TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, diez (10) de marzo de dos mil diecisiete (2017)

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Magistrado Ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

REFERENCIA:	**SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA**
M. DE CONTROL:	**REPARACION DIRECTA**
PROCESO:	**70-001-33-33-002-2013-00248-01**
DEMANDANTE:	**HUGO NELSON FIGUEROA SOLORZANO**
DEMANDADO:	**INPEC**

OBJETO DE LA DECISIÓN

El Tribunal decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 10 de agosto de 2016 por el Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, que en ejercicio del Medio de Control de Reparación Directa, promovieron los señores ***HUGO NELSON FIGUEROA SOLORZANO Y SAUDITH DEL CRISTO BENÍTEZ,*** quienes actúan en nombre propio y en representación de su hijo ***HUGO NELSON FIGUEROA BENÍTEZ*** contra la **NACIÓN-INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO[1]- INPEC-.**

1. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA[2]

Los señores HUGO NELSON FIGUEROA SOLORZANO Y SAUDITH DEL CRISTO BENÍTEZ ARRIETA, en nombre propio y en representación de su hijo HUGO NELSON FIGUEROA BENÍTEZ, a través del presente medio de control formularon las siguientes ***PRETENSIONES:***

Que se declare Administrativa y extracontractualmente responsable a la NACIÓN-INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC-, por los perjuicios morales causados a los demandantes con motivo de las heridas

[1] En adelante INPEC.
[2] Fol. 1-6 C. Ppal.

causadas al menor HUGO NELSON FIGUEROA BENÍTEZ, por uno de los funcionarios de la entidad demanda.

Que se condene a la entidad demandada a pagar a los demandantes por concepto de perjuicio moral la suma equivalente a 200 SMLMV, debidamente actualizados y se aplique a este caso concreto, la formula de matemática financiera aceptada por el Honorable consejo de Estado, teniendo en cuenta la indemnización debida o consolidada y la futura. Asimismo, solicitó que se condene en costas al ente demandado.

Los ***FUNDAMENTOS FÁCTICOS*** de la demanda se resumen así:

La señora SAUDITH BENÍTEZ ARRIETA, afirma que el día 20 de enero de 2013 en compañía de su hijo menor HUGO NELSON FIGUEROA BENÍTEZ pretendía visitar a su esposo HUGO NELSON FIGUEROA, quien se encuentra detenido en el Centro Carcelario de Sincelejo-Sucre, pero lamentablemente a las 9:00 horas se escuchó una detonación o un disparo de arma de fuego, y se percató que era su hijo que se encontraba sangrando por el abdomen.

La herida causada al menor fue por arma de fuego de propiedad del INPEC y de dotación de uno de los miembros del INPEC de nombre SERGIO ANDRÉS PEINADO SOÑET; quien es un auxiliar vinculado en la prestación del servicio militar obligatorio.

Medicina legal le otorgó una incapacidad de 15 días al menor HUGO NELSON FIGUEROA BENÍTEZ.

El INPEC no tomó las medidas tendientes a garantizar la vida y la integridad de los usuarios del servicio, y vulneró la seguridad al permitir y asignarle un arma de fuego a un funcionario que solo cumplía funciones de requisa; a quien accidentalmente se le disparo el arma, pero que causó un daño en la persona del menor.

El caso es investigado por la Fiscalía General de Nación bajo el radicado Nº SPOA-700016001034201300146.

1.2. ACTUACION PROCESAL

Durante el trámite del proceso se surtieron las siguientes etapas:

- Presentación de la demanda: 29 de octubre de 2013 (Fol. 1 a 6 C.

Ppal.).

- Admisión de la demanda: 02 de Mayo de 2014 (Fol. 53 º).
- Notificación a las partes: 09 de Junio de 2014 (Fol. 60 a 64 C. Ppal.).
- Contestación a la demanda: 10 de setiembre de 2014 (Fol. 72 a 74 C. Ppal.).
- Sentencia de primera instancia: 10 de agosto de 2016 (Fol. 146 a 154 C. Ppal.).
- Recurso de apelación: 26 de agosto de 2016 (Fol. 160 a 161 C. Ppal.).
- Audiencia de Conciliación y concesión el recurso: 21 de septiembre 2016 (Fol. 172 a 174).

1.3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[3].

La entidad demandada se opuso a las pretensiones, argumentando que el menor efectivamente resultó herido en un descuido de un auxiliar bachiller del INPEC para la fecha de los hechos, pero se encontraba en la parte externa del penal y que el hecho sucedió, debido a un impase producto de la casualidad y que el menor no fue impactado directamente por el proyectil, ya que este pegó en el piso y de allí una esquirla le rozó el abdomen, tal como consta en dictamen de Medicina Legal; agregando que, en ningún momento la herida puso en peligro la integridad del menor, ya que el mismo Auxiliar bachiller se encargó de llevarlo al Hospital y posterior a la atención fue dado de alta sin mayores complicaciones y secuelas posteriores.

Finalmente como medio de defensa exceptivo, expresó que en el caso concreto, se encuentra probado que el menor Hugo Nelson sufrió una lesión en su abdomen, consistente en una herida de 0.5 centímetros de largo por 07 de ancho, de modo pues que el daño o la lesión al bien jurídicamente tutelado lo comportó el derecho de una forma muy mínima a la salud, lo que es incuestionable en un estado social de Derecho es que se pretenda sacar provecho de una situación meramente superficial, pues es claro que las lesiones sufridas por la victima, no limitan su movilidad natural, o en su defecto hayan dejado secuela alguna, no alcanza esta demanda a cumplir con los requisitos exigidos por la ley para determinar una responsabilidad

[3] Fol. 72 – 74 C. Ppal.

patrimonial del Estado ya que si bien es cierto hubo un daño este no trascendió ni repercutió jurídicamente hablando.

1.4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[4].

El Juzgado Segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo dictó sentencia de primera instancia el 10 de agosto de 2016, declarando responsable patrimonialmente al INPEC por los perjuicios morales padecidos por la parte actora con ocasión de la lesión con arma de fuego de propiedad el INPEC, sufrida por el menor HUGO NELSON FIGUEROA BENITEZ acogió las pretensiones de la demanda; en tal sentido condenó a la entidad demandada a pagar por concepto de perjuicios morales la suma equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de los demandantes, condenando igualmente al pago de costas a la parte demandada.

En sustento de la decisión, el A quo señaló que de lo probado, se pudo establecer la responsabilidad del Estado conforme al artículo 90 de la constitución política Nacional, con motivo de la actividad desempeñada por el bachiller Auxiliar del INPEC, SERGIO ANDRES PEINADO SOÑET, quien se encontraba prestando su servicio en el momento de los hechos en el establecimiento carcelario la Vega en Sincelejo, causando una lesión en el menor HUGO NELSON FIGUEROA BENITEZ, al haberse disparado el arma de dotación oficial sin ser manipulada.

Argumentó que bajo esa tesitura era notorio que el percance sucedido era consecuencia de la eminente peligrosidad de este tipo de actividades por el uso de instrumentos que implican un riesgo fuera de lo común para los administrados, razón por la cual, se atribuye la responsabilidad indemnizatoria en cabeza del Estado. Además permite entender que se debe adoptar medidas correctivas por el demandado, relacionadas con la revisión previa de las armas dadas a los Auxiliares que prestan el servicio militar obligatorio para la vigilancia del lugar donde ocurrieron los hechos conforme a la Constitución Nacional y normas del sistema General de Gestión a fin de evitar que sucedan casos similares.

En la tasación del perjuicio moral señaló que en el expediente obraba dictamen pericial en el que se relacionó que la lesión sufrida por el menor fue en abdomen, observándose cicatriz de forma irregular localizada en el flanco izquierdo de la lesión de aproximadamente .05-07 cms, pero no se indicó el

[4] Fol. 146 – 154 C. Ppal.

porcentaje de la lesión *(sic),* ni la gravedad, razón por la cual toma el nivel 1 en porcentaje del 10% en aplicación del precedente jurisprudencial sobre daño moral por lesiones. Consecuencia de ello, ordenó a título de perjuicios morales el pago de 10 SMLMV para cada uno de los demandantes.

1.5. EL RECURSO DE APELACIÓN[5].

La parte actora presentó recurso de apelación dentro del término correspondiente, en donde solicitó la modificación del numeral segundo de la decisión de primera instancia contenida en la sentencia de fecha 10 de agosto de 2016, mostrando desacuerdo con la tasación de la condena por el perjuicio moral.

Al efecto, expresó que el Juzgado segundo Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, aduce que la condena en perjuicios morales expresó: " En el expediente obra informe pericial, en el que con relación a la lesión física sufrida por el menor, simplemente se indicó: "abdomen: se observa cicatriz de forma irregular, localizada en la región flanco izquierdo, de aproximadamente 0.5, 0.7 cms" y no se indicó porcentaje de la lesión, ni la gravedad de la lesión, empero, se tomara el nivel 1 en porcentaje de 10%, en aplicación del precedente jurisprudencial", considerando que el porcentaje de la lesión asumido por el Juzgado, esto es 10%, con el referente jurisprudencial de la Sentencia de Unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2014, se evidencia claramente que el juez fallador cometió un yerro matemático al asignar una reparación del perjuicio moral en caso de lesión, pues de la tabla de referencia se desprende que cuando el porcentaje es igual o superior al 10% e inferior al 20%, la reparación equivale a 20 S.M.L.M.V para cada uno de los beneficiarios del nivel 1, siendo por ello errado el valor tasado en la condena.

1.6. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

- Auto que admite el recurso de apelación: 26 de octubre de 2016 (Fol. 4. C. Apelación).

- Auto de traslado para alegar: 25 de noviembre de 2016(Fol. 12 C. Apelación).

1.6.1. ALEGATOS DE LAS PARTES. En esta oportunidad procesal no se

[5] FOLIOS 160-161 C. No. 1.

pronunciaron las partes.

1.6.2. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO. No emitió concepto.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de las apelaciones interpuestas en el presente medio de control de Reparación Directa, según lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011.

2.2. Delimitación de la alzada.

Conforme lo establecido en el artículo 320 del CGP, el recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la decisión contenida en la sentencia de primera instancia para que la misma sea revocada o modificada. Al respecto y en aras de apreciar, claramente el espíritu del legislador, el artículo en cita dispone:

> "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".

Por ello, el procedimiento impugnatorio en sede de alzada, solo permite al *Ad quem* revisar la providencia en cuanto al agravio que se denuncie en el escrito contentivo del recurso, esto es, la segunda instancia no es oficiosa, sino que depende de la iniciativa impugnaticia de la parte, limitando ello, la competencia del superior funcional para pronunciarse sobre aspectos no alegados o argumentos que no fueron formulados por el recurrente contra la decisión judicial[6].

En ese sentido, la apelación exige que el recurrente confronte los argumentos expuestos por el fallador de primera instancia con sus propias razones de inconformidad, para determinar si de las pruebas y el sustento jurídico han sido correctamente valorados[7], por cuanto, siguiendo lo dicho por el H. Consejo de Estado, "*la labor de la segunda instancia consiste en verificar, sobre la base*

[6] Consejo de Estado, Sección II, Subsección A. Expediente No. 70001-23-31-000-1998-00428-01(0536-11).
[7] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta C. P. Dr. William Giraldo Giraldo, providencia de 13 de agosto de 2009. Rad. 76001-23-31-000-2006-00004-01 (17136).

de la decisión impugnada, el acierto o el error del A-quo en el juicio realizado, circunscribiéndose a dicho aspecto la competencia"[8].

Así lo ha expuesto, el Tribunal Supremo de lo C. A., señalando que, "e*l marco de competencia funcional de esta Sala, para decidir la controversia en segunda instancia, se circunscribe al análisis de los puntos que fueron materia de apelación, referidos a los aspectos conceptuales y argumentativos esbozados por el recurrente, en la medida en que éste es el único que puede calificar lo que de la decisión de primera instancia fue desfavorable a sus intereses,* ***de suerte que los aspectos que no fueron objeto del recurso de apelación se encuentran excluidos del debate sustancial en esta instancia****, tal como lo dispone el inciso primero del artículo 357 del C. de P.C. La jurisprudencia ha sostenido a este respecto que "las pretensiones del recurrente y su voluntad de interponer el recurso, condicionan la competencia del juez que conoce del mismo'"*[9]

Por consiguiente, los reparos específicos y que de forma concreta se expresen en la sustentación del recurso de apelación, constituyen el marco del Juez de segunda instancia para llevar a cabo la función revisora de la providencia impugnada, puesto que, esa función de –revisar sentencia –, que no es oficiosa tiene que apoyarse en la argumentación contenida en la sustentación del recurso de apelación, que le debe servir al *Ad quem*, para soportar la decisión de revocar o modificar la sentencia de primera instancia según lo pretendido por el apelante

2.3. PROBLEMA JURÍDICO.

Teniendo en cuenta lo anterior y conforme la sustentación del recurso de apelación formulado por la parte demandante, el problema jurídico a dilucidar, estriba en determinar si, *¿Es procedente la modificación de la tasación de los perjuicios morales con base a lo establecido en la sentencia de unificación de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado de fecha 28 de agosto de 2014; bajo los argumentos expuestos por el apelante?*

En aras de lo anterior, se dilucidará sobre la reparación del perjuicio moral para luego determinar si la condena se ajusta a los alcances dados a la reparación del perjuicio moral por el H. Consejo de Estado.

[8] Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta C. P. Dr. Juan Ángel Palacio Hincapié, sentencia de 12 de mayo de 2003, Exp.13444.
[9] Consejo de Estado, Sección III, Subsección A, Radicación número: 855001-23-31-000-1998-00118-01(19705), sentencia del 16 de septiembre de 2013. C. P. Carlos Alberto Zambrano Barrera. Igualmente Consejo de Estado, providencia de 26 de enero de 2011, C. P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

2.3.1 **REPARACION DEL DAÑO. TIPOLOGIA INDEMNIZATORIA INMATERIAL – PERJUICIO MORAL. Tasación en caso de lesiones por arma de fuego de dotación oficial.**

La responsabilidad[10] extracontractual del Estado, es entendida en términos generales como aquél deber que se encuentra en cabeza de la Administración, de resarcir los daños que cause a una persona en su esfera patrimonial y/o extrapatrimonial, o al decir de Parada, al referirse a la responsabilidad de la Administración, que es la posición del sujeto a cargo del cual la Ley pone la consecuencia de un hecho lesivo a un interés protegido[11].

En este escenario, al lado del principio de legalidad, la consagración de la responsabilidad del Estado, constituye una limitación o regulación al ejercicio de los poderes públicos dentro del Estado de Derecho, conceptualización que ha encontrado eco en la doctrina nacional, señalándose por CORTES EDGAR, que "*el derecho es uno de los mecanismos de los que se vale la sociedad para tratar de fijar límites, y en este sentido, el derecho de la responsabilidad civil adquiere una relevancia especial, pues una de las formas como los nuevos intereses que emergen dentro de un grupo social buscan acogida es por medio de la instancia jurisdiccional, en un juicio de responsabilidad que determine si el interés reclamado merece en verdad, protección por parte del ordenamiento*"[12].

Este mismo autor, manifiesta que la responsabilidad así entendida pasa de un modelo clásico entendida como sanción derivada de la realización de un comportamiento prohibido a un modelo que pone en el centro del debate el hecho dañoso y su función reparadora, no con una finalidad represiva, pues a la víctima lo que le interesa es ser resarcida, respondiendo a una necesidad de devolver a la víctima lo que ha perdido, prueba de lo cual es la pregonada necesidad de una reparación integral; sin dejar de lado que la responsabilidad civil puede cumplir funciones diferentes a la de compensación de daños, hablándose así de una función preventiva, según la cual la responsabilidad

[10] Barros Bure, citando a Kelsen, señala que "desde el punto de vista lógico, la responsabilidad civil es un juicio normativo que consiste en imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona". BARROS BOURE, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, abril de 2010, página 15.
[11] PARADA, Ramón, Derecho Administrativo I Parte General. Decima octava edición. La Responsabilidad de a Administración, Editorial Marcial Pons 2012. Madrid.Pagina559.
[12] CORTES EDGAR, Responsabilidad Civil y daños a la persona. Universidad Externado de Colombia. Primera Reimpresión, 2012. Bogotá. Página 15.

puede servir para evitar que se produzcan futuros daños, función[13] que se traduce en la influencia que las reglas sobre la materia pueden tener sobre la forma en que se despliega determinada actividad que podría dar lugar a la producción de un daño.[14]

Mirada desde esta óptica, en Colombia con la Constitución de 1991, estableció en su artículo 90, en la que se ha denominado cláusula general de responsabilidad, que el Estado está llamado a responder por los daños antijurídicos que le sean imputables como consecuencia de su actuar o no actuar, lo cual compendia, toda las formas de intervención del Estado en la vida de sus ciudadanos y cobija a todas las Ramas del Poder Público, puntualizándose por vía jurisprudencial que el daño es antijurídico, cuando la víctima no tiene el deber de soportarlo o cuando el Estado no tiene título legitimo para causarlo.

El daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas"[15], concepto que ha calado de tal forma, que autores como Henao, afirman que el derecho a las víctimas a ser reparadas es la nueva idea del fundamento del deber reparatoria[16], quien igualmente expone que para no limitar o restringir el alcance de la responsabilidad civil, prefiere aplicar la expresión reparar los daños en lugar de indemnizar los daños, para así comprender mejor el fin de la responsabilidad

La construcción del artículo 90 de la Constitución Política de 1991[17], en Colombia ha dado pie para señalar que los elementos para que surja derecho a la reparación a cargo del Estado es necesaria la existencia de un daño

[13] Sobre fines o funciones de la responsabilidad civil, se puede consultar BARROS BOURE, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, abril de 2010. Páginas 216-218.
[14] Op cita 3.
[15] Expediente No. 18001-23-31-000-1996-09831-01(19388). Consejera Ponente: Olga Melida de De la Valle Hoz
[16] HENAO, JUAN CARLOS, Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: Hacia una unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. La responsabilidad extracontractual del Estado. XVI jornadas internacionales de derecho administrativo. Bogotá. Universidad Externado de Colombia 2015.Páginas 33-117.
[17] En la Constitución de 1886 no se encuentra de forma expresa consagración de la cláusula de responsabilidad, por lo cual, constitucionalmente se fundaba la responsabilidad del Estado, en lo estatuido en el artículo 19 de la Constitución Política de 1886, el cual disponía que: Artículo 19.- Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en sus vidas, honra y bienes, y asegurar el respeto recíproco de los derechos naturales, previniendo y castigando los delitos". Norma que tiene una construcción jurídica similar al artículo segundo de la Constitución Política de 1991, así: Artículo 2. Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.
Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares."

antijurídico imputable al Estado por su acción u omisión[18]. Precisando que el concepto de daño antijurídico en manera alguna puede entenderse como la consagración de un régimen de responsabilidad general objetivo, puesto que la imputación como factor para enrostrar responsabilidad intervienen y así lo ha decantado jurisprudencia títulos de imputación subjetivos y objetivos, siendo los hechos o circunstancias específicas del caso concreto, los que delimitan la aplicación de uno y otro y la imputabilidad del mismo[19].

Determinada la existencia del daño antijurídico y su imputabilidad al Estado, deviene el deber de reparar. Dentro de lo cual cabe señalar las modalidades o tipologías indemnizatorias adoptadas, siguiendo reglas generales, en perjuicios de orden material e inmaterial.

Dentro de la tipología indemnizatoria de las consecuencias generadas por el daño y que se asumen deben ser repararas por quien lo causa, encontramos la conceptualización del perjuicio moral o *pretium doloris*, como un perjuicio inmaterial, el cual alude al padecimiento generado en el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien[20]. Este daño tiene existencia autónoma y se configura una vez satisfechos los criterios generales del daño: que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual y que tenga relación con un bien jurídicamente tutelado y que cuando es producto de lesiones puede configurarse tanto en la persona que sufre la lesión, a la que se conoce como víctima directa, como también en sus parientes o personas cercanas, víctimas indirectas[21].

Este tipo de reparación ha señalado la doctrina tiene un carácter eminentemente satisfactorio y no compensatorio, porque se afectan intereses de difícil valoración pecuniaria y su cuantificación, por su naturaleza inmaterial, resulta siempre compleja, por lo cual el juez, en ejercicio del arbitrio judicial y

[18] Como se pasara a ver en líneas posteriores sobre los elementos de la responsabilidad del Estado, existe disparidad de criterios, frente a la necesidad de incluir el llamado nexo causal, toda vez que algún sector de la doctrina y el mismo Consejo de Estado ha expuesto que el nexo causal no es un elemento actual de la responsabilidad, porque el mismo se encuentra inmerso en el estudio de imputación en sus dimensiones fácticas o material y jurídica.
[19] Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 1994. Exp. 9276. C.P. Dr. Daniel Suarez Hernández. Igualmente, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010. Expediente No. Radicación número: 50001-23-31-000-1996-05291-01(18997). C. P. Enrique Gil Botero. Demandante: Bonifacio Cubillos Barbosa y otros. Demandado: Nación Ministerio de Defensa. Acción de reparación directa.
[20] El daño moral configura una típica especie de daño no patrimonial consistente en el quebranto de la interioridad subjetiva de la persona y, estricto sensu, de sus sentimientos y afectos…insustituibles e inherentes a la órbita más íntima del sujeto…por la afectación de otros bienes, derechos o intereses sean de contenido patrimonial o extrapatrimonial. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Bogotá D.C., 18 de septiembre de 2009, M.P William Namén Vargas.
[21] Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicación número: 19001-23-31-000-1997-04001-01(19836). CP. Danilo Rojas B.

aplicando el principio de equidad, previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, será siempre quien lo determine[22].

En efecto, la indemnización que se reconoce a quienes sufran un daño antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria[23] y no reparatoria del daño causado y 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, por lo tanto, corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado a los demandantes.

Asimismo se ha señalado que la magnitud del dolor puede ser apreciada por sus manifestaciones externas y por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba[24], inclusive la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha creado presunciones que parten de los vínculos de parentesco para tener por cierto la existencia del mismo.

Es innegable y así lo indican las reglas de la experiencia que quien sufre una lesión física genera en quien la padece sentimientos de aflicción y tristeza, constitutivos de perjuicio moral y que deber ser resarcido, puesto que "*las lesiones inferidas a una persona hacen presumir el dolor y la aflicción constitutivos del perjuicio moral, en los miembros del entorno familiar más cercano de quien las padece, como cónyuge, compañero (a) permanente, padres, hijos y hermanos, perjuicio que debe valorarse en su entidad atendiendo, entre otros aspectos, a la gravedad de dichas lesiones*"[25].

Bajo la anterior línea de pensamiento, El H. Consejo de Estado, refiriéndose a los perjuicios morales en caso de lesiones, en providencia del 19 de noviembre de 2008 señaló que:

> *"Respecto de la indemnización por perjuicios morales en casos de lesiones, la Sección Tercera había considerado que, para efecto del reconocimiento de dicho perjuicio era necesario diferenciar el tipo de lesión - grave o leve - con el fin de establecer una*

[22] Consejo de Estado, Sección III, Expediente No. 47001-23-31-000-1993-03518-01(15459). C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Aunque en sentencia del 16 de marzo de 2012, radicado No. 25000-23-26-000-1996-02964-01(19807), CP. Stella Conto Díaz, se señaló: "la indemnización de perjuicios de orden moral, con aplicación de la facultad discrecional que le asiste frente a estos casos, de conformidad con los siguientes parámetros (i) la indemnización se hace a título de compensación, más no de restitución ni de reparación (ii) la tasación debe realizarse con aplicación del principio de equidad previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998; (iii) la determinación del monto debe estar sustentada en los medios probatorios que obran en el proceso y que están relacionados con las características del perjuicio; y (iv) debe estar fundamentada, cuando sea del caso, en otras providencias para garantizar el principio de igualdad"
[23] RENATO SCOGNAMIGLIO. El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual. traducción de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Edit. Antares, 1962, pág. 4 6.
[24] Ver, por ejemplo, sentencia de 2 de junio de 2004, exp: 14.950.
[25] Consejo de Estado, Sección III, Expediente No. 18001-23-31-000-1995-05743-01(15793). C. P. Miriam Guerrero de Escobar.

presunción de carácter probatorio para acceder a la indemnización. En varias oportunidades y, con fundamento en dicha posición, se afirmó que cuando la lesión fuera de aquellas graves, los parientes cercanos de la víctima estaban obligados a demostrar la gravedad de la lesión y el parentesco, para que se pudiera inferir que padecieron el perjuicio moral; y que en los casos en que la lesión fuera leve, los parientes cercanos tenían la carga de acreditar la lesión, el parentesco y la congoja y la tristeza que sufrieron, dado que sin esas pruebas, resultaba imposible inferir el padecimiento moral de los familiares cercanos. En todo caso, en ambos eventos, el directamente lesionado tenía derecho a la indemnización por concepto de perjuicios morales, en consideración a que fue quien sufrió el impacto de la lesión.

Esa posición varió y, mediante sentencia del 16 de octubre de 2008, la Sala consideró que no hay lugar a diferenciar el tipo de lesión a efecto de presumir los perjuicios morales, sino que su efecto útil recae es en el grado de intensidad del daño y cobra relevancia en la graduación del monto de la indemnización mas no en la prueba del perjuicio como tal. En esa oportunidad, la Sala abandonó la tesis según la cual la presunción del perjuicio dependía de la intensidad de la lesión y acogió la posición descrita, según la cual dicha presunción opera en los eventos de lesiones corporales, sin importar si son graves o leves:

"Y es que se trata de dos temas diferentes, uno es la lesión que padece la victima directa del daño y otro es el perjuicio moral que sufre el lesionado y sus parientes más cercanos. En efecto, la diferencia entre lesiones graves y leves no es la que permite crear la presunción de los perjuicios morales causados a los parientes cercanos a la víctima del daño, en tanto que esta distinción sólo sirve para establecer la gravedad de las lesiones sufridas por la víctima y, por el contrario la presunción surge por el simple hecho de que se le haya causado la lesión o la muerte a la víctima.

*En este sentido, no se le puede exigir a **los parientes cercanos de la víctima** que prueben el daño moral en razón de que la lesión fue leve, para en cambio presumir este perjuicio cuando la lesión fue grave, toda vez que, una lesión genera un perjuicio de carácter moral no sólo para quien padece el daño antijurídico, sino también para las víctimas indirectas, por cuanto es la de la naturaleza humana que la afectación de un familiar cercano o de una persona allegada genere dolor moral en las personas más próximas, en tanto que deben soportar el dolor que les produce ver a un familiar lesionado y en las más de las veces son estas personas las que acompañan al lesionado en su recuperación, razón por la cual se debe presumir el perjuicio moral en los eventos de lesiones corporales, sin importar que ésta sea de naturaleza grave o leve.*

No obstante, cabe precisar que si bien se presume el perjuicio moral para los parientes cercanos de la víctima cuando se le genere una lesión corporal, la intensidad de la lesión permitirá graduar el monto de la indemnización, motivo por el cual, en los eventos en que la lesión sea grave el monto de la condena se aproximará a la máxima que la jurisprudencia otorga en estos eventos, pero si es leve, la condena disminuirá".[26]

Para establecer su valor, conforme a lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001 del H. Consejo de Estado[27], se ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, bajo la consideración que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio, y se ha sugerido la imposición de condenas por la suma de dinero equivalente a cien salarios mínimos legales mensuales, en los eventos en que aquél se presente en su mayor grado".

[26] Radicación número: 07001-23-31-000-2000-00348-01(28259). Sección Tercera. C. P. Ramiro Saavedra Becerra.
[27] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232.

Ahora bien, en Sentencia de Unificación sobre perjuicios morales[28], la Sección Tercera del H. Consejo de Estado señaló que su reparación en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas, fijando como referentes en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones generadas por arma de fuego de dotación social como es el caso que centra la atención del Tribunal[29], la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima, dividendo su manejo en seis (6) rangos, así:

GRAFICO No. 2
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES

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

Asimismo, se expresó que:

> *"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.*
>
> *Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.*
>
> *Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva, propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). obtendrán el 50% del valor adjudicado al lesionado o víctima directa, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se describe: tendrán derecho al reconocimiento de 50 SMLMV*

[28] Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente No. Radicación número: 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172). Sentencia del 28 de agosto de 2014. Lesiones causadas por arma de fuego de dotación oficial.
[29] El daño consiste en la lesión padecida por el menor HUGO NELSON FIGUEROA BENITEZ, producto del disparo de arma de fuego de dotación del auxiliar bachiller adscrito a la guardia del INPEC de la Cárcel La Vega de la ciudad de Sincelejo, en hechos ocurrido 20 de enero de 2013.

cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 40 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 30 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 20 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 10 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. Adquirirán el 35% de lo correspondiente a la víctima, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se indica: tendrán derecho al reconocimiento de 35 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 28 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 21 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 14 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 7 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 3,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. Se reconocerá el 25% de la indemnización tasada para el lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se señala: tendrán derecho al reconocimiento de 25 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 20 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 10 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 5 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 2,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). Se concederá el 15% del valor adjudicado al lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se presenta: tendrán derecho al reconocimiento de 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 12 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 9 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 6 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 3 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 1,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 1% e inferior al 10%."

Como se puede observar, en la prudente tasación de perjuicios que se deba realizar por perjuicios morales en caso de lesiones, toma papel preponderante la gravedad o intensidad de la lesión, la relación de parentesco con la víctima directa, los niveles de cercanía o relación afectiva, así como la graduación o calificación porcentual de la pérdida de la capacidad laboral, como parámetro del *arbitrio judicis*[30] que se encuentra dotado el Juez Administrativo para

30 *"…( )…. En ese sentido, es importante citar in extenso los pronunciamientos del Tribunal Constitucional para verificar –sin anfibología– que éste respeta los lineamientos trazados por el Consejo de Estado a partir de la sentencia del 6 de septiembre de 2001, según los cuales la principal herramienta para valorar la existencia y el monto del perjuicio moral es el arbitrio judicial (…) De la simple lectura de las recientes sentencias de la Corte Constitucional que se han ocupado del perjuicio moral y su tasación, se pueden extraer varias conclusiones: i) existe una línea jurisprudencial consistente y estable que configura un precedente horizontal que tuvo como sentencia fundadora e hito, la adiada el 6 de septiembre de 2001, y que avala como principal instrumento para la tasación del perjuicio moral el arbitrio iudice que refleja una discrecionalidad judicial sin que se pueda caer en la arbitrariedad, ii) el fundamento del arbitrio judicial se encuentra en una lógica de lo razonable, circunstancia por la cual para su concreción se deben exponer justificaciones frente al caso concreto –lo que nunca se ha negado desde el plano del arbitrio judicial–, iii) para la idónea liquidación del perjuicio material es necesario concordar o sopesar el arbitrio judicial con los principios de equidad y de reparación integral, iv) el valor de la indemnización atenderá a las condiciones particulares de la víctima y v) a la gravedad objetiva de la lesión"* CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCION TERCERA, SUBSECCION C, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, Bogotá D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil doce (2012). Radicación número: 05001-23-31-000-1996-02223-1(23343).

cuantificar el perjuicio, que en estos eventos, se reitera cumple una función satisfactoria.

2.3.3. SOLUCIÓN AL CASO CONCRETO

En el presente asunto la parte actora y recurrente se duele de la tasación realizada por el A quo sobre el perjuicio moral que se les reconoció en cuantía de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes afirmando que se desconoce la sentencia de unificación del H. Consejo de Estado, sobre liquidación de perjuicios morales y por consiguiente conforme estas últimas reglas, el reconocimiento debió realizarse en quantum de 20 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Pues bien, consecuente con la argumentación expuesta en acápite anterior y conforme las reglas de conducta probatoria, quien afirme la existencia de un daño generado por una acción u omisión imputable al Estado, debe no solo alegarlo, sino demostrarlo, asimismo, quien persiga el reconocimiento de perjuicios generados por el daño igualmente asume la carga demostrativa de la existencia y enntidad del mismo, aclarando que en algunos eventos la prueba del perjuicio se flexibiliza en virtud de construcciones o presunciones creadas como sub reglas para la valoración del mismo por parte del H. Consejo de Estado, como lo es el caso de la presunción de perjuicio moral en casos de lesiones para la victima directa y para los parientes más cercanos en virtud, dicho sea de paso, de esos mismos lazos de consanguinidad, siendo relevante la prueba del parentesco que es de donde deviene la legitimidad y el carácter personal del daño para quien procura su reparación cuando acude como familiar con nivel de cercanía beneficiario de presunción de afectación moral.

De esa misma manera, estima la Sala que, quien considera que la liquidación o tasación del perjuicio esta por fuera o por debajo de los baremos establecidos por las sub reglas del H. Consejo de Estado o que este no se compadece con la intensidad y gravedad del daño, deberá arrimar al proceso los elementos que permitan establecer el desacierto cometido al momento de tasar la indemnización, pues se reitera, no solo se debe demostrar el daño, sino igualmente el perjuicio.

Si bien en el presente asunto no se determinó el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del menor HUGO NELSON FIGUEROA BENITEZ, como uno de los criterios establecido para fundar la prudente tasación de perjuicios, la Sala considera que las razones establecidas por el A quo en la sentencia de primera

instancia para regular el quantum del perjuicio moral en suma equivalente a 10 SMLMV, no es ajena a la realidad probatoria del proceso.

En efecto, a pesar que la víctima directa del daño es menor de edad y es indudable la impresión fuerte que ello pudo causar en sus padres y en el menor mismo, al verse afectado por la esquirla de un disparo de arma de fuego, en el expediente no existe adicional al dictamen de medicina legal[31], medio probatorio alguno que permita con certeza estimar que el padecimiento fue de mayor entidad o de mayor gravedad que el consignado en la experticia realizada, o que del mismo quedaron secuelas que no fueron valoradas por la Juez de Primera Instancia para trazar según las reglas del *arbitrio judices,* que sigue aplicándose aún bajo los estándares de liquidación establecidos por el H. Consejo de Estado en la sentencia de unificación citada *ut supra.*

En ese orden, la sola tesis de que el perjuicio debió establecerse en suma superior a la determinada por el A quo, para el caso concreto, se quedó en una afirmación sin respaldo probatorio o argumentativo que permita establecer un error por parte del juez en la prudente tasación del perjuicio moral deprecado.

Así las cosas, sin ahondar en mayores disquisiciones, dispondrá esta Judicatura **CONFIRMAR** la sentencia objeto de alzada.

3. CON RELACIÓN A LA CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP y por la no prosperidad del recurso, se condena en costas a la parte demandante, las cuales serán liquidas por el Despacho de Primera Instancia.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **SALA TERCERA DE DECISIÓN DEL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha 10 de agosto de 2016 proferida por el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito de Sincelejo, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

[31] Folio 24-25 C-1. El menor ingreso al servicio de urgencias del Hospital Universitario de Sincelejo el 20 de enero de 2013, registrando egreso el 21 de enero de 2013, como se aprecia en la epicrisis obrante a folio 23.

SEGUNDO: CONDÉNESE en costas de segunda instancia a la parte demandante apelante y a favor de la entidad demandada. En firme la presente providencia, por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme este fallo, **DEVUÉLVASE** al Despacho de origen, **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

Se deja constancia que el proyecto de esta providencia fue discutido y aprobado por la Sala en sesión de la fecha, según consta en el acta Nº 40.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA