

Bogotá D.C., nueve (9) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Referencia: 41356

Radicación: 27001-23-31-000-2006-00585-01

Actor: Edwin López Castro y otros

Demandada: Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional

Contenido: Descriptor: Acción de Reparación Directa. Restrictor: Daño causado a concripto por compañero con arma de dotación oficial. Restrictor: apelación adhesiva. Restrictor: Competencia funcional del juez de segunda instancia. Restrictor: Honorarios del curador ad-litem. Restrictor: Reconocimiento de perjuicios morales, materiales y por daño a la salud.

Corresponde a la Sala desatar el recurso de apelación interpuesto por la Nación - Ministerio de Defensa – Armada Nacional y la apelación adhesiva propuesta por la parte demandante contra la sentencia del veintiocho (28) de octubre de dos mil diez (2010), proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó, por la que se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Edwin López Castro se desempeñaba como Infante de Marina Regular en el Batallón de Asalto Fluvial de Infantería de Marina BASFLIN No. 3, con sede en el municipio de Bahía Solano, Chocó, cuando fue herido por un impacto de bala en la pierna derecha por un compañero en el momento en que le hacía limpieza a su arma de dotación oficial. Como consecuencia de esto, el lesionado sufrió una disminución del 11% de su capacidad laboral y fue declarado no apto para la vida militar.

II. ANTECEDENTES

2.1. La demanda

El señor Edwin López Castro (lesionado), Luz Marina Castro Hernández (madre), Aminta Hernández Ardila (abuela) y Mayerly López Castro (hermana), presentaron demanda de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional, con el propósito de que se hicieran las declaraciones y condenas, que se resumen a continuación¹:

¹ Folios 1 al 46 del cuaderno de primera instancia

- 1- Que se declare que la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional son administrativamente responsables por las lesiones causadas al Infante de Marina Regular -IMAR- Edwin López Castro, perteneciente al Batallón de Asalto Fluvial de Infantería de la Marina BASFLIN No. 3, al haber sido herido con un arma de dotación oficial por parte de su compañero de armas Robinson Ferney Tuberquia Martínez en hechos acaecidos el 26 de mayo de 2005, causándole lesiones personales con consecuencias de perturbación funcional permanente consistentes en fractura y lesión de un nervio en la pierna derecha.
- 2- Que, como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional a pagar a cada uno de los demandantes, la suma de mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales ocasionados por la lesión que sufrió Edwin López Castro en los hechos antes indicados.
- 3- Que la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional, pagará al señor Edwin López Castro (lesionado), por perjuicios materiales los siguientes conceptos:
 - a. Lucro Cesante: indemnización que comprenderá dos periodos, el vencido o consolidado y el futuro, de conformidad con la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado.
Subsidiariamente a falta de bases suficientes para la liquidación de los perjuicios que se debe al lesionado, se condenará en el equivalente en pesos a la fecha de ejecutoria de la sentencia en Cuarenta Millones Ochocientos Mil Pesos Mcte. (\$40.800.000), con base en el salario mínimo legal.
 - b. Por los Perjuicios Fisiológicos: se fijarán estos daños y perjuicios en la suma que se estime pertinente con el fin de reemplazar la supresión de las actividades vitales, a falta de bases suficientes se condenará mínimo a Ochenta Millones de Pesos Mcte. (\$80.000.000) de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, hasta el equivalente en pesos de Cuatro Mil (4000) gramos de oro.
- 4- Que la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional dará cumplimiento a la sentencia en el término de 30 días siguientes a la fecha de su ejecutoria, en los términos de los artículos 176,177 y 178 del C.C.A.
- 5- Que la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional pagará a la totalidad de los demandantes los intereses que genere la sentencia desde la fecha de su ejecutoria hasta cuando se produzca su efectivo cumplimiento. Con fundamento en lo dispuesto en el artículo 1653 del C.C., todo pago se imputará primero a interés. Se pagarán intereses desde el momento de ejecutoria de la sentencia.
- 6- Que la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional pagará a los demandantes las costas y agencias de derecho que se causen como consecuencia de la acción instaurada por los demandantes, de acuerdo con el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, bajo los términos del Código de Procedimiento Civil.

La parte demandante sostuvo, como fundamentos de hecho de sus pretensiones, lo siguiente:

El 26 de mayo de 2005, Edwin López Castro, se desempeñaba como Infante de Marina Regular -IMAR- de la Armada Nacional en el Batallón de Asalto Fluvial de Infantería de Marina BASFLIN No. 3 en Bahía Solano, Chocó, por lo que fue asignado para prestar guardia en el corregimiento “El Cacique”, a cinco minutos de Bahía Cupica. Luego, cuando se dirigía al cambuche siendo las 17:00 pm aproximadamente, recibió un disparo en su pierna derecha proveniente del arma de dotación de su compañero el IMAR de apellidos Tuberquia Martínez, quien se encontraba haciéndole limpieza.

El IMAR Edwin López Castro al darse cuenta de que estaba herido en su pierna derecha, se dirigió hacia el lugar en que estaban sus compañeros de armas quienes lo auxiliaron y llevaron en una lancha rápida hasta Bahía Cupica. Luego de recibir los primeros auxilios, fue enviado hasta Bahía Solano y, posteriormente, trasladado hasta el hospital Pablo Tobón Uribe de la ciudad de Medellín.

El impacto de la bala que recibió el IMAR Edwin López Castro le causó una fractura y lesión de un nervio en la pierna derecha. En Acta de Junta Médica Laboral No. 0274 del 23 de noviembre de 2005, fue valorado con una disminución de la capacidad laboral del 11% y declarado no apto para la vida militar. Luego, en el Informe Administrativo por Lesión No. 016 del 26 de mayo de 2006, se calificó el hecho conforme a lo señalado en el *“literal B En el Servicio por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad profesional y/o accidente de trabajo”*.

La lesión fue causada en el servicio, por causa y razón de este, ya que obedeció a la actuación imprudente e irresponsable del compañero del lesionado que al incumplir el decálogo de armas no aseguró y descargó su arma antes de proceder a hacer la limpieza de esta, por lo que dio lugar a que se configurara una falla del servicio.

Edwin López Castro ha padecido graves dolores emocionales por causa de las lesiones, ya que sufrió una disminución de su capacidad laboral y un trauma por lo sucedió que afecta su condición psicológica, razón por la que debe ser indemnizado plenamente por ello, ya que antes de su ingreso a las filas se desempeñaba en labores útiles y con sus ingresos ayudaba a su familia.

2.2. Trámite procesal relevante

El Tribunal Administrativo de Chocó, admitió la demanda por providencia del veintiocho (28) de noviembre de dos mil seis (2006)².

La Nación – Ministerio de Defensa Nacional - Armada Nacional, en su escrito de contestación de la demanda³, se opuso a las pretensiones de los actores ya que, en su criterio, no está llamada a reparar los perjuicios que aducen habersele causado a los demandantes.

Señaló que en estos hechos se presentó un caso fortuito, además porque se trataba de un soldado regular y no profesional como se afirmó en libelo petitorio, aunado al hecho que, según el informe administrativo de lesión, esta no se le atribuye a la entidad

² Folios 83 y 84 del cuaderno de primera instancia

³ Folio 96 al 115 del cuaderno de primera instancia

demandada ya sea por acción u omisión, es decir, lo ocurrido fue un accidente que bien pudo sufrir cualquier persona.

Adujo, igualmente, que para que procediera la imputación era necesario que existiera una acción u omisión de las autoridades en desarrollo del servicio, pero en este caso no se evidencia prueba de que el accidente hubiese sido causado por una actuación de un miembro de la Armada, o que tuviera origen en la prestación del servicio o algún nexo con este.

Indicó, que no puede aceptarse que el único elemento de juicio para decidir sobre una eventual responsabilidad de la demandada sea en relación con el ingreso en absolutas condiciones normales a la prestación del servicio militar y a la baja de las filas con detrimento grave de las condiciones de salud con que ingresó el actor. Señaló que los perjuicios reconocidos a la vida de relación son exagerados y propuso la excepción de fondo de caso fortuito o fuerza mayor.

La entidad demandada llamó en garantía al IMAR Robinson Ferney Tuberquia Martínez⁴, solicitud que fue admitida por el Tribunal Administrativo del Chocó por auto del dieciséis (16) de agosto de dos mil siete (2007), en el que ordenó suspender el proceso para su vinculación⁵. Una vez transcurrido el término de suspensión del proceso para vincular al llamado en garantía sin que este concurren al proceso, se le designó curador *ad-litem* ⁶, quien contestó la demanda y dijo que se atenía a lo probado en el proceso⁷.

Luego, la demanda fue corregida y aclarada con el fin de solicitar nuevas pruebas. Por auto del veintidós (22) de enero de dos mil nueve (2009), se admitió la adición de la demanda y se ordenó la correspondiente notificación⁸.

El Tribunal Administrativo del Chocó, en proveído calendado el dieciocho (18) de marzo de dos mil nueve (2009) decretó la práctica de pruebas pedidas por las partes⁹. Una vez surtido el periodo probatorio, por medio de auto del tres (3) de agosto de dos mil diez (2010), se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que aquellas alegaran de conclusión y este emitiera concepto¹⁰.

La parte actora en su escrito de alegatos de conclusión reiteró sus argumentos acerca de la aplicación de un régimen objetivo ya que se trataba de un conscripto e insistió en que debe repararse integralmente el daño causado mediante el reconocimiento de perjuicios materiales, morales y de daño a la vida de relación¹¹.

Por su parte, la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, arguyó que lo ocurrido debía tenerse como un riesgo propio del servicio que debe asumir quien se vincula al servicio militar, razón por la que se pagan al lesionado unas compensaciones

⁴ Folio 113 al 115 del cuaderno de primera instancia.

⁵ Folio 117 al 120 del cuaderno de primera instancia.

⁶ Folio 120 del cuaderno de primera instancia.

⁷ Folio 154 al 155 del cuaderno de primera instancia

⁸ Folio 137 al 153 y 157 al 223 del cuaderno de primera instancia

⁹ Folio 230 al 234 del cuaderno de primera instancia

¹⁰ Folio 431 del cuaderno de primera instancia

¹¹ Folio 433 al 443 del cuaderno de primera instancia

ya establecidas de acuerdo con la lesión sufrida denominadas indemnización *a forfait*. Así mismo solicitó que en caso de condena, no se reconocieran los perjuicios a los familiares porque la lesión sufrida por el infante de marina fue leve y que en el salario base de liquidación no se incluyera el 25% de prestaciones sociales¹².

Finalmente, el Ministerio Público emitió concepto en el que solicitó acceder a las súplicas de la demanda porque se probó que el señor López Castro fue lesionado por un compañero de guarnición con un arma de dotación oficial, cuando se encontraba en ejercicio de sus funciones¹³.

2.3 La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo de Chocó, profirió sentencia de primera instancia el día veintiocho (28) de octubre de dos mil diez (2010)¹⁴, en la que decidió lo siguiente:

“(…) PRIMERO: Declárese administrativamente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL, por las lesiones sufridas por el IM EDWIN LÓPEZ CASTRO, en las condiciones de tiempo, modo y lugar narradas en este fallo.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior condenase, a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL a pagar las siguientes cantidades:

Para EDWIN LÓPEZ CASTRO, víctima directa, la suma de VEINTE (20) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, en calidad de perjuicios morales, que equivalen a DIEZ MILLONES TRESCIENTOS MIL PESOS (\$10.300.000.00).

TERCERO: Para las señoras AMINTA HERNÁNDEZ ARDILA, en su calidad de abuela, LUZ MARINA CASTRO HERNÁNDEZ, madre y MAYERLY LÓPEZ CASTRO, hermana, la cantidad de QUINCE (15) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, equivalentes a SIETE MILLONES SETECIENTOS VEINTICINCO MIL PESOS (\$7.725.000.00), para cada una, a título de perjuicios morales.

CUARTO: La suma de DIECIOCHO MILLONES NOVECIENTOS OCHO MIL QUINIENTOS SETENTA Y CINCO PESOS (\$18.908.575), a título de lucro cesante a favor de EDWIN LÓPEZ CASTRO.

QUINTO: DENIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: DENIÉNGANSE las pretensiones del llamamiento hecho por la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL contra el señor

¹² Folio 444 al 454 del cuaderno de primera instancia

¹³ Folio 457 al 467 del cuaderno de primera instancia

¹⁴ Folios 468 al 490 del cuaderno de segunda instancia

TUBERQUIA MARTÍNEZ, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta decisión.

SÉPTIMO: Fíjense como honorarios del curador del llamado en garantía, el doctor DIONISIO SÁNCHEZ BENÍTEZ, la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS, en calidad de honorarios provisionales, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 37 del acuerdo 1518 de 2.002 y el artículo 388-4 del Código de Procedimiento Civil, los cuales deberán ser consignados por la parte demandante a órdenes del Tribunal en la cuenta que para estos efectos se tiene en el Banco Agrario de Colombia, a cargo de la parte demandante.

OCTAVO: Sin costas.

(...)”.

Para tomar esta decisión el *A-quo* consideró que el análisis de responsabilidad debía hacerse bajo el régimen objetivo por cuanto la víctima es una persona que cumplía el servicio militar obligatorio y que sufrió una lesión mientras se encontraba en servicio razón por la cual, la Armada Nacional estaba llamada a responder por lo ocurrido.

En relación con la excepción de caso fortuito alegada por la demandada, consideró que no estaba llamada a prosperar porque en la materialización del daño no medió actuación de la víctima o de un tercero ni fuerza mayor, sino la imprudencia de uno de los agentes pues fue evidente que la herida se causó accidentalmente mientras se realizaba limpieza al arma de dotación oficial de su compañero, razón suficiente para que el Estado asumiera los riesgos creados durante la prestación del servicio.

Así las cosas, se reconocieron perjuicios morales en cuantía de veinte (20) SMMLV al lesionado con base en las afectaciones recibidas y la incapacidad del 11%, y quince (15) SMMLV para cada una de las otras demandantes. En cuanto al lucro cesante, se reconocieron perjuicios materiales liquidados con el salario mínimo al no existir certeza sobre el monto de sus ingresos y se incluyó el 25% de las prestaciones sociales por cuanto antes de vincularse a la Armada Nacional realizaba una labor económica informal.

En cuanto a los perjuicios por daño a la vida de relación, el Tribunal no los encontró probados por lo que les fueron negados a los demandantes. Así mismo, negó la responsabilidad del llamado en garantía teniendo en cuenta que, en su opinión, este llamamiento no cumplió con los requisitos previstos en la ley, esto es, no se probó al menos sumariamente el dolo o la culpa grave del servidor público, además de ser contradictorio lo afirmado en la contestación de la demanda y en el escrito de llamamiento en garantía. Finalmente, dispuso que los honorarios del curador *ad-litem* del llamado en garantía sean cancelados por la parte demandante.

La sentencia de primera instancia fue notificada mediante edicto fijado en la Secretaría del Tribunal el once (11) de noviembre de dos mil diez (2010) y desfijado el dieciséis (16) del mismo mes y año¹⁵.

¹⁵ Folios 492 y 493 del cuaderno de segunda instancia

2.4 Los recursos de apelación contra la sentencia

La parte demandada interpuso oportunamente recurso de apelación por escrito presentado el veinticinco (25) de noviembre de dos mil diez (2010)¹⁶, en el que manifestó su inconformidad con los perjuicios morales concedidos a las víctimas indirectas porque la levedad de la lesión no ameritaba tal reconocimiento, sobre todo cuando no se aportó prueba de su existencia y en este caso no podían presumirse.

En cuanto la liquidación del lucro cesante mostró su desacuerdo con la inclusión del 25% correspondiente a las prestaciones sociales porque el lesionado desempeñaba trabajos informales, de manera que no puede reparársele lo que no perdió.

El veintiocho (28) de julio de dos mil once (2011)¹⁷, la apoderada de la parte actora presentó y sustentó recurso de apelación adhesiva, en el que manifestó su inconformidad con la orden de cancelar los honorarios de quien fue designado curador *ad-litem* del llamado en garantía, teniendo en cuenta que el llamamiento fue hecho por la entidad demandada y, por ello, debe asumir dicho pago de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 389 del C.P.C.

Adujo, igualmente, que las sumas reconocidas por perjuicios morales a favor de Edwin López Castro (20 SMLMV), no cumplen con el principio de reparación integral del daño porque al margen de la gravedad o levedad de la lesión y de la disminución de su capacidad física, resulta evidente que esta le causa un dolor constante y le impide desenvolverse en su vida diaria en condiciones normales, además de un profundo sentimiento de tristeza y desasosiego.

En cuanto al daño a la vida de relación solicitó que se reconociera al señor López Castro y su grupo familiar, dado que, como consecuencia de la lesión se vio alterada la vida de relación de todos ellos, lo cual es razón suficiente para que proceda dicha indemnización, conforme a la jurisprudencia del Consejo de Estado.

2.5 Trámite en segunda instancia

El *A-quo*, una vez presentada la impugnación de la entidad demandada, adelantó audiencia de conciliación en aplicación del artículo 70 de la Ley 1395 de 2010, diligencia que se declaró fallida por ausencia de ánimo conciliatorio de la demandada¹⁸. Luego, por medio de auto del veinte (20) de mayo de dos mil once (2011), concedió el recurso de apelación propuesto por la demandada¹⁹.

El recurso así interpuesto se admitió por esta Corporación por auto del veintiuno (21) de julio de dos mil once (2011)²⁰. Posteriormente, en proveído del diez (10) de agosto de

¹⁶ Folios 494 al 499 del cuaderno de segunda instancia

¹⁷ Folios 519 al 525 del cuaderno de segunda instancia

¹⁸ Folios 500 y 510 del cuaderno de segunda instancia

¹⁹ Folio 511 al 512 del cuaderno de segunda instancia

²⁰ Folios 517 y 518 del cuaderno de segunda instancia

dos mil once (2011)²¹, se admitió el recurso de apelación adhesiva que presentó y sustentó la parte demandante²².

Por medio de auto del treinta y uno (31) de agosto de dos mil once (2011), el despacho corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que aquellas alegaran de conclusión y éste emitiera concepto²³. Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio en esta oportunidad.

En este estado del proceso, no advirtiéndose causal de nulidad que pueda invalidar lo actuado se procede a desatar la alzada, previas las siguientes:

III. CONSIDERACIONES

3. 1. Sobre los presupuestos materiales de la Sentencia de mérito

3.1.1. Cuestión previa – apelación adhesiva

El artículo 353 del Código de Procedimiento Civil prescribe que: *“(...) La parte que no apeló podrá adherir al recurso interpuesto por otra de las partes, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable. El escrito de adhesión podrá presentarse ante el juez que lo profirió mientras el expediente se encuentre en su despacho, o ante el superior hasta el vencimiento del término para alegar. La adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal”*.

Como puede apreciarse sin dificultad, la apelación adhesiva es un mecanismo que se establece en favor de todos los sujetos que intervienen en el proceso y se convierte en una singularidad especial del recurso ordinario de apelación²⁴, con el que se diferencia por las condiciones de tiempo y modo en que puede presentarse ya que su procedencia está limitada a que: i) la otra parte hubiese presentado recurso de apelación dentro del término de ejecutoria; ii) se allegue hasta antes del vencimiento del término para presentar alegatos de conclusión en segunda instancia; iii) su alcance está determinado por el supuesto de que se cause algún perjuicio al recurrente, y, iv) la adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal.

La necesidad de delimitar el alcance de este mecanismo ha motivado pronunciamientos de esta Corporación del siguiente tenor²⁵:

“(...) Según lo previsto en el artículo 353 del C.P.C., la apelación adhesiva constituye una modalidad del recurso ordinario de apelación y procede siempre que la contraparte hubiese apelado la sentencia dentro del término de ejecutoria, por manera que no existe apelación adhesiva sin la apelación de carácter principal.

De este modo, cuando alguna de las partes no apela la sentencia y, en su lugar, opta adherirse a la apelación instaurada por su contendiente, asume todas las consecuencias derivadas de ello, esto es, supeditarse a la voluntad de aquel de

²¹ Folios 527 y 528 del cuaderno de segunda instancia

²² Folios 519 al 525 del cuaderno de segunda instancia

²³ Folio 530 del cuaderno de segunda instancia

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 30 de junio de 2016, Exp. 39808

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 23 de noviembre de 2017, Exp. 53619

continuar o desistir del trámite, a tal punto que el artículo 353 del C.P.C. prevé “[!]a adhesión quedará sin efecto si se produce el desistimiento del apelante principal”.

Ahora, en cuanto a las circunstancias susceptibles de ser cuestionadas a través de la apelación adhesiva se concluye que las mismas corresponden a las cuestiones desfavorables para el recurrente adhesivo, al margen de que hayan sido previamente atacadas por quien apeló la sentencia dentro del término de ejecutoria, pues el legislador no estableció restricciones sobre el particular, contrario sensu en el artículo 353 ejusdem precisó que “[!]a parte que no apeló [se] podrá adherir al recurso interpuesto por otra de las partes, en lo que la providencia apelada le fuere desfavorable”.

Así las cosas, la parte que apela de manera adhesiva está habilitada para cuestionar los puntos que a bien considere, siempre que le sean desfavorables, pero debe hacerlo a través de la explicación de las razones por las que considera que la respectiva providencia debe modificarse o revocarse, pues no es posible entender, como ocurre en eventos excepcionales, verbigracia las acciones de tutela, que frente a este recurso no es obligatoria la sustentación, dado que, según la normativa que regula el asunto y la jurisprudencia de la Corte Constitucional²⁶, esta modalidad de impugnación se rige por las reglas de sustentación de la apelación ordinaria.”

En el asunto *sub examine* la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional interpuso recurso de apelación dentro del término de ejecutoria de la sentencia proferida por el *A-quo*²⁷, por cuanto la declaró patrimonialmente responsable del daño antijurídico que sirvió de causa a las pretensiones. A su vez, la parte actora impugnó el fallo de primera instancia en la forma prevista en el artículo 353 del C.P.C., esto es, se adhirió al recurso de apelación de la parte contraria, antes del vencimiento del plazo para alegar en segunda instancia²⁸. De este modo, como se cumplen los presupuestos de oportunidad, procedencia y sustentación, la Sala se pronunciará tanto de la apelación principal como de la de carácter adhesivo.

3.1.2. Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto iniciado en ejercicio de la acción de reparación directa, en razón a que el proceso tiene vocación de segunda instancia en atención a su cuantía. En efecto, la cuantía de la demanda, determinada por el valor de la mayor de las pretensiones, supera la exigida por el artículo 132 del Código Contencioso Administrativo²⁹.

3.1.3. Vigencia de la acción

La acción estaba vigente al momento de la presentación de la demanda, pues conforme al numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, el término para formular pretensiones en sede de reparación directa es de dos (2) años que se cuentan a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa

²⁶ Corte Constitucional, Sala Plena, sentencia C-165 de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

²⁷ Folios 494 al 499 del cuaderno de segunda instancia

²⁸ Folios 519 al 525 del cuaderno de segunda instancia

²⁹ La mayor pretensión de la demanda es de mil (1000) SMMLV equivalentes a \$381.500.000 y, por tanto, es de doble instancia, teniendo en cuenta que para la época de los hechos (año 2005) la mayor cuantía era de \$51.730.000.

que dio origen al daño reclamado, y la Sala ha constatado que las lesiones sufridas por el señor Edwin López Castro ocurrieron el veintiséis (26) de mayo de dos mil cinco (2005) y la demanda fue presentada el ocho (8) de agosto de dos mil seis (2006), luego, entre aquella y ésta no transcurrió un lapso superior a dos (2) años.

3.1.4. Legitimación en la causa

La legitimación en la causa constituye un presupuesto procesal para obtener una decisión de fondo y sobre ella se ha dicho que: *“La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado”*³⁰.

Al respecto, Edwin López Castro está legitimado en la causa por activa al ser la víctima directa de la lesión. Por medio del correspondiente registro civil de nacimiento del actor³¹, así como los de Luz Marina Castro Hernández³² y Mayerly López Castro³³, se pudo demostrar que el lesionado es hijo de la primera y hermano de la segunda, por lo que está acreditado su parentesco por consanguinidad y se encuentran legitimadas en la causa por activa. Se aportó, además, partida de bautismo de la señora Aminta Hernández, nacida en el año 1937, quien concurre al proceso en calidad de abuela de la víctima directa³⁴, por lo que también se encuentra legitimada en la causa por activa.

Ahora bien, según lo dispuesto en el Decreto 1260 de 1970, el registro civil es la prueba idónea para acreditar el parentesco³⁵ y, de acuerdo con la jurisprudencia, la acreditación del parentesco permite presumir la configuración del daño moral en los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil.

En lo que concierne a la entidad demandada, se encuentra que las pretensiones se dirigen en contra de la Nación – Ministerio de Defensa- Armada Nacional, toda vez que la parte actora le endilga la obligación de protección de Edwin López Castro vinculado a esa institución en calidad de conscripto, por lo que se encuentra legitimada en la causa por pasiva.

3.2. Sobre la prueba de los hechos

A partir de la preceptiva del artículo 90 de la Constitución Política, dos son los elementos constitutivos de la responsabilidad de la administración, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública.

La parte demandante, dentro del relato que ofrece en el libelo introductorio, como sustento fáctico de sus pretensiones, hace relación a estos dos elementos, para presentar, de un lado, el daño sufrido, su extensión, intensidad y modalidades, y de otro, las actuaciones u omisiones que endilga genéricamente a las demandadas y, en

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, Rad. 10973.

³¹ Folio 51 del cuaderno de primera instancia

³² Folio 52 del cuaderno de primera instancia

³³ Folio 33 del cuaderno de primera instancia

³⁴ Folio 51 al 56 del cuaderno de primera instancia y 259 del cuaderno de segunda instancia

³⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 7 de abril de 2011, Rad. 20750

cuya virtud, les imputa la responsabilidad que pide sea declarada en esta sentencia. En torno a estos dos elementos gravita la carga probatoria que esa parte soportaba y, por tanto, el estudio de los hechos probados lo hará la Sala en dos grandes apartes, a saber: hechos relativos al daño, y hechos relativos a la imputación.

3.2.1. Sobre la prueba de los hechos relativos al daño.

El daño, entendido como el atentado material contra una cosa o persona, lo hace consistir la parte demandante en las lesiones causadas a Edwin López Castro, mientras se encontraba en servicio activo como Infante de Marina Regular -IMAR- en el Batallón de Asalto Fluvial de Infantería de Marina BASFLIN No. 3, con sede en Bahía Solano (Chocó).

Los hechos en los que concretó la parte actora este daño, pretende acreditarlos de la siguiente manera:

- Copia auténtica de la historia clínica remitida por el Hospital Pablo Tobón Uribe de Medellín por oficio del 13 de abril de 2009, perteneciente al señor Edwin López Castro³⁶.
- Copia del informe administrativo por lesiones y/o muerte No. 15, de fecha veintiséis (26) de mayo de dos mil cinco (2005) ³⁷, en el que se consignó lo siguiente:

“(…) DESCRIPCIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS EN QUE ADQUIRIÓ LA LESIÓN SIENDO LAS 17:15 DEL 26 DE MAYO DE 2005, ME DISPONÍA A REALIZAR ASEO DEL ARMAMENTO CUANDO UN COMPAÑERO SE ME ACERCÓ PARA TAMBIÉN HACER ASEO AL GALIL 5.56 Y SE LE DISPARÓ, YO NO SENTÍ NADA EN EL MOMENTO, CUANDO INTENTÉ CAMINAR ME DOLIÓ MUCHO Y ME DI CUENTA QUE ME HABÍA HERIDO”

CALIFICACIÓN DE LAS CIRCUNSTANCIAS:

CONFORME A LO SEÑALADO EN EL ARTÍCULO 24 DEL DECRETO 1796 DE 2000, LA LESION SUFRIDA POR EL IMAR LOPEZ CASTRO EDWIN, SE CALIFICA DENTRO DEL LITERAL B EN EL SERVICIO POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO, ES DECIR, ENFERMEDAD PROFESIONAL Y/O ACCIDENTE DE TRABAJO (...).”

- Copia auténtica del Acta de Junta Médica Laboral No 0274 Registrada en la Dirección de Sanidad de la Armada, de fecha veintitrés (23) de noviembre de dos mil cinco (2005) ³⁸, en la que se concluyó lo siguiente:

“(…) IV. CONCLUSIONES

A – Antecedentes – lesiones – Afecciones – Secuelas:

³⁶ Folios 252 al 253 y 369 a1 412 del cuaderno de segunda instancia

³⁷ Folio 57 del cuaderno de primera instancia

³⁸ Folio 261 al 264 del cuaderno de primera instancia

1. Herida por arma de fuego en pierna derecha con solo compromiso de tejidos blandos, tratado por Ortopedia, que deja como secuela a) Alteración de las partes blandas, acompañado de dolor en dicha región.

B. Clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de capacidad psicofísica para el servicio.

La anterior lesión le determina incapacidad permanente parcial NO APTO para la vida militar.

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.

Presenta una disminución de la capacidad laboral del Once por ciento (11%).

D. Imputabilidad del Servicio

De acuerdo al artículo 23 del Decreto 1796 /00, para este diagnóstico le corresponde Literal b, por considerarse accidente de trabajo, acuerdo informe administrativo.

E. Fijación de los correspondientes índices.

De acuerdo al artículo 71 del Decreto 94 /89, le corresponde los siguientes índices
a. Numeral 1-192 índice 4. (...).

3.2.2. Prueba de la imputación

- Copia de la orden administrativa de personal No. 618 de octubre 19 de 2004, por la que se dan de alta como infantes de marina regulares de la Marina Nacional a los integrantes del quinto contingente de 2004, entre los que se encuentran Edwin López Castro y Robinson Ferney Tuberquia Martínez³⁹.
- Copia de la orden administrativa de personal No. 144 de agosto 24 de 2006, por la que se dan de baja del servicio activo de la Armada Nacional por tiempo de servicio militar cumplido a un personal de infantes de marina regulares a los integrantes del quinto contingente de 2004, entre los que se encuentran Edwin López Castro y Robinson Ferney Tuberquia Martínez⁴⁰.
- Certificaciones de fecha 14 de abril de 2009, suscritas por el jefe de personal del Comando de Infantería de Marina, en las que constan las fechas de vinculación con la institución de los infantes de marina Edwin López Castro y Robinson Ferney Tuberquia⁴¹.
- Copia autenticada de la Resolución No. 0122 del 12 de febrero de 2009, por la que se ordenó el pago de la indemnización por la disminución de la capacidad

³⁹ Folios 270 al 279 del cuaderno de primera instancia

⁴⁰ Folios 270 al 279 del cuaderno de primera instancia

⁴¹ Folios 294 al 296 del cuaderno de primera instancia

laboral del Infante de Marina Regular de la Armada Nacional Edwin López Castro⁴².

- Oficio de fecha 1 de junio de 2009, suscrito por el Jefe de División de Incorporación de la Armada Nacional, por el que adjunta copia de las tarjetas de inscripción RM-3 de los Infantes de Marina (R) Edwin López Castro y Robinson Ferney Tuberquia Martínez⁴³

3.2.3. Sobre el daño moral

Las personas naturales tienen derecho a disfrutar de una vida interior o espiritual, plácida, sosegada, pacífica. Cuando esta condición se altera para dar paso al dolor, a la angustia, a la aflicción, se configura una modalidad de daño que se conoce con el apelativo de daño moral.

El daño producido en este caso, esto es, las lesiones causadas en la humanidad de Edwin López Castro cuando fue herido por un impacto de bala por parte de uno de sus compañeros de armas, como colofón de una elemental regla de experiencia se presume con ocasión de los vínculos naturales de afecto y solidaridad que se crean entre padres, hermanos y abuelos, entre otros. Así lo ha entendido en forma reiterada la jurisprudencia de la Sección Tercera desde el año 1992⁴⁴.

Sobre este aspecto del relato fáctico obran las siguientes pruebas testimoniales:

- Declaración rendida el 4 de febrero de 2010 por Isidro Rodríguez Moreno ante el Juzgado Cuarto del Circuito Administrativo de Bucaramanga⁴⁵, diligencia en la que manifestó lo siguiente:

“(...) 1. PREGUNTADO: ¿Conocía usted al joven EDWIN LOPEZ CASTRO en caso afirmativo ¿dónde, cuándo, cómo, y desde cuánto tiempo hace que lo conoce? CONTESTADO: yo lo conozco desde que nació, vivíamos en la misma casa de ellos cuándo él nació. 2. PREGUNTADO: ¿Sabe, le consta y por qué el tipo de familia que conforma el joven EDWIN LÓPEZ CASTRO quienes lo integran indicando sus nombres completos, la relación existente entre ellos, el trato que se les da frente al círculo social y familiar y si todos viven bajo el mismo techo? CONTESTADO: la integraban doña MARINA CASTRO que era la Mamá, doña AMINTA era la nona y MAYERLY LOPEZ CASTRO que era la hermana. 3. PREGUNTADO: ¿Sabe a qué actividad laboral se dedicaba el señor EDWIN LOPEZ CASTRO antes de prestar el servicio militar y a qué persona o personas ayudaba económicamente con sus ingresos, indicando nombres completos y el tipo de relación que existe entre ellos? CONTESTADO: el trabajaba en el campo, también en zapatería repartiendo leche y en una fábrica de velas, y ayudaba a doña MARINA CASTRO que era la mamá, AMINTA era la nona y MAYERLI LÓPEZ CASTRO que era la hermana. 4. PREGUNTADO: ¿Si sabe, le consta y por qué,

⁴² Folios 278 al 280 del cuaderno de primera instancia

⁴³ Folios 322 al 324 del cuaderno de primera instancia

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 17 de julio de 1992. expediente. 6750. C. P. Daniel Suárez Hernández.

⁴⁵ Folio 73 del cuaderno Anexo 1 de despachos comisorios

cuál era el comportamiento, la conducta y el proceder en general del señor EDWIN LOPEZ CASTRO frente a las personas con las cuales se relaciona y con la sociedad en que interactúa? CONTESTADO: él se llevaba muy bien con la familia.

(...)

6. PREGUNTADO: ¿Cuál fue la reacción adoptada por la familia de EDWIN LÓPEZ CASTRO a raíz de las lesiones sufridas el día 26 de mayo del 2005, en Bahía Solano Chocó cuando recibió un disparo por parte de un infante de marina perteneciente al mismo batallón ocasionándoles lesiones en la pierna derecha?

CONTESTADO: pues eso fue impresionante, eso era bastante complicado para la familia al saber que se encontraba herido.

7. PREGUNTADO: ¿indique si sabe si con ocasión de la prestación del servicio y las posteriores lesiones de EDWIN LÓPEZ CASTRO se ha mermado o afectado el patrimonio de su familia?

CONTESTADO: sí se afectó porque debido a eso él no ha podido trabajar como a (sic) de ser. (...)"

- Declaración rendida el 4 de febrero de 2010 por María del Carmen Hernández ante el Juzgado Cuarto del Circuito Administrativo de Bucaramanga⁴⁶, diligencia en la que manifestó lo siguiente:

"(...) PREGUNTADO: 1. PREGUNTADO: ¿Conocía usted al joven EDWIN LOPEZ CASTRO en caso afirmativo ¿dónde, cuándo, cómo, y desde cuánto tiempo hace que lo conoce? CONTESTADO: yo los distingo hace como más de treinta años vivíamos en el Barrio Gaitán de Bucaramanga, en una casa de inquilinato hoy en día soy la madrina de él.

2. PREGUNTADO: ¿Sabe, le consta y por qué el tipo de familia que conforma el joven EDWIN LÓPEZ CASTRO quienes lo integran indicando sus nombres completos, la relación existente entre ellos, el trato que se les da frente al círculo social y familiar y si todos viven bajo el mismo techo?

CONTESTADO: él vivía con la mamá LUZ MARINA CASTRO, los abuelos de quienes no recuerdo el nombre, la hermana MAYERLY LOPEZ CASTRO, trato era normal.

3. PREGUNTADO: ¿Sabe a qué actividad laboral se dedicaba el señor EDWIN LOPEZ CASTRO antes de prestar el servicio militar y a qué persona o personas ayudaba económicamente con sus ingresos, indicando nombres completos y el tipo de relación que existe entre ellos? CONTESTADO: él trabajó de obrero, luego vendió leche en cantina después fue zapatero, después trabajó en una fábrica de hacer jabones y a cargo tenía a la mamá LUZ MARINA CASTRO, a los abuelos y a la hermana MAYERLI LÓPEZ CASTRO.

(...)

6. PREGUNTADO: ¿Cuál fue la reacción adoptada por la familia de EDWIN LÓPEZ CASTRO a raíz de las lesiones sufridas el día 26 de mayo del 2005, en Bahía Solano Chocó cuando recibió un disparo por parte de un infante de marina perteneciente al mismo batallón ocasionándoles lesiones en la pierna derecha?

CONTESTÓ: pues sorprendidos todos, porque la verdad, no sabíamos cómo sucedió todo, porque no es un joven ofensivo, ni malo.

7. PREGUNTADO: ¿indique si sabe si con ocasión de la prestación del servicio y las posteriores lesiones de EDWIN LÓPEZ CASTRO se ha mermado o afectado el patrimonio de su familia?

CONTESTÓ: si señora, bastante, él era la mano derecha de los abuelos y de la mamá, todos se vieron muy afectados. (...)"

⁴⁶ Folio 74 del cuaderno Anexo 1 de despachos comisorios

3.3 El objeto de los recursos de apelación y competencia funcional del juez de segunda instancia

Resulta necesario precisar, *ab initio*, que los recursos de apelación presentados se contraen a los perjuicios que le fueron reconocidos al lesionado con ocasión de las heridas causadas por un impacto de bala en la pierna derecha por parte de uno de sus compañeros de armas mientras se encontraban prestando el servicio militar obligatorio como Infantes de Marina, así como a determinar la procedencia de reconocer los honorarios del curador *ad-litem* a cargo de la parte demandante.

Lo anterior obliga a destacar que los recursos de apelación interpuestos por las partes se encuentran limitados a estos puntos específicos, consideración que cobra mayor significado en el *sub-lite* si se tiene presente que en cuanto corresponde a los demás asuntos del fallo impugnado, incluyendo la declaración de responsabilidad de la entidad demandada, la partes se abstuvieron de cuestionar en esos aspectos la sentencia de primera instancia.

Al punto, conviene recordar que a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –en este caso la que contiene una sentencia–, por lo que corresponde a los recurrentes confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión con base en sus propios razonamientos, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia⁴⁷. Lo anterior de conformidad con lo establecido en la parte inicial del artículo 357 del C. de P. C., a cuyo tenor:

“(...) 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. (...)” (Negrillas adicionales).

En este orden de ideas, resulta claro que, para el juez de segunda instancia, su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por los recurrentes se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo⁴⁸.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 21 de noviembre de 2017, Exp. 42703

⁴⁸ Dicho principio ha sido definido por la doctrina como: “La facultad exclusiva del individuo de reclamar la tutela jurídica del Estado para su derecho, y en la facultad concurrente del individuo con el órgano jurisdiccional, de aportar elementos formativos del proceso y determinarlo a darle fin”. O como dice COUTURE, es el principio procesal que asigna a las partes y no a los órganos de la jurisdicción la iniciativa, el ejercicio y el poder de renunciar a los actos del proceso.” (Negrillas adicionales). López Blanco, Hernán Fabio, Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, 2005, Pág. 106.

Así las cosas, comoquiera que la declaración de responsabilidad del *A-quo* respecto de la entidad demandada no fue objeto de ataque o cuestionamiento o impugnación por la propia entidad demandada, ni tampoco por la parte actora, pues los recurrentes no controvierten tal extremo en los recursos presentados, ninguna precisión efectuará la Sala en relación con el régimen de responsabilidad aplicable a las circunstancias del caso concreto, ni en cuanto a la concurrencia en el mismo, de los elementos constitutivos del régimen respectivo, de manera que los referidos son puntos de la *litis* que han quedado definidos con la decisión que profirió el tribunal de primera instancia, lo anterior conforme al artículo 357 *ibidem* y lo establecido por la Sala Plena de la Sección Tercera de esta Corporación⁴⁹.

En conclusión, como la competencia de la Sala para pronunciarse en este asunto, por las razones que se acaban de precisar, no es plena, sino que está sujeta a los argumentos de inconformidad invocados por los apelantes y los puntos que aquellos cuestionaron, la Sala se ocupará únicamente de estudiar los aspectos antes indicados.

3.4. Asuntos para resolver por parte de la Sala

Conforme a los argumentos planteados en los recursos de apelación, la Sala deberá determinar si la condena impuesta a la demandada cumple con los parámetros de la reparación integral del daño y si los perjuicios morales y materiales fueron adecuadamente tasados. Una vez superado este análisis, se establecerá la procedencia del reconocimiento de los honorarios del curador *ad-litem* a cargo de la parte demandante.

3.5. Liquidación de perjuicios

3.5.1. Perjuicios morales

El reconocimiento de los perjuicios morales a los familiares del lesionado constituye uno de los motivos de inconformidad de la parte demandada frente al fallo de primera instancia, mientras que el monto de estos fue objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, quien consideró que lo concedido no cumple con los criterios de reparación integral. Por lo anterior, la Sala analizará los planteamientos de las partes y las sumas concedidas por el *A-quo*, ajustándolas, en caso de ser necesario, a los criterios jurisprudenciales definidos por la Corporación.

Los perjuicios morales son los generados en “(...) *el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien*”⁵⁰. Este daño tiene existencia autónoma y se configura cuando concurren los siguientes criterios generales: que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual y que tenga relación con un bien jurídicamente tutelado.

En consideración a la naturaleza de ese daño, es el juez administrativo, quien de manera discrecional debe determinar el monto de la indemnización a reconocer, facultad que está regida por las siguientes reglas: (i) esa indemnización se hace a título

⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 9 de febrero de 2012. Exp. 21060

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de julio de 2003, Exp. 14083

de compensación y no de restitución, ni de reparación; (ii) debe darse aplicación al principio de equidad, previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; (iii) su cuantificación debe estar sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso respecto del perjuicio y su intensidad, y (iv) debe estar fundamentada, cuando sea el caso, en otras providencias para efectos de garantizar el principio de igualdad⁵¹.

Con el fin de evitar inequidades en la tasación de los perjuicios, el pleno de la Sección Tercera unificó su jurisprudencia⁵², por lo que definió seis rangos para efectos de indemnización por lesión, en atención a la gravedad de esta y, a su vez, seis niveles de parentesco para aplicarlos, así:

REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES					
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

En efecto, para el reconocimiento de perjuicios morales, se establecieron cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y quienes reclaman perjuicios, en los siguientes términos:

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno-filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables).

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos).

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados).

Para la acreditación de los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

Frente al perjuicio moral concedido a la víctima directa, este fue reconocido por el *A-quo* en cuantía equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por

⁵¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 8 de marzo de 2007, Exp. 15459

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172

tanto, como el monto concedido por el Tribunal de primera instancia corresponde a los parámetros anteriormente expuestos este será confirmado y no hay lugar a modificación.

La parte demandada adujo que, teniendo en cuenta la levedad de las lesiones no era procedente conceder perjuicios morales a las víctimas indirectas porque ellos no fueron probados y no podían presumirse, posición que no comparte la Sala ya que conforme a la reciente jurisprudencia de la Corporación⁵³, los perjuicios morales se presumen entre parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, ya sean ascendientes, descendientes o colaterales, en tanto que, respecto de quienes se ubican en los siguientes grados de consanguinidad (tercer nivel de la tabla, tíos y sobrinos) es necesario allegar la prueba de los padecimientos.

Así las cosas, con los respectivos registros civiles de nacimiento la Sala encuentra acreditadas las relaciones de parentesco existentes entre Edwin López Castro (lesionado)⁵⁴, su madre Luz Marina Castro Hernández⁵⁵ y su hermana Mayerly López Castro⁵⁶, por estar en el primer y segundo grado de consanguinidad, respectivamente. Igualmente, se probó que Aminta Hernández Ardila es la abuela de la víctima directa y se encuentra en el segundo grado de consanguinidad⁵⁷, por tanto, se puede inferir que las citadas personas padecieron aflicción, pena o congoja con la lesión de su familiar, por lo que se los tiene como damnificados por tal suceso⁵⁸.

El *A-quo* reconoció perjuicios morales a la madre en cuantía equivalente a quince (15) SMMLV. Al respecto, observa la Sala que la señora Luz Marina Castro Hernández, tiene una relación de parentesco de primer grado de consanguinidad con el lesionado, por lo que se ubica en el primer nivel de la tabla y, por tanto, le corresponde una suma igual a la asignada a la víctima directa, esto es, el equivalente a veinte (20) SMMLV, condena que habrá de modificarse para ajustarla a los parámetros establecidos por esta Corporación.

En cuanto a los perjuicios morales concedidos a la abuela y a la hermana, se reconoció el equivalente a quince (15) SMMLV; sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia unificada de la Corporación, como su relación de consanguinidad es del segundo grado, se ubican en el segundo nivel de la tabla y, por tanto, les corresponde el equivalente a diez (10) SMMLV, para cada una, como se fijará en la parte resolutive de esta providencia.

3.5.2. Daño a la salud

En relación con la decisión del *A-quo* desestimatoria de la pretensión de indemnización por daño fisiológico o daño a la vida de relación por cuanto encontró inexistente la prueba de su causación, debe señalarse que la jurisprudencia de la Corporación precisó

⁵³ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 28 de agosto de 2014, Exp. 31172

⁵⁴ Folio 51 del cuaderno de primera instancia

⁵⁵ Folio 52 del cuaderno de primera instancia

⁵⁶ Folio 33 del cuaderno de primera instancia

⁵⁷ Folio 51 al 56 del cuaderno de primera instancia y 259 del cuaderno de segunda instancia

⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de mayo del 2006, Exp. 14694

el contenido de este tipo de daño⁵⁹, para finalmente comprender bajo la denominación de daño a la Salud el que “(...) se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica”. Es decir que “(...) un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación– precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud”.

Por lo anterior, frente a la liquidación del daño a la salud, la Sala reitera los lineamientos planteados en Sentencia del 28 de agosto de 2011, Rad. 31170, en la que el pleno de la Sección Tercera unificó la jurisprudencia en relación con la tasación, en los siguientes términos:

“(...) De modo que, una vez desarrollado el panorama conceptual del daño a la salud, la Sala Plena de la Sección Tercera unifica su jurisprudencia en torno al contenido y alcance de este tipo de perjuicio inmaterial, en los términos que se desarrollan a continuación:

Para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222, proferidas por esta misma Sala, en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo, en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado.

Lo anterior, con empleo del arbitrio iudice, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para lo que se emplearán –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
<i>Igual o superior al 50%</i>	<i>100 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 40% e inferior al 50%</i>	<i>80 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 30% e inferior al 40%</i>	<i>60 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 20% e inferior al 30%</i>	<i>40 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 10% e inferior al 20%</i>	<i>20 SMMLV</i>
<i>Igual o superior al 1% e inferior al 10%</i>	<i>10 SMMLV</i>

⁵⁹ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de unificación del 14 de septiembre del 2011, Exp. 19031

Sin embargo, en casos excepcionales, cuando, conforme al acervo probatorio se encuentre probado que el daño a la salud se presenta en una mayor intensidad y gravedad, podrá otorgarse una indemnización mayor, la cual debe estar debidamente motivada y no podrá superar la cuantía equivalente a 400 SMLMV.

Así, el operador judicial debe tener en cuenta las siguientes variables conforme a lo que se encuentre probado en cada caso concreto:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)*
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.*
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.*
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.*
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.*
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.*
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.*
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.*
- La edad.*
- El sexo.*
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.*
- Las demás que se acrediten dentro del proceso. (...)"*

En el *sub-lite* se tiene que el IMAR Edwin López Castro, de acuerdo con el acta de Junta Médica Laboral No 0274 Registrada en la Dirección de Sanidad de la Armada Nacional, de fecha veintitrés (23) de noviembre de dos mil cinco (2005)⁶⁰, presentó como secuelas de la lesión una incapacidad parcial permanente del 11%, por lo que le corresponde según la tabla el equivalente a 20 SMMLV; además, la Sala observa que no se acreditaron circunstancias especiales que den lugar a un mayor reconocimiento, por lo que se fijará definitivamente ese monto.

Por otra parte, siguiendo las líneas jurisprudenciales desarrolladas por esta Corporación, no es procedente el reconocimiento de este tipo de daño a los familiares del lesionado, teniendo en cuenta que el daño a la salud únicamente fue sufrido por este, por lo que la decisión de primera instancia será confirmada en este aspecto.

3.5.3. Perjuicios materiales

En el plenario reposan los testimonios de Isidro Rodríguez Moreno⁶¹ y María del Carmen Hernández⁶², quienes, en razón a su cercanía y amistad con Edwin López Castro, coinciden en señalar que antes de vincularse a la Armada Nacional para prestar

⁶⁰ Folio 261 al 264 del cuaderno de primera instancia

⁶¹ Folio 73 del cuaderno Anexo 1 de despachos comisorios

⁶² Folio 74 del cuaderno Anexo 1 de despachos comisorios

su servicio militar obligatorio, se dedicaba al campo y desempeñaba labores varias como zapatero, repartidor de leche y operario en una fábrica, declaraciones que en criterio de la Sala merecen credibilidad, sin embargo, no arrojan certeza sobre los ingresos que esas actividades le reportaban mensualmente.

Por lo anterior, como solo quedó demostrado que el señor López Castro ejercía una actividad laboral productiva independiente de la que derivaba ingresos sin que pudiera establecerse el monto devengado, se tomará el salario mínimo mensual vigente como el ingreso base de liquidación⁶³; empero, como no tenía una vinculación laboral fija, al momento de liquidarse el lucro cesante no podía reconocérsele el 25% de las prestaciones sociales como lo hizo el *A-quo* en el fallo de primera instancia, razón por la que la liquidación será revisada y ajustada en este sentido de conformidad con la jurisprudencia de esta Sala⁶⁴, tomando para el efecto el salario mínimo vigente para el año 2018, esto es, la suma de \$781.242. A este valor se le aplicará el 11% correspondiente a la incapacidad parcial permanente dictaminada por la Junta Médica Laboral en acta de fecha de fecha 23 de noviembre de 2005⁶⁵, para tener el ingreso base de liquidación.

La indemnización comprende dos periodos, uno consolidado que se cuenta desde el momento de los hechos (26 de mayo de 2005) hasta la fecha de la presente providencia, esto es, (30 de junio de 2018), para un total de 157,4 meses, a la que se aplica la siguiente fórmula:

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

$$Ra = \$781.242$$

$$\$781.242 \times 11\% = \$85.936$$

$$S = \$ \frac{(1 + 0.004867)^{157,4} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$20.257.592$$

Ahora bien, para el lucro cesante futuro o anticipado se tiene en cuenta la Resolución 0497 del 20 de mayo de 1997 de la Superintendencia Bancaria, que establece que la expectativa de vida para una persona de 26 años⁶⁶ -que era la edad del señor López Castro para la fecha en que se produjo la lesión-, es de 50.08 (600.96 meses), menos el tiempo reconocido en la condición de consolidado (157,4 meses), nos arroja 443.56 meses como el tiempo futuro.

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

⁶³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de febrero de 1994, Rad. 8.576.

⁶⁴ Ver, entre otras, Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 26 de septiembre de 2016, Exp. 47368 y Sentencia del 8 de mayo de 2017, Exp. 36228.

⁶⁵ Folio 261 al 264 del cuaderno de primera instancia

⁶⁶ Teniendo en cuenta que el actor Edwin López Castro nació el 3 de marzo de 1979, conforme al Registro Civil de Nacimiento obrante a folio 51 del cuaderno de primera instancia.

$$S = \frac{\$85.936 (1 + 0.004867)^{443,56} - 1}{0.004867 (1 + 0,004867)^{443,56}}$$

$$S = \$16.383.927$$

Sumados los valores de la indemnización debida y futura, por concepto de lucro cesante, se obtiene un valor total de \$36.641.519

3.6. De los honorarios del curador *Ad-litem*

Una de las razones de la impugnación de los demandantes la constituye el hecho de que el Tribunal ordenó que los honorarios del curador *ad-litem* fueran cancelados por la parte actora⁶⁷, decisión que será confirmada por la Sala teniendo en cuenta que la jurisprudencia de la Corporación así lo ha indicado al destacar que: “(...) a pesar de que la figura procesal del curador *ad litem* tiene como uno de sus objetivos la defensa de los intereses del demandado, el pago de los honorarios de quien ejerce esa función está a cargo de la parte demandante, por ser esta parte quien ha solicitado su intervención y por tratarse de honorarios para un auxiliar de la justicia⁶⁸”.

Ahora bien, conforme al artículo 388 del Código de Procedimiento Civil y en aplicación de lo dispuesto por el Acuerdo 1887 de 2003 (*Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho*), expedido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, la Sala modificará el monto reconocido y lo fijará en un (1) SMLMV⁶⁹, suma que deberá ser pagada por la parte demandante, que es la interesada en que se adelante el proceso, conforme se definió en el fallo de primera instancia.

3.7. Condena en costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 que modifica el artículo 171 del C.C.A., solo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma no se efectuará condena en costas alguna.

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

FALLA:

MODIFÍCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Chocó el veintiocho (28) de octubre de dos mil diez (2010). Y, en su lugar se dispone:

PRIMERO: DECLÁRASE que la Nación- Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional es responsable de las lesiones causadas al señor Edwin López Castro, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

⁶⁷ Honorarios que fueron tasados de forma provisional en el fallo de primera instancia, en la suma de doscientos mil pesos (\$200.000.00)

⁶⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 12 de mayo de 2010, Rad. 25000-23-26-000-2004-01260-01(36339)

⁶⁹ Se advierte que su actuación se limitó a contestar la demanda (Folio 154 al 155 del cuaderno de primera instancia).

SEGUNDO: En consecuencia, **CONDÉNASE** a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Armada Nacional a pagar las siguientes sumas:

Por concepto de perjuicios morales:

- a. Al señor Edwin López Castro, el equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago de esta sentencia.
- b. A la señora Luz Marina Castro Hernández, el equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago de esta sentencia.
- c. A las señoras Aminta Hernández Ardila y Mayerly López Castro el equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago de esta sentencia, para cada una de ellas.
- d. Por concepto de daño a la salud, al señor Edwin López Castro, el equivalente a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago de esta sentencia.

TERCERO: CONDÉNASE a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional a pagar por concepto de perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante al señor Edwin López Castro, la suma de \$36.641.519.

CUARTO: CONFÍRMASE el fallo de primera instancia en el sentido que los honorarios del curador *ad-litem* sean cancelados por la parte actora. En consecuencia, estos se fijan en un (1) salario mínimo legal mensual vigente y estarán a cargo de la parte demandante, quien los pagará conforme se definió en el fallo de primera instancia.

QUINTO: CONFÍRMASE, en lo demás, el fallo proferido por el Tribunal Administrativo del Chocó el veintiocho (28) de octubre de dos mil diez (2010).

SEXTO: Sin condena en costas en esta instancia.

SÉPTIMO: Se dará cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

OCTAVO: Ejecutoriada esta providencia **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse las copias auténticas con las constancias de ley, al apoderado que ha venido actuando a lo largo del proceso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente de la Sala

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaración de voto Cfr. Rad. 34952-15 #2