**DAÑO MORAL / Naturaleza y alcance.**

En relación con el perjuicio moral, ha reiterado la jurisprudencia del órgano de cierre, criterio que acoge este Tribunal, que la indemnización que se reconoce a quienes sufran un daño antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria o compensatoria3 y no reparatoria del daño causado, de allí que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia, pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor (…) También la jurisprudencia precisa que el daño moral, se ha entendido como el producido generalmente en el plano síquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien4; daño que tiene existencia autónoma y se configura una vez satisfechos los criterios generales del mismo, esto es, que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual y que tenga relación con un bien jurídicamente tutelado.

**DAÑO MORAL / Tasación de su reparación debe ser conforme a las reglas de unificación jurisprudencial emitidas por el Consejo de Estado de acuerdo con su gravedad.**

Correspondiendo al operador judicial tasar discrecionalmente la cuantía de la reparación teniendo en cuenta los criterios generales contemplados en la sentencia del 28 de agosto de 2014 por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, sobre la indemnización de perjuicios morales derivados de lesiones a una persona, siempre que el acervo probatorio allegado corrobore el daño alegado, destacando que la unificación jurisprudencial no determino, ni se refirió a establecer cuál era la prueba idónea, específica y concreta para determinar la afectación moral. (…) De allí que el operador judicial, deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, (…); por lo tanto, la gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

**DAÑO MORAL / Presunción frente al núcleo familiar.**

Acreditado entonces el parentesco de los demandantes, con los registros civiles, para reconocer los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares, era procedente la aplicación de las reglas de la experiencia, según las cuales se infiere que la muerte, lesión, etc., afecta a la víctima y a sus familiares más cercanos esto es, los que conforman su núcleo familiar, y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia6 como espacio básico de toda sociedad. (…) 1. De lo hasta acá destacado, para la Sala la relación de consanguinidad entre los demandantes y la victima directa está probada, al igual que la herida en el rostro de la menor, por lo que, atendiendo las consideraciones indicadas en precedencia, se presume la aflicción por la lesión sufrida, como lo convalida el criterio unificador.

**DAÑO MORAL / No requiere de tarifa legal o dictamen médico legal para su reconocimiento / Se debe tasar de acuerdo a la naturaleza de la aflicción y a sus secuelas de acuerdo con lo probado en el proceso.**

De las valoraciones médicas expuestas, la Sala puede colegir que la menor sufrió una lesión en su rostro de carácter permanente y pese a la posibilidad de un manejo quirúrgico o farmacológico, la cicatriz no desaparecerá, persistiendo así la secuela derivada de la lesión. Igualmente, se encuentra que en ningún análisis de los galenos se taso porcentualmente la gravedad de la lesión, limitándose a señalar que de carácter permanente y una cicatriz ostensible levemente (Sic). No obstante, lo anterior y atendiendo la naturaleza y finalidad del perjuicio moral, tal como fue explicado en precedencia, no necesariamente requiere de una tarifa legal o de un dictamen médico legal para reconocer que la víctima de un daño padeció dolor o sufrió emocionalmente a consecuencia de la lesión a un bien jurídicamente tutelado y que su núcleo familiar cercano también se vio afectado. Concordante y al realizar una lectura detallada de las consideraciones que llevaron al A- quo, a desconocer las consideraciones de la sentencia de unificación respecto de los baremos y la aplicación del arbitrio judice, se encuentra confusión entre el reconocimiento de los perjuicios con componentes subjetivos y los de componente objetivo, pues basó la declaratoria en la afectación física de naturaleza estética y no emocional razón por la cual, correspondía al operador judicial, con fundamento en su prudente juicio y en eventos como el acaecido cuando se carezca de pruebas que acrediten la incapacidad médico legal o el porcentaje de pérdida de capacidad laboral o la tasación porcentual de la gravedad de la lesión, establecer el valor que corresponda, para cuyo propósito debe tener en cuenta la naturaleza y la gravedad de la aflicción y sus secuelas, de conformidad con lo que se encuentre demostrado en el proceso. En similar sentido, esta instancia ya ha adoptado el criterio del órgano de cierre, advirtiendo que en el sub examine, tal como lo refirió la decisión de primera instancia, no obra prueba técnica que concluya con un dictamen el porcentaje de la lesión, aflicción o secuelas, no obstante atendiendo las consideraciones que preceden esta decisión, especialmente el contenido de la sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, aquellas previsiones se insiste no constituyen una tarifa legal para acreditar la magnitud de la lesión en el marco de la congoja o angustia, obviándose que la menor sí padeció un dolor o sufrió emocionalmente a consecuencia de la lesión, como quedo anotado en el registro de la atención médica inicial del 17 de septiembre de 2018 y que se extiende a su núcleo familiar en primer grado. Ahora bien, precisa la Sala que, ante la ausencia probatoria, debía tener en cuenta cualquier otro medio que permita determinar la aflicción por la gravedad o levedad del daño, encontrando en el plenario que el 24 de julio de 201912, el psicólogo clínico JORGE ENRIQUE LLANOS RIVERA, valoró y realizó evaluación psicológica a la menor Marínela Joaquín Rojas (…) De la valoración psicológica realizada a la menor víctima de la lesión, es dable colegir para la Sala, que no se presentan trastornos postraumáticos relacionados con el accidente, pero no quiere decir que por los hechos ocurridos, la menor no sufrió un congoja o aflicción, máxime cuando la víctima refiere preocupación por la cicatriz en si mima y la incertidumbre por una posible intervención quirúrgica que conforme a lo indicado por los galenos especialistas en cirugía plástica, no garantiza que desaparezca la referida cicatriz en su rostro, es decir, independiente del tratamiento quirúrgico o farmacológico la secuela de lesión persistirá. Concordante con lo anterior y de las pruebas destacadas en precedencia, la Sala, corrobora con los testimonios rendidos el 10 de febrero de 2021, a petición de la parte demandante de los Señores MARÍA DEL CARMEN ARAQUE MORA, ANGGI CAROLINA AMAYA ROJAS y ANSELMO RODRÍGUEZ QUIÑONES, que los deponentes encaminaron sus declaraciones a demostrar la afectación moral de la menor víctima y del núcleo familiar cercano, con ocasión de los hechos que derivaron en la lesión, respecto únicamente de la afectación psicológica de la víctima, por los cambios en su interacción social y el presunto bullying que sus compañeros de curso le habrían realizado. Por lo que para la Sala, la preocupación que trasmitió en diferentes escenarios la menor víctima, es válida y concreta la aflicción y congoja y en tal sentido el operador debía atender los criterios fijados en la sentencia de unificación y por ende la decisión judicial, no podía ser aislada del estudio en el marco de la perspectiva de género y tendencias de relevancia y protección de los derechos de las niñas niños y adolescentes, ya que la lesión y secuelas que padecerá Marínela Joaquín Rojas, desafortunadamente se ubican en su rostro. (…) Así las cosas, y pese a configurarse la aflicción de la menor víctima y su núcleo de consanguinidad, al revisar la totalidad del acervo probatorio, no reposa otra prueba que determine que la víctima hubiese tenido un mayor grado de angustia o congoja que permita validar las pretensiones de la parte actora respecto al reconocimiento de 100 SMLMV para cada uno de los demandantes, carga probatoria que en los términos del artículo 167 del CGP correspondía única y exclusivamente a la parte activa del extremo en litis y quien no ejerció en debida forma, por lo que en este aspecto no es procedente acceder a lo pretendido por el recurrente. No obstante lo anterior, al encontrarse probada la lesión que sufrió la menor Marínela Joaquín Rojas, y que le generó una cicatriz en el rostro (pómulo izquierdo), que fue catalogada como secuela de carácter permanente, en aplicación de las presunciones de parentesco, era procedente el reconocimiento por concepto de perjuicio moral y cuya tasación debía sujetarse a las tablas de unificación reseñadas en el numeral 50, y no como lo efectuó el A- quo, ni confundir la naturaleza del perjuicio reclamado por el estético y hacer uso del arbitro judice, en tal sentido el reconocimiento y liquidación de los perjuicios morales, serán objeto de modificación con relación a la sentencia de primera instancia, ya que debía tener en cuenta la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 28 de agosto de 2014, expediente 32988, así como el Documento Final aprobado mediante Acta del 28 de agosto de 2014 “Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales”.

**DAÑO A LA SALUD / Diferencia con el daño a la vida de relación / Afectación al estilo de vida / Diferencia con el daño moral / Afectación sicofísica.**

La jurisprudencia del órgano de cierre, los concibió como perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferente al moral, tanto así que el Consejo de Estado para el año 2000, incorporó la tesis del daño denominado "daño a la vida de relación", indemnizando con ello las secuelas ocasionadas al sujeto en relación con su mundo, existencia y cotidiano, cuando se configurase el daño antijurídico y la imputación fáctica y jurídica realizada a la administración pública, posición que se mantuvo prácticamente hasta el 14 de septiembre del año 2011, fecha en donde la alta corporación adoptó la nueva tesis del "daño a la salud”. En tal sentido, el daño a la vida de relación, corresponde a la imposibilidad de la persona afectada de poder realizar las mismas actividades que realizaba antes, por ejemplo no poder practicar el deporte favorito o ejecutar cualquier otro tipo actividades que hacía por sí mismo, como montar en bicicleta, bailar etc; comportando en términos generales que el reconocimiento del perjuicio por el daño a la vida de relación es aquel derivado de la afectación del estilo de vida de la persona frente a su relación con el entorno y las demás personas que lo rodean. Caso contrario, el daño a la salud de conformidad con la posición jurisprudencial adoptada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, radica en una afectación sicofísica de la persona, esta debe ser indemnizada bajo este concepto, entendido como categoría autónoma de perjuicio (…) En consecuencia al retomar nuevamente la posición jurisprudencial adoptada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, encontramos que cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona y que tiene origen en una lesión corporal, sólo se podrá reclamar por quien lo sufre y eventualmente reconocer a título inmaterial diferente al moral, ya que el daño a la salud o fisiológico, ya que el primero, esta tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal siempre que los haya solicitado y estén acreditados en el proceso. Entonces, esta Sala colige que el daño a la salud, se constituye como un perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente como quiera que empíricamente es imposible una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo. Teniendo en cuenta las diferencias conceptuales destacadas en precedencia, entre el daño a la salud y el daño a la vida en relación y a fin de resolver el caso en concreto, encuentra la Sala una absoluta falta de técnica jurídica al momento de redactar la demanda y los argumentos del recurso, ya que el profesional de derecho de la parte demandante, mezcló dos conceptos de perjuicios inmateriales, por lo que tal como lo consideró el A- quo, debía tenerse en cuenta la argumentación expuesta y finalidad de la pretensión, esto es la restauración de la integridad psicofísica de la menor, análisis que valida esta instancia, para encuadrarlo en el daño a la salud.

**DAÑO A LA SALUD / Criterios a considerar para su tasación.**

En este punto del análisis, conviene advertir que la Sección Tercera reiteró, en las sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014, los argumentos antes transcritos, respecto al daño a la salud y, bajo ese entendido, destacó que la valoración probatoria que debe hacer el juez para acceder al reconocimiento de dicho perjuicio tendrá que tener en consideración las siguientes variables: i) la pérdida o anormalidad de la estructura o función sicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente); ii) la anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental; iii) la exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones de un órgano; iv) la reversibilidad o irreversibilidad de la patología; v) la restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria; vi) excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria; vii) las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado; viii) los factores sociales, culturales u ocupacionales; ix) la edad; x) género; y xi) las demás que se acrediten dentro del proceso. En consecuencia y para el caso en estudio, del escaso material probatorio reseñada en el acápite anterior, no encuentra la Sala, prueba que permita aumentar la tasación reconocida en la sentencia de primera instancia, ya que al plenario no fue arrimada prueba objetiva de la estructuración de la anomalía estructural, funcional, fisiológica o anatómica, diferente a que la cicatriz de la menor es de carácter permanente, ostensible levemente deprimida y levemente discromica con mínima longitud de 25x4 mm.

**NOTA DE RELATORÍA:** El documento que se presenta al público ha sido modificado para incluir los anteriores descriptores de la providencia, más no para modificar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la providencia original. Para validar la integridad del documento los interesados pueden consultarlo a través de la plataforma SAMAI.



***REPÚBLICA DE COLOMBIA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ***

***SALA DE DECISIÓN 3***

***MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO***

Tunja, veintisiete (27) de enero de dos mil veintidós (2022)

|  |  |
| --- | --- |
| **MEDIO DE CONTROL:** | REPARACIÓN DIRECTA |
| **RADICADO:** | 15238-33-33-001-**2019-00157-01** |
| **DEMANDANTES:** | GERMÁN JOAQUIN DIAZ Y OTROS. |
| **DEMANDADOS:** | DEPARTAMENTO DE BOYACÁ – MUNICIPIO DE BELÉN. |
| **TEMA:** | DE LA TASACIÓN DE PERJUICIOS DERIVADOS DE LARESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE DE MENOR DE EDAD EN INSTITUCIÓN EDUCATIVA |
| **ASUNTO:** | **SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA – modifica****parcialmente la sentencia** |

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida el 23 de marzo de 2021, mediante la cual el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Duitama**,** accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

## ANTECEDENTES: Declaraciones y condenas (ff.83 -85, archivo 02. Ex. Digital)

1. Los señores German Joaquín Díaz y Doris Rojas Araque, en su condición de padres y representantes de la menor Marínela Joaquín Rojas (victima directa) y, Dayely Julieth Amaya Rojas (hermana), a través de apoderado judicial acudieron ante esta jurisdicción promoviendo el medio de control de Reparación Directa a fin que, se declare a la Nación - Departamento de Boyacá

- Institución Educativa Técnica Carlos Alberto Olano Valderrama de Belén y, al Municipio de Belén administrativa y solidariamente responsables de los perjuicios materiales e inmateriales causados a los demandantes, por las lesiones físicas y psicológicas ocasionadas a su menor hija y hermana, como resultado de la caída que sufrió el 17 de septiembre de 2018, mientras se encontraba en la Institución Educativa, donde cursaba primer grado de primaria, hecho que se atribuyó a fallas en el diseño, mantenimiento, manejo y control de las instalaciones de la Institución, dado que, la caída se produjo en una cuneta de aguas negras que no contaba con su respectiva medida de prevención (rejilla).

1. Como consecuencia de lo anterior pidieron que se condene a las entidades accionadas al pago de las siguientes sumas de dinero:
	* Por **concepto de daño moral**: se pague a la menor víctima y para cada uno de los demás demandantes, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
	* Por concepto de **daño fisiológico y afectación a la vida de relación**: el equivalente a mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes requeridos, para todos los tratamientos médico – quirúrgicos – Hospitalarios que se requieren para la restauración de la integridad de la menor.
	* Por concepto de **daño emergente**: se condene a pagar en favor de la parte demandante por los daños antijurídicos de orden material como daño emergente la suma de dos millones de pesos (2’000.000.oo) M/cte., originados por gastos inmediatos de tratamientos, medicamentos, consultas psicológicas, tratamiento con Cirujano Plástico, transportes que ha requerido la menor. Y que dichas sumas sean actualizadas a través de la fórmula de matemática financiera aceptada por la jurisprudencia del Consejo de Estado o la aplicable al caso.
	* Que se ordene el pago de los intereses moratorios sobre la suma de dinero determinada en la sentencia, de acuerdo con el artículo 192 del C.P.A.C.A.
	* Se ordene la ejecución de la sentencia de acuerdo a lo establecido por el artículo 195 del C.P.A.C.A.

## Fundamentos fácticos (ff.85 -88, archivo 02. Ex. Digital)

1. Indicó que la menor Marinela Joaquín Rojas, nació el 11 de marzo de 2012 en Duitama y es hija de los señores Doris Araque Rojas y German Joaquin Díaz, quien para el momento de la ocurrencia de los hechos, cursaba grado primero en la Institución Educativa Técnica Carlos Alberto Olano Valderrama de Belén, donde se destacaba por sus excelentes calificaciones y buen comportamiento.
2. Enfatizó que el lunes 17 de septiembre de 2018, la menor asistió a sus clases con normalidad y disfruto de su horario de descanso junto a sus compañeros, cuando se dirigió corriendo a la cafetería y de repente uno de sus compañeros la empujo y cayó en una cuneta de aguas negras que se encontraba abierta y sin señalización, lo que ocasionaba un riesgo para la comunidad estudiantil.
3. Resaltó que luego de la caída, la niña fue llevada por la profesora
4. , a la enfermería del colegio para que se le brindara primeros auxilios y cerca a las 11:00 am, el colegio le aviso a la señora Doris Araque Rojas por medio de llamada telefónica, que su hija había sufrido una caída que le produjo una lesión.
5. Indicó que cuando la progenitora observó el rostro de su hija y la traslado rápidamente al Centro de salud de Belén, donde fue atendida por la doctora Ángela Pita quien le diagnosticó “*trauma a nivel de pómulo izquierdo presentando herida abierta con sangrado moderado, refiere en el momento dolor, se realiza sutura previa asepsia y antisepsia colocación de campos*

*estériles, se realiza infiltración 3cc lidocaína sin epinefrina al 2% con catgut 5.0 sutura continua cruzada, adecuando control de hemostasia, se realiza sutura de dermis y epidermis prolene 4.0 sutura intradérmica.”* Tomándole cuatro (4) puntos internos y ocho (8) externos los cuales fueron retirados ocho (8) días después quedándole cicatriz.

1. Acotó que, a la fecha de presentación de la demanda, se estaba pendiente determinar y practicar la realización de otra cirugía para resección quirúrgica de tejido cicatrizal.
2. Señaló que el padre de la menor radicó varias peticiones ante diferentes entidades municipales que no fueron resueltas, las cuales fueron orientadas a que las personas a quienes se depositó el cuidado de la menor, se responsabilizaran del daño, ya que como consecuencia del accidente, la niña desmejoró su desempeño académico, tuvo que faltar a clase, y fue víctima de bullying por parte de sus compañeros, a tal punto que fue necesario cambiarla de colegio.
3. Adicionó que, derivado del accidente, la menor, ha presentado afectaciones psicológicas y cambios en su vida en relación, lo que se evidencia de pasar de ser una niña alegre a presentar una actitud de tristeza y de preocupación, pues no le gusta que le miren su cicatriz, señalando que por ese motivo las entidades demandadas están llamadas a indemnizar los perjuicios al concurrir elementos que configuran responsabilidad.

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

**Municipio de Belén (archivo 08 . Ex. Digital)**

1. A través de apoderado, la entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, arguyendo que carecen de fundamentos jurídicos y facticos al involucrar al Municipio de Belén ya que, la Institución Educativa Técnica Carlos Alberto Olano Valderrama de Belén, no es un establecimiento educativo de orden Municipal, por lo que su régimen jurídico se encuentra consagrado en la ley 60 de 1993, la que determina que la Educación Pública está a cargo de los municipios siempre y cuando el Concejo Municipal dirija la solicitud para certificarse y cuente con una población superior a 10.000 habitantes, lo cual no es el caso de Belén, configurándose la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.
2. De igual manera, precisó que, en cuanto al deber de los establecimientos educativos de responder por los daños causados a quienes se encuentren bajó su dirección y cuidado, ese imperativo obedece a razones de tipo subordinado y de garantía en el entendido de que quien asume el proceso educativo adquiere automáticamente la obligación de velar por quienes acuden a ese proceso, máxime tratándose de menores de edad que ameritan un grado especial de protección de la vida e integridad de los mismos, la cual puede verse perturbada por razones de eventos adversos, por lo que el prestador de

servicio está obligado a asumir un rol de garante de los derechos de quienes están bajo su cuidado.

1. Enfatizó que la Corte Constitucional, ha establecido que sobre el deber de custodia de los establecimientos educativos y la posición de garante que ostenta respecto a los alumnos que, la custodia ejercida por el establecimiento educativo debe mantenerse no solo durante el tiempo que el alumno pasa en sus instalaciones, sino también durante el que dedica a la realización de otras actividades educativas o de recreación promovida por este, incluyendo paseos, excursiones, viajes y demás eventos tendientes al desarrollo de programas escolares.
2. Mencionó que la doctrina, ha establecido adicionalmente que si bien dentro de las nuevas tendencias pedagógicas, la educación que se imparte en los colegios debe respetar ciertos parámetros de libertad y autonomía, ello no obsta para que se adopten medidas de seguridad necesarias con el fin de garantizar la integridad física de los alumnos, respetando desde luego la independencia que se les otorga*.*

## Departamento de Boyacá (archivo 09. Ex. Digital)

1. Se opuso a las pretensiones de la demanda, incluyendo el valor de la indemnización perseguida y sostuvo que, la Institución Educativa Técnica Carlos Alberto Olano Valderrama de Belén dio cumplimiento al deber de diligencia y cuidado de la menor Marínela Joaquín Rojas, de manera que, una vez acaecido el accidente se siguió una ruta de atención adecuada, lo cual se encuentra demostrado en el plenario, por lo que estando frente a un caso fortuito, debido a las circunstancias del accidente y la edad de la menor es evidente que se tuvo la diligencia y cuidado requeridos.
2. Arguyó que en relación al daño moral manifestó que no es cierto que se haya causado, memorando que, de conformidad con el dictamen efectuado, la menor no cuenta con una afectación psicológica y que actualmente se encuentra la menor bien.
3. Señaló que, el daño emergente solicitado, no ha sido probado en cuanto la valoración médica y psicológica fue realizada por la demandante de manera voluntaria a efectos de verificar posibles afectaciones en la menor, obteniendo como resultado la inexistencia de afectación psicológica y que, de acuerdo al concepto del cirujano plástico, la menor no requiere intervención quirúrgica de la cicatriz.
4. Indicó en cuanto al daño fisiológico y afectación de la vida en relación que, este no ha sido probado ya que de acuerdo al criterio médico la menor no requiere revisión quirúrgica y no existen alteraciones funcionales.
5. En consecuencia, propuso como excepción la denominada “*inexistencia de responsabilidad al encontrarnos ante un caso fortuito”* pues considero que en el

presente asunto existió la debida diligencia y cuidado, motivo por el que se rompe el nexo de causalidad, consecuencia del caso fortuito al que obedece el asunto, por lo anterior solicitó declarase probada la excepción y se proceda a negar las pretensiones de la demanda.

## SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (archivo. 55)

1. El Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Duitama, mediante sentencia proferida el 23 de marzo de 2021 resolvió (ff. 18-19):

*“****PRIMERO:*** *DECLARAR probada la excepción de “falta de legitimación en la causa por pasiva”, propuesta por el municipio de Belén.*

***SEGUNDO:*** *DECLARAR administrativa y patrimonialmente responsable al Departamento de Boyacá́ - Secretaria de Educación, de los perjuicios materiales e inmateriales causados a los demandantes, derivados de la lesión sufrida por la menor MARINELA JOAQUI ROJAS, como resultado de la caída que sufrió́ el 17 de septiembre de 2018, mientras se encontraba en la Institución Educativa Técnica Carlos Alberto Olano Valderrama de Belén, donde cursaba primer grado de básica primaria.*

***TERCERO:*** *Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR al Departamento de Boyacá́ - Secretaria de Educación, a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero****:***

* ***Por concepto de perjuicios morales:***

*-A favor de Marínela Joaqui Rojas (lesionada), el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes*

*-A favor de German Joaqui Díaz (padre), el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*-A favor de Doris Rojas Araque (madre), el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*-A favor de Dayely Julieth Amaya Rojas, el equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

* ***Por concepto de daño a la salud:***

*-A favor de Marínela Joaquín Rojas (lesionada), el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

* ***Por concepto de perjuicios materiales:***

*-A favor de Germán Joaquín Díaz, la suma de $694.300.00, por concepto de daño emergente. Suma que se deberá́ indexar al momento del pago, con el IPC certificado por el DANE, tomando como índice inicial el IPC del mes de julio de 2019, fecha de la erogación.*

***QUINTO:*** *NEGAR las demás pretensiones de la demanda.*

***SEXTO:*** *Sin condena en costas procesales. (…)”*

1. Para adoptar tal determinación, el A- quo, analizó la responsabilidad patrimonial del estado y posteriormente referenció la responsabilidad de las Instituciones educativas por accidentes ocurridos en sus instalaciones o con motivo del servicio educativo, para lo cual citó que el Consejo de Estado en sentencia del 19 de junio de 1997, expediente 12098, refirió al deber de vigilancia

de las instituciones educativas en procura de la protección de sus alumnos, destacando que, dicha corporación menciono que se presenta falla cuando el descuido de los profesores, en su calidad de vigilantes, permite la ocurrencia de accidentes o cuando los encargados no proveen seguridad necesaria de sus instalaciones.

1. Así mismo citó la sentencia del 7 de septiembre de 2004 en la cual el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo y de otras providencias reseñadas extrajo en síntesis que, las instituciones educativas son responsables de los daños que sus estudiantes puedan causar o sufrir, durante el desarrollo del proceso enseñanza - aprendizaje, salvo en los casos en que se demuestre que actuaron con absoluta diligencia o medie alguno de los eximentes de responsabilidad (fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima).
2. Ahora bien, en cuanto al daño, una vez describió las connotaciones y los elementos necesarios para su estructuración a partir de reiteradas sentencias proferidas por el Consejo de Estado y, siendo este denominando como el principal elemento para la estructuración de daño determinó que, en el caso en concreto se encontró plenamente demostrado con los apartes de la historia clínica aportados, la existencia de un daño antijurídico que pese a la levedad de este, el ordenamiento jurídico no le impone a las victimas el deber de soportarlo, al tiempo que se trata de un daño personal, que recae sobre un bien protegido por el ordenamiento jurídico que en este caso es la integridad personal de la víctima directa, considerando la presencia de una cicatriz permanente en su rostro, en consecuencia el primer elemento de responsabilidad se encuentra demostrado.
3. Igualmente, analizadas las pruebas relevantes allegadas al proceso, logro determinar que no cabe duda que la entidad departamental accionada y las directivas de la Institución educativa, se limitaron a prohibir a los estudiantes el tránsito por el área restringida, inclusive con un aviso visible al público, medida que no era suficiente y que no tenía la eficacia requerida para los alumnos de la edad y nivel de formación como el de la niña que sufrió el accidente.
4. No obstante mencionó que, a pesar de la edad de los niños en un grado de formación como en el que se encuentran los niños de primero de básica primaria, sea imposible evitar la ocurrencia de incidentes, lo que sí era posible, era tomar las medidas pertinentes para mitigar los efectos de los accidentes, pues es de diferenciar que los niños sufran caídas en áreas acondicionadas para el desarrollo del proceso de enseñanza – aprendizaje, a que la caída ocurra en un área que se había certificado como no segura para los alumnos mas pequeños, donde se encontraba una canaleta de aguas lluvias sin la respectiva rejilla, esto es con los bordes de concreto expuestos y que precisamente uno de esos lesionara el rostro de la víctima cayendo a su propia altura.
5. En cuanto a la excepción de “*falta de legitimación en la causa por pasiva*” propuesta por apoderado del Municipio de Belén, el juzgado declaro probado

el medio exceptivo propuesto, pues como lo señaló la defensa del Municipio, la

I.E renombrada, depende del Departamento de Boyacá, entidad que tiene a cargo la prestación del servicio público de educación tal como lo prevé la ley 715 de 2001 y dado que el subdirector de inspección y vigilancia de la Secretaria de Educación de Boyacá certificó que dicha I.E es de naturaleza pública departamental de conformidad a la distribución de competencias y recursos de la educación determinados en la precitada ley.

1. Por otra parte, en cuanto a las aseveraciones expuestas por la parte actora, respecto del reconocimiento indemnización, el juez de instancia las considero exageradas de acuerdo a las pruebas allegadas al plenario, pues la referida caída fue en una canaleta de agua lluvia y no en una zanja de aguas negras como lo indico el demandante y, tampoco se demostró que la niña hubiese sido víctima de bullying por parte de sus compañeros de clase.
2. El a -quo determinó que a efectos de liquidar los perjuicios inmateriales, en primer lugar señaló **existe una presunción que opera para la victima directa del daño y para los integrantes de su núcleo familiar**, como sostuvo el Consejo de Estado en sentencia del 15 de octubre de 2008 expediente 17.487, por lo tanto en el presente caso se demostró que, la victima directa debió sufrir angustia en el plano psíquico interno como consecuencia del dolor que genero la lesión física sufrida, Así mismo, sus padres y su hermana para quienes se presume el daño moral en virtud de la afectación de la salud padecida por su hija y hermana respectivamente.
3. No obstante, para la tasación de la condena por concepto de perjuicios morales no son aplicables los criterios fijados por el Consejo de Estado en Sentencia de Unificación, al ser el daño de magnitud leve, cuyas consecuencias no son de carácter funcional y no involucran alteraciones de orden psicológico, por lo que se aplicó la figura del arbitrio iuris, que para tal efecto el Consejo de Estado ha destacado que procede cuando se persigue la indemnización de un perjuicio de carácter simplemente compensatoria, el cual demanda del juez una discrecionalidad sujeta a los criterios de razonabilidad y de lo probado dentro del proceso que obren sobre el perjuicio o su intensidad.
4. En ese sentido, de acuerdo a la valoración realizada por el Cirujano plástico, no existe ningún manejo quirúrgico o farmacológico que permita que desaparezca por completo la cicatriz, por lo cual la afectación de carácter estético y la eventual permanencia de la misma, hacen procedente el criterio del perjuicio Moral.
5. Ahora bien, en cuanto a los perjuicios denominados por la parte actora como “daño fisiológico y afectación de vida en relación”, el a quo lo interpreto como daño relativo a la salud, el cual pertenece a una categoría de daño establecida por la jurisprudencia como única y exclusivamente a favor de las personas lesionadas, en tanto que para su tasación son aplicables los mismos criterios acogidos para establecer el daño moral, por lo que el despacho

reconoció a favor de la víctima directa por concepto de daño a la salud el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

1. Referente a los perjuicios materiales a título de daño emergente por concepto de gastos de tratamiento, medicamentos y consultas por cirugía plástica y psicológica reconoció la suma de $694.300.00 en razón al cálculo de los gastos debidamente soportados por concepto de daño emergente a favor del demandante Germán Joaquín Díaz, suma que deberá ser indexada de acuerdo al IPC, tomando como referencia el mes de julio de 2019, considerando que las valoraciones psicológicas y por cirugía plastia fueron canceladas en dicho mes.
2. Finalmente, el a quo se abstuvo de condenar en costas a la parte vencida en razón a que el artículo 188 de la ley 1437 de 2011, no contiene un mandato imperativo de condenar en costas a la parte vencida y, considerando que un criterio objetivo sobre el particular puede comprometer derechos de estirpe constitucional como el debido proceso y acceso a la tutela judicial efectiva.

**RECURSO DE APELACIÓN**

## Parte demandante (archivo 058.- expediente digital)

1. El apoderado de la parte demandante argumentó inconformidad en contra de la sentencia de primer grado, **únicamente respecto de la indemnización reconocida** en la decisión judicial, al considerar que se accedió solamente al 5% de lo pretendido.
2. Acotó que las afectaciones de orden fisiológico para la indemnización real, ameritan reconsiderarse bajo la situación en que sea necesario que a la niña se le tenga que practicar intervenciones médico – quirúrgicas- hospitalarias pues, la desfiguración facial existente requiere atenciones especiales y, ello no se suple con los montos determinados en las sentencias impugnadas*.*
3. Concordante con lo anterior, enfatizó que en cuanto a los daños antijurídicos de orden moral y de la afectación de la vida en relación propuestos por la parte actora, se reclamaba el equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales vigentes, lo que dista de los determinados en la sentencia de primera instancia, correspondientes al 5% de lo solicitado, máxime cuando existen elementos probatorios que de acuerdo al precedente jurisprudencial pueden ser de recibo, por lo que solicitó que en segunda instancia se reconsidere la exigua tasación.
4. Para el recurrente, la decisión proferida en primera instancia debe ser modificada únicamente en el ordinal tercero, mediante el cual se fijaron los montos correspondientes a la indemnización por perjuicios morales correspondientes a la suma de cinco (5) salarios mínimos mensuales legales vigentes en favor de la víctima directa por concepto de daño a la salud y se acceda al monto de las pretensiones contenido en el escrito de demanda.

## TRÁMITE PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

1. Mediante auto del 21 de mayo de 20211, esta Corporación, admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, procediendo a la notificación en debida forma, **sin manifestación alguna de los extremos procesales** y en aplicación de la Ley 2080 de 2021, se ordenó por Secretaría de la Corporación adelantar el trámite previsto en el numeral 5º del artículo 67 ibídem2.

## CONSIDERACIONES

**CONTROL DE LEGALIDAD**

1. De conformidad con lo establecido en el artículo 207 del CPACA, la Sala no encuentra que se haya configurado alguna causal de nulidad que pueda invalidar la actuación realizada dentro del proceso.

## Cuestión previa -De los límites del recurso de apelación

1. Previo a resolver el objeto de la controversia, resulta necesario precisar por parte del Tribunal, los límites a los cuales se ve compelido el ad-quem en lo que respecta a la apelación. No pasa por alto la Sala, que el a-quo en la sentencia desató una controversia inicial delimitada por la demanda, la contestación a la misma y las pruebas recaudadas en el trámite procesal. Dicha controversia concluye con una sentencia que tiene la virtud de poner término a la diferencia y que se fundamenta en razones de hecho y derecho derivadas de lo probado en el plenario y la aplicación concreta del ordenamiento jurídico al caso debatido. Lo anterior de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del C.G.P., que consagra:

***“Artículo 320. Fines de la apelación.*** *El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida,* ***únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante****, para que el superior revoque o reforme la decisión. (…)” N y SFT)*

1. Al respecto, conviene recordar que a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con las propias consideraciones del recurrente, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia. 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***

*1 Índice 5 del registro Samai.*

*2 “(…)5. Si fuere necesario decretar pruebas, una vez practicadas, el superior autorizará la presentación de alegatos por escrito, para lo cual concederá un término de diez (10) días. En caso contrario, no habrá lugar a dar traslado para alegar. El secretario pasará el expediente al despacho para dictar sentencia dentro de los diez (10) días siguientes de concluido el término para alegar o de ejecutoria del auto que admite el recurso. (…)”*

***del recurso****, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. (…).” (Negrillas adicionales).*

1. En ese 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, **los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior,** toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha sostenido que las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo. Lo que el procesado estime lesivo de sus derechos, constituye el ámbito exclusivo sobre el cual debe resolver el ad quem: “*tantum devolutum quantum appellatum”.*
2. Otra de las limitaciones relevantes a las cuales se encuentra materialmente sujeta la competencia del juez ad quem, para efectos de proferir el fallo respectivo con el cual ha de desatarse la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *no reformatio in pejus*, por virtud de la cual no es válidamente posible que, con su decisión, el juez de la segunda instancia agrave, empeore o desmejore la situación que en relación con el litigio correspondiente le hubiere sido definida al apelante único mediante la sentencia de primera instancia.
3. En conclusión, la Sala, en su condición de juez de la segunda instancia, procederá a examinar y a resolver únicamente los reparos expuestos contra la sentencia de primera instancia y que corresponden a la tasación de los perjuicios de carácter inmaterial, sin adentrar su análisis a demás aspectos de la decisión de primera instancia que no fueron objeto de oposición por el apelante único en esta instancia.

# PROBLEMA JURÍDICO

1. En los términos del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, corresponde a esta Sala establecer, si:

*¿El reconocimiento de los perjuicios de naturaleza inmaterial efectuados por el A-quo, se ajustan a los parámetros de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, o si la inaplicación de las tablas definidas no corresponde a las reglas de excepción, además se deberá determinar si es procedente el reconocimiento del daño a la salud atendiendo lo pretendido?*

1. De la interpretación de la sentencia apelada y los motivos de inconformidad propuestos en el recurso, la Sala concreta la tesis argumentativa del caso para dirimir el objeto de la litis e igualmente anuncia la posición que asumirá, así:

# Tesis argumentativa propuesta por la Sala

1. *La Sala modificará parcialmente el numeral tercero de la sentencia de primer grado, teniendo en cuenta que respecto de la tasación de perjuicios inmateriales de orden moral, el A- quo, excluyó de la decisión los parámetros y criterios fijados en la sentencia de unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera de 28 de agosto de 2014, expediente 32988, así como el Documento Final aprobado mediante Acta del 28 de agosto de 2014 “Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales” y desatendió la finalidad del perjuicio moral, en el que no necesariamente se requiere de una tarifa legal o de un dictamen médico legal para reconocer que la víctima de un daño padeció dolor o sufrió emocionalmente a consecuencia de la lesión a un bien jurídicamente tutelado y que su núcleo familiar cercano también se vio afectado.*

*Ahora respecto del otro motivo de inconformidad, relacionado con el reconocimiento y tasación del daño a la salud, para esta Sala, en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente la lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.*

*Por lo que al tenor, de las diferencias conceptuales, encuentra la Sala una absoluta falta de técnica jurídica al momento de redactar la demanda y los argumentos del recurso, ya que el profesional de derecho de la parte demandante, mezcló dos conceptos de perjuicios inmateriales, por lo que tal como lo consideró el A- quo, debía tenerse en cuenta la argumentación expuesta y finalidad de la pretensión, esto es la restauración de la integridad psicofísica de la menor, análisis que valida esta instancia, para encuadrarlo en el daño a la salud, máxime cuando no reposa prueba que dé cuenta del porcentaje exacto de la pérdida de capacidad laboral o dictamen médico legal que valide las secuelas permanentes de la menor, por lo que no es aplicable un reconocimiento superior al considerado en la sentencia de primera instancia, siendo procedente confirmar la decisión recurrida en tales aspectos.*

# ANÁLISIS DE LA SALA

## Respecto de la tasación de perjuicios morales

1. Atendiendo las consideraciones respecto de los términos para la solución del recurso de apelación y de la lectura minuciosa del recurso impetrado, esta Sala, únicamente centrara su análisis en segunda instancia respecto de la tasación de perjuicios de naturaleza inmaterial, ya que la parte recurrente limito la argumentación en el recurso de alzado a dichos aspectos.
2. Sea lo primero señalar que, en relación con el **perjuicio moral**, ha reiterado la jurisprudencia del órgano de cierre, criterio que acoge este Tribunal, que la indemnización que se reconoce a quienes sufran un daño antijurídico tiene una función **básicamente satisfactoria o compensatoria**3 y no reparatoria del daño

*3 Tratándose del perjuicio o daño moral por la muerte o las lesiones de un ser querido, la indemnización tiene un carácter satisfactorio, toda vez que -por regla general- no es posible realizar una restitución in natura, por lo que es procedente señalar una medida de satisfacción de reemplazo, consistente en una indemnización*

causado, de allí que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden **demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor**, destacando el siguiente aparte:

*“Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro. La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso”.*

1. También la jurisprudencia precisa que el daño moral, se ha entendido como el producido **generalmente en el plano síquico interno del individuo**, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien4; daño que tiene existencia autónoma y se configura una vez satisfechos los criterios generales del mismo, esto es, que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual y que tenga relación con un bien jurídicamente tutelado.
2. Correspondiendo al operador judicial tasar discrecionalmente la cuantía de la reparación teniendo en cuenta **los criterios generales** contemplados en la **sentencia del 28 de agosto de 2014**5 por la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, sobre la indemnización de perjuicios morales derivados de lesiones a una persona, siempre que el acervo probatorio allegado corrobore el daño alegado, destacando que la unificación jurisprudencial no determino, ni se refirió a establecer cuál era la prueba idónea, específica y concreta para determinar la afectación moral.
3. Concordante con lo anterior, la sentencia de unificación, precisó que la **reparación del daño moral, en caso de lesiones** tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas y fijó como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos, así:

*por equivalencia dineraria. Al respecto puede consultarse el criterio doctrinal expuesto por RENATO SCOGNAMIGLIO, en su obra El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual. Traducción de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Edit. Antares, 1962, pág. 46.*

*4 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de julio de 2003, expediente número 14083, M.P.: María Elena Giraldo Gómez, criterio reiterado por la Subsección B de esa misma Sección en sentencia de 30 de junio de 2011, expediente número 19836, M.P.: Danilo Rojas Betancourth.*

*5 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación proferida el 28 de agosto de 2014, expediente 31.172, M.P.: Olga Mélida Valle de De la Hoz.*



1. De allí que el operador judicial, **deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio** en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro; por lo tanto, la gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.
2. Agotado el estudio de las generalidades de los perjuicios morales y con el fin de desatar la inconformidad del recurrente, se advierte por esta instancia que efectivamente en desarrollo de la unificación se fijaron los parámetros de reconocimiento de perjuicios de naturaleza moral.
3. Lo anterior, permite colegir que la **excepción está condicionada a las probanzas**, como aquellas circunstancias debidamente acreditadas con una mayor intensidad y gravedad del daño moral, sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios fijados en dicha sentencia; de allí que el quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño una vez se **corrobore por los interesados** ya que las simples manifestaciones no pueden constituirse un elemento de juicio valorativo para el reconocimiento de un perjuicio moral superior al fijado.
4. Para la Sala es claro que **esta regla de excepción no contradice** la sentencia de unificación de la Sección Tercera del 25 de septiembre del 2013, pues la misma aceptó la inaplicación de los baremos definidos en relación con el tope indemnizatorio de los perjuicios morales siempre y cuando se acredite por los afectados un **mayor grado de aflicción o congoja**.
5. Así las cosas, esta instancia al valorar el material probatorio encuentra que al proceso fue arrimada prueba que da cuenta de la **relación de consanguinidad y parentesco entre los demandantes, con Marínela Joaquín**

**Rojas (victima directa),** esto es con los registros civiles de nacimiento (ver f. 25 a 27 – archivo 02- E. digital).

1. Acreditado entonces el **parentesco de los demandantes**, con los registros civiles, para reconocer los perjuicios morales en cabeza de la víctima y de sus familiares, era procedente la aplicación de **las reglas de la experiencia**, según las cuales se infiere que la muerte, lesión, etc., afecta a la víctima y a sus familiares más cercanos esto es, los que conforman su núcleo familiar, y se expresa en un profundo dolor, angustia y aflicción, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia6 como espacio básico de toda sociedad7.
2. Aunado a la inferencia, para el asunto en litis, se encontró acreditado que el día de los hechos, esto es 17 de septiembre de 2018, la menor Marínela Joaquín Rojas, recibió atención médica prioritaria en la E.S.E Centro de Salud *“Nuestra Señora de Belén”*, de la cual se leen los siguientes apartes:

*“****Paciente femenina de 6 años de edad quien es traída por madre quien refiere caída en instalaciones de colegio desde su propia altura****, con posterior trauma a nivel de pómulo izquierdo presentando herida abierta con sangrado moderado,* ***refiere en el momento intenso dolor,*** *niega otras sintomatología asociada, en el momento asintomática. Al examen buen estado general afebril, hidratada, con hallazgos descritos en historia clínica anexadad, se realiza sutura previa asepsia y antisepsia colocación campos estériles se realiza infiltración 3 cc lidocaína sin epinefrina al 2% con catgut 5.0 sutura continua cruzada, adecuada control de hemostasia. Se toman 4 puntos como plano muscular, se realiza sutura de epidermis y dermis prolene 4.0 sutura con 7 puntos intradérmicos, adecuado control de hemostasia, procedimiento sin complicaciones. Se cubre herida con gasas estériles, se da manejo ambulatorio, se dan recomendaciones generales. (…)”(Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

1. De lo hasta acá destacado, para la Sala la relación de consanguinidad entre los demandantes y la victima directa está probada, al igual que la herida en el rostro de la menor, por lo que, atendiendo las consideraciones indicadas en precedencia, se presume la aflicción por la lesión sufrida, como lo convalida el criterio unificador.
2. Igualmente, atendiendo cuidadosamente las condiciones, criterios y reglas de la sentencia de unificación en materia de reconocimiento de perjuicios morales expuestos líneas atrás y al compararla con la decisión objeto de recurso, los motivos de inconformidad y los hechos probados, encuentra la Sala que efectivamente la menor Marínela Joaquín Rojas, victima directa de la lesión, fue valorada el 24 de mayo de 2019, por el médico especialista en cirujano plástico

*6 Sección Tercera, sentencia de 15 de octubre de 2008, expediente 18586. “Las reglas de la experiencia, y la práctica científica han determinado que en la generalidad, cuando se está ante la pérdida de un ser querido, se siente aflicción,* ***lo que genera el proceso de duelo****. Razón por la cual la Sala reitera la posición asumida por la Corporación en la sentencia de 17 de julio de 1992 donde sobre el particular, y con fundamento en la Constitución, se analizó el tópico, así: “(…)*

*7 Corte Constitucional, C-821 de 9 de agosto de 2005. “4.2. Amparada en la doctrina especializada, también la jurisprudencia constitucional ha señalado que el surgimiento de la familia se remonta a la propia existencia de la especie humana, razón por la cual se constituye en “la expresión primera y fundamental de la naturaleza social del hombre””.*

PEDRO ALDEMAR SÁNCHEZ BLANCO, **quien determinó que para esa época tenía una herida en la cara que se encontraba en proceso de cicatrización**, la cual no generaba alteraciones de tipo funcional, pero sí de permanencia.

1. Ahora bien, en la misma valoración, el especialista en cirugía plástica, precisó:

*“(…)* ***DIAGNOSTICO:*** *1. Cicatriz en cara 2. Granuloma a cuerpo extraño en cara.* ***ANALISIS:*** *Paciente con antecedentes de herida en cara quien actualmente cursa con cicatriz en proceso de maduración a cuerpo extraño (sutura) en región central de la cicatriz con salida parcial de sutura.* ***Se considera en el momento no es candidata para revisión quirúrgica de cicatriz ya que el proceso de maduración*** *a la fecha se puede considerar adecuado y no se general alteraciones funcionales. Sin embargo debido a reacción a cuerpo extraño puede requerir resección quirúrgica del tejido cicatrizal sino no hay salida del material en rechazo. Se debe continuar seguimiento al proceso de maduración cada tres meses. (…) Se* ***insiste a la madre de la paciente que no existe ninguna manera médica o quirúrgica que logre desaparecer 100% las cicatrices*** *y que existe la probabilidad de que luego de los manejos farmacológicos o quirúrgicos de requerirlos persista cierto grado de deformidad a nivel del sitio de la lesión. (…)”8 Negrilla y subrayado fuera del texto original.*

1. De igual manera y con el fin de aclarar las condiciones de la lesión padecida por la menor, **en el debate probatorio judicial y como consecuencia de la designación del profesional en cirugía plástica** de la E.S.E Hospital Regional de Duitama, el 07 de octubre de 2020, nuevamente la menor, fue valorada para determinar las secuelas de la lesión y de cuyo concepto se destacan los siguientes apartes:

*“(…) Cabeza y Sentidos****: Cicatriz ostensible levemente deprimida y levemente discromica de 25x4 mm semicircular desde reborde osbitrio externo izquierdo hasta región malar izquierdo****. No sé general tracciones o malposiciones papeabrales.*

*(…)*

*ANALISIS: Paciente con antecedentes de trauma en región perorbitaria izquierda. Se evidencia al examen físico cicatriz que* ***genera secuela de carácter estético que afecta el rostro de carácter permanente, se considera que la paciente debe ser llevada a revisión quirúrgica de cicatriz para mejorar parcialmente su aspecto, sin embargo, se insiste que no existe ningún manejo quirúrgico o farmacológico que desaparezca por completo la cicatriz.*** *Se explica al padre procedimiento y complicaciones (sangrado, infección, deformidad, necrosis de colgajos, malformación palpebral, cicatriz anormal, deformidad). Manifiestan entender y aceptar. Debe continuar con aplicación permanente de bloqueador solar. (…)”9 (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

1. De las valoraciones médicas expuestas, la Sala puede **colegir que la menor sufrió una lesión en su rostro de carácter permanente** y pese a la posibilidad de un manejo quirúrgico o farmacológico, la cicatriz no desaparecerá, persistiendo así la secuela derivada de la lesión. Igualmente, se encuentra que en ningún

*8 Ver folio 56 del archivo 02 del expediente digital.*

*9 Ver archivo 41 del expediente digital.*

análisis de los galenos se taso porcentualmente la gravedad de la lesión, limitándose a señalar que de carácter permanente y una **cicatriz ostensible levemente** (Sic).

1. No obstante, lo anterior y atendiendo la naturaleza y finalidad del perjuicio moral, tal como fue explicado en precedencia, **no necesariamente requiere de una tarifa legal o de un dictamen médico legal para reconocer que la víctima de un daño padeció dolor o sufrió emocionalmente a consecuencia de la lesión** a un bien jurídicamente tutelado y que su núcleo familiar cercano también se vio afectado.
2. Concordante y al realizar una lectura detallada de las consideraciones que llevaron al A- quo, a desconocer las consideraciones de la sentencia de unificación respecto de los baremos y la aplicación del arbitrio judice, se **encuentra confusión** entre el reconocimiento de los perjuicios con componentes subjetivos y los de componente objetivo, **pues basó la declaratoria en la afectación física de naturaleza estética y no emocional razón** por la cual, correspondía al operador judicial, con fundamento en su prudente juicio y en eventos como el acaecido cuando se carezca de pruebas que acrediten la incapacidad médico legal o el porcentaje de pérdida de capacidad laboral o la tasación porcentual de la gravedad de la lesión, establecer el valor que corresponda, para cuyo propósito debe tener en cuenta la naturaleza y la **gravedad de la aflicción** y sus secuelas, de conformidad con lo que se encuentre demostrado en el proceso10.
3. En similar sentido, esta instancia ya ha adoptado el criterio del órgano de cierre11, advirtiendo que en el *sub examine*, tal como lo refirió la decisión de primera instancia, no obra prueba técnica que concluya con un dictamen el porcentaje de la lesión, aflicción o secuelas, no obstante atendiendo las consideraciones que preceden esta decisión, especialmente el contenido de la sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, aquellas previsiones se insiste no constituyen una tarifa legal para acreditar la magnitud de la lesión en el marco de la congoja o angustia, obviándose que la menor sí padeció un dolor o sufrió emocionalmente a consecuencia de la lesión, como quedo anotado en el registro de la atención médica inicial del 17 de septiembre de 2018 y que se extiende a su núcleo familiar en primer grado.
4. Ahora bien, precisa la Sala que, ante la ausencia probatoria, debía tener en cuenta cualquier otro medio que permita determinar la aflicción por la gravedad o levedad del daño, encontrando en el plenario que el 24 de julio de 201912, el psicólogo clínico JORGE ENRIQUE LLANOS RIVERA, valoró y realizó evaluación psicológica a la menor Marínela Joaquín Rojas, destacándose entre otros los siguientes apartes:

*10 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia del 10 de agosto de 2016. Expediente 37.040- CP Hernán Andrade Rincón. En otro pronunciamiento de la Subsección en sentencia de 13 de noviembre de 2013, Exp. 34.205*

*11 Ver TAB – Sala de decisión Nº 6 – Magistrado Ponente: Félix Alberto Rodríguez Riveros – Medio de control: Reparación Directa- Radicado* ***150013333009201500109- 01.***

*12 Ver folios 60 a – archivo 2 del expediente digital*

*“(…)* ***Motivo de consulta:*** *"Resulta que la señora Lucia me dijo que hablara con su merced para que me colaborara con la niña, la niña sufrió un accidente en Septiembre 17 de 2018 en el Colegio Carlos Alberto Olano Valderrama (la señora madre me muestra una foto donde está ubicado el lugar del accidente, que dice que está dentro del colegio) resulta que al recibir ese golpe, la niña era una niña muy feliz, le gustaba jugar con el espejo, desde ese momento ella no quiere, y lloraba mucho, veces me dice que le quite esa herida de ahí (la madre me indica en una foto la herida que la niña sufrió en el accidente), en el momento del accidente ella (la niña) dice que estaban jugando que de repente salió un niño no sabe de dónde, lo cierto es que la tomó por sorpresa y s empujó, y claro, ella no tuvo tiempo de donde poner la manito, y se rajó ahí, le cogieron 11 puntos, la atendieron en el puesto de salud de Belén, le cogieron una costura interna y otra externa, pero resulta que hace 20 días, la trajeron a un especialista en cirugía plástica y me preguntó que por qué la habían cosido, porque tiene un nylon y no quiere soltar y me dijo que de pronto si va tocar hacerle otra cirugía a la niña la niña dice que no y que no, que no, porque sería pues lógico, la chuzaron, en la carta, que eso no debió pasar el médico me dijo ¿por qué no la remitieron al Hospital? La persona que la atendió debió remitir la niña hospital, donde la atendiera un cirujano de verdad, pues le puso un nylon y dijo que ese nylon no debió haberlo colocado, y está eso ahí metido y el Dr. trato de sacarlo pero no pudo, que al halarlo le duele a la niña.*

*A la niña le da como pena que la vean, el médico le dijo que tenía que usar una cachucha para protegerla del sol; ella se encuentra con alguien y siempre trata de ocultar la cicatriz, yo la veo como rara, llora demasiado yo a veces no sé qué decirle ella llora mucho y dice que cuando se le van a quitar eso de ahí, … quiero que averigüe que le pasa a la niña, yo lo que quiero es que me ayude, un papel que diga cómo está está la niña psicológicamente y emocionalmente” .*

*(…)*

*Antecedentes Familiares: La niña tiene su madre y padre quienes viven en unión libre tienen tres hermanos (…). No hay antecedentes de problemas psíquicos.*

*(…)*

***Pruebas Aplicadas:***

* *Entrevista Clinica a la madre de la menor*
* *Entrevistas clinicas con la menor Marineia Joaqui Rojas*
* *Dibujo de la Figura Humano y el Dibujo de la Familia*
* *Test Proyectivo CAT-A*

***Resultados de las Pruebas:***

*Resultados entrevista con la mamá: "en el colegio anterior trataron de mentirosa a la niña según dice la mamá, porque ella decía que el niño Ia empujó y que era un niño más grande y las profesoras decían que ella se había caído sola Yo fui a hablar con la mamá de ese niño y ella no lo dejó testimoniar”. La niña decía que por culpa de usa herida ya no puede volver a jugar, por no salir al sol, se estresa mucho.*

*"El medico dijo que había que esperar de uno a dieciocho meses para una segunda cirugía porque tenemos que sacarle ese nylon, porque ese nylon no va dejar progresa bien la herida, si lo hubieran hecho con él especialista eso no hubiera pasado"*

***¿Cómo está la niña físicamente? A veces la veo muy afligida, la niña dice que en el colegio la rechazaban por esa cicatriz***

*Resultados del test proyectivo CAT-A*

*El CAT A es un test proyectivo de apercepción temática, a través del cual se pueden apreciar y analizar las proyecciones de la niña, al crear unos relatos con base en unas imágenes que se les exponen Con este se puede evaluar la parte afectiva relación con sus padres y figuras de autoridad importantes probables conflictos en su desarrollo socioemocional.*

*A nivel formal la niña demuestra imaginación, creatividad, manejo de las dimensiones espacio temporales correctas. En el contenido de sus historias resalta preocupación por el aspecto familiar, específicamente la relación podre-madre. Presenta algunas dificultades para Internalizar la imagen protectora de la figura materna. De sus relaciones interpersonales demuestra competencia y cooperación a la vez. No hay demostraciones de agresividad manifiesta, mostrando con esto un buen ajuste social y familiar. Experimenta restricción en algunas de sus actividades recreativas por el cumplimiento de sus deberes, mostrando entendimiento de estas. Se deja ver algo de ansiedad de separación.*

*Resultados del Dibujo de la Familia:*

*En sus dibujos la niña expresa una identificación su hermana mayor. Aprecia las ventajas de ser la mayor en la familia y en distinguirse de todos los demás miembros de la familia Se distinguen los roles normales dentro de una familia tradicional y el orden jerárquico funcional.*

*Resultados del Dibujo de la Figura Humana:*

***Revela un buen ajuste en su personalidad, inteligencia superior, vivacidad Indicadores del desarrollo acorde a su edad***

*Conclusiones y recomendaciones:*

***La niña no presenta síntomas de Trastorno por estrés postraumático relacionados con el accidente que sufrió en su anterior colegio, ni con ningún otro evento acaecido en su vida****. Se muestra como una niña vivaz, inteligente, bien adaptada, respetuosa de los derechos y deberes que posee. No se le ve cohibido ni inhibida en su expresión verbal, su conducta en general. Su única* ***preocupación o fuente de ansiedad en la en con incertidumbre que experimenta frente a lo que pueda pasar con una eventual cirugía plástica*** *y de si va a desaparecer cicatriz que ella tiene, que la ha inhibido, según su madre, en algunos de sus comportamientos sociales. Hay un cierto nivel de ansiedad frente a la relación afectiva entre sus padres. Se recomienda entrevista con los padres para evaluar este punto y realizar las acciones correspondientes para disminuir la amenaza de separación que la niña experimenta”. (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

1. De la valoración psicológica realizada a la menor víctima de la lesión, es dable colegir para la Sala, que no se presentan trastornos postraumáticos relacionados con el accidente, pero no quiere decir que por los hechos ocurridos, la menor no sufrió un congoja o aflicción, máxime cuando la víctima refiere preocupación por la cicatriz en si mima y la incertidumbre por una posible intervención quirúrgica que conforme a lo indicado por los galenos especialistas en cirugía plástica, no garantiza que desaparezca la referida cicatriz en su rostro,

es decir, independiente del tratamiento quirúrgico o farmacológico la secuela de lesión persistirá.

1. Concordante con lo anterior y de las pruebas destacadas en precedencia, la Sala, corrobora con los testimonios13 rendidos el 10 de febrero de 2021, a petición de la parte demandante de los Señores MARÍA DEL CARMEN ARAQUE MORA, ANGGI CAROLINA AMAYA ROJAS y ANSELMO RODRÍGUEZ QUIÑONES, que los deponentes encaminaron sus declaraciones a demostrar la afectación moral de la menor víctima y del núcleo familiar cercano, con ocasión de los hechos que derivaron en la lesión, respecto únicamente de la afectación psicológica de la víctima, por los cambios en su interacción social y el presunto bullying que sus compañeros de curso le habrían realizado**.**
2. Por lo que para la Sala, la preocupación que trasmitió en diferentes escenarios la menor víctima, es **válida y concreta la aflicción y congoja** y en tal sentido el operador debía atender los criterios fijados en la sentencia de unificación y por ende la decisión judicial, no podía ser aislada del estudio en el marco de la perspectiva de género y tendencias de relevancia y protección de los derechos de las niñas niños y adolescentes, ya que la lesión y secuelas que padecerá Marínela Joaquín Rojas, desafortunadamente se ubican en su rostro.
3. Aunado a que debía tenerse en cuenta que cuando la víctima directa del daño sufrió la lesión tenía 6 años14, y por tanto, era sujeto de especial protección, sin embargo, no se le respetaron los derechos fundamentales a la integridad física y a la salud y tampoco se cumplió con la obligación que le asistía a las autoridades demandadas de garantizar “*su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derecho*s”, tal y como lo consagra el artículo 4415 de la Constitución Política, por lo que era improcedente la tasación *arbitrio judice* inferior a los baremos establecidos por el Consejo de Estado.
4. Así las cosas, y pese a configurarse la aflicción de la menor víctima y su núcleo de consanguinidad, al revisar la totalidad del acervo probatorio, no reposa otra prueba que determine que la víctima hubiese tenido un **mayor grado de angustia o congoja** que permita validar las pretensiones de la parte actora respecto al reconocimiento de 100 SMLMV para cada uno de los demandantes, carga probatoria que en los términos del artículo 167 del CGP correspondía única y exclusivamente a la parte activa del extremo en litis y quien no ejerció en debida forma, por lo que en este aspecto no es procedente acceder a lo pretendido por el recurrente.

*13 Ver links de acceso – archivo 47 del E.D*

*14 Según registro civil de nacimiento*

*15 Artículo 44. Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”.*

1. No obstante lo anterior, al encontrarse probada la lesión que sufrió la menor Marínela Joaquín Rojas, y que le generó una cicatriz en el rostro (pómulo izquierdo), que fue catalogada como secuela de carácter permanente, en aplicación de las presunciones de parentesco, era procedente el reconocimiento por concepto de perjuicio moral y cuya tasación debía sujetarse a las tablas de unificación reseñadas en el numeral 50, y no como lo efectuó el A- quo, ni confundir la naturaleza del perjuicio reclamado por el estético y hacer uso del *arbitro judice*, en tal sentido el reconocimiento y liquidación de los perjuicios morales, serán objeto de modificación con relación a la sentencia de primera instancia, ya que debía tener en cuenta la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 28 de agosto de 2014, expediente 32988, así como el Documento Final aprobado mediante Acta del 28 de agosto de 2014 “*Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales*”.
2. En virtud de lo anterior, se modificará el reconocimiento por concepto de perjuicios morales aplicando el primer y segundo nivel y el primer rango de la tabla de unificación jurisprudencial, correspondiendo el reconocimiento de diez

(10) Salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de los demandantes, esto es los señores German Joaquín Díaz y Doris Rojas Araque, en su condición de padres y de la menor Marínela Joaquín Rojas (víctima directa) y para la demandante Dayely Julieth Amaya Rojas, en calidad de hermana de la menor lesionada, el equivalente a cinco (5) Salarios mínimos legales mensuales vigentes, en atención a las consideraciones conceptuales respecto de la naturaleza y finalidad de los perjuicios morales, en los que difiere esta instancia con la sentencia recurrido, conllevando a validar parcialmente los argumentos del recurrente.

## Respecto al reconocimiento y tasación del daño a salud

1. Al desatar los otros motivos de inconformidad de la parte interesada, lo primero que avizora esta Sala, es que el A- quo, **reconoció a favor de la menor víctima, el equivalente a cinco (5) Salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de daño a la salud**, al considerar que la pretensión que hizo el demandante relacionada con el *“daño fisiológico y afectación a la vida de relación”*, debía interpretarse como la relativa a ese daño.
2. Así las cosas, al revisar minuciosamente el contenido de la demanda especialmente el acápite de pretensiones (ver folios 84-85- archivo 2 E.D), debe recalcarse que el apoderado de la parte demandante, si bien **no solicitó expresa y técnicamente el reconocimiento de dicho perjuicio**, en el ítem de condenas, pidió una indemnización “*equivalente a mil salarios mínimos mensuales vigentes requeridos para todos los tratamientos médico – quirúrgico- hospitalarios que se requieren* ***para restauración de la integridad psicofísica*** *de la menor irrogados por concepto de DAÑO FISIOLOGICO Y AFECTACIÖN A LA VIDA DE RELACIÖN”*.
3. Lo anterior, permite considerar a la Sala que de acuerdo a la argumentación de la pretensión, la parte demandante persigue el resarcimiento de la integridad

psicofísica de la menor víctima, que en efecto se puede ubicar en el rango del daño a la salud, asimilado a la connotación de fisiológico, pero que difiere radicalmente de la afectación a la vida de relación.

1. En efecto la jurisprudencia del órgano de cierre, los concibió como perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, **diferente al moral**, tanto así que el Consejo de Estado para el año 2000, incorporó la tesis del daño denominado "***daño a la vida de relación",*** indemnizando con ello las secuelas ocasionadas al sujeto en relación con su mundo, existencia y cotidiano, cuando se configurase el daño antijurídico y la imputación fáctica y jurídica realizada a la administración pública, posición que se mantuvo prácticamente hasta el 14 de septiembre del año 2011, fecha en donde la alta corporación adoptó la nueva tesis del *"daño a la salud”.*
2. En tal sentido, el daño a la vida de relación, corresponde a la imposibilidad de la persona afectada de poder realizar las mismas actividades que realizaba antes, por ejemplo no poder practicar el deporte favorito o ejecutar cualquier otro tipo actividades que hacía por sí mismo, como montar en bicicleta, bailar etc; comportando en términos generales que el reconocimiento del perjuicio por el daño a la **vida de relación es aquel derivado de la afectación del estilo de vida de la persona** frente a su relación con el entorno y las demás personas que lo rodean.
3. Caso contrario, el daño a la salud de conformidad con la posición jurisprudencial adoptada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, **radica en una afectación sicofísica** de la persona, esta debe ser indemnizada bajo este concepto, entendido como **categoría autónoma de perjuicio**, al respecto, se destaca:

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

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

*“ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y* ***a la salud o fisiológico****, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño,* ***mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal****16.*

*(…) “Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que*

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

*han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud (…)”.*

1. En consecuencia al retomar nuevamente la posición jurisprudencial adoptada por la Sección Tercera del Consejo de Estado17, encontramos que cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona y que tiene origen en una lesión corporal, **sólo se podrá reclamar por quien lo sufre y eventualmente reconocer a título inmaterial diferente al moral, ya que el daño a la salud o fisiológico**, ya que el primero, esta tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal18 siempre que los haya solicitado y estén acreditados en el proceso.
2. Entonces, esta Sala colige que el daño a la salud19, se constituye como un perjuicio inmaterial diferente al moral que puede **ser solicitado** y decretado en los **casos en que el daño provenga de una lesión corporal**, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente como quiera que empíricamente es imposible una **lesión o alteración a la unidad corporal de la persona**, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.
3. Teniendo en cuenta las **diferencias conceptuales** destacadas en precedencia, entre el daño a la salud y el daño a la vida en relación y a fin de resolver el caso en concreto, encuentra la Sala una absoluta **falta de técnica jurídica al momento de redactar la demanda y los argumentos del recurso**, ya que el profesional de derecho de la parte demandante, mezcló dos conceptos de perjuicios inmateriales, por lo que tal como lo consideró el A- quo, debía tenerse en cuenta la argumentación expuesta y finalidad de la pretensión, esto es la restauración de la integridad psicofísica de la menor, análisis que valida esta instancia, para encuadrarlo en el daño a la salud.
4. Ahora bien, realizadas las anteriores precisiones, que validan el reconocimiento del perjuicio por daño a la salud, en consideración a la argumentación de la pretensión, procede la Sala a verificar si es procedente aumentar la indemnización por dicho concepto conforme a los argumentos del recurso.

*17 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera –en pleno-, sentencia del 14 de septiembre de 2011, Radicación número: 05001-23-31-000-2007-00139-01(38222), C.P. Enrique Gil Botero.*

*18 Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 14 de septiembre de 2011, Rads. 19031 y 38222, MP. Enrique Gil Botero.*

*19 Decisiones del órgano de cierre de esta jurisdicción, acoge el pronunciamiento de la sentencia del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, con Ponencia del Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, reiterado en la decisión contenida en la Sentencia de Unificación del 28 de agosto de 2014, de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, expediente 28804 Consejera Ponente Dra. Stella Conto Díaz del Castillo.*

1. Al respecto y en cuanto a la forma de tasar la indemnización de dicho perjuicio, esta Sala remota que la jurisprudencia precisó que consta de un **componente objetivo**, en el cual se revisa la magnitud de la lesión, encaminado al análisis de las consecuencias que dicho menoscabo causa en cada individuo, así:

*“De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i)* ***uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada****.20.*

1. En este punto del análisis, conviene advertir que la Sección Tercera reiteró, en las **sentencias de unificación del 28 de agosto de 2014**, los argumentos antes transcritos, respecto al daño a la salud21 y, bajo ese entendido, destacó que la **valoración probatoria** que debe hacer el juez para acceder al reconocimiento de dicho perjuicio tendrá que tener en consideración las siguientes variables: ***i)*** la pérdida o anormalidad de la estructura o función sicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente); ***ii)*** la anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental; ***iii)*** la exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones de un órgano; ***iv)*** la reversibilidad o irreversibilidad de la patología; ***v)*** la restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria; ***vi)*** excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria; ***vii)*** las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado; ***viii)*** los factores sociales, culturales u ocupacionales; ***ix)*** la edad;

***x)*** género; y ***xi)*** las demás que se acrediten dentro del proceso22.

1. En consecuencia y para el caso en estudio, del escaso material probatorio reseñada en el acápite anterior, no encuentra la Sala, prueba que permita aumentar la tasación reconocida en la sentencia de primera instancia, ya que al plenario no fue arrimada prueba objetiva de la estructuración de la anomalía estructural, funcional, fisiológica o anatómica, diferente a que la cicatriz de la menor es de carácter permanente, **ostensible levemente deprimida y levemente discromica con mínima longitud de 25x4 mm**.

*20 Original de la cita: “En el histórico fallo 184 de 1986 la Corte Constitucional italiana afirmó que el criterio de liquidación que debe adoptarse para el resarcimiento del daño biológico ‘debe, de un lado, responder a una uniformidad pecuniaria de base (el mismo tipo de lesión no puede valorarse de manera diferente para cada sujeto) y, de otro, debe ser suficientemente elástico y flexible para adecuar la liquidación del caso concreto a la incidencia efectiva de la lesión sobre las actividades de la vida cotidiana, por medio de las cuales se manifiesta concretamente la eficiencia sicofísica del sujeto perjudicado. ROZO Sordini, Paolo ‘El daño biológico’, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, págs. 209 y 210”. Sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222, proferidas por la Sala Plena de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo. M.P.: Enrique Gil Botero.*

*21 Consultar Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias del 28 de agosto de 2014, exp. 28.832, M.P.: Danilo Rojas Betancourth; exp. 31.170, M.P.: Enrique Gil Botero; exp. 28.804, M.P.: Stella Conto Díaz del Castillo; exp. 31.172, M.P.: Olga Mélida Valle de De la Hoz.*

*22 Ibídem.*

1. Así para el caso *sub examine*, dado que no obra prueba que dé cuenta del porcentaje exacto de la pérdida de capacidad laboral ó dictamen médico legal que valide las secuelas permanentes de la menor Marínela Joaquín Rojas (víctima directa), como consecuencia del accidente en la institución educativa, no es aplicable un reconocimiento superior al considerado en la sentencia de primera instancia, siendo procedente confirmar la sentencia recurrida en tales aspectos, **pero por las razones expuestas.**
2. Finalmente, advierte la Sala que la Magistrada Dra. Beatriz Teresa Galvis Bustos, quien hace parte de esta Sala de decisión, manifestó su impedimento para decidir en el presente asunto, fundamentada en la causal No. 4 del artículo

130 del CPACA, al señalar que su hija suscribió contrato de prestación de servicios con la Gobernación de Boyacá el 24 de enero de 2022, adquiriendo la calidad de contratista con la entidad territorial.

1. Advierte la Sala que, con el propósito de asegurar la imparcialidad e independencia en la administración de justicia, la Ley ha establecido ciertas circunstancias de orden subjetivo y objetivo, que impiden a los funcionarios judiciales conocer de determinados asuntos. En efecto, los impedimentos y recusaciones tienen como finalidad, salvaguardar los principios de independencia de la función jurisdiccional e imparcialidad, por ende, tienen un carácter taxativo y su interpretación debe hacerse en forma restringida.
2. En ese sentido, cuando un operador judicial, que esté conociendo de un determinado asunto sometido a su consideración, se percate de la configuración de alguna de las causales de impedimento, consagradas, ya sea en el artículo 130 del C.P.A.C.A. o de alguna otra contenida en el citado artículo

141 del C.G.P., debe atender el trámite estipulado en el artículo 131 del C.P.A.C.A.

1. Así las cosas, se tiene que la Honorable Magistrada Beatriz Teresa Galvis Bustos, mediante escrito de fecha 27 de enero del corriente año, manifiesta su impedimento para intervenir en el asunto de la referencia, alegando la causal 4ª del artículo 130 del C.P.A.C.A, toda vez que al suscribir su hija contrato de prestación de servicios con la Gobernación de Boyacá, se cumple el supuesto que dispone:

*“ARTÍCULO 130. CAUSALES. Los magistrados y jueces deberán declararse impedidos, o serán recusables, en los casos señalados en el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil y, además, en los siguientes eventos: (…)*

*4. Cuando el cónyuge, compañero o compañera permanente****, o alguno de los parientes del juez hasta el segundo grado de consanguinidad****, segundo de afinidad o único civil,* ***tengan la calidad de*** *asesores* ***o contratistas de alguna de las partes*** *o de los terceros interesados vinculados al proceso, o tengan la condición de representantes legales o socios mayoritarios de una de las sociedades contratistas de alguna de las partes o de los terceros interesados”.* (Resaltado fuera de texto original).

1. En tal sentido, al encontrarse fundado el impedimento manifestado, se aceptará el mismo, con el fin de garantizar el principio de imparcialidad

## COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

1. El artículo 188 del CPACA, adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021, señala23:

*“(…)* ***ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS.*** *Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.*

*<Inciso adicionado por el artículo 47 de la Ley 2080 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:> En todo caso, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas cuando se establezca que se presentó la demanda con manifiesta carencia de fundamento legal. (…)”*

1. En criterio de la Sala, el nuevo inciso 2.º implica que actualmente la condena en costas solo puede imponerse cuando de forma evidente la **demanda o su oposición carezcan de sustento jurídico.**
2. En este caso, aun cuando se despacha parcialmente favorablemente el recurso, no puede afirmarse que la oposición de la demanda careció de fundamento legal, en su defensa. Por ende, no se emitirá condena en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Administrativo de Boyacá, Sala de Decisión 3, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

## FALLA:

**PRIMERO:** Se acepta el impedimento manifestado por la **Doctora Beatriz Teresa Galvis Bustos**, por consiguiente, se aparta de la presente decisión.

**SEGUNDO: MODIFICAR parcialmente** el numeral tercero de la sentencia proferida el 23 de marzo de 2021, por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Duitama, el cual quedara así:

***“TERCERO:*** *Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR al Departamento de Boyacá́ - Secretaria de Educación, a pagar a los demandantes las siguientes sumas de dinero****:***

* ***Por concepto de perjuicios morales:***

*-A favor de Marinela Joaqui Rojas (lesionada), el* ***equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.***

*-A favor de German Joaqui Díaz (padre), el* ***equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.***

*23 La modificación legislativa es aplicable en razón a que el recurso de apelación se presentó con posterioridad al 25 de enero de 2021.*

*-A favor de Doris Rojas Araque (madre), el* ***equivalente a diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes.***

*-A favor de Dayely Julieth Amaya Rojas (hermana de la víctima),* ***el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.***

* ***Por concepto de daño a la salud:***

*-A favor de Marinela Joaquin Rojas (lesionada), el equivalente a cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

* ***Por concepto de perjuicios materiales:***

*-A favor de Germán Joaquín Díaz, la suma de $694.300.00, por concepto de daño emergente. Suma que se deberá́ indexar al momento del pago, con el IPC certificado por el DANE, tomando como índice inicial el IPC del mes de julio de 2019, fecha de la erogación”.*

**TERCERO: CONFIRMAR** en todo lo demás la sentencia proferida el 23 de marzo de 2021, mediante la cual el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Duitama**,** accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en esta providencia.

**CUARTO:** Sin condena en costas en esta instancia.

**QUINTO:** Por secretaría, remítase copia de la presente providencia a la ANDJE, de conformidad con lo indicado en el inciso final del artículo 199del CPACA, modificado por el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

**SEXTO:** Ejecutoriada la presente sentencia, devuélvase el expediente al despacho de origen, previo registro en el sistema Samai.

Esta providencia se estudió y aprobó en sesión virtual de la Sala de Decisión, según acta de la fecha.

## NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

*Firmado electrónicamente*

## JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO

**Magistrado**

*Firmado electrónicamente*

## DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO

**Magistrado**

*Con impedimento*

## BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS

**Magistrada**

***Constancia:*** *“La presente providencia fue firmada electrónicamente por los Magistrados que integran la Sala de Decisión en la plataforma denominada SAMAI. En consecuencia, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA”.*