálculo y divulgación de las cifras”. En el glosario del boletín los conceptos en estudio se definen así: “Pobreza extrema o indigencia monetaria: ocurre cuando el ingreso mensual per cápita de un hogar se sitúa por debajo de la línea de indigencia (pobreza extrema) monetaria. Pobreza monetaria: ocurre cuando el ingreso mensual per cápita de un hogar se sitúa por debajo de la línea de pobreza monetaria. Pobreza extrema o indigencia monetaria: ocurre cuando el ingreso mensual per cápita de un hogar se sitúa por debajo de la línea de indigencia (pobreza extrema) monetaria. Pobreza monetaria: ocurre cuando el ingreso mensual per cápita de un hogar se sitúa por debajo de la línea de pobreza monetaria”.

²⁷ En el año 2016 los índices estaban en el 28% y 8,5 % respectivamente.

²⁸ En:

https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/condiciones_vida/pobreza/bol_pobreza_17.pdf. Consultado el 12 de junio de 2018 a las 3: 48 p.m.

5. Finalmente, no puedo dejar de señalar que la Sala al variar su jurisprudencia, basada en un presunto cambio en las condiciones sociales, rompió el equilibrio procesal en materia probatoria, pues en este punto el demandante, amparado por la jurisprudencia vigente no se preocupó por demostrar la contribución de la víctima directa a la economía familiar.

Al respecto, debo señalar que si bien los cambios de jurisprudencia pueden ocurrir deberán responder al cambio de las circunstancias²⁹, de manera que las partes puedan preverlo y adecuar la gestión procesal. De ahí que, un cambio abrupto e injustificado vulnere el equilibrio procesal.

Esto es así, porque en punto de la carga de la prueba, las partes en principio están ligadas por la regla general, según la cual: *quien alega un hecho debe demostrarlo*, salvo que se trate de un hecho notorio, una afirmación indefinida o una presunción como la establecida por la jurisprudencia en este caso para los padres. De este modo, estas asumen las cargas que el estado de la ley o la jurisprudencia imponen, para el caso, la demandante solo debía demostrar que su hija estaba en el rango de 18 a 25 años para beneficiarse de la inferencia, entre tanto la demandada debía desvirtuar que la joven Milena Andrea Santamaría colabora en la economía familiar.

Al respecto, resulta ilustrativo recordar que la implementación por vía jurisprudencial del principio de carga dinámica de la prueba, para imponerla en el fallo a quien estaba en mejor situación de demostrar, demandó la intervención de legislador en orden a garantizar el derecho al debido proceso de la partes. De este modo, en la actualidad es posible su aplicación antes de que dicte sentencia de primera instancia, pero en todo caso, garantizando su contradicción³⁰.

²⁹ Ver salvamento de voto a sentencia de Sala Plena de Sección Tercera del 27 de junio de 2017, radicado 50001-23-31-000-2000-30072 01(33945)B

³⁰ El artículo 167 del Código General del Proceso establece: “...*Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.*//No obstante, según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir, la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del

De este modo, variar la regla de la experiencia, debidamente sustentada en la jurisprudencia le cambia a la parte actora las cargas en desmedro de sus garantías procesales.

En los anteriores términos dejó sustentado mi salvamento parcial de voto.

FECHA UT SUPRA

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO

SALVAMENTO DE VOTO DE LA DOCTORA MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

MARCO FUNDAMENTAL DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA – Frente al recurso de apelación / INEXISTENCIA DE MENCIÓN O CUESTIONAMIENTO EN RELACIÓN CON LOS PERJUICIOS MATERIALES RECONOCIDOS POR EL A QUO, EN EL ESCRITO DE APELACIÓN / INEXISTENCIA DE CARGA ARGUMENTATIVA / INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA QUE NEGÓ PERJUICIOS MATERIALES RECONOCIDOS EN PRIMERA INSTANCIA / INEXISTENCIA DE MÉTODO DE HERMENEÚTICA SOBRE EL RECURSO DE APELACIÓN / INEXISTENCIA DE SOPORTE DE VALORACIÓN NORMATIVA

La razón primordial del salvamento de voto estriba en que, en parte alguna del recurso de apelación, la Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional se ocupó de mencionar y/o cuestionar los perjuicios materiales reconocidos en primera instancia, ni de manera general, ni en forma específica. Más aún, la apelante no desplegó carga argumentativa alguna que pueda comprender los perjuicios materiales, ni referir la relación consecuencial de los mismos con lo

proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. La parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio, por tener en su poder el objeto de prueba, por circunstancias técnicas especiales, por haber intervenido directamente en los hechos que dieron lugar al litigio, o por estado de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte, entre otras circunstancias similares.//Cuando el juez adopte esta decisión, que será susceptible de recurso, otorgará a la parte correspondiente el término necesario para aportar o solicitar la respectiva prueba, la cual se someterá a las reglas de contradicción previstas en este código...”

alegado en el recurso de apelación. (...) el análisis general de la postura mayoritaria se quedó en los elementos materiales de la argumentación y falló en el desarrollo de esa premisa sobre los aspectos fácticos. Además, no se invocó método de hermenéutica sobre el recurso de apelación ni soporte de valoración normativo alguno para respaldar las conclusiones. (...) no se completó un razonamiento suficiente en todos los aspectos que eran requeridos, tanto para abrir paso a la unificación de la jurisprudencia, como para revocar la reparación del perjuicio material que fue concedida por el Tribunal a quo por concepto de lucro cesante futuro.

CAMBIO DE PRESUNCIÓN EN EL COMPONENTE DE LA RENTA DENTRO DE LA FÓRMULA DE LUCRO CESANTE FUTURO / VIOLACIÓN DE DERECHOS DE LOS PADRES DE HIJO FALLECIDO / TESIS DE REPARACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES ABORDADA POR EL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA – No guarda relación con los argumentos expuestos en el escrito de apelación / FAVORECIMIENTO A LOS INTERESES DE LA NACIÓN – Variación en la interpretación sobre asunto procesal que no fue recurrido con el objeto de unificar jurisprudencia / INCONGRUENCIA DE LA SENTENCIA QUE NEGÓ PERJUICIOS MATERIALES RECONOCIDOS EN PRIMERA INSTANCIA – Pretensión no recurrida

[S]e construyó una supuesta conexión entre los argumentos de la apelación - referidos a la responsabilidad- y la condena por concepto de lucro cesante futuro, para entrar a cambiar la presunción que se venía utilizando en el componente de la renta dentro de la fórmula del lucro cesante futuro, lo cual, en este caso particular, obró en violación de los derechos de los padres de la joven fallecida que hacían parte del grupo familiar demandante. Sin perjuicio de que las consideraciones acerca de la improcedencia de las presunciones resulten teóricamente aceptables, lo cierto es que en este fallo se favoreció a la Nación, variando la interpretación sobre un aspecto en el que su conducta procesal reveló que se encontraba conforme. Además, la tesis de la reparación de perjuicios materiales se abordó en una materia que no guardaba relación con los argumentos sobre los que se apoyó el recurso de apelación, los cuales, se repite, versaron sobre i) la supuesta culpa exclusiva y ii) el quantum de los perjuicios morales reconocidos en primera instancia. (...) si el argumento que atacó la responsabilidad hubiera triunfado, se habría revocado toda la condena, por cuanto no puede imputarse el perjuicio cuando el Estado no está obligado a responder, pero de esa apreciación no se colige que la argumentación versara sobre el perjuicio material. Por otra parte, se destaca –y se repite una vez más- que en materia de perjuicios la apelación solo se refirió al quantum de los morales y solo se argumentó sobre ello. Como consecuencia, estimo incongruente el contenido del recurso de apelación frente al anuncio de unificación de la jurisprudencia.”

MARCO FUNDAMENTAL DE COMPETENCIA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA – Unificación de jurisprudencia / APLICACIÓN DE UNA REGLA CONTRARIA AL ENUNCIADO GENERAL SOBRE EL CUAL SE REALIZÓ LA UNIFICACIÓN / INEXISTENCIA DE RAZONES LEGALES Y CONSTITUCIONALES PARA EXCEPCIONAR LA COMPETENCIA ROGADA DEL JUEZ DE SEGUNDA INSTANCIA

Aunque la sentencia no es clara en lo que unificó en materia de competencia, me permito expresar la tesis que infiero de ella, (...) Desde el punto de vista de la hermenéutica que siguió la sentencia, observo que no razonó adecuadamente sobre los condicionamientos que estaban inmersos en los puntos i) y ii) de la premisa conceptual que –según parece- esbozó y destacó que omitió detenerse

en el análisis fáctico para aplicar al caso concreto el enunciado de la argumentación general. (...) la sentencia terminó aplicando una regla contraria al enunciado general sobre el cual se cerró la unificación. La postura procesal de la parte actora no podía ser reinterpretada con base en un argumento general, ni tenía la idoneidad para ser encausada hacia la revocación de la condena de perjuicios materiales en el caso particular. (...) no se evidenció razón legal ni constitucional para excepcionar la regla de la competencia rogada del ad quem.”

COMPONENTES DEL LUCRO CESANTE / APLICACIÓN DE REGLAS DE LA EXPERIENCIA PARA LA ACTUALIZACIÓN DE LA RENTA – Prohibición / APLICACIÓN DE INFERENCIAS ESTADÍSTICA PARA LA ACTUALIZACIÓN DE LA RENTA – Prohibición / CÁLCULO DEL LUCRO CESANTE – Fórmula financiera

[L]a renta actualizada (Ra) debe partir de la prueba de que la víctima tenía una renta (salarios o ingresos) para la época de los hechos. (...) no se puede acudir a una supuesta regla de la experiencia ni a una inferencia estadística para sustituir la prueba de la renta o ingreso de la víctima. (...) aunque la Sala se apoyó en la referencia a una estadística actual sobre el desempleo (...) la estadística nada prueba sobre los hechos del proceso en particular. Aunque estaba por fuera del debate en la apelación, es cierto que si la joven no demostró ingresos nada se puede presumir acerca de que los podría tener al cumplir los 25 años. (...) en cuanto a los factores para desplegar la fórmula financiera de cálculo del lucro cesante, actualmente se puede acudir a los datos técnicamente contruidos, abandonando las antiguas presunciones basadas en la regla de la experiencia que fueron contruidas por la jurisprudencia.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

San Antonio, Tolima, seis (6) abril de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 05001-23-31-000-2001-03068-01(46005)

Actor: DARÍO DE JESÚS SANTAMARÍA LORA Y OTROS

Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA, EJÉRCITO NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

SALVAMENTO DE VOTO

Con el respeto que profeso por las decisiones de la Sala mayoritaria, me permito expresar las razones que me llevaron a salvar el voto respecto de la

decisión adoptada a través de la sentencia de 6 de abril de 2018, mediante la cual se resolvió modificar la sentencia proferida el 22 de mayo de 2012 por la Sala de Descongestión, Subsección de Reparación Directa del Tribunal Administrativo de Antioquia, en el sentido de revocar la condena impuesta frente al pago del el lucro cesante consolidado que fue concedido en primera instancia a los señores Darío de Jesús López Santamaría y Luz Esthela López de Santamaría, padres de la joven Milena Andrea Santamaría López, fallecida en los hechos ocurridos el 18 de febrero de 2001 en el municipio de Caldas, departamento de Antioquia.

1. Incongruencia de la sentencia

La razón primordial del salvamento de voto estriba en que, en parte alguna del recurso de apelación, la Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional se ocupó de mencionar y/o cuestionar los perjuicios materiales reconocidos en primera instancia, ni de manera general, ni en forma específica. Más aún, la apelante no desplegó carga argumentativa alguna que pueda comprender los perjuicios materiales, ni referir la relación consecencial de los mismos con lo alegado en el recurso de apelación.

Respetuosamente considero que el análisis general de la postura mayoritaria se quedó en los elementos materiales de la argumentación y falló en el desarrollo de esa premisa sobre los aspectos fácticos. Además, no se invocó método de hermenéutica sobre el recurso de apelación ni soporte de valoración normativo alguno para respaldar las conclusiones³¹.

Por ello, estimo que no se completó un razonamiento suficiente en todos los aspectos que eran requeridos, tanto para abrir paso a la unificación de la jurisprudencia, como para revocar la reparación del perjuicio material que fue concedida por el Tribunal *a quo* por concepto de lucro cesante futuro.

³¹ Para hacer énfasis en las razones del salvamento de voto, me parece pertinente citar aquí la doctrina reconocida en hermenéutica jurídica: Manuel Atienza, *Curso de Argumentación Jurídica*, Editorial Trotto S.A., Madrid 2013, *Cómo analizar argumentaciones? cuestiones controvertidas y casos difíciles*, páginas 432 a 434.

“Cuestiones procesales (...), // De manera que las cuestiones procesales son cuestiones normativas y fácticas, pero que tienen ciertas particularidades, puesto que pueden encajarse bajo determinadas categorías doctrinales (...). Lo cual hace en definitiva que en relación con las mismas rijan ciertos criterios interpretativos (cómo ocurría –por cierto- en la tradición retórica), en relación con las de carácter sustantivo.

“Cuestiones de prueba....Por otro lado, las cuestiones de prueba contienen también siempre un aspecto normativo, institucional, y por ello el razonamiento probatorio judicial no se identifica con el del historiador

2. Análisis de la apelación en el caso concreto

Para demostrar la incongruencia en que incurrió el fallo, en cuanto revocó la condena por perjuicios materiales *-en el ordinal tercero de la parte resolutive³²-*, me permito transcribir el contenido de la apelación formulada por la entidad demandada (se transcribe en forma literal, incluso con errores):

“MILENA LLANOS OBANDO, mayor de edad y con domicilio en la ciudad de Medellín, Abogada en ejercicio y portadora de la Tarjeta Profesional No. 179.657 del C.S. de la J., actuando en mi calidad de apoderada especial de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJÉRCITO NACIONAL, muy respetuosamente me permito, en término oportuno, presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho el día 22 de Mayo de 2012 de conformidad con los siguientes argumentos:

*“Se puede **demostrar claramente la ausencia de responsabilidad** del Ministerio de Defensa en los hechos de la demanda, en primer término **no vislumbra falla alguna por acción u omisión** sino por el contrario la adecuación típica del eximente de responsabilidad como fue la CULPA EXCLUSIVA Y DETERMINANTE DE LA VICTIMA, la cual se demuestra mediante los siguientes medios de prueba a saber:*

[Aquí se presenta la relación de pruebas, en las que se soportó el argumento de la ausencia de responsabilidad]

“2. DE LOS PERJUICIOS MORALES CONCEDIDOS A LOS HERMANOS DE LA VICTIMA y POR LA LESION DE LA MENOR LEIDI YULIANA VASQUEZ

“El Consejo de Estado en varias oportunidades y como lineamiento en sus condenas ha señalado que a los hermanos se les concede un máximo hasta 50 S.M.M.L.V, valor que ha considerado justo por el perjuicios moral padecido, por lo que lo concedido por la A quo (70 S.M.M.L.V) es desproporcional y lesiona el patrimonio del Estado.

“En este sentido, la Entidad no se encuentra conforme con que la señora Magistrada desborde los limites jurisprudencial impuestos por el Consejo de Estado, y de esta manera lesione el patrimonio de la Entidad.

“Así mismo, los perjuicios concedidos a la menor LEIDY YULIANA VASQUEZ CANO y a su grupo familiar, no tiene soporte probatorio pues no se probó el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral para así cuantificar el daño, por lo que es desproporcional suponer y

(...). El juez tiene que combinar el manejo racional de la prueba, de la inducción, con el derecho probatorio que forma parte de su sistema jurídico. (...).

³² “TERCERO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda”.

condenar en 80 S.M.M.L.V para este grupo familiar, cuando no hay elementos con que sustentar este monto de la condena.

*“Así las cosas, solicito al Honorable Consejo de Estado disminuya los perjuicios concedidos por la A quo a la familia de la menor LEIDY YULIANA VASQUEZ CANO y **también los perjuicios morales concedidos a los hermanos** de MILENA ANDREA SANTAMARIA.*

*“Así las cosas, se le solicita al Honorable Consejo de Estado se sirva revocar la sentencia de primera instancia. Subsidiariamente **disminuya los perjuicios morales concedidos a los hermanos de MILENA ANDREA SANTAMARIA LOPEZ** y los perjuicios morales concedidos al grupo familiar de la menor LEIDY YULIANA VASQUEZ CANO, pues dentro del proceso la parte demandante en ningún momento llegó a cuantificar el daño, por lo que lo concedido por la A quo lesiona el patrimonio de la Entidad”* (la negrilla no es del texto).

Considero que en la sentencia de 6 de abril de 2018 se interpretó el alcance del recurso de apelación en favor de la entidad estatal actora y en contra de los padres de la joven fallecida, con fundamento en un criterio equivocado de la relación entre los argumentos generales antes expuestos y el aspecto de los perjuicios materiales, según se aprecia en el siguiente razonamiento:

*“19. Este entendimiento del principio de congruencia y de los límites competenciales del ad quem frente el recurso de apelación es el que la Sala acoge y reitera, de manera que **si se apela un aspecto global de la sentencia, el juez adquiere competencia para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único**”.*

Me permito resaltar los siguientes párrafos de la sentencia, que sirvieron de fundamento a la mayoría de la Sala Plena de la Sección Tercera para entrar a examinar la condena por concepto de lucro cesante consolidado y a modificar la sentencia de primera instancia en ese aspecto. La siguiente transcripción se realiza con el propósito de evidenciar que *-con argumentos generales-* se abordó un aspecto que evidentemente no estaba comprendido en la apelación de la parte demandada y, por tanto, constituyó una ampliación del contenido del recurso de apelación, el cual, a mi juicio, configuró un giro sorpresivo, que involucró un aspecto que no estaba inmerso en el recurso de apelación antes transcrito, ni podía inferirse del mismo (se transcribe en forma literal, incluso con errores):

*“20. En el caso concreto, la entidad demandada apeló la sentencia de primera instancia con el objeto de que se revisara la decisión de declararla administrativamente responsable por la muerte de Milena Andrea Santamaría López y por la afectación del estado de salud de Leidy Yuliana Vásquez Cano, y de condenarla **a pagar***

indemnizaciones en cuantías que, en su criterio, no se compadecen con la intensidad de los perjuicios morales padecidos por algunos de los demandantes”.

*“21. En consecuencia, la Sala, atendiendo al criterio expuesto y a la prohibición de la reformatio in pejus, **revisará todos aquellos aspectos que son desfavorables a la entidad demandada y que son consecuencia directa de la declaratoria de su responsabilidad**, lo cual incluye -en el evento de ser procedente- no solo la condena por perjuicios morales, **sino también por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante**.*

“(…).

*“45. Procede la Sala a fijar el monto de los perjuicios de conformidad con las pretensiones de la demanda, las pruebas que obran dentro del proceso y las razones de la apelación, no sin antes reiterar que, **atendiendo al objeto del recurso, que no es otro que se revoque integralmente el fallo apelado y, consecuentemente, cualquier decisión que sea contraria a los intereses de la entidad demandada, el juez de segunda instancia está facultado para modificar o corregir lo relativo a las condenas por perjuicios morales y materiales que fueron impuestas por el a-quo**”* (la negrilla no es del texto).

En mi criterio, se construyó una supuesta conexión entre los argumentos de la apelación *-referidos a la responsabilidad-* y la condena por concepto de lucro cesante futuro³³, para entrar a cambiar la presunción que se venía utilizando en el componente de la renta dentro de la fórmula del lucro cesante futuro, lo cual, en este caso particular, obró en violación de los derechos de los padres de la joven fallecida que hacían parte del grupo familiar demandante.

Sin perjuicio de que las consideraciones acerca de la improcedencia de las presunciones resulten teóricamente aceptables, lo cierto es que en este fallo se favoreció a la Nación, variando la interpretación sobre un aspecto en el que su conducta procesal reveló que se encontraba conforme.

³³ Me refiero a la siguiente resolución de la sentencia de primera instancia, que claramente no estaba incluida en los argumentos de la apelación:

” 2.2. perjuicios materiales.

-a favor del señor Darío de Jesús Santamaría Lora por concepto de indemnización consolidada o pasada la suma de veintisiete millones cuatrocientos ochenta y cuatro mil trescientos treinta y ocho pesos con setenta y seis centavos (\$27.484.338.76). -a favor de la señora Luz Esthela López de Santamaría por concepto de indemnización consolidada o pasada la suma de veintisiete millones cuatrocientos ochenta y cuatro mil trescientos treinta y ocho pesos con setenta y seis centavos (\$27.484.338.76)”.

Además, la tesis de la reparación de perjuicios materiales se abordó en una materia que no guardaba relación con los argumentos sobre los que se apoyó el recurso de apelación, los cuales, se repite, versaron sobre i) la supuesta culpa exclusiva y ii) el *quantum* de los perjuicios morales reconocidos en primera instancia.

Por otra parte, aunque la sentencia expuso que no se modificó -y *por el contrario se reiteró*- la jurisprudencia acerca de los límites que la carga argumentativa del apelante impone al juez *ad quem*, la Sala decidió en contravía de esa consideración, asumiendo que era viable un análisis especial para este caso, debido a la supuesta relación con los argumentos generales del recurso, la cual no se presentó.

La Sala pasó por alto que el concepto de lucro cesante futuro no se desprende de la apelación general sobre la responsabilidad, no constituye una categoría ni sub especie del concepto de responsabilidad, ni es una consecuencia del mismo.

Se puntualiza que la responsabilidad se apeló con base en la apreciación de las pruebas, para buscar un cambio acerca de la estimación de la conducta de la víctima y, concretamente, la carga argumentativa en materia de responsabilidad se enfocó sobre la parte fáctica que llevaría al concepto de culpa exclusiva de la víctima, aspecto que, a todas luces, no se conecta con el perjuicio material ni con las presunciones de renta futura que resolvió abocar la Sala.

Es claro que, si el argumento que atacó la responsabilidad hubiera triunfado, se habría revocado toda la condena, por cuanto no puede imputarse el perjuicio cuando el Estado no está obligado a responder, pero de esa apreciación no se colige que la argumentación versara sobre el perjuicio material.

Por otra parte, se destaca -y se repite una vez más- que en materia de perjuicios la apelación solo se refirió al *quantum* de los morales y solo se argumentó sobre ello.

Como consecuencia, estimo incongruente el contenido del recurso de apelación frente al anuncio de unificación de la jurisprudencia sobre “*las condiciones para el reconocimiento del lucro cesante a favor de los padres del hijo*”

que fallece” y la aplicación concreta que se dio a esa tesis al definir la parte resolutive del fallo de segunda instancia.

3. El alcance de la unificación en cuanto a la competencia del *ad quem*

Aunque la sentencia no es clara en lo que unificó en materia de competencia, me permito expresar la tesis que infiero de ella, con el propósito de formular algunos reparos adicionales que soportan el presente salvamento de voto:

La sentencia afirmó que el *ad quem* tenía competencia para abrir una apelación sobre la declaración de responsabilidad pasando al examen de los perjuicios, cuando: i) se desprenda de la argumentación general presentada por el apelante, o ii) corresponda a un análisis consecuencial de la misma argumentación expuesta en la apelación. Como he expuesto, esos supuestos no se presentaban en el sub lite³⁴.

Desde el punto de vista de la hermenéutica que siguió la sentencia, observo que no razonó adecuadamente sobre los condicionamientos que estaban inmersos en los puntos i) y ii) de la premisa conceptual que –*según parece*– esbozó y destaco que omitió detenerse en el análisis fáctico para aplicar al caso concreto el enunciado de la argumentación general.

Por ello, sostengo que la sentencia terminó aplicando una regla contraria al enunciado general sobre el cual se cerró la unificación.

La postura procesal de la parte actora no podía ser reinterpretada con base en un argumento general, ni tenía la idoneidad para ser encausada hacia la revocación de la condena de perjuicios materiales en el caso particular. Agrego que no se evidenció razón legal ni constitucional para excepcionar la regla de la

³⁴ Debo reseñar que la sentencia reconoció la pertinencia de la jurisprudencia anterior y que **NO fundó una regla que permita aseverar que: siempre que se apele la responsabilidad, el ad quem tiene competencia para pronunciarse sobre el perjuicio**. Tal aseveración no está en el texto de la sentencia, ni en las consideraciones, ni en las resolutivas y, por ello, advierto el riesgo de que se adopte esa postura, más allá de lo que la sentencia misma dispuso. Aunque parezca obvio, la hermenéutica de las premisas no puede invertirse – *siempre que se apele el perjuicio el ad quem tiene competencia para pronunciarse sobre la responsabilidad*, dado que esa inferencia llegaría al absurdo de suponer la conmutatividad de los argumentos y, lo que es peor, se adoptaría una regla en contra del derecho de defensa, de la igualdad de las partes en el proceso y de la justicia en el derecho de daños.

competencia rogada del *ad quem*.

4. Anotación final sobre los componentes del lucro cesante

Finalmente, como en la Sala no existió espacio suficiente para razonar sobre la debida prueba de la renta o ingreso que se incluye en las fórmulas de lucro cesante, me permito puntualizar que, en efecto, la renta actualizada (Ra) debe partir de la prueba de que la víctima tenía una renta (salarios o ingresos) para la época de los hechos.

Estoy de acuerdo con que no se puede acudir a una supuesta regla de la experiencia ni a una inferencia estadística para sustituir la prueba de la renta o ingreso de la víctima.

En ese aspecto, aunque la Sala se apoyó en la referencia a una estadística actual sobre el desempleo, debo precisar que la estadística nada prueba sobre los hechos del proceso en particular. Aunque estaba por fuera del debate en la apelación, es cierto que si la joven no demostró ingresos nada se puede presumir acerca de que los podría tener al cumplir los 25 años.

Un aspecto distinto -y *adicional*- en el uso válido de la estadística para la liquidación del lucro cesante futuro versa sobre otros factores de la fórmula financiera que utiliza el Consejo de Estado para establecer el monto de la condena. Me refiero a la tasa de interés (i) y al período de vida probable (n), los cuales tienen que asumirse sobre la base de una proyección financiera que obviamente utiliza la herramienta estadística, dado que se trata de una renta futura que se trae a valor presente con el factor de tiempo de vida probable, sobre lo cual no existe un comportamiento cierto. Sin embargo, por exceder la materia de este salvamento, me limito a enunciar esos factores, por cuanto estimo que deben actualizarse en el uso de las respectivas fórmulas.

Concluyo dejando esbozado que, en cuanto a los factores para desplegar la fórmula financiera de cálculo del lucro cesante, actualmente se puede acudir a los datos técnicamente contruidos, abandonando las antiguas presunciones

basadas en la regla de la experiencia que fueron construidas por la jurisprudencia³⁵.

En este sentido, con el mayor respeto por la decisión en comento, dejo expresado mi salvamento de voto.

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO
Consejera de Estado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL DOCTOR RAMIRO PAZOS GUERRERO

RECONOCIMIENTO DE LUCRO CESANTE A FAVOR DE LOS PADRES DE HIJO QUE FALLECE / MUERTE DE HIJO MENOR EDAD / MENORES DE EDAD NO PUEDEN TRABAJAR – Excepción. Casos especiales / PRESUNCIÓN DE SOSTENIMIENTO A LOS PADRES – Hijos entre los 18 y 25 años / SOSTENIMIENTO ECONÓMICO A LOS PADRES POR PARTE DE LOS HIJOS QUE ESTÁN EN EDAD DE TRABAJAR – Presunción válida

[L]os menores de edad, solo de manera excepcional pueden trabajar. Habilitar un entendimiento diferente sobre el particular sería auspiciar un escenario indeseable y contrario al ordenamiento jurídico. Lo anterior sin perjuicio de los casos especiales, en los cuales dadas las condiciones socioeconómicas, culturales, de contexto, etc., puedan darse ese tipo de reconocimientos para los padres de menores de edad trabajadores, pero ello, se insiste, es especial y excepcional. Los hijos mayores de 18 y menores de 25 años son los que deben ser cobijados por la presunción que se advierte en la sentencia que aclaro. Es bajo el anterior entendimiento que compartí la sentencia objeto de este escrito, observación que es relevante si se tiene en cuenta que en el sub judice la víctima por la cual se reclamaba el perjuicio tenía 16 años de edad, sin que en ningún momento la sentencia que aclaro hiciera mención alguna a este hecho, el que resultaba

³⁵ Aunque las fórmulas financieras constituyen un método técnico y correcto para liquidar el valor del lucro cesante futuro, debe reflexionarse sobre la escogencia de los factores que se incorporan en ellas para actualizar la renta. Se sugiere utilizar datos oficiales sobre esos tópicos, esto es, los criterios de actuaria que invocó la Ley 448 de 1998. Como no era pertinente en ese debate, no cuestioné la práctica consistente en ajustar o escalonar el dato de la renta una vez actualizada al salario mínimo legal vigente actual. En este salvamento, a propósito de la improcedencia de una renta presunta, debo advertir que el ajuste de la renta actualizada no se puede presumir, ni se compadece con la lógica de la fórmula financiera, toda vez que se aplica a un período pasado, en este caso, la muerte de la víctima. Por ello, en mi criterio, en el cálculo de la renta actualizada debe usarse el dato del salario o renta probada, actualizado con IPC como “Ra”, para efectos de calcular la rentabilidad durante el tiempo de vida probable, sin incorporar otros ajustes al dato de la renta probada. Por otra parte, también a propósito de la improcedencia de los supuestos presuntos, considero que se debe abandonar la utilización de la tasa fija del Código Civil (6% a su equivalente, en términos efectivos, de 0.004867), para introducir, en su lugar, las tasas del mercado vigentes a la fecha de la sentencia, esto es la DTF o la DTF pensional, para el lucro cesante consolidado y el lucro cesante futuro, respectivamente. La Corporación debe reflexionar sobre el supuesto de la tasa fija que se introdujo hace 30 años, toda vez que ya no cuenta con un respaldo fáctico ni normativo aplicable a la responsabilidad del Estado, en cuanto no refleja el costo de oportunidad del dinero que el Estado debe reconocer dentro de su deber de reparación integral. En el estado actual de las tasas de interés, la utilización del 0,004867 debe ser debatida, toda vez que puede generar una sobre indemnización, en beneficio de unas víctimas sobre otras, o una inequidad, en relación con la renta que habrían obtenido los afectados de no haber ocurrido el daño antijurídico. De la misma forma, el uso de la tasa fija representa un riesgo de inequidad, en aquellos casos en que la indemnización resulte inferior a la que se habría obtenido utilizando el referente real del mercado.

determinante para la suerte de la pretensión discutida o, al menos, para precisar el alcance de este tipo de pretensiones en tratándose de menores de edad.

RECONOCIMIENTO DE LUCRO CESANTE A FAVOR DE LOS PADRES DE HIJO QUE FALLECE / NECESIDAD DE PROBAR LA ACTIVIDAD PRODUCTIVA DEL HIJO Y SU AYUDA AL HOGAR PATERNO O MATERNO / RECONOCIMIENTO DE LUCRO CESANTE SOLO A FAVOR DE LOS PADRES QUE RECIBEN ALIMENTOS – Premisa no compartida / PADRES QUE DEMUESTREN LA PÉRDIA DE LUCRO CESANTE – Procede su reconocimiento sin exigir la condición de ser beneficiarios de alimentos o no

Aunque me parece afortunada la primera exigencia sobre la necesidad de probar la actividad productiva del hijo y su ayuda al hogar paterno o materno, no así la limitación de que los únicos destinatarios de este perjuicio sean los padres beneficiarios de la obligación alimentaria. El lucro cesante que se reclama en sede de responsabilidad extracontractual tiene que ver con aquella ganancia que se deja de percibir. En ese orden, la Sala cercenó la posibilidad de que los padres que recibían ayuda de sus hijos, pero que no son beneficiarios de alimentos, reclamaran este perjuicio. Entendimiento que es difícil de compartir, en tanto quienes demuestren la pérdida de ese lucro cesante (vale agregar, en condiciones en que pueda considerarse como tal), deberían hacerse merecedores a su reconocimiento, sin que influya en la suerte de esa pretensión la condición de beneficiarios de alimentos o no. En otras palabras, la condición exigida por la Sala es uno de los eventos donde es posible este reconocimiento, pero no el único.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

San Antonio, Tolima, seis (6) abril de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 05001-23-31-000-2001-03068-01(46005)

Actor: DARÍO DE JESÚS SANTAMARÍA LORA Y OTROS

Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA, EJÉRCITO NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el acostumbrado respeto me permito exponer la razón por la cual aclaré la sentencia del 6 de abril de 2018 dictada dentro del asunto de la referencia, así:

(i) Los hechos del caso que amerita el presente escrito fueron sintetizados así:

En la noche del 18 de febrero de 2001, del Batallón de Ingenieros n.º 4 Pedro Nel Ospina salieron dos vehículos marca Toyota en dirección al municipio de Santa Bárbara (Antioquia), en cumplimiento de una misión oficial. En uno de ellos viajaba el comandante del batallón y en el otro su escolta militar, la cual estaba integrada por tres soldados profesionales y un civil. En medio del recorrido, los integrantes de la escolta escucharon unos disparos y luego observaron al vehículo escoltado—el cual les había cogido alguna ventaja— detenido en la mitad de la vía, a su protegido, quien no vestía su uniforme militar, parado sobre la carretera sosteniendo su arma de dotación, y a un tercer vehículo Mazda blanco que pasaba a gran velocidad por el costado de la vía, en una maniobra que los militares interpretaron como un intento de atropellamiento. De inmediato, el conductor de la escolta inició la persecución del vehículo sospechoso, la cual se extendió por espacio de varios minutos hasta llegar al perímetro urbano del municipio de Caldas (Antioquia). Luego de que los militares consiguieron impactar con disparos de fusil las llantas del Mazda blanco, éste hizo un giro inesperado de 180 grados y quedó de frente a la escolta militar, con las luces altas encendidas, lo cual provocó la reacción de los soldados, que respondieron disparando directamente contra el automotor y sus ocupantes. Como consecuencia de lo anterior, la joven Milena Andrea Santamaría, quien ocupaba el puesto del copiloto, resultó muerta, mientras que la menor Leidy Yuliana Vásquez, que casualmente pasaba por el lugar, sufrió algunas heridas.

(ii) El Pleno de la Sala, después de encontrar probados los elementos que configuraban la responsabilidad extracontractual del Estado para el caso en estudio, decisión que compartí plenamente, procedió a reconocer los perjuicios causados a los demandantes.

(iii) Al resolver sobre el perjuicio material, en la modalidad de lucro cesante, solicitado en la demanda a favor de los padres de la menor de edad que murió en los hechos, toda vez que se dijo que colaboraba en el sostenimiento de su hogar paterno o materno, la Sala partió de la base de que sobre ese tipo de asuntos existía una presunción genérica. En efecto, la Sala discurrió así:

54. Con fundamento en la presunción de que los hijos habitan la casa paterna/materna hasta la edad de 25 años, contribuyendo al sostenimiento económico del hogar³⁶, el Tribunal Administrativo de Antioquia reconoció lucro cesante a favor de los padres de Milena Andrea Santamaría López.

³⁶ Cita original: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, exp. 27709, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Con esa afirmación tan general pareciera que el Pleno perdió de vista la distinción entre personas en edad productiva y las que no la tienen.

En efecto, los menores de edad, solo de manera excepcional pueden trabajar³⁷. Habilitar un entendimiento diferente sobre el particular sería auspiciar un escenario indeseable y contrario al ordenamiento jurídico. Lo anterior sin perjuicio de los casos especiales, en los cuales dadas las condiciones socioeconómicas, culturales, de contexto, etc., puedan darse ese tipo de reconocimientos para los padres de menores de edad trabajadores, pero ello, se insiste, es especial y excepcional³⁸.

Los hijos mayores de 18 y menores de 25 años son los que deben ser cobijados por la presunción que se advierte en la sentencia que aclaro.

Es bajo el anterior entendimiento que compartí la sentencia objeto de este escrito, observación que es relevante si se tiene en cuenta que en el *sub judice* la víctima por la cual se reclamaba el perjuicio tenía 16 años de edad, sin que en ningún momento la sentencia que aclaro hiciera mención alguna a este hecho, el que resultaba determinante para la suerte de la pretensión discutida o, al menos, para precisar el alcance de este tipo de pretensiones en tratándose de menores de edad.

(iv) Ahora, el otro motivo de mi aclaración tiene que ver con el siguiente aparte:

62. Con fundamento en lo expuesto, la Sala unificará su jurisprudencia para señalar que, en ausencia de prueba que demuestre (i) que los hijos contribuyen económicamente con el sostenimiento del hogar paterno o materno, porque materialmente están en condiciones de

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 10 de marzo de 2017, exp. 41.315, M.P. Ramiro Pazos Guerrero. En esa oportunidad se dijo: “No obstante, este tipo de eventos no se constituyen en la regla general, de modo que no permiten establecer una presunción de acuerdo con la cual la muerte de un menor de edad genera siempre para sus progenitores un lucro cesante; en efecto, si bien se ha reconocido dicha posibilidad por parte de la jurisprudencia de la Sección, ello ha tenido lugar solo en aquellos eventos en los que, en efecto, se han allegado las pruebas que permiten establecer que la víctima, pese a su edad, ejercía una actividad productiva con la que contribuía a la economía familiar, o cuando las condiciones particulares presentes al momento del deceso permiten inferir razonablemente que estaba en condiciones reales, ciertas y verificables de hacerlo a futuro, así como en aquellos casos en los que es la propia víctima menor quien reclama el lucro cesante futuro a su favor en casos de una eventual lesión cuyos efectos lesivos perdurarán a futuro, en los que se ha reconocido la posibilidad de presumir la afectación, en tanto conlleva una pérdida de la capacidad de obtener el propio sustento, lo que genera un daño que sin duda debe ser resarcido”.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de enero de 2013, exp. 27484, M.P. (E) Danilo Rojas Betancourth; sentencia del 30 de enero de 2013, expediente n.º 22274, M.P. Danilo Rojas Betancourth, y sentencia del 28 de mayo de 2015, exp. 31.178, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

hacerlo, es decir, porque ejercen una actividad productiva que les reporta algún ingreso, y (ii) que los padres son beneficiarios de la obligación alimentaria porque no tienen los medios para procurarse su propia subsistencia, bien porque están desempleados, enfermos o sufren de alguna discapacidad, no puede presumirse que la muerte de una persona menor de 25 años genera una pérdida de ingresos cierta a favor de sus padres.

Aunque me parece afortunada la primera exigencia sobre la necesidad de probar la actividad productiva del hijo y su ayuda al hogar paterno o materno, no así la limitación de que los únicos destinatarios de este perjuicio sean los padres beneficiarios de la obligación alimentaria.

El lucro cesante que se reclama en sede de responsabilidad extracontractual tiene que ver con aquella ganancia que se deja de percibir. En ese orden, la Sala cercenó la posibilidad de que los padres que recibían ayuda de sus hijos, pero que no son beneficiarios de alimentos, reclamaran este perjuicio. Entendimiento que es difícil de compartir, en tanto quienes demuestren la pérdida de ese lucro cesante (vale agregar, en condiciones en que pueda considerarse como tal), deberían hacerse merecedores a su reconocimiento, sin que influya en la suerte de esa pretensión la condición de beneficiarios de alimentos o no. En otras palabras, la condición exigida por la Sala es uno de los eventos donde es posible este reconocimiento, pero no el único.

Respetuosamente,

Fecha *ut supra*

RAMIRO PAZOS GUERRERO
Magistrado

ACLARACIÓN DE VOTO DEL DOCTOR GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

PRESUNCIÓN DE SOSTENIMIENTO DEL MENOR DE EDAD A SUS PADRES / INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN PERJUICIO DE LAS ENTIDADES DEMANDADAS Y EL PATRIMONIO PÚBLICO / RECTIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA - Resulta connatural a la función de administrar justicia / APLICACIÓN DE LA RECTIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA INCLUSO A LOS ASUNTOS PENDIENTES DE SER DECIDIDOS – Cobijados por la misma regla de derecho objeto de interpretación

Acompañé la decisión que se adoptó el 6 de abril de 2018, que unificó jurisprudencia respecto a la “presunción” de ayuda económica de los hijos menores de 25 años que habitan con sus padres, pues refleja la postura que sostuve en las aclaraciones de voto 40286 y 53233 de 2016, sobre las presunciones en materia de perjuicios. En efecto, este tipo de “presunciones judiciales” invierten injustificadamente la carga probatoria en perjuicio de las entidades demandadas, los criterios que le sirven de fundamento son propios del ámbito de políticas públicas ajenas al juzgador, generan la obligación de indemnizar perjuicios de cuya existencia o cuantía puede dudarse y aumentan la tasa de litigios en contra del Estado. Ahora, resulta connatural a la función de impartir justicia rectificar jurisprudencia y, por regla general, estos cambios deben aplicarse, incluso, a los asuntos pendientes de ser decididos y que se hallan cobijados por la misma regla de derecho objeto de interpretación.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: DANILO ROJAS BETANCOURTH

San Antonio, Tolima, seis (6) abril de dos mil dieciocho (2018).

Radicación número: 05001-23-31-000-2001-03068-01(46005)

Actor: DARÍO DE JESÚS SANTAMARÍA LORA Y OTROS

Demandado: NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA, EJÉRCITO NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - SENTENCIA DE UNIFICACIÓN

PRESUNCIÓN DE SOSTENIMIENTO DEL MENOR DE EDAD A SUS PADRES-Altera desproporcionadamente la carga probatoria en perjuicio de las entidades demandadas y el patrimonio público. RECTIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA-Resulta connatural a la función de administrar justicia

ACLARACIÓN DE VOTO

Acompañé la decisión que se adoptó el 6 de abril de 2018, que unificó jurisprudencia respecto a la “presunción” de ayuda económica de los hijos menores de 25 años que habitan con sus padres, pues refleja la postura que sostuve en las aclaraciones de voto 40286 y 53233 de 2016, sobre las presunciones en materia de perjuicios.

En efecto, este tipo de “presunciones judiciales” invierten injustificadamente la carga probatoria en perjuicio de las entidades demandadas, los criterios que le

sirven de fundamento son propios del ámbito de políticas públicas ajenas al juzgador, generan la obligación de indemnizar perjuicios de cuya existencia o cuantía puede dudarse y aumentan la tasa de litigios en contra del Estado.

Ahora, resulta connatural a la función de impartir justicia rectificar jurisprudencia y, por regla general, estos cambios deben aplicarse, incluso, a los asuntos pendientes de ser decididos y que se hallan cobijados por la misma regla de derecho objeto de interpretación.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE