

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / COMPETENCIA DEL JUEZ AD QUEM - Con ocasión del recurso de apelación

[P]ara la Sala Plena de la Sección Tercera resulta claro –y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia– que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, 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’”. Ahora bien, en relación con la mencionada regla general, según la cual aquellos temas no propuestos en el recurso de alzada estarían llamados a excluirse del conocimiento del juez ad quem, conviene precisar que dicha regla general no es absoluta, puesto que la misma debe entenderse y admitirse junto con las excepciones que se derivan, por ejemplo, i) de las normas o los principios previstos en la Constitución Política; ii) de los compromisos vinculantes asumidos por el Estado a través de la celebración y consiguiente ratificación de Tratados Internacionales relacionados con la protección de los Derechos Humanos y la vigencia del Derecho Internacional Humanitario, o iii) de las normas legales de carácter imperativo, dentro de las cuales se encuentran, a título puramente ilustrativo, aquellos temas procesales que, de configurarse, el juez de la causa debe decretar de manera oficiosa, no obstante que no hubieren sido propuestos por la parte impugnante como fundamento de su inconformidad para con la decisión censurada. En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples decisiones ha determinado la operancia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción ejercida, así como también ha encontrado acreditada la existencia de la falta de legitimación en la causa –por activa o por pasiva– e incluso la ineptitud sustantiva de la demanda, casos en los cuales ha denegado las pretensiones de la demanda o se ha inhibido de fallar, según el caso, con independencia de si tales presupuestos o aspectos hubieren sido, o no, advertidos por el juez de primera instancia o por alguno de los sujetos procesales, incluido, claro está, aquel que hubiere impugnado la providencia del juez a quo.

SENTENCIA DE UNIFICACIÓN / GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA - Improcedencia cuando se apela la decisión

[L]a Sala reitera la postura que en ocasión anterior ha sostenido –y alrededor de la cual ahora unifica su Jurisprudencia– en el sentido de que cuando la sentencia de primera instancia por la cual se impone una condena superior a 300 SMLMV a cargo de una entidad pública ha sido apelada por alguna de las partes, no procede tramitar el grado jurisdiccional de consulta, después de la entrada en vigor de la modificación introducida al artículo 184 del Código Contencioso Administrativo por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998. (...) la Sala considera pertinente resaltar que en la Constitución Política se le impone al juez el deber de actuar con absoluta independencia, al someterlo exclusivamente al imperio de la ley (artículo 230), cuestión que constituye una garantía fundamental para las partes, como lo son también los principios constitucionales de igualdad y de imparcialidad (artículo 209) que naturalmente obligan también a los jueces de la República y que comportan la necesidad de que dichos jueces brinden idéntico trato a las partes de cada proceso, salvo cuando exista norma expresa que contenga determinaciones en sentido diverso; de lo anterior se concluye que el objetivo del proceso contencioso, en la actualidad, consiste en obtener la verdad procesal a partir de la igualdad de las partes en cuanto deben disponer de las mismas oportunidades e instrumentos para controvertir las decisiones proferidas a lo largo del procedimiento, sin que alguna de ellas ostente una condición prevalente que limite o restrinja los derechos de los demás sujetos procesales o de los terceros intervinientes. (...) Síguese de lo anterior que en el asunto sub examine, toda vez que la sentencia de primera instancia fue apelada por la parte actora, no procede surtir el grado jurisdiccional de consulta.

NOTA DE RELATORÍA: Con salvamento parcial de voto de la doctora Stella Conto Díaz del Castillo y aclaración de voto del doctor Danilo Rojas Betancourth

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Bogotá, D.C., nueve (09) de febrero de dos mil doce (2012).

Radicación número: 50001-23-31-000-1997-06093-01(21060)

Actor: REINALDO IDÁRRAGA VALENCIA Y OTROS.

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO

**Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)
(SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL)**

Procede la Sección Tercera de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a unificar su Jurisprudencia en relación con *i)* la competencia del Juez *ad quem* con ocasión del recurso de apelación y *ii)* la improcedencia del grado jurisdiccional de consulta cuando la sentencia sea apelada, ello dentro de la resolución del recurso de alzada que dentro del presente caso interpuso la parte demandante contra la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo del Meta, día el 2 de mayo de 2001, mediante la cual se decidió lo siguiente:

“PRIMERO: Declarar administrativamente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, de las lesiones ocasionadas al soldado JOSÉ REINERO IDÁRRAGA GONZÁLEZ, en hechos ocurridos el 4 de mayo de 1995 en la vereda Berracal, cercana al municipio de Lejanías - Meta.

SEGUNDO: Condénese a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional al pago de los perjuicios morales en las siguientes cuantías: a JOSÉ REINERO IDÁRRAGA GONZÁLEZ, el equivalente a 800 gramos de oro, a REINALDO IDÁRRAGA VALENCIA, el equivalente a 400 gramos de oro, a MARÍA AMANDA IDÁRRAGA GONZÁLEZ, LUZ MILA IDÁRRAGA GONZÁLEZ, MARÍA DANERY IDÁRRAGA GONZÁLEZ, HUBER HERNEY IDÁRRAGA GONZÁLEZ y JOSÉ ELMER IDÁRRAGA GONZÁLEZ el equivalente a 250 gramos de oro para cada uno.

TERCERO: Condénese a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional al pago de los perjuicios por el daño a la vida de relación a JOSÉ REINERO IDÁRRAGA GONZÁLEZ, el equivalente a 1000 gramos de oro.

CUARTO: Condénese a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, al pago de los perjuicios materiales a JOSÉ REINERO IDÁRRAGA GONZÁLEZ la suma de cincuenta y seis millones quinientos seis mil seiscientos trece pesos.

QUINTO: Dése cumplimiento a la sentencia en los términos de los arts. 176 y 177 del C.C.A.” (Fls. 233-234 C. Ppal.).

I.- ANTECEDENTES

1.1.- La demanda.

El 15 de abril de 1997, por conducto de apoderado judicial, los señores Reinaldo Idárraga Valencia, María Amanda, María Luz Mila, José Reinero, María Danery, José Huberney y José Elmer Idárraga González, interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, con el fin de que se les declarara administrativamente responsables por los perjuicios sufridos con ocasión de los daños y lesiones ocasionados al primero de los nombrados, en hechos ocurridos el 4 de mayo de 1995, en la vereda Berracal - Meta, en un enfrentamiento armado presentado entre uniformados de la misma tropa, pertenecientes al Batallón No. 22 de Contraguerrilla del Ejército Nacional.

Como consecuencia de la declaración anterior, solicitaron que se condenara a la demandada a pagar, por concepto de perjuicios morales, el valor equivalente en pesos a 1.000 gramos oro para cada uno de los demandantes; por perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, la suma de \$ 200'000.000 a favor del señor José Reinero Idárraga González y, en la modalidad de daño emergente, la cantidad de \$ 30'000.000 a favor de ese mismo demandante; finalmente, por concepto de perjuicios “fisiológicos”, la suma de \$ 40'000.000¹ a favor del lesionado.

Como hechos relevantes de la demanda se narró, en síntesis, que el día 4 de mayo de 1995, el Batallón No. 22 de Contraguerrilla, al cual había ingresado de manera voluntaria el soldado José Reinero Idárraga González, inició una operación de patrullaje por la zona montañosa de la vereda Berracal, cercana al municipio de

¹ Suma que resulta superior a la legalmente exigida para tramitar el proceso en dos instancias, comoquiera que a la fecha de presentación de la demanda, esto es el 15 de abril de 1997, la cuantía establecida para esos efectos era de \$ 13'460.000.00 (Decreto 597 de 1988).

Lejanías - Meta; en desarrollo de dicha operación avistaron a un grupo de hombres armados, los cuales confundieron con guerrilleros, circunstancia que originó un enfrentamiento armado, del cual se produjeron como resultado múltiples lesiones al mencionado soldado voluntario.

En relación con los hechos descritos, sostuvo la parte actora que los mismos configuraron una *“falla presunta y probada en el servicio”*, en consideración a la calidad oficial del arma que ocasionó la herida, la categoría de empleado público de quien disparó, así como la ausencia absoluta de táctica militar de los superiores encargados de la operación, quienes ordenaron un ataque armado sin un previo estudio de inteligencia, lo cual produjo un enfrentamiento entre miembros del Ejército y como consecuencia de ello se produjeron las lesiones al soldado José Reinero Idárraga González, ocasionándole graves perjuicios (Fls. 4-14 C. 1).

Mediante auto calendado el 8 de mayo de 1997, el Tribunal Administrativo del Meta admitió la demanda, la cual se notificó en debida forma a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional y al Ministerio Público, respectivamente (Fls. 22, 23 y 25 C.1).

1.2.- La contestación de la demanda.

La Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional contestó oportunamente el libelo introductorio oponiéndose a las pretensiones en éste formuladas; como razones de su defensa se limitó a manifestar que *“me atengo a qué se pruebe en el curso del proceso”* (Fls. 29-30 C1).

1.3.- Alegatos de conclusión en primera instancia.

Vencido el período probatorio previsto en providencia del 14 de abril de 1998 y fracasada la etapa conciliatoria, el Tribunal corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, mediante proveído del 17 de julio de 2000 (Fl. 33-37, 205 C. 1).

La entidad pública demandada señaló que en el presente asunto se encontraba configurada la causal eximente de responsabilidad consistente en la “fuerza mayor”, dado que *“el personal militar de Delta Tres, en cumplimiento de la misión encomendada, actuaron ante el convencimiento de que se trataba de subversivos y fundamentalmente ante el grave peligro y ante el equivocado entendido de ser atacados; subjetivamente los hace reaccionar ante la necesaria defensa, en la creencia de que existe un ataque injusto, cuando en realidad éste no se produciría”*, lo anterior sumado a los factores de tiempo y condiciones de terreno, lleva a concluir que los hechos ocurrieron por factores exógenos no atribuibles a la Administración Pública, motivo por el cual no había lugar a declarar la responsabilidad de ésta (Fls. 205-209 C. 1).

La parte demandante y el Ministerio Público guardaron silencio (Fl. 219 C. 1).

1.4.- La sentencia apelada.

Cumplido el trámite legal correspondiente, el Tribunal Administrativo del Meta profirió sentencia el 2 de mayo de 2001, oportunidad en la cual declaró la responsabilidad patrimonial de la demandada en los términos transcritos al inicio de esta sentencia.

Para arribar a la anterior decisión, el Tribunal de primera instancia puso de presente que a partir de los elementos probatorios allegados al proceso había lugar a concluir acerca de la responsabilidad del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional por el hecho dañoso demandado, toda vez que las lesiones ocasionadas al soldado José Reinero

Idárraga González, fueron producidas por miembros del Ejército Nacional, adscritos al mismo Batallón al que pertenecía el aludido soldado, como producto de una falla del servicio, la cual consistió básicamente en *i)* suministrar información errada por un superior, respecto de la presencia de subversivos en el sector, lo cual condujo a la tropa a creer que estaba atacando a la guerrilla; *ii)* la falta de brazaletes de identificación de las tropas y *iii)* el deficiente estado de los radios de comunicación, razón por la cual señaló que en el presente caso no se configuraron los elementos de la eximente de responsabilidad consistente en la fuerza mayor.

En ese sentido, sostuvo que esa eximente de responsabilidad se configura cuando existe un *“obstáculo externo a la actividad del que causa el daño, absoluto y definitivo, al cual no es posible resistirse”*, cosa que no sucedió en el presente asunto, comoquiera que lo que se presentó fue un *“concepto errado originado en un error del conocimiento”*, lo cual era un elemento interno de la actividad del grupo militar, razón suficiente para que la excepción de fuerza mayor propuesta sea rechazada. Así pues, concluyó que se acreditó una falla del servicio, *“porque no se concibe dentro de un normal acontecer, que los integrantes de las fuerzas militares, creyendo atacar al enemigo, se lesionen entre ellos; esa es la irregularidad por la que debe responder la Administración”*.

En cuanto a la indemnización de perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, el *a quo* concluyó que no se encontraban demostrados, ni siquiera en forma sumaria, los gastos sufragados por concepto de atención médica, hospitalaria y quirúrgica que le había sido prestada por sanidad militar al soldado lesionado, motivo por el cual no había lugar a reconocerle indemnización por este concepto (Fls. 211-235 C. Ppal).

1.5.- El recurso de apelación.

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso oportunamente recurso de apelación, en el cual expuso su discrepancia para con el fallo de primera instancia, con apoyo en tres argumentos:

“PRIMERO: Comedidamente ruego a Ud. se sirva revocar para reformar el numeral SEGUNDO de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido de fijar en el equivalente a 1.000 gramos de oro el perjuicio moral sufrido por cada una de las siguientes personas: JOSÉ REINERO IDÁRRAGA GONZÁLEZ (lesionado) y REINALDO IDÁRRAGA VALENCIA (padre), en lugar de los 800 y 400 gramos oro que en su orden allí se les reconocieron por su perjuicio moral; y el equivalente a 500 gramos oro, por el mismo concepto, a cada uno de los hermanos del directo ofendido, Srs. MARÍA AMANDA, LUZ MILA, MARÍA DANERY, JOSÉ HUBERNEY y JOSÉ ELMER IDÁRRAGA GONZÁLEZ, en lugar de los 250 gramos oro que allí se reconoció a cada uno de ellos.

(...)

SEGUNDO: Comedidamente ruego a Ud. se sirva revocar para reformar el numeral TERCERO de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido de fijar en el equivalente de 4.000 gramos de oro fino los perjuicios causados a JOSÉ REINERO IDÁRRAGA GONZÁLEZ por daño en la vida de relación, en lugar de los 1.000 gramos oro que allí se le reconocieron.

(...)

TERCERO: Comedidamente ruego a Ud. se sirva revocar para reformar el numeral CUARTO de la parte resolutive de la sentencia, en el sentido de fijar en \$156.971.651,78, o en suma superior que será liquidada por el Despacho conforme a petición final que formularé, por concepto de perjuicios materiales por lucro cesante, en lugar de los \$56.506.613 que allí se le liquidaron”.

En cuanto al primer argumento señaló que la indemnización otorgada por el Tribunal de primera instancia no es proporcional a la merma laboral de la víctima, la cual fue del 95.21%, situación que es equiparable con la muerte, razón por la cual la indemnización debía ser la tenida como justa por la jurisprudencia, esto es el equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro para el lesionado, su padre, y 500 gramos de oro para sus hermanos.

Refiriéndose al segundo argumento, sostuvo que el Tribunal *a quo* no se acogió a la jurisprudencia del Consejo de Estado existente en casos similares, la cual señala

que por la magnitud de los daños y el alto grado de incapacidad laboral se debía reconocer el equivalente en pesos a 4.000 gramos oro, al ser clara la disminución del pleno goce de la existencia producto de la lesión sufrida, por lo anterior solicitó el reconocimiento de esa cantidad en lugar de los 1.000 gramos de oro reconocidos en primera instancia.

Por último, en el tercer argumento indica que el Tribunal *a quo* incurrió en errores aritméticos al no incluir en la liquidación el equivalente al 30% del monto final por concepto de prestaciones sociales; de igual manera solicitó que se haga la liquidación del perjuicio material por lucro cesante tomando como base el 100% de la merma laboral y no el 95.21%, de acuerdo a la Ley 100 de 1993 (artículo 38), donde se establece que una persona que pierda mas del 50% de la capacidad laboral se encuentra en estado de invalidez, a lo cual agregó que *“debe estimarse que ha perdido el 100% de su capacidad laboral pues nadie va a contratar sus servicios a una persona que sólo le reste un 4.79% de posibilidad laboral”* (Fls. 243-252 C. Ppal).

El Tribunal *a quo* concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte de el 2 de junio de 2001 (Fl. 239 C. Ppal.) y, seguidamente, mediante auto calendado el 7 de septiembre de 2001, se admitió el recurso de alzada ante esta Corporación (Fl. 254 C. Ppal).

1.6.- Los alegatos de conclusión en segunda instancia.

Mediante auto proferido el 1 de octubre de 2001 se corrió traslado a las partes para presentar alegatos de conclusión en segunda instancia (Fl. 256 C. Ppal).

Dentro de la respectiva oportunidad procesal, tanto las partes como el Ministerio Público guardaron silencio (Fl. 257 C. Ppal).

II. CONSIDERACIONES

Procede la Sección Tercera de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado a unificar su Jurisprudencia en relación con *i)* la competencia del Juez *ad quem* con ocasión del recurso de apelación y *ii)* frente a la improcedencia del grado jurisdiccional de consulta cuando la respectiva sentencia de primera instancia sea apelada, ello dentro del examen y decisión del recurso de alzada que dentro del presente asunto interpuso la parte demandante contra el fallo que profirió el Tribunal Administrativo del Meta, día el 2 de mayo de 2001.

2.1.- La competencia del Juez *ad quem* frente al recurso de apelación.

Resulta necesario precisar, *ab initio*, que el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante está encaminado a que se modifiquen los montos otorgados por el Tribunal para la indemnización de los perjuicios ocasionados al señor José Reinerio Idárraga González y a sus familiares relacionados en la parte resolutive de la sentencia impugnada.

Lo anterior obliga a destacar que el recurso de apelación se encuentra limitado a los aspectos indicados, consideración que cobra mayor significado en el *sub lite* si se tiene presente que en cuanto corresponde a los demás aspectos del fallo impugnado, incluyendo la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada, la propia apelante manifiesta su conformidad y sostiene que esos otros aspectos de la sentencia de primera instancia merecen ser confirmados.

Tal como en diversas oportunidades lo ha puntualizado la Jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, conviene precisar que mediante el recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –en este caso la que contiene una sentencia–, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para

tomar su decisión, con sus propias consideraciones o apreciaciones, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se plantean 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 del recurso**, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. (... ..).”* (Negritas adicionales).

Esta Sala ha delimitado el estudio del recurso de alzada –y con ello la competencia del Juez *ad quem*– a los motivos de inconformidad que exprese el recurrente, según lo reflejan las siguientes puntualizaciones:

*“Ninguna precisión resultaría necesario efectuar en relación con el régimen de responsabilidad aplicable a las circunstancias del caso concreto, ni en cuanto a la concurrencia, en el mismo, de los elementos constitutivos del régimen respectivo, **habida cuenta que el recurso de apelación incoado por la entidad demandada no controvierte tales extremos y la parte actora no recurrió la sentencia de primera instancia, de manera que los referidos, son puntos de la litis que han quedado fijados con la decisión proferida por el a quo**”².* (Se deja resaltado).

En reciente pronunciamiento efectuado por esta Sala, se precisó:

“De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”³. (Las negritas no corresponden al texto original).

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de agosto del 2008, Exp. 14638.

³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 1º de abril de 2009, Exp. 32.800, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

En la misma línea de pensamiento, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 4 de agosto de 2010⁴, también puntualizó que la competencia del juez de segunda instancia se encuentra limitada por el alcance del respectivo recurso de alzada:

“Al tenor del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 368, ejusdem, el fallo debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda, y con las excepciones propuestas por el accionado, o que el juez ha debido reconocer de oficio, de modo que si el juzgador deja de pronunciarse sobre lo que en esa medida le corresponde, o se extralimita, quien resulte afectado con ese pronunciamiento constitutivo de un error ‘in procedendo’, para enmendarlo cuenta con la referida causal de casación.

En reciente decisión la Corporación reiteró que concordante con el principio dispositivo, el postulado de la congruencia supone ‘una labor comparativa indispensable entre el contenido de fondo de la relación jurídico procesal y lo resuelto por el juzgador en el respectivo fallo, con el fin de establecer una de las tres causas de ocurrencia de la anomalía en cuestión: La de ser la resolución impertinente por ocuparse con alcance dispositivo de extremos no comprendidos en la relación jurídico-procesal (extra petita); la de ser la resolución excesiva por proveer a más de lo que el demandante pide (ultra petita); y en fin, la de ser deficiente por dejar de proveer, positiva o negativamente, acerca de puntos integrantes de la demanda o sobre las excepciones que, además de aparecer probadas, hayan sido alegadas por el demandado cuando así lo exija la ley (citra petita) (...) (Sentencia de casación civil de 7 de octubre de 2009, exp. 2003-00164).

“

Ante esa circunstancia lo primero que resulta pertinente precisar es el tema de la competencia del ad quem, la cual está orientada por los parámetros previstos en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, que en su parte pertinente reza: ‘La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones’.

*Esta Corporación al estudiar el alcance del citado precepto comentó en sentencia de 8 de septiembre de 2009, exp. 2001-00585-01, que ‘(...) la norma establece que la apelación se entiende interpuesta ‘en lo desfavorable al apelante’, regla de alto valor constitucional pues consagra la interdicción de la reformatio in pejus. En suma, esta primera regla impide desmejorar la posición del apelante único; **no obstante, esa parte del precepto no puede leerse como una autorización al juez de segundo grado para hacer el escrutinio y ad***

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Ruth Marina Díaz, expediente No. 05001-3103-001-2002

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

Otro aspecto de importancia en el desarrollo de la alzada lo constituye la sustentación, requisito que contempla el parágrafo 1º del canon 352, ibídem, según la modificación que introdujo el precepto 36 de la Ley 794 de 2003, el cual reclama que ‘(...) el recurrente exprese, en forma concreta, las razones de su inconformidad con la providencia’, y como consecuencia de ello reconoció la Corte en el citado fallo, que en ‘ese escenario, el juez de segunda instancia no puede suplantar a la parte interesada en la labor de determinar el alcance de la protesta o para fijar qué es ‘lo desfavorable’ al recurrente, pues tal intervención además de inopinada y sorpresiva, quedaría a salvo de cualquier posibilidad de réplica, y por lo mismo de control de las partes; así, ante una construcción hecha por el juez en la sentencia de segunda instancia, mediante la cual define a última hora, qué considera desfavorable al apelante, éste mismo podría verse sorprendido y sin más opciones.

En párrafo posterior se indica, que ‘(...) corolario de todo lo dicho, queda la afirmación de que el juez de segundo grado no es libre en la definición de los contornos de su competencia, ni puede concretar sin ataduras ‘que es lo desfavorable al apelante’, para atraer una competencia de la que carece o desdeñar una que nítidamente le ha sido atribuida, no sólo por la ley, sino por el acto procesal de parte que le transmite la desazón del litigante frente al fallo (...)’. (Subrayas y negrillas adicionales).

Así pues, por regla general, a la luz de las disposiciones legales vigentes y según la interpretación a las mismas les ha atribuido la Jurisprudencia nacional, se tiene entonces que el recurrente debe señalar en forma oportuna, esto es dentro de los términos establecidos por la ley, tanto los asuntos o aspectos que considere lesivos de sus derechos, como también debe justificar las razones de su inconformidad, a las cuales deberá ceñirse el juez⁵.

Téngase presente que la exigencia que consagra la ley para que el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia deba sustentarse no es, en consecuencia, una simple formalidad irrelevante para el proceso, a tal punto que su inobservancia acarrea la declaratoria de desierta del recurso y, por contera, la ejecutoria de la providencia que se pretende impugnar (artículo 212 C.C.A.).

⁵ Así lo consideró la Sala en la providencia dictada el 26 de febrero de 2004, Exp: 26.261. M.P. Alíer Hernández Enríquez.

No sobra mencionar que 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 desatar la apelación interpuesta contra una sentencia, la constituye la garantía de la *non reformatio in pejus*, por virtud de la cual no resulta 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.

Dicha garantía, que le imposibilita al juez de la segunda instancia agravar la situación del apelante o resolverle en su perjuicio y que se circunscribe a los eventos en los cuales el cuestionamiento del fallo proviene de quien ha de aparecer como apelante único, encuentra expresa consagración constitucional en el artículo 31 de la Carta Política, a cuyo tenor:

“Artículo 31. Toda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley.

“El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único”.

Conviene puntualizar que la *non reformatio in pejus* –al igual que ocurre con la casi totalidad de las garantías y de los derechos que el ordenamiento jurídico consagra y tutela– no tiene alcance absoluto o ilimitado, comoquiera que su aplicación encuentra, al menos, dos importantes restricciones de carácter general, a saber: *i).* En primer lugar debe resaltarse que la imposibilidad de reformar el fallo de primer grado en perjuicio o en desmedro del apelante sólo tiene cabida cuando la impugnación respectiva sea formulada por un solo interesado (apelante único), lo cual puede comprender diversas hipótesis fácticas como aquella que corresponde a casos en los cuales, en estricto rigor, se trata de varias apelaciones desde el punto

de vista formal, pero interpuestas por personas que aunque diferentes entre sí, en realidad comparten un mismo interés dentro del proceso o integran una misma parte dentro de la *litis* (demandada o demandante), por lo cual materialmente han de tenerse como impugnaciones únicas; **ii).**- En segundo lugar ha de comentarse que en aquellos casos relacionados con la apelación de los fallos inhibitorios de primer grado, en los cuales el juez de la segunda instancia encuentre que hay lugar a proferir una decisión de mérito, así deberá hacerlo “... *aun cuando fuere desfavorable al apelante*” (artículo 357, inciso final, C. de P. C.)⁶.

Acerca del alcance de la garantía de la *non reformatio in pejus*, la Sala ha señalado:

“En efecto, la no reformatio in pejus , o, prohibición de la agravación en peor, se concibe como garantía del derecho al debido proceso dentro del trámite de la segunda instancia, pues condiciona la competencia del ad quem que conoce del mismo; el alcance de dicho condicionamiento ha sido precisado por la Corte Constitucional, en los siguientes términos⁷:

*“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’ (...). En otros términos, la apelación siempre se entiende interpuesta en lo desfavorable, tanto que una alzada propuesta contra una decisión que de ninguna manera agravia, tendría que ser declarada desierta por falta de interés para recurrir, pues tal falta afecta la legitimación en la causa. Por tanto, **tratándose de apelante único**, esto es, de un único interés (o de múltiples intereses no confrontados), **no se puede empeorar la situación del apelante, pues al hacerlo se afectaría la parte favorable de la decisión impugnada, que no fue transferida para el conocimiento del superior funcional.**” (Se resalta y subraya)*

La prohibición de empeorar la situación del apelante único se circunscribe entonces al contenido de la decisión que se impugna, es decir, el juez de segunda instancia sólo puede modificarla si con ello el apelante resulta favorecido o mejorado en el reconocimiento de sus pretensiones.

⁶ Al respecto consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 23 de abril del 2009, Exp. 17160 y del 20 de mayo de ese mismo año, Exp. 16.925.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-583 del 13 de noviembre de 1997.

De allí que, si el recurso de apelación no prospera y por ende se confirma la decisión que, por desfavorable, fue impugnada, no existe fundamento alguno que permita siquiera considerar el quebrantamiento del aludido principio”⁸.

Pues bien, a la luz de esta garantía, que le impone al juez de la segunda instancia el deber de respetar o de preservar el fallo apelado en aquellos aspectos que no resulten desfavorables para el apelante único y que el mismo no hubiere cuestionado por considerarlos no perjudiciales para sus derechos o intereses, conecta perfectamente con la anteriormente referida limitación material que de igual manera debe respetar el juez de segunda instancia, contenida en la parte inicial del inciso primero del artículo 357 del C. de P. C., en razón de la cual “[l]a apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso”, de lo cual se desprende con claridad que si la apelación debe entenderse interpuesta únicamente en relación con aquello que en el fallo impugnado resultare perjudicial o gravoso para el recurrente, el juez de la segunda instancia está en el deber de respetar y de mantener incólume, para dicho recurrente único –y con ello para el resto de las partes del proceso–, los demás aspectos de ese fallo que no hubieren sido desfavorables para el impugnante o frente a los cuales él no hubiere dirigido ataque o cuestionamiento alguno, puesto que la ausencia de oposición evidencia, por sí misma, que el propio interesado no valora ni estima como perjudiciales para sus intereses los aspectos, las decisiones o las materias del fallo de primera instancia que de manera voluntaria y deliberada no recurrió, precisamente por encontrarse conforme con ellos⁹.

⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia fechada en julio 18 de 2002. Radicación número: 85001-23-31-000-2000-0266-01(19700) y sentencia fechada en agosto 10 de 2000, radicación No. 12648. M. P. Dra. María Elena Giraldo Gómez, entre otras.

⁹ Al respecto consultar, por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 23 de abril del 2009, Exp. 17160 y del 20 de mayo de ese mismo año, Exp. 16.925.

De esta manera resulta claro que el límite material para las competencias del juez superior constituye el alcance de la apelación y los propósitos específicos que con la misma se persiguen, se complementa de manera diáfana y directa con la garantía de la *no reformatio in pejus*, a la cual, simultáneamente, le sirve de fundamento y explicación.

En este orden de ideas, para la Sala Plena de la Sección Tercera resulta claro –y alrededor de este planteamiento unifica en esta materia su Jurisprudencia– que por regla general el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente, están llamados a excluirse del debate en la instancia superior, sin perjuicio de los casos previstos o autorizados por la Constitución Política o por la ley, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia¹⁰ de la sentencia como el principio dispositivo¹¹, razón por la cual la jurisprudencia nacional ha

¹⁰ En relación con la aplicabilidad del principio de congruencia en lo que corresponde a la resolución del recurso de apelación puede consultarse el pronunciamiento efectuado recientemente por la Sala, mediante providencia fechada en abril 1 de 2009, dentro del expediente 32.800, con ponencia de la señora Magistrada Ruth Stella Correa Palacio, en la cual se puntualizó:

“De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional”.

¹¹ Dicho principio ha sido definido por la doctrina como:

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

“Son características de esta regla las siguientes:

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’”*¹².

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

En efecto, la Sección Tercera del Consejo de Estado en múltiples decisiones ha determinado la operancia del fenómeno jurídico procesal de la caducidad de la acción ejercida, así como también ha encontrado acreditada la existencia de la falta de legitimación en la causa –por activa o por pasiva– e incluso la ineptitud sustantiva

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

¹² Al respecto, ver por ejemplo, sentencia de la Corte Constitucional C-583 de 1997.

de la demanda, casos¹³ en los cuales ha denegado las pretensiones de la demanda o se ha inhibido de fallar, según el caso, con independencia de si tales presupuestos

¹³ En relación con la caducidad de la acción ejercida, la Sala ha sostenido:

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

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

Ahora, en punto a la legitimación en la causa de las partes, se ha sostenido:

“Cabe recordar que constituye una postura sólidamente decantada por la jurisprudencia de esta Sala aquella consistente en excluir la figura de la falta de legitimación en la causa de las excepciones de fondo que puedan formularse dentro del proceso, comoquiera que éstas, a diferencia de aquélla, enervan la pretensión procesal en su contenido, pues tienen la potencialidad de extinguir, parcial o totalmente, la súplica elevada por el actor, en tanto que la legitimación en la causa constituye una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable al demandante o al demandado”. (Se destaca). [Sentencia del 22 de noviembre de 2001, Consejera Ponente. María Elena Giraldo Gómez, exp. 13.356., sentencia reiterada en muchas oportunidades por la Sala].

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

“En consecuencia, la Sala encuentra demostrada la indebida escogencia de la acción, lo cual torna improcedente un pronunciamiento de fondo comoquiera que la adecuada escogencia de la acción constituye presupuesto de la sentencia de mérito, tal como lo ha sostenido esta Sección del Consejo de Estado:

“Al efecto cabe tener en cuenta que esta Corporación¹³ ha precisado que persisten algunos requisitos indispensables para proferir una decisión de fondo, como lo es que la acción contencioso administrativa se ejerza con sujeción a los requisitos que prevé la ley para su procedencia¹³, sin perjuicio de que, como lo explica la doctrina, el juez cumpla con la obligación ‘de declarar la razón por la cual no puede proveer’”. [sentencias de 28 de abril de 2010, exp. 17.811 y de 27 de abril de 2011, exp. 19.392].

Conviene igualmente destacar, además, que la Sección Tercera del Consejo de Estado precisó acerca del deber de sustentar el recurso de apelación como presupuesto insalvable e ineludible, para decidir en segunda instancia el caso correspondiente, con fundamento en el aludido marco argumentativo que, dicho sea de paso, debe guardar total coincidencia con las consideraciones expuestas por el juez de primer grado, para efectos de controvertir la decisión impugnada. Así ha discurrido la Sala al considerar que:

“(…) es claro que el recurso de apelación, también llamado recurso de alzada -y que constituye la principal garantía para los derechos de los asociados que acuden a la administración de justicia, en cuanto implica la revisión de sus decisiones por un funcionario diferente al que las profirió, está instituido para permitir que la parte inconforme con una decisión judicial proferida en proceso de primera instancia, acuda ante el superior jerárquico del funcionario judicial que la profirió, con el fin de exponer ante aquel las razones por las cuales considera que el a-quo incurrió en un error en la apreciación de los hechos o en la aplicación del derecho y en consecuencia la decisión debió ser distinta a la expedida, para obtener por este medio que el superior jerárquico -juez ad-quem- la revise y la reforme o revoque, según lo solicitado por el recurrente, pudiendo dicho funcionario examinar la decisión objeto del recurso con fundamento en el acervo probatorio recaudado en la primera instancia y aún en la segunda, cuando se reúnan las condiciones legales para ello.

“.....

2.2. La sustentación del recurso:

Como ya se dijo, uno de los requisitos de viabilidad de los recursos es su sustentación, la cual ‘(…) es una imposición del dec. 01 de 1984, con consecuencias procesales para el que debiendo hacerla no lo hace. Lo que demuestra que la ley impuso ese requisito como obligatorio para su procedibilidad; requisito que debe cumplirse no de cualquier manera sino con manifestación de inconformidad, la que puede ser total o parcial, por tratarse precisamente de condenas de naturaleza renunciable. La inconformidad debe referirse a la resolutive de la providencia, porque es la que muestra o define lo favorable o desfavorable del fallo’¹³ (La Sala resalta).

Ello significa que resulta indispensable, al interponer el recurso de apelación en contra de una providencia proferida por la jurisdicción contencioso administrativa -el juez o el tribunal-, sustentarlo en debida forma, lo cual equivale a exponer los argumentos fácticos y jurídicos que sirven de fundamento a la discrepancia del recurrente para con la decisión del juez y a través de los cuales busca llevar al convencimiento del funcionario judicial encargado de resolverlo -el superior jerárquico de quien profirió la decisión- la certeza de que la providencia incurrió en un error de hecho o de derecho y, por lo tanto, debe ser efectivamente modificada o revocada en los términos solicitados por el recurrente.

De conformidad con lo expuesto, es claro que el recurrente no cumple con la carga procesal que pende sobre él con la mera presentación de un escrito en el que manifieste que interpone el recurso de apelación en contra de la providencia que le ha sido notificada, sino que necesariamente debe proceder a su sustentación, requisito que debe ser verificado por el superior al momento de entrar a estudiar la viabilidad del recurso y si procede o no

o aspectos hubieren sido, o no, advertidos por el juez de primera instancia o por alguno de los sujetos procesales, incluido, claro está, aquel que hubiere impugnado la providencia del juez *a quo*.

En el caso *sub exámine* se tiene que la impugnación contra la sentencia de primera instancia la edificó la parte demandante –bueno es reiterarlo– sobre la inconformidad respecto de los montos indemnizatorios reconocidos para los demandantes.

Así las cosas, comoquiera que la declaratoria de responsabilidad del Tribunal *a quo* respecto de la entidad demandada no fue objeto de pronunciamiento alguno por la entidad demandada, ni mucho menos controvierte tal extremo, ninguna precisión efectuará la Sala en relación con el régimen de responsabilidad aplicable a las circunstancias del caso concreto, ni en cuanto a la concurrencia, en el mismo, de los elementos constitutivos del régimen respectivo, de manera que los referidos son puntos de la *litis* que han quedado fijados con la decisión que profirió el *a quo*.

su admisión, de modo que si el escrito de interposición del recurso no cumple con dicho requisito, el funcionario judicial debe correr traslado al apelante para que lo sustente, so pena de que el respectivo recurso sea declarado desierto si no lo hace dentro del término otorgado para ello.

Por otra parte, también se advierte que el juez efectúa un análisis preliminar del recurso interpuesto, con la finalidad de establecer el cumplimiento o incumplimiento de los requisitos que lo viabilizan y de esta manera decidir sobre su admisión o inadmisión; pero el estudio concreto de los argumentos expuestos por el apelante como sustento del recurso interpuesto para obtener la modificación o revocación de la providencia impugnada, sólo se efectúa al momento de decidir el recurso mismo, cuando el juzgador establecerá si es procedente o no acoger dicha solicitud del recurrente y por lo tanto, si procede su modificación, su revocación o su confirmación”. [Sentencia de 14 de abril de 2010, exp. 18.115, reiterada en sentencia de 21 de febrero de 2011, exp. 17.721].

2.2. La competencia de la Sala en el *sub judice* y la procedencia del grado jurisdiccional de consulta, tras la entrada en vigor de la Ley 446 de 1.998, cuando la sentencia condenatoria de primera instancia es apelada.

La modificación que introdujo la Ley 446 de 1998 a la regulación normativa del grado jurisdiccional de consulta resulta aplicable al presente proceso, toda vez que el artículo 164 del mencionado cuerpo normativo establece lo siguiente:

«En los procesos iniciados ante la jurisdicción contencioso administrativa, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones y citaciones que se estén surtiendo, se regirán por la ley vigente cuando se interpuso el recurso, se decretaron las pruebas, empezó a correr el término, se promovió el incidente o principió a surtirse la notificación».

Si bien la norma legal en cita no hace alusión expresa al trámite del grado jurisdiccional de consulta, resulta claro que en otras ocasiones la Sala ha considerado que el mencionado grado jurisdiccional debe entenderse también previsto en ella por aplicación analógica¹⁴, de manera que al haberse proferido la sentencia de primera instancia el día 2 de mayo de 2001 y surtido todo el procedimiento relacionado con su ejecutoria e impugnación, como es obvio, con posterioridad a dicha fecha, resulta aplicable al presente asunto el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, el cual entró en vigor el día 8 de julio de 1998¹⁵, esto es, antes de haber sido emitido el fallo por parte del a quo y antes de haberse *remitido el proceso al Consejo de Estado para llevar a cabo el trámite de la segunda instancia*.

¹⁴ En tal sentido puede verse Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del veinticuatro (24) de junio de dos mil cuatro (2004); Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque; Referencia: 13.108; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de agosto de dos mil seis (2006); Radicación número: 7007-23-31-000-951105046-01; Expediente No. 16.765.

¹⁵ La mencionada Ley 446 de 1998 fue publicada en el Diario Oficial No. 43.335, de 8 de julio de 1998.

Pues bien, el artículo 184 del Código Contencioso Administrativo establece los presupuestos que deben concurrir para que proceda el grado jurisdiccional de consulta respecto de la sentencia de primera instancia:

“Art. 184.- Consulta. *Las sentencias que impongan condena en concreto, dictadas en primera instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales o que hayan sido proferidas en contra de quienes hubieren estado representados por curador ad litem, deberán consultarse con el superior cuando no fueren apeladas.*
(...)”

Del tenor de la norma transcrita se desprende que los requisitos cuya concurrencia se precisa a efectos de que deba tramitarse el grado jurisdiccional de consulta en relación con la sentencia de primera instancia, son los siguientes:

1. Que el proceso tenga vocación de doble instancia, en razón de su cuantía;
2. Que la condena impuesta por el *a quo* en la sentencia, a cargo de una entidad pública, sea superior a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales o que la sentencia se haya proferido en contra de una persona que hubiere sido representada en el proceso judicial por curador *ad litem* y
3. Que la sentencia de primera instancia no haya sido apelada.

La tercera de las exigencias en cuestión es aquella en la cual la Sala habrá de centrar su atención en esta oportunidad a efectos de dilucidar si no habiendo presentado recurso de apelación la entidad demandada –y condenada en primera instancia–, debe surtir el grado jurisdiccional de consulta a pesar de que contra el fallo del Tribunal Administrativo del Meta hubiere sido interpuesto, debidamente sustentado y, en su momento, admitido el recurso de alzada por parte del extremo demandante.

En este punto resulta de la mayor importancia destacar que el mencionado requisito fue modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, comoquiera que antes de la mencionada reforma, el artículo 184¹⁶ del Código Contencioso Administrativo

¹⁶ Así se evidencia con claridad del examen comparativo de los textos legales en mención:

establecía que toda sentencia o auto sobre liquidación de condenas a cargo de la

Texto original del C.C.A.

Texto modificado por la Ley 446

ARTÍCULO 184. CONSULTA. Las sentencias y los autos

de liquidación de condenas en abstracto dictados en

la instancia que impongan una obligación a cargo de

cualquier entidad pública, deberán consultarse con

el superior, cuando no fueren apeladas por la administración

de justicia.

La consulta se tramitará y decidirá previo un término

de cinco (5) días para que las partes presenten sus

defensas por escrito.

La consulta se entenderá siempre interpuesta a favor de la

entidad mencionada. La providencia sujeta a consulta

no quedará ejecutoriada mientras no se surta el

mencionado grado.”

ARTÍCULO 184. CONSULTA. Las sentencias que

impongan condena en concreto, dictadas en primera

instancia a cargo de cualquier entidad pública que exceda

de trescientos (300) salarios mínimos mensuales legales

deve yayan sido proferidas en contra de quienes hubiere

o representados por curador ad litem, deberán

consultarse con el superior cuando no fueren apeladas.

Las sentencias que impongan condena en abstracto sólo

serán consultables junto con el auto que las liquide, en los

grados del inciso anterior.

En los asuntos contenciosos de carácter laboral, solamente

serán consultables las sentencias dictadas en primera instancia

que impongan condena a cargo de la entidad pública

de la respectiva actuación se deduzca que la entidad

demandada no ejerció defensa alguna de sus intereses.

La consulta se tramitará y decidirá previo traslado común

de cinco (5) días para que las partes presenten sus

defensas por escrito y se entenderá siempre interpuesta

por la entidad mencionada o del representado por el

curador ad litem. El agente del Ministerio Público, ante

el vencimiento del término aquí previsto podrá solicitar

un traslado especial que se concederá, sin necesidad de auto

si así lo disponga, por el término de cinco (5) días

contados a partir de la entrega del expediente que se

realizará una vez concluido el traslado común.

La providencia sujeta a consulta no quedará ejecutoriada

si no se surta el mencionado grado.

Administración debían ser consultados, aún cuando no fueran apeladas por la entidad pública condenada, sin embargo parte de la modificación que se introdujo a la norma en examen consistió en suprimir el requisito de que no hubiere sido “*la administración*” la que hubiere interpuesto el recurso de apelación para que se debiere tramitar el correspondiente grado jurisdiccional de consulta y, por tanto, la exigencia legal se amplió para efectos de puntualizar entonces que a dicho revisión oficiosa del fallo de primer grado únicamente habría lugar cuando la sentencia respectiva no hubiere sido apelada.

Y en relación con este asunto, la Sala reitera la postura que en ocasión anterior ha sostenido –y alrededor de la cual ahora unifica su Jurisprudencia– en el sentido de que cuando la sentencia de primera instancia por la cual se impone una condena superior a 300 SMLMV a cargo de una entidad pública ha sido apelada por alguna de las partes, no procede tramitar el grado jurisdiccional de consulta, después de la entrada en vigor de la modificación introducida al artículo 184 del Código Contencioso Administrativo por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998. En esta dirección se ha expresado lo siguiente¹⁷:

“Vale la pena anotar que esta situación no puede presentarse, en ningún caso, en los procesos regidos por la Ley 446 de 1998, dado que, según lo dispuesto en su artículo 57, que modificó el 184 del Código Contencioso Administrativo, sólo deberán consultarse con el superior las sentencias que no fueren apeladas, de manera que la interposición del recurso de alzada por cualquiera de las partes excluye el trámite de la consulta. Cosa distinta sucede con los procesos que, como éste, se rigen por la norma anterior, según la cual la consulta procedía siempre que la sentencia respectiva no hubiere sido apelada por la administración¹⁸” (énfasis añadido).

¹⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del treinta y uno (31) de mayo de dos mil siete (2007); Consejero Ponente: Enrique Gil Botero; Expediente: 15.170 (R-00292); Actor: Jorge Alberto Vargas Buitrago y otros.

¹⁸ Nota original de la sentencia citada: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de abril de 2000, expediente: 11.898, actor: José Francisco Montero Ballén, C.P: Alier Eduardo Hernández Henríquez.

Respecto de la interpretación que debe dársele al artículo 184 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 57 de la Ley 446 de 1998, la jurisprudencia de la Sección Tercera de esta Corporación ha señalado:

“En apoyo de la posición que en relación con este extremo asume la Sala, además de la razón derivada de la interpretación exegética del artículo 57 de la Ley 446 de 1.998 militan, cuando menos, dos argumentos adicionales:

(i) La Ley 446 de 1998 es un cuerpo normativo expedido con el claro propósito de propender, entre otros objetivos, por la mayor agilidad —celeridad— y eficacia de la Administración de Justicia. Así se desprende, de forma palmaria, de los planteamientos consignados en su Exposición de Motivos, en la cual puede leerse lo siguiente:

«En efecto, resulta posible pensar que muchas personas, para quienes la justicia tradicional no actúa de manera ágil y efectiva o no responde eficazmente a su necesidad de solucionar problemas de carácter jurídico, acudan a soluciones ajenas a la institucionalidad y, en muchas ocasiones, generadoras de mayores conflictos. Por lo anterior, se evidencia la necesidad, cada vez mayor, de dotar al Estado y a los particulares de medios que les permitan encarar sus conflictos en forma más positiva, ya que, desde antiguo se ha reafirmado que la ley del talión no debe encontrar eco dentro de las sociedades civilizadas.

(...)

Por tal virtud, se deben adoptar nuevos mecanismos que conjuguen los fines esenciales del Estado con las garantías consagradas en favor de todos los ciudadanos y en favor de la eficiencia que debe caracterizar a la Administración de Justicia.

(...)

Siguiendo este derrotero, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, fijó dentro de los principios que han de regir esta función pública los siguientes:

(...)

- La celeridad.

Según el cual la Administración de Justicia debe ser pronta y cumplida, lo que implica que los Jueces deben resolver de manera imparcial, efectiva y diligente las diversas situaciones que las personas someten a su conocimiento, en los precisos términos y oportunidades que señala el ordenamiento. Es, pues, el derecho fundamental de las personas a tener un proceso ágil y sin retrasos indebidos tal como lo ordena el artículo 228 de la Constitución Política.

- La eficiencia.

Bajo el entendido de que, además de la observancia de los términos señalados en la ley —celeridad—, los jueces deben ser diligentes en la sustanciación de los procesos y atender con calidad y efectividad los asuntos a su cargo»¹⁹.

En consonancia con lo anterior, cualquier duda interpretativa que la normatividad introducida por la Ley 446 de 1.998 suscite, debe despejarse optando por la alternativa hermenéutica que resulte más proclive a la materialización de los objetivos recién referidos, lo cual, tratándose de la regulación que el antecitado artículo 57 del cuerpo normativo en mención efectúa del grado jurisdiccional de consulta, conduce al juzgador a interpretarla de manera que dicho trámite procesal solamente debe surtirse en los precisos términos y en las estrictas condiciones señaladas por la norma, pues, en los demás eventos, deben hacerse prevalecer la agilidad en la instrucción del expediente y la eficiencia en la decisión de fondo de los asuntos.

(ii) La modificación introducida por el artículo 57 de la Ley 446 de 1.998 al artículo 184 del Código Contencioso Administrativo refuerza la idea-principio de acuerdo con la cual, si bien es cierto que resulta usual que una de las partes en los litigios de los cuales conoce la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo sea el Estado o alguna de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, no lo es menos que, de cara al proceso, el Juez ocupa una posición de tercero imparcial, respecto del cual el Estado —las más de las veces, la Administración— no ostenta —ni puede ostentar— posición de preeminencia o exorbitancia alguna, de manera que es la propia entidad pública demandada y no el Juez de lo Contencioso Administrativo, aquella que tiene la responsabilidad de asumir la defensa de los intereses que gestiona, que no son otros, dicho sea de paso, que los intereses generales.

En línea con cuanto se viene sosteniendo, aún cuando en relación con el cuestionamiento efectuado ante el Juez de lo Contencioso Administrativo en torno a la legalidad de un acto administrativo, se ha señalado, con razón, que la distinción constitucional de funciones entre Ramas del Poder Público impide que el Juez supla la falta de fundamentación o de motivación del acto censurado, llevando a cabo, en sede judicial, la ponderación entre la pluralidad de principios, derechos o intereses jurídicos que entran en colisión en el caso concreto y que debieron ser acopiados y tenidos en cuenta por la Administración a lo largo de la instrucción del procedimiento administrativo previo a la adopción de su decisión, pues el control judicial “no se articula para el servicio objetivo del interés general, función que corresponde a la Administración”, con lo cual, “una sentencia que tal cosa hiciera estaría, a nuestro entender, excediendo el ámbito de sus posibilidades constitucionales”²⁰.

¹⁹ Exposición de Motivos del Proyecto de Ley número 234 de 1.996, Cámara, “por la cual se dictan normas sobre eficiencia y descongestión en la justicia y se promueve el acceso a la misma”; Gaceta del Congreso, número 621, 24 de diciembre de 1.996, pp. 21-24.

²⁰ Cfr. PONCE SOLÉ, Juli, *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2.001, pp. 787 y 788.

Si se trasladan los aludidos razonamientos al extremo del cual se ocupa la Sala en el presente apartado, resulta menester concluir que una instancia judicial que asumiera, de manera oficiosa y sin respaldo expreso y explícito en un mandato contenido en el ordenamiento jurídico —lo cual, de suyo, conllevaría un evidente desconocimiento del principio de legalidad—, la defensa de los intereses gestionados por la Administración Pública, irrumpiría, de manera indebida, en la esfera competencial de otra Rama del Poder Público que se encuentra constitucional y legalmente compelida, por lo demás, a asumir, motu proprio, dicha tarea, al punto que la inobservancia de la referida obligación debería traducirse en la deducción de la correspondiente responsabilidad disciplinaria a aquellos quienes desatienden el llamado que el ordenamiento formula a los servidores públicos en el sentido de defender, de la mejor manera posible, los intereses —patrimoniales o de cualquiera otra índole— a los cuales sirve la entidad pública de la cual se trate.

Por consiguiente, un Juez de lo Contencioso Administrativo que de trámite al grado jurisdiccional de consulta en supuestos no previstos de manera expresa por el ordenamiento jurídico no sólo desconoce el principio de legalidad de la actuación de las autoridades públicas sino que, adicional e indebidamente, incursiona dentro de la órbita competencial de otra Rama del Poder Público, con el consecuente detrimento que ello supone para el principio de separación de poderes, tan caro a los fundamentos consustanciales al Estado Social y Democrático de Derecho diseñado por la Constitución Política²¹.

Aunado a lo anterior, la Sala considera pertinente resaltar que en la Constitución Política se le impone al juez el deber de actuar con absoluta independencia, al someterlo exclusivamente al imperio de la ley (artículo 230), cuestión que constituye una garantía fundamental para las partes, como lo son también los principios constitucionales de igualdad y de imparcialidad (artículo 209) que naturalmente obligan también a los jueces de la República y que comportan la necesidad de que dichos jueces brinden idéntico trato a las partes de cada proceso, salvo cuando exista norma expresa que contenga determinaciones en sentido diverso; de lo anterior se concluye que el objetivo del proceso contencioso, en la actualidad, consiste en obtener la verdad procesal a partir de la igualdad de las partes en cuanto deben disponer de las mismas oportunidades e instrumentos para controvertir las decisiones proferidas a lo largo del procedimiento, sin que alguna de ellas ostente

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de febrero de 2008, expediente No. 16.739

una condición prevalente que limite o restrinja los derechos de los demás sujetos procesales o de los terceros intervinientes.

Así lo ha señalado la Corte Constitucional en su jurisprudencia:

*“La igualdad, además de ser un principio vinculante para toda la actividad estatal, está consagrado en el artículo 13 de la Carta como derecho fundamental de las personas. Este derecho comprende dos garantías fundamentales: la **igualdad ante la ley** y la **igualdad de protección y trato por parte de las autoridades**. Sin embargo, estas dos garantías operan conjuntamente en lo que respecta a la actividad judicial, pues los jueces interpretan la ley y como consecuencia materialmente inseparable de esta interpretación, atribuyen determinadas consecuencias jurídicas a las personas involucradas en el litigio. Por lo tanto, en lo que respecta a la actividad judicial, la igualdad de trato que las autoridades deben otorgar a las personas supone además una igualdad y en la interpretación en la aplicación de la ley.”²²*

“El artículo 229 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se traduce en la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. Por su intermedio, se le otorga a los individuos una garantía real y efectiva, previa al proceso, que busca asegurar la realización material de éste, previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de indefensión frente a la inminente necesidad de resolver las diferencias o controversias que surjan entre los particulares -como consecuencia de sus relaciones interpersonales-, o entre éstos y la propia organización estatal.”²³

Síguese de lo anterior que en **el asunto sub examine**, toda vez que la sentencia de primera instancia fue apelada por la parte actora, no procede surtir el grado jurisdiccional de consulta. Ello se traduce en que la Sala en principio solo tiene competencia para revisar el fallo del *a quo* en relación con los aspectos objeto del recurso interpuesto y no respecto de todos los elementos que dieron lugar a la imposición de la condena en contra de la entidad demandada y a favor de esta, de

²² Corte Constitucional, M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-836-01, 9 de agosto de 2001.

²³ Corte Constitucional, M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-426-02, 29 de mayo de 2002

suerte que no procede modificar dicho pronunciamiento sin limitación alguna, aún agravando la situación del apelante, dado que el trámite exclusivo del recurso de alzada impone la aplicación del aludido principio de la *non reformatio in pejus* en favor del impugnante único, en virtud de lo preceptuado por el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil.

2.3. Las pruebas recaudadas en el expediente.

Dentro de la respectiva etapa procesal y con el lleno de los requisitos legales se recaudaron, en el proceso, los siguientes elementos probatorios:

- Copia auténtica del Acta de Junta Médica Laboral registrada en la Dirección de Sanidad del Ejército, No. 3251, practicada el 9 de octubre de 1996 al señor José Reinerio Idárraga González, en la cual se concluyó lo siguiente:

“(…)

CONCLUSIONES

A. Diagnóstico positivo de las lesiones o afecciones.

1). Herida por arma de fuego muslo derecho con fractura de cabeza del fémur tratado quirúrgicamente que deja como secuela a) Lesión del nervio ciático derecho, anestesia plantar, atrofia muscular. Limitación movimientos de la cadera derecha. b) Cicatrices dolorosas miembro inferior derecho, trauma acústico que deja como secuela a) hipoacusia bilateral de 50 decibeles.

B. Clasificación de las lesiones o afecciones y clasificación de capacidad sicofísico para el servicio.

Le determina una incapacidad absoluta y permanente, no apto.

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.

Le produce una disminución de la capacidad laboral del noventa y cinco punto veintiuno por ciento 95.21%.

D. Imputabilidad del servicio.

Lesión 1) ocurrida en el servicio por causa y razón del mismo en combate por la acción directa del enemigo de acuerdo al informe No. 014. Lesión 2) se considera enfermedad profesional.

(...).- (Fls. 95-97 C. 1).

- Hoja de vida del soldado voluntario José Reinerio Idárraga González, la cual indica que su ingreso al Ejército Nacional se produjo el 31 de agosto de 1993 en el Batallón Contraguerrilla No. 22 de Florencia - Caquetá; asimismo se hizo constar que fue dado de baja por incapacidad absoluta y permanente mediante “OAPCE 001181 del 311096 con novedad fiscal 011196” (Fl 93 C. 2).

Mediante oficio 00206/DIVI5-BRIM1-BCG22-725 de 30 de septiembre de 1998 (Fl. 114 C. 2), el Comandante del Batallón de Contraguerrilla No. 22 Mayor Cabuya de León, remitió copia auténtica de la investigación penal militar adelantada por los hechos ocurridos el 4 de mayo de 1995, en la vereda Berracal - Meta, en un enfrentamiento armado que se presentó entre uniformados de la misma tropa, pertenecientes al Batallón No. 22, proceso penal en el cual se recaudaron, entre otros, los siguientes elementos probatorios²⁴:

²⁴ Las pruebas allegadas con el mencionado oficio son susceptibles de valoración, dado que aunque fueron solicitadas por la parte demandante, estas fueron practicadas con audiencia de la entidad demandada, respetando su derecho de defensa y cumpliendo con el principio de contradicción; asimismo, los testimonios allegados con el mencionado oficio fueron practicados por la entidad demandada, de allí que se entienda que se han surtido, también, con su audiencia. Al respecto, resulta pertinente hacer referencia a las consideraciones expuestas por esta Sala en sentencias del 18 de septiembre de 1997 (Exp. 9.666.):

“Conforme a lo anterior, se tiene que los testimonios practicados en un proceso diferente de aquél en el que se pretende su valoración sólo pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador cuando son trasladados en copia auténtica, y siempre que hayan sido practicados con audiencia de la parte contra la cual se aducen, o cuando, sin cumplir este último requisito, son ratificados en el nuevo proceso, siguiendo el procedimiento previsto en el

- A folio 25 del cuaderno 3, informativo penal, obra copia de la orden de operación fragmentaria No. 5 Cóndor, del comando de Batallón de Contraguerrilla No. 22 para Compañía Ricaurte, Bolívar, Sucre y Nariño:

“(…)

II. MISIÓN:

El Batallón de Contraguerrilla conduce operaciones de destrucción a partir del 03 - 6:00 mayo del 95 contra bandoleros de la XXVI cuadrilla de las FARC en el área general de la vereda el 20, La Cima y La Esperanza para eliminar la voluntad de lucha o destruirlos si ofrecen resistencia.

III. EJECUCIÓN:

La operación consiste en conducir maniobras de búsqueda y provocación, golpe de mano, trampas y ardidés y engaños en dos fases así:

Primera Fase: la CP. Bolívar debe mantener armadas las carpas del vivac durante el día donde está, y mover el personal unos 300 metros del lugar, hacia lugares previamente reconocidos, para que vengan los bandoleros a hostigar, antes del amanecer deben levantar el cambuche e iniciar movimientos de engaño hacia la vereda La Cima. Todos los días debe realizarse este ejercicio. Al terminar la fase debe retornar al lugar donde estaba el helipuerto donde desembarcó la Ricaurte, en coordenada 03-36-09 y 73-56-36.

La CP. Ricaurte en la primera fase efectúa movimiento helicoportado desde el municipio de Lejanías al área donde está la CP. Bolívar en coordenadas 03-36-09 y 73-56-36. La primera contraguerrilla efectúa infiltración hacia objetivo D. El segundo Gil golpea objetivo D y el primer Gil presta apoyo, debe establecer cierre mientras la primera efectúa golpe de mano a objetivos A, B, y C.

La segunda contraguerrilla efectúa infiltración a objetivos A, B, C, E y F. El primer Gil efectúa golpe de mano sobre objetivos A, B, C moviéndose de noche y efectuando golpes de mano al amanecer. El segundo Gil presta apoyo al primer Gil, posteriormente toda la compañía establece helipuerto en el lugar donde fue desembarcada coordenadas 03-36-09 y 73-56-36.

La Compañía Sucre en la primera fase permanece como reserva en el PDM del Batallón en Lejanías. La compañía Nariño permanece de seguridad del PDM.

(…)”.

artículo 229 del C. de P. C. si no se dan estas condiciones, las pruebas aludidas no podrán apreciarse válidamente. (...)

- A folio 22 del cuaderno 3, informativo penal, obra copia auténtica del Informe sobre los hechos acaecidos el 4 de mayo de 1995, suscrito por el Comandante del Batallón de Contraguerrilla No. 22, en el cual se consignaron las circunstancias en las cuales se produjo la lesión al soldado José Reinerio Idárraga González:

“La CP. RICAURTE, al mando del Sr. CT. EDIE PINZÓN TURCIO, salió a cumplir orden de operaciones No. 05, de la Operación “CONDOR”, consistente en ubicar unos campamentos guerrilleros que se encontraban por los alrededores de las veredas Las Veinte, La Cima, La Esperanza, (municipio del Castillo).

La Compañía ingresó al área el 03-mayo-95, allá los esperaba la CP. Bolívar al mando del Sr. TE. CARLOS CADENA MONTENEGRO, este personal tenía la orden de hacer fintas de engaño, para dejarse ver y el enemigo no se percatara de la Compañía Ricaurte, mientras esta unidad con una Contraguerrilla, al mando del Sr. ST. WILLIAM RODRÍGUEZ AVILA, cerraba posibles vías de escape y servía de apoyo para que la otra Contraguerrilla, al mando del Sr. ST MORENO AYALA ALFONSO, ubicaba los objetivos y daba golpe de mano al amanecer.

En el desarrollo de la operación, las Contraguerrillas se cruzaron en las horas de la madrugada del 4-mayo-95, la unidad del ST. MORENO escuchó ruidos abrió sus equipos y procedieron a disparar, sin percatarse que se trataba de la C/G del Sr. ST RODRÍGUEZ, resultando heridos:

*ST .WILLIAM RODRÍGUEZ AVILA.
SLV. REINEIRO IDÁRRAGA GONZÁLEZ.
SLV ROBINSON GONZÁLEZ PUCHINANGA.
SLV. RUBEN ANTONIO JIMÉNEZ MEJÍA.”.*

- Declaración juramentada rendida dentro del proceso penal militar por el señor SLV César Augusto Serrano Garzón, quien en relación con las circunstancias en las cuales se produjo la lesión al soldado José Reinerio Idárraga González, señaló:

“Un día antes de los hechos llegamos al sitio referido en helicóptero procedentes de Lejanías, mi Capitán Pinzón reunió la Compañía Bolívar y Ricaurte y habló con el Teniente de la Bolívar no me acuerdo el nombre del Temiente entonces mi Capitán empezó a eso de las seis de la tarde a hablarnos que empezamos el desplazamiento a las ocho de la noche y nos dijo que cuidado con la seguridad que había mucha guerrilla e iniciamos a andar a las ocho y como a las nueve y media; yo pertenezco a Delta tres compuesto por catorce (14)

militares, y en eso de las nueve y medio escuchamos un ruido y el puntero dijo que había gente adelante, hicimos alto y el puntero con los lentes vio que corría gente adelante y partían chamiza y el ruido de una olla que descargaron como tres veces al piso, mi Teniente Moreno se reportó con mi Capitán tipo diez de la noche él le pregunto si había Ejército adelante y también le timbró a mi Teniente Rodríguez y no les salió al radio, a las once de la noche se reportó con mi Capitán y él le dijo que era guerrilla porque íbamos bien con los grados que nos habían dado, se le solicitó a mi Teniente Moreno quedarnos esa noche ahí, y al siguiente día como a las tres de la mañana se reunió con Delta cuatro para que ellos se hicieran en la parte alta y nosotros por la parte baja, a las cinco de la mañana empezamos el desplazamiento hacia donde escuchamos los ruidos la noche anterior a eso de las cinco y veinte de la mañana miramos un tipo de centinela con un fusil y una carpa armada al lado, entonces el tipo se corrió detrás del palo y fue cuando el puntero le martilló y no le dio fuego, cargamos de nuevo el arma y disparamos y entonces nosotros le gritamos somos de la Móvil es que les da miedo, y nos contestó un soldado que ellos eran de la Móvil, la balacera duro 20 segundos; yo grité que alto al fuego que nos estábamos dando con la misma tropa, mi Teniente Moreno también gritó que alto al fuego y terminó todo en esos momentos.

(...)

Resultaron heridos tres soldados y mi Teniente Rodríguez y pertenecían a Delta dos.” (Fls 13-14 C. 3).

- Declaración juramentada rendida dentro del proceso penal militar por el soldado voluntario José Joaquín Lugo Charry, quien manifestó:

“La Compañía Ricaurte llegamos a donde estaba la Compañía Bolívar como a las 10 de la mañana nos quedamos todo el resto del día ahí, y por la noche salimos a unos objetivos que nos dio el Capitán Pinzón, y nos dio a cada uno los cuatro Deltas o Giles diferentes grados, nosotros delta tres arrancó primero como a las ocho en punto que fue la hora de salida del tercer Gil con el cuarto, llevábamos una guía y delta 2 a la izquierda a 70 grados y antes de avanzar mi Capitán nos dijo lo que teníamos que hacer, nosotros iniciamos el desplazamiento a las ocho y él nos dijo que delante de nosotros no se encontraba nadie y mucho menos a la derecha y que lo que había adelante era enemigo y a las 8:30 salía la otra contraguerrilla, los dos Giles llegaron hasta un corral y Delta 2 agarraba con 70 grados y siendo aproximadamente las 9:30 de la noche, salí yo hasta el pie de un camino cuando ví a una persona que iba corriendo e iba armado, entonces mandé hacer alto a la patrulla e informé a mi Teniente Moreno lo que estaba pasando, procedimos a desequiparnos y salimos tres soldados con mi Teniente a seguirlos, llegué hasta una parte que escuchaba la bulla que estaban haciendo para cambuchar cuando de pronto sonó una olla e informe a mi Teniente que era la guerrilla, entonces yo verifiqué sacando la brújula si yo iba mal y no, a esa dirección donde ellos estaban marcaban 160 grados o sea que no tenía que haber nadie por ese lado, procedimos a devolvernos hasta donde teníamos los equipos a esperar que fueran las 10 de la noche para esperar el programa, se comunicaron con mi Capitán Pinzón y le dijo a mi Teniente Moreno que esa era la guerrilla y que esperaríamos a que amaneciera

y le dieran el golpe de mano, mas sin embargo mi Teniente Moreno volvió a comunicarse y mi Capitán le respondió lo mismo que era la guerrilla y mi teniente volvió a la una de la mañana y volvió y se comunicó con mi Capitán y volvió y le respondió lo mismo, siendo las 4 de la mañana nos alistamos para dar el golpe de mano, volvió mi Teniente y se comunicó con mi Capitán que si estaba bien cerciorado que delante de nosotros no hubiera tropa, iniciamos el desplazamiento faltando un cuarto para las cinco de la mañana, antes de arrancar mi Teniente ubicó a Delta cuatro cerrando por la parte de encima los puntos críticos, salimos nosotros por la parte derecha haciendo un envolvimiento por el lado derecho, siendo aproximadamente las 5 de la mañana y quince minutos cuando yo ví dos carpas, yo iba con los lentes de visión nocturna procedí a mirar a la izquierda por las carpas, cuando había un centinela apuntándome a mi, entonces yo le apunte y mi fusil no disparó o sea que salió fallido y entonces yo procedí a tenderme y volví y cargué el fusil pero ya no a nosotros nos habían disparado, entonces nosotros cargamos nuevamente y abrimos fuego, en cuestión de segundos nosotros les gritamos que estaban peleando con tropas de la Brigada Móvil y ellos nos gritaron lo mismo, entonces hicimos alto al fuego y fuimos a mirar y había 4 heridos de la misma compañía y procedíamos a prestarle los primeros auxilios y los sacamos a un claro para evacuarlos en helicóptero” (Fls. 17-18 C. 3).

- A folios 32 a 43 del cuaderno 3 se encuentran los testimonios recibidos en el proceso penal militar por el Subteniente William Rodríguez Ávila y el Capitán Edie Pinzón Turcio, cuyas versiones coinciden con las anteriores declaraciones en señalar las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales ocurrió el encuentro armado presentado entre uniformados de la misma tropa, pertenecientes al Batallón No. 22, en el cual resultó lesionado del soldado voluntario José Reinero Idárraga González.

- Testimonio rendido dentro del presente proceso por el señor Luis Ramiro Suárez Zuluaga quien frente a la pregunta respecto del impacto moral que causaron las lesiones del señor José Reinero Idárraga González en su familia, contestó:

“Sobre las relaciones familiares y espirituales de ellos, me consta que son de muy buen vivir, viven en familia, solidarios, se ayudan unos a otros, pertenecen a una familia campesina dedicados a labrar la tierra. El impacto moral sufrido por ellos, por el accidente de REINERO es indescriptible, sufrieron y sufren moralmente todos, han gastado mucha plata en busca de recuperar a Reinero. Lo compadecen mucho, le colaboran en todo, él no se auxilia casi por sus propios medios como quedó inválido de una pierna lo tienen que ayudar a caminar. Quedó imposibilitado para trabajar y ejercer cualquier actividad.” (Fl. 68-69 C. 1).

- Testimonio del señor Rodrigo Idárraga González, quien frente a la solicitud de señalar el impacto moral que causaron las lesiones del señor José Reinerio Idárraga González en su familia, contestó:

“Las relaciones entre ellos es excelente, son solidarios entre ellos, su madre falleció y la unión familiar ha seguido siempre junta. El impacto moral que sufren por el suceso o lesionamiento de REINERO es incalculable, han sufrido mucho con él, el comportamiento de ellos con el enfermo es admirable, se han sacrificado moral y económicamente por él, quedó padeciendo de una pierna y ellos como que lo tienen que cargar y suministrarle todo lo necesario, estuvo mucho tiempo reducido a una cama y ellos, su padre y sus hermanos se le han dedicado de lleno a él” (Fl. 68 C. 1).

- A folios 68 a 70 del cuaderno 1, se encuentran los testimonios rendidos en el proceso de la referencia, cuyas versiones coinciden con las anteriores declaraciones en señalar el impacto moral que causaron las lesiones del señor José Reinerio Idárraga González en su familia, así como la ayuda constante de su familia para auxiliarlo en todas sus necesidades básicas.

- Copia auténtica del registro civil de nacimiento de los demandantes José Reinerio, María Amanda, María Luz Mila, María Danery, José Huberney y José Elmer Idarrága González (Fls. 16-20, 114A-115 C. 1), prueba suficiente para tener por acreditada la relación de parentesco existente entre el señor José Reinerio Idárraga González y las mencionadas personas quienes acuden al proceso en calidad de padre y hermanos de la víctima directa.

- Certificación del Ejército Nacional acerca del sueldo devengado por el Soldado Voluntario José Reinerio Idárraga González, orgánico del Batallón de Contraguerrilla No. 22 para el año 1995, por un valor de \$ 197.906.13 (Fls 151-152 C. 1).

2.4.- El perjuicio moral a favor de los demandantes.

De manera consecuente con lo hasta ahora analizado en la parte motiva de esta sentencia, esto es respecto de la improcedencia del grado jurisdiccional de consulta, la Sala sólo procederá a resolver el objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en lo atinente al tema de los perjuicios reconocidos en la sentencia impugnada, sin realizar análisis alguno de responsabilidad, comoquiera que esto no fue objeto del recurso de alzada.

Así pues, dado que el Tribunal de primera instancia condenó a la entidad demandada a pagar a favor del señor José Reinerio Idárraga González la suma de dinero equivalente al valor de 800 gramos de oro por perjuicios morales y reconoció la cantidad de 400 gramos de oro para su padre y 250 gramos de ese mismo metal para los hermanos de la aludida víctima y que en la apelación la parte actora solicita elevar esas condenas a 1000 y 500 gramos de oro, respectivamente, porque a su juicio debe considerarse que la incapacidad dictaminada al lesionado equivalente al 95.21% es equiparable con la muerte, la Sala estudiará, de acuerdo con las pruebas relacionadas anteriormente, la existencia e intensidad de dicho perjuicio.

Acerca de los daños causados por las lesiones que sufre una persona, resulta necesario precisar que si bien éstas pueden dar lugar a la indemnización de perjuicios morales, su tasación dependerá de la gravedad y entidad de las lesiones correspondientes. Hay situaciones en las cuales éstas son de tal magnitud que su ocurrencia afecta tanto a quien las sufrió directamente, como a terceras personas, por lo cual basta, en muchos casos, demostrar únicamente el parentesco para con la víctima, pues éste se convierte en un indicio suficiente para tener por demostrado el perjuicio, siempre que no hubieren pruebas que indiquen lo contrario.

En otras ocasiones, las respectivas lesiones no alcanzan a tener una entidad suficiente para alterar el curso normal de la vida o de las labores cotidianas de una persona, de suerte que su indemnización debe ser menor, por manera que la cuantificación de los

perjuicios morales que se causen en virtud de unas lesiones personales, se definirá en cada caso por el juez, en proporción al daño sufrido.

Ahora bien, con la simple acreditación de la relación de parentesco, así como con los registros civiles de nacimiento, se presume que tanto la víctima directa como su padre y hermanos sufrieron un perjuicio de orden moral, derivado de las lesiones ocasionadas al señor José Reinerio Idárraga González. Así pues, la simple acreditación de tal circunstancia, para los eventos de perjuicios morales reclamados por padres y hermanos cuando alguno de estos haya muerto o sufrido una lesión, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política²⁵ y de las máximas de la experiencia, permite inferir que cada uno de tales peticionarios ha sufrido el perjuicio solicitado.

En efecto, es lo común, lo esperable y comprensible, que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras afecciones cuando ven disminuidas su salud y sus facultades físicas, especialmente cuando la lesión sufrida ocurre como consecuencia de un hecho imprevisible para la víctima y para sus familiares.

Igualmente resulta claro que la tasación de este perjuicio, de carácter extrapatrimonial, dada su especial naturaleza, no puede ser sino compensatoria, por lo cual, corresponde al juzgador, quien con fundamento en su prudente juicio debe establecer, en la situación concreta, el valor que corresponda, para lo cual debe tener en cuenta la naturaleza y gravedad de las lesiones sufridas y sus secuelas, de conformidad con lo que se encuentre demostrado en el proceso.

²⁵ “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables”.

Ahora bien, en el caso que hoy ocupa a la Sala, según lo expresado, puede inferirse que tanto el señor José Reinerio Idárraga González (víctima directa), como su padre y hermanos sufrieron un daño moral y que el mismo fue de gran intensidad, dado que a partir del material probatorio antes relacionado se puede concluir que el señor Idárraga González sufrió una lesión a causa de un disparo de arma de fuego durante un enfrentamiento armado que se presentó entre uniformados de la misma tropa, pertenecientes al Batallón No. 22, lo cual le produjo una **incapacidad laboral equivalente al 95.21%**, razón por la cual resulta se estima procedente reconocer a favor de la víctima directa del daño una indemnización equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en consideración a la elevada pérdida de la capacidad laboral que sufrió el actor, prácticamente en un 100%, cuestión que genera en él un permanente padecimiento moral al ver afectada de una manera tan intensa su situación física, cuestión que sin duda ha generado un enorme impacto en su propia situación anímica, amén de que esa condición se dará durante toda su vida.

Así las cosas, habrá lugar a modificar la condena que en este sentido profirió el *a quo* y se reconocerá, a título de daño moral, las sumas de dinero establecidas a continuación en salarios mínimos legales vigentes²⁶, para cada una de las siguientes personas:

José Reinerio Idárraga González (Víctima)	100 SMMLV
---	-----------

²⁶ Toda vez que de conformidad con lo expresado en sentencia del 6 de septiembre de 2001, esta Sala ha abandonado el criterio según el cual se consideraba procedente la aplicación analógica del artículo 106 del Código Penal de 1980, para establecer el valor de la condena por concepto de perjuicio moral ha considerado que la valoración de dicho perjuicio debe ser hecha por el juzgador en cada caso según su prudente juicio y 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 intensidad. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de septiembre de 2001, expediente 13.232-15.646. M.P. Alier E. Hernández Henríquez.

Alfredo Idárraga Valencia (Padre)	80 SMMLV
Doña Amanda Idárraga González (Hermana)	50 SMMLV
Doña Luz Mila Idárraga González (Hermana)	50 SMMLV
Doña Danery Idárraga González (Hermana)	50 SMMLV
Don Huberney Idárraga González (Hermano)	50 SMMLV
Don Elmer Idárraga González (Hermano)	50 SMMLV

2.5.- 2.5.2. Perjuicio por daño a la salud.

Al respecto resulta necesario precisar que mediante sentencia del 19 de julio de 2000, se reformuló dicho concepto por el de daño a la vida de relación, en la cual se precisó:

*“[E]l daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados **“daño a la vida de relación”**, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual **resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico**, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial –distinto del moral– es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, **se producen en la vida de relación de quien la sufre**”²⁷ (negritas adicionales).*

Más adelante, según lo refleja la sentencia proferida el 15 de agosto de 2007²⁸, la Sala abandonó dicha denominación y se refirió al perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia, en los siguientes términos:

²⁷ Consejo de Estado, sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2000, Exp. 11.842. M.P. Alier Hernández Sección Tercera.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia AG-385 de agosto 15 de 2007, actor: Antonio María Ordóñez Sandoval.

“En esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el nomen que hasta ahora se ha venido utilizando -en ocasiones de manera inadecuada o excesiva- para acudir al concepto de daño por alteración grave de las condiciones de existencia, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1° de la Constitución Política.

*En la citada sentencia del 19 de julio de 2000 se dijo, refiriéndose al daño a la vida de relación social que “[p]ara designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a **la expresión alteración de las condiciones de existencia**, que, en principio y por lo expresado anteriormente, **parecería más afortunada**. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, **cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia** de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él.”*

Resulta ahora pertinente recoger estos planteamientos para señalar que si bien es cierto que la expresión relativa a la alteración de las condiciones de existencia resulta ser más compresiva y adecuada, mal podría pensarse, desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado, que todo perjuicio, de cualquier carácter y magnitud, comporte necesaria y automáticamente una alteración a las condiciones de existencia jurídicamente relevante.

*Sobre el particular la doctrina ha señalado, precisamente, que “para que se estructure en forma autónoma **el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia**, se requerirá de **una connotación calificada en la vida del sujeto**, que en verdad **modifique en modo superlativo sus condiciones habituales**, en **aspectos significativos de la normalidad** que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo, pues **no cualquier modificación o incomodidad sin solución de continuidad podría llegar a configurar este perjuicio**, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece”²⁹.*

*Por su parte, en la doctrina francesa se ha considerado que los llamados troubles dans les conditions d’existence³⁰ pueden entenderse como “una **modificación anormal** del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos”³¹ o*

²⁹ Gil Botero, Enrique. *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, Ed. Comlibros, Tercera Edición, 2006, p. 98.

³⁰ Navia Arroyo Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 78.

³¹ Chapus René. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, citado por Juan Carlos Henao, *El Daño, análisis comparativo de la responsabilidad*

“las modificaciones aportadas al modo de vida de los demandantes por fuera del mismo daño material y del dolor moral”⁸².

*El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por **alteración grave de las condiciones de existencia** es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones”.*

Tal como se analizó anteriormente, la Sala había considerado que cuando se trata de lesiones que producen alteraciones físicas que afectan la calidad de vida de las personas, éstas tienen derecho al reconocimiento de una indemnización adicional a la que se reconoce por el perjuicio moral; es decir, el reconocimiento de esta clase de perjuicios no debe limitarse a los casos de lesiones corporales que producen alteraciones orgánicas, sino que debe extenderse a todas las situaciones que alteran de manera grave las condiciones habituales o de existencia de las personas³³.

Finalmente, la Sala cambió una vez más la denominación de dicho perjuicio por el de daño a la salud, tal y como lo señaló mediante la providencia de 14 de septiembre de 2011, en la cual se puntualizó lo siguiente:

“se adopta el concepto de daño a la salud, como 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

extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 252.

³² Paillet Michel. *La Responsabilidad Administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, o. 278.

³³ Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 1 de noviembre de 2007, exp. 16.407.

imposible— una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo”³⁴.

En el presente caso, para la Sala resulta claro que el señor José Reinero Idárraga González se vio afectado por la imposibilidad que le ocasionó el daño para realizar en el futuro aquellas actividades que cotidiana y normalmente desarrollaba, habida consideración de la disminución del 95.21% en su capacidad laboral, por lo cual se le reconocerá un monto de 300 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por este rubro.

2.6.- Perjuicios materiales.

Toda vez que en el proceso no se demostraron los perjuicios materiales, en la modalidad de daño emergente, la Sala se ocupará exclusivamente de analizar, de acuerdo con los elementos probatorios allegados al proceso, el reconocimiento y monto de la indemnización de perjuicios correspondientes al rubro de lucro cesante, establecida por el Tribunal de primera instancia a favor del lesionado.

Entonces, se liquidará a favor del lesionado el perjuicio material por el ingreso adicional que dejó de percibir a raíz de la invalidez que le produjo el accidente, el cual fue certificado por la Junta Médica Laboral registrada en la Dirección de Sanidad del Ejército, en un 95.21%. Por lo tanto, de conformidad con el artículo 38 de la Ley 100 de 1993³⁵, se liquidará dicho perjuicio material en un porcentaje equivalente al 100% de la invalidez, de acuerdo con los siguientes datos y operaciones:

³⁴ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia de 14 de septiembre 2011, exp. 19031, M.P. Enrique Gil Botero.

³⁵ “Artículo 38.- Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera invalida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”.

Ingreso del lesionado al momento de haber salido del Ejército Nacional: \$197.906

Expectativa de vida total de la víctima: 51.04 años (612.48 meses)

Período consolidado: 198 meses

Período futuro: 414.48 meses

Índice final: 109.95 (enero 2012)

Índice inicial: 29.40 (mayo de 1995)

Actualización de la base:

$$RA = \$ 197.906 \times \frac{\text{IPC final (109.95)}}{\text{IPC inicial (29.40)}}$$

RA = \$ 197.906 x 1 3,739 = \$ 730.689. Se tomará como base el salario que devengaba el señor José Reinerio Idárraga González al momento de los hechos, el 4 de mayo de 1995, esto es \$ 197.906,00, suma actualizada a la fecha de la sentencia -año 2012-, es decir \$ 740.128, adicionada en un 25%, de la cual habrá que descontar un 25%, correspondiente al rubro que destinaba para su propia subsistencia, obteniéndose como resultado la cantidad total del \$ 693.870.

Consolidado: Desde la fecha de salida del lesionado del Ejército Nacional (mayo de 1995) hasta la fecha de esta sentencia (febrero de 2012), esto es 198 meses, aplicando la siguiente fórmula:

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

$$S = \$ 693.870 \frac{(1.004867)^{198} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 230'268.525.00$$

Futuro: Por el resto del período de vida probable de la víctima, esto es 414.48 meses, aplicando la siguiente fórmula:

$$S = VA \frac{(1+0.004867)^n - 1}{i (1+0.004867)^n}$$

$$S = \$ 693.870 \frac{(1.004867)^{414.48} - 1}{i (1.004867)^{414.48}}$$

$$S = \$ 123'509.426.00$$

TOTAL PERJUICIOS MATERIALES: TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS (\$ 353'777.951).

2.7. Condena en costas.

Habida cuenta de que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna

de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFÍCASE la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, el 2 de mayo de 2001, la cual quedará así:

“PRIMERO: Declarar administrativamente responsable a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, de las lesiones ocasionadas al soldado José Reinerio Idárraga González, en hechos ocurridos el 04 de mayo de 1995 en la vereda Berracal, cercana al municipio de Lejanías - Meta.

SEGUNDO: Condénese a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional al pago de los perjuicios morales en las siguientes cuantías: a JOSÉ REINERO IDÁRRAGA GONZÁLEZ, el equivalente en pesos a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a REINALDO IDÁRRAGA VALENCIA, el equivalente en pesos a ochenta (80) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a MARÍA AMANDA, MARÍA LUZ MILA, MARÍA DANERY, JOSÉ HUBERNEY y JOSÉ ELMER IDÁRRAGA GONZÁLEZ, el equivalente en pesos a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

TERCERO: Condénese a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, al pago de los perjuicios por el daño a la salud JOSÉ REINERO IDÁRRAGA GONZÁLEZ, el equivalente a trescientos (300) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO: Condénese a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, al pago de los perjuicios materiales a JOSÉ REINERO IDÁRRAGA GONZÁLEZ la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS

SETENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y UN PESOS (\$353'777.951).

QUINTO: Dése cumplimiento a la sentencia en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SEXTO: Sin condena en costas”.

SEGUNDO: Por Secretaría, expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias de las que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

COPIESE, NOTIFIQUESE y CUMPLASE

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidenta

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

DANILO ROJAS BETANCOURTH

JAIME O. SANTOFIMIO GAMBOA

OLGA MÉLIDA VALLE DE DE LA HOZ

CARLOS A. ZAMBRANO BARRERA

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA CONSEJERA STELLA CONTO DÍAZ
DEL CASTILLO**

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Bogotá, D.C., nueve (09) de febrero de dos mil doce (2012).

Radicación número: 50001-23-31-000-1997-06093-01(21060)

Actor: REINALDO IDÁRRAGA VALENCIA Y OTROS.

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO

**Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)
(SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL)**

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

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

El tema que convocó a la Sección fue el referido a la competencia del *ad quem* en sede del recurso ordinario de apelación, para lo cual la Sala mayoritaria acogió la postura de entender que, en principio, el superior restringe su decisión a los planteamientos que proponga el impugnante y, en este sentido, únicamente hubo

consenso generalizado en aceptar que, en casos de grave violación a derechos humanos, el juez estaba habilitado para estudiar puntos diferentes a los del recurso.

Sobre el particular, la Sala se propuso estudiar el contenido y alcance del art. 357 del CPC, puntualmente lo que tiene que ver con que “[l]a apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante”³⁶ y de allí se plantearon por los integrantes varias posiciones frente a las cuales, en lo que me corresponde, procedo a fijar la propia.

No puede perderse de vista que en la redacción original del Decreto 1400 de 1970, la legislación civil no establecía como requisito del recurso de apelación (art. 352) la carga procesal de sustentar la impugnación y, por ello, en aplicación del principio *non reformatio in peius*, en el artículo 357 se previno, en los mismos términos a los que ahora se encuentran vigentes, que “[l]a apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante”.

Teóricamente el principio procesal propende porque la parte no se vea perjudicada por la impugnación formulada, impidiendo, entonces, que el funcionario judicial extienda su competencia hasta perjudicar al que controvertió la decisión inicialmente adoptada.

Por tanto, en los sistemas que no exigen sustentación como requisito de la alzada, resulta lógico señalar que tal impugnación se entienda interpuesta en lo desfavorable al censor, lo cual no aplicaría en caso de que las dos partes apelen, hipótesis en la que los recursos se justifican correlativamente en lo desfavorable a cada sujeto procesal, de modo que el *ad quem* no tendría límites para modificar la providencia recurrida.

En este entendido, se forjó la idea de que el principio de *non reformatio in peius* aplicaba sólo para el apelante único, pues como no se contaba con sustentación, la impugnación se entendería propuesta en lo desfavorable y, consecuentemente, si ambas partes se alzaban, el *ad quem* quedaba habilitado para perjudicar a uno, en el marco del recurso propuesto por el otro.

Así las cosas, para la doctrina más autorizada³⁷ “[l]a reforma en perjuicio (*reformatio in pejus*) consiste en una prohibición al juez superior de empeorar la situación del apelante, en los casos en que no ha mediado recurso de su adversario”; también se

³⁶ Con las reformas de 1989 (Decreto 2282) y 2003 (Ley 794), en el art. 357 del CPC se mantuvo esa premisa.

³⁷ COUTURE, Eduardo J. Fundamentos del derecho procesal civil. Ediciones de Palma Buenos Aires. 1990. Pág. 367 y ss.

resaltó³⁸ que “*el superior no puede agravar la situación del apelante único, porque se entiende que la interpuso sólo en lo desfavorable de la providencia. Esto se conoce, como reformatio in pejus y significa una especie de limitación de la competencia del superior en la revisión de la providencia apelada. Este sistema está consagrado en nuestro C.P.C (art. 357) y rige para lo laboral y contencioso administrativo, en virtud de la referencia que en los respectivos códigos se hace a aquel para llenar todos sus vacíos*”.

En este mismo sentido, la Constitución Política, avanzando respecto de la versión española de 1978³⁹, dispone en el art. 31 sobre el principio al que se hace mención, el siguiente alcance: “[t]oda sentencia judicial podrá ser apelada o consultada, salvo las excepciones que consagre la ley. // **El superior no podrá agravar la pena impuesta cuando el condenado sea apelante único**” -se resalta-.

Frente a esta disposición tuvo oportunidad de pronunciarse la Corte Constitucional en sus primeras decisiones, para señalar lo siguiente⁴⁰:

(...)

La prohibición del artículo 31 de la Constitución.

(...)

La consagración en la Carta Política de la prohibición de agravar la pena impuesta al condenado cuando éste es apelante único eleva a nivel constitucional la garantía de la proscripción de la “*reformatio in peius*” y proyecta su aplicación al derecho penal.

Definición y alcance de la “*reformatio in peius*”

³⁸ DEVIS ECHANDIA, Hernando. Derecho Procesal. Editorial ABC, 1985, Tomo I, Pág. 565 y ss.

³⁹ Constitución Política Española de 1978, Art. 24: “1. Todas las personas tienen derecho a obtener tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión. // 2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia al letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. // La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

⁴⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, Sala Segunda de Revisión. Sentencia T-474 del 29 de julio de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

8. La prohibición de la “*reformatio in peius*” o reforma peyorativa es un principio general del derecho procesal y una garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso (CP art. 29). Ella es consecuencia de la regla ínsita en la máxima latina “*tantum devolutum quantum appellatum*”, en virtud de la cual se ejerce la competencia del juez superior. El ejercicio de las competencias judiciales radicadas en el juez superior y su límite, ambos, se suscitan y a la vez se limitan por virtud de la impugnación y las pretensiones que ella involucra.

La interdicción de la reforma en perjuicio del condenado constituye, igualmente, una garantía procesal fundamental del régimen de los recursos, a su vez contenido en el derecho de defensa y en el núcleo esencial del derecho al debido proceso. Al superior no le es dable por expresa prohibición constitucional empeorar la pena impuesta al apelante único, porque al fallar ex-officio sorprende al recurrente, quien formalmente por lo menos no ha tenido la posibilidad de conocer y controvertir los motivos de la sanción a él impuesta, operándose por esta vía una situación de indefensión.

Finalidad de la prohibición

9. Además de limitar el poder punitivo del Estado, de garantizar la efectividad del derecho fundamental de defensa y de favorecer al condenado con la revisión de la sentencia dentro del único marco de las pretensiones solicitadas, la *reformatio in peius* extendida al plano penal, avala y garantiza la operancia del sistema acusatorio (...).

Ahora bien, esa laxitud para apelar puede ser utilizada, como efectivamente sucedió, para dilatar la duración de los procesos, formulando alzadas contra decisiones de primer grado claramente ajustadas a derecho y frente a las cuales no es fácil presentar reparos serios. Interpretando dicha realidad social, el legislador de 2003 optó, mediante la Ley 794⁴¹, por introducir como requisito de la apelación en materia civil la carga de sustentar el recurso, *so pena* de declararse desierto.

Ante la nueva disposición, la Corte Suprema de Justicia explica⁴² que la exigencia de que “*el recurrente exprese, en forma concreta, las razones de su inconformidad con*

⁴¹ Mediante el art. 36 de la Ley 794 de 2003, entre otras cosas, se añadió al art. 357 del C.P.C. el siguiente párrafo: “*El apelante deberá sustentar el recurso ante el juez o tribunal que deba resolverlo, a más tardar dentro de la oportunidad establecida en los artículos 359 y 360, so pena de que se declare desierto. Para la sustentación del recurso, será suficiente que el recurrente exprese, en forma concreta, las razones de su inconformidad con la providencia*”.

⁴² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia del 4 de agosto de 2010, exp. 05001-3103-001-2002-00623-01, M.P. Ruth María Díaz Rueda. En el mismo sentido, sentencia del 8 de septiembre de 2009, exp. 2001-00585-01.

la providencia”, conlleva a que “el juez de segunda instancia no puede suplantar a la parte interesada en la labor de determinar el alcance de la protesta o para fijar qué es «lo desfavorable» al recurrente, pues tal intervención además de inopinada y sorpresiva, quedaría a salvo de cualquier posibilidad de réplica, y por lo mismo de control de las partes; así, ante una construcción hecha por el juez en la sentencia de segunda instancia, mediante la cual define a última hora, qué considera desfavorable al apelante, éste mismo podría verse sorprendido y sin más opciones”.

Se consideró, entonces, que “el juez de segundo grado no es libre en la definición de los contornos de su competencia, ni puede concretar sin ataduras «que es lo desfavorable al apelante», para atraer una competencia de la que carece o desdeñar una que nítidamente le ha sido atribuida, no sólo por la ley, sino por el acto procesal de parte que le transmite la desazón del litigante frente al fallo”. Concluyó la Corte Suprema de Justicia:

(...) la sustentación de la alzada también constituye un acto dispositivo del inconforme, que fija parámetros para delimitar la competencia del ad quem, y es por ello que la Corte ha expresado⁴³, que “(...) el juez de segunda instancia no puede suplantar a la parte interesada en la labor de determinar el alcance de la protesta o para fijar qué es «lo desfavorable» al recurrente, pues tal intervención además de inopinada y sorpresiva, quedaría a salvo de cualquier posibilidad de réplica, y por lo mismo de control de las partes (...)”, es decir, que no tiene libertad “(...) en la definición de los contornos de su competencia, ni puede concretar sin ataduras ‘qué es lo desfavorable al apelante’, para atraer una competencia de la que carece o desdeñar una que nítidamente le ha sido atribuida, no solo por la ley, sino por el acto procesal de la parte que transmite la desazón del litigante frente al fallo (...)”.

Por otro lado, no cabe duda que desde siempre el CCA (art. 212) ha exigido como requisito de las apelaciones en la jurisdicción contencioso administrativo, la necesidad de sustentar la impugnación *so pena* de que el recurso se declare desierto⁴⁴.

Así, sobre la restricción del *ad quem* a los planteamientos precisos del recurso, vale la pena citar un reciente precedente de esta Corporación⁴⁵ que sobre el particular sostuvo:

⁴³ Se refiere a la sentencia del 8 de septiembre de 2009, exp. 2001-00585.

⁴⁴ Esta exigencia ha permanecido tanto en el Decreto 01 de 1984, como en el Decreto 2304 de 1989 y también en la Ley 1395 de 2010.

⁴⁵ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección “A”. Sentencia del 21 de febrero de 2011, exp. 20.046, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente en la apelación, 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*”.

Todo lo anterior para denotar que acompaño la decisión de Sala en el sentido de señalar que, en principio, la competencia del *ad quem* está limitada a los planteamientos vertidos por el recurrente, pues de lo contrario carecería de efecto útil la carga de sustentar impuesta al apelante: ¿cómo entender, que de una parte se le exija al apelante la carga de sustentar, *so pena* de quedar desierto el recurso, pero que, sin embargo, se habilite al superior a adentrarse en el lleno de la *litis* sin consideración a su sustentación?

Por tanto, si se le exige al apelante la carga de sustentar la apelación, resulta apenas lógico concluir que “*el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la **reforma** fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla*” (art. 357, C.P.C).

En el presente caso la ponencia presentada, aunque formalmente sugiere que acoge la posición mayoritaria de la Sala de restringir, en principio, la competencia del *ad quem* a los planteamientos del recurso, por lo que anuncia no modificar la providencia para perjudicar al demandante por su condición de apelante único, materialmente termina por modificar la providencia para fijar una condena por perjuicios morales que disminuye la fijada en primer grado a la víctima directa.

Es que en el presente caso el demandante, entre otras cosas, apeló para que se aumentaran las indemnizaciones fijadas, por ejemplo, en 800 gramos de oro por concepto de perjuicios morales para la víctima directa y el proyecto, pese a reconocer que lo fijado fue poco de cara al grado de pérdida de la capacidad laboral que se tasó en un 95,²¹%, se le señaló una indemnización equivalente a 100 smmlv.

En otras ocasiones, la Sala ha advertido que, previo a convertir las condenas de gramos oro a salarios mínimos mensuales legales vigentes, debe verificarse que no

se perjudique al apelante único⁴⁶, lo cual se pierde de vista en el *sub lite*, pues los 800 gramos de oro fijados en la primera instancia, a tiempo de la providencia, equivalían a \$79´292.312 (el gramo de oro era vendido por el Banco de la República a \$99.115,³⁹), suma superior a los 100 s.m.m.l.v. que se señalan en la ponencia, los cuales sólo alcanzan \$56´670.000 al tiempo del fallo.

Para recapitular, se concluye **(i)** que la decisión impugnada no puede ser modificada para perjudicar al sujeto que la apeló, lo cual constituye una primera restricción que se desconoce en el *sub júdice*, y **(ii)** que la competencia del *ad quem* queda también limitada a los planteamientos del recurso, lo cual no obsta para que, en caso de que se reforme la decisión por virtud del recurso, se procedan a realizar otras modificaciones que tengan íntima relación con lo logrado por el impugnante.

Cabe resaltar que la jurisprudencia de esta Sección -que no ha sido recogida- ha señalado expresamente que en casos de graves violaciones de derechos humanos, por virtud del bloque de constitucionalidad, se deberá proceder de oficio a la indemnización integral, con independencia de las normas procesales internas sobre jurisdicción rogada, congruencia y *non reformatio in peius*⁴⁷:

(...) Como corolario de lo anterior, para la Sala, la reparación integral propende por el restablecimiento efectivo de un daño a un determinado derecho o interés jurídico y, por lo tanto, en cada caso concreto, el juez de la órbita nacional deberá verificar con qué potestades y facultades cuenta para lograr el resarcimiento del perjuicio, bien a través de medidas netamente indemnizatorias o, si los supuestos fácticos lo permiten (trasgresión de derechos humanos en sus diversas categorías), mediante la adopción de medidas o disposiciones de otra naturaleza, como las ya enunciadas, entre otras.

(...)

Ahora bien, debe precisarse que los anteriores planteamientos, en modo alguno, desconocen los principios de jurisdicción rogada y de congruencia (artículo 305 del C.P.C.), toda vez que frente a graves violaciones de derechos humanos (v.gr. crímenes de lesa humanidad), el ordenamiento jurídico interno debe ceder frente al internacional, en tanto este último impone la obligación a los Estados, a los diferentes órganos que los integran -incluida la Rama Judicial del

⁴⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 10 de julio de 2003, exp. 14.083, M.P. María Elena Gómez Giraldo.

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia del 20 de febrero de 2008, expediente 16.996, M.P. Enrique Gil Botero

Poder Público-, de adoptar todas las medidas tendientes a la protección y reparación de esas garantías del individuo.
(...)

Como corolario de lo anterior, debe puntualizarse que, en todas aquellas situaciones en las cuales el juez se enfrente a un evento de flagrante quebrantamiento de derechos humanos, el sistema jurídico interno debe ceder frente a los postulados contenidos en la Carta Política y en el orden internacional, para dar paso a medidas e instrumentos que permitan la protección efectiva y material de aquéllos.
(...)

Bajo los anteriores planteamientos, para la Sala, ponderados los principios de reparación integral -por razones de violaciones a derechos humanos-, con los procesales de la no reformatio in pejus y de congruencia, es claro que estos últimos tienen que ceder frente al primero, toda vez que el Estado Colombiano, así como sus autoridades, no pueden sustraerse del deber jurídico superior, reiterado en diversos instrumentos, doctrina y jurisprudencial (sic.) internacional, en donde se establece la obligatoriedad de reparar in integrum, los daños que se deriven de la violación de derechos humanos, conclusión que se ve reforzada si se tiene en cuenta que, en el ordenamiento jurídico interno, prevalece el derecho sustancial sobre el formal, sin que ello implique el desconocimiento al debido proceso de las entidades o personas demandadas, quienes sabrán que, en tratándose de la solicitud de reparación de daños derivados del desconocimiento del sistema universal o americano de derechos humanos, es procedente adoptar todas las medidas conducentes a garantizar el restablecimiento de los mismos (...).

Por otro lado, si bien el proyecto plantea que el juez *ad quem* está autorizado para pronunciarse sobre la caducidad, legitimación en la causa y la debida escogencia de la acción, aunque estos temas no sean objeto del recurso, no establece con claridad si esas cuestiones también constituyen excepción al principio de la *non reformatio in peius*, esto es, si por tratarse de elementos que el juzgador debe analizar de oficio, los mismos pueden abordarse en perjuicio del apelante único.

Finalmente, debo objetar la reiteración del precedente a partir del cual se definieron las exigencias de la sustentación del recurso⁴⁸, pues el establecimiento de esos requisitos es competencia del legislador y por tanto el *ad quem* simplemente debe verificar que la impugnación sea **sustentada oportunamente** (art. 212, C.C.A.), sin

⁴⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencias del 14 de abril de 2010 y 21 de febrero de 2011, exps. 18.115 y 17.721, las cuales se refieren en la nota al pie n.º 13, a partir de la pág. 17.

imponer otros elementos como los que hizo referencia la jurisprudencia de que se trata.

En los anteriores términos dejo sentadas las razones por las cuales salvo parcialmente el voto, esto es, acompaño la decisión en la modificación de las condenas, empero no en lo atinente a la estimación del perjuicio moral para la víctima directa que, pese a ser apelante único, resulta siendo perjudicada en más de \$22'000.000.

Siendo así, debo apartarme de la decisión, poniendo de presente que tal como se convino en la Sección -de la cual da cuenta el acta correspondiente-, la única excepción que se acordó respecto de la *non reformatio in peius* fue el tema de la grave violación a los derechos humanos.

Por tanto, no estoy de acuerdo **(i)** con que se haga referencia a excepciones a la congruencia, sin precisar su alcance frente a la *non reformatio in peius*, **(ii)** se impongan mayores exigencias para la viabilidad del recurso de alzada, lo cual contraría en principio *pro actione* y **(iii)** en términos concretos el apelante único se vean económicamente perjudicado.

Fecha *ut supra*.

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO DANILO ROJAS BETANCOURTH

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SALA PLENA

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Bogotá, D.C., nueve (09) de febrero de dos mil doce (2012).

Radicación número: 50001-23-31-000-1997-06093-01(21060)

Actor: REINALDO IDÁRRAGA VALENCIA Y OTROS.

Demandado: NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO

**Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (APELACIÓN SENTENCIA)
(SENTENCIA DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL)**

1. Cuando en Sala se discutió el proyecto que ahora es sentencia, sugerí que se incluyera el argumento según el cual, es el tipo de decisión en segunda instancia el que a la postre debe determinar la capacidad del *ad quem* para conocer o no aspectos que no hayan sido objeto de apelación.

2. Así, en una apelación que solo se ocupe de la reparación del daño, nada puede hacerse en segunda instancia frente a la responsabilidad declarada que da justamente origen a la indemnización; al paso que si la alzada versa sobre la responsabilidad, el superior jerárquico puede estudiar lo relativo a la reparación concedida así ésta no haya sido objeto del recurso.

3. La lógica que gobierna la tesis expuesta corresponde al argumento a *maiori ad minus*, pues si, a instancia de parte, resulta posible analizar y decidir sobre un aspecto de la sentencia que habilita otros –v.g. la responsabilidad respecto la reparación del daño-, con mayor razón es posible hacerlo sobre los temas gregarios del principal.

4. En mi entender, esta solución acerca en debida forma la tensión existente entre lo que el recurrente quiere que mire el juez superior y lo que éste debe mirar, de modo que se estudie y decida acerca, esencialmente, de lo que es objeto de la apelación, sin perjuicio de los imperativos lógicos, constitucionales y de justicia que impone la sentencia en cada caso, acorde con la decisión que se haya de tomar.

5. Retomando el ejemplo puesto para articularlo con lo antes dicho, no sería ni lógico, ni constitucional, ni justo que con ocasión de una apelación sobre perjuicios, se decidiera afectar la responsabilidad declarada, porque así lo impone no solo el argumento *a fortiori* aplicado –en su modalidad *a maiori ad minus*–, sino por razones constitucionales –debido proceso, no reforma en peor, etc.– y porque el sentido de justicia así lo impone, orientado por el propio querer del apelante que, sensatamente, no querría modificar una condena favorable. Por el contrario, es conforme con la lógica, la normatividad y la justicia del caso, analizar aquellos aspectos que el tipo de decisión que se tome –v.g. sobre la responsabilidad del demandado–, así lo permita –v.g. sobre la reparación–.

6. La Sala aprobó incluir el argumento expuesto. Sin embargo, el mismo no aparece en el proyecto que finalmente circuló para firmas y que ahora es sentencia; y esa es la razón de esta aclaración.

7. Esta idea, en cambio, fue bien recogida en la sentencia que la Sala profirió en la misma sesión del 9 de febrero del 2012, con ponencia de la consejera Ruth Stella Correa Palacio y sobre lo que no hubo observación alguna. En esta sentencia, en efecto se dice lo siguiente, que acojo plenamente:

3.2.2.3. La Sala, en esta oportunidad precisa que la competencia del juez de segunda instancia abarca los temas implícitos en aquellos aspectos que el recurrente propone, al sustentar el recurso de apelación de la sentencia. Se trata de dar alcance a la expresión “los aspectos que señale el recurrente”, a los cuales se limitó la competencia del ad quem en la providencia referida.

Para la Sala, la apelación de un aspecto de la sentencia confiere competencia al juez de segunda instancia para resolver todos esos asuntos, puntos o elementos

que estén comprendidos en el mismo, en algunas ocasiones, inclusive, porque su mención resultaría ilógica, pero siempre que la revisión de esos asuntos le resulte favorable al recurrente, por las siguientes razones:

(...)

3.2.2.3.4. Cobra gran relevancia fijar el alcance de las razones expuestas por el recurrente al solicitar la revocatoria o modificación de algunos aspectos de la sentencia para delimitar la competencia del juez ad quem, tratándose de asuntos que si bien no fueron mencionados en la sustentación, están comprendidos dentro del aspecto del fallo objeto del recurso. Si se limitara la competencia del juez de segunda instancia únicamente a verificar las razones expuestas por el recurrente en la sustentación del recurso, no podría entonces revisar los demás asuntos comprendidos dentro de los aspectos cuestionados, a los cuales no se habrá referido el recurrente, en muchas ocasiones, porque el hacerlo carecería de lógica.

Por ejemplo, cuando pretende que se revoque la indemnización por el perjuicio material a cuyo pago fue condenado, argumentando que no hay prueba en el expediente que demuestre su existencia, el juez ad quem podría reducir la indemnización, cuando advierta que la existencia del daño sí está demostrada, pero que hubo errores en la liquidación.

3.2.2.3.5. Pero no hay ninguna duda de que el interés del recurrente al pretender que se modifique a su favor un aspecto de la sentencia que le es desfavorable, queda en parte satisfecho cuando esa modificación es proporcionalmente menor a lo pretendido, pero en todo caso, favorable a su interés.

Es lo que lo que sucede en los casos en los cuales el recurrente solicita que se revoque el fallo, porque aduce que no es responsable del daño que se le imputa y en segunda instancia se considera que sí es responsable, pero que hay lugar a una

reducción de la indemnización, por considerar que la víctima también contribuyó a la causación del daño, o se aprecia que no está demostrado uno o algunos de los daños cuya indemnización se reclama, o que en la liquidación del mismo se incurrió en errores que afectan al apelante único, como ocurrió en el caso concreto.

Es de esperar que los argumentos expuestos en el recurso de apelación por parte de quien ha sido condenado a pagar una indemnización y pretenda la revocatoria del fallo, se centrarán en las razones por las cuales se pide tal revocatoria, pero que se omitirá toda reflexión relacionada con los aspectos consecuenciales de la sentencia en la cual se accedió a las pretensiones, dado que al revocarse la declaración de responsabilidad, se negarán las pretensiones de la demanda. Sin embargo, la ausencia de razones expuestas por el recurrente no impiden al juez corregir la sentencia apelada, para hacer reducciones por concurrencia de la intervención de la víctima en la causación del daño, o por reconocimientos de daños que no aparecen demostrados en el expediente, o por errores en la liquidación de las indemnizaciones.

3.2.2.3.6. En la lógica más elemental, “el que puede lo más puede lo menos”, lo que en términos jurídicos y en relación con el asunto que aquí se trata significa que si el juez adquiere competencia para resolver un aspecto global de la controversia, por haber sido objeto del recurso, tiene igualmente la atribución para revisar todos los asuntos que hacen parte de ese aspecto más general, aunque de manera expresa no se haya referido a ellos el apelante único.

Lo dicho constituye una reafirmación de la regla general deducida por la Sala, conforme a la cual la competencia del juez de segunda instancia está limitada a los aspectos que señale el recurrente, pero es además, una precisión sobre los límites de esa competencia, que no pueden quedar reducidos únicamente a la revisión de las razones señaladas por el recurrente, con omisión del deber constitucional del

*juez de aplicar la ley y, en todo caso, de atender el propio interés del apelante, que si bien en principio está dirigido a obtener la satisfacción plena de su pretensión, abarca en todo caso cualquier reforma que le resulte favorable a sus intereses*⁴⁹.

8. Es esta, pues, la tesis que suscribo y que considero es el precedente que debe regir.

Atentamente,

DANILO ROJAS BETANCOURTH

Fecha *ut supra*

⁴⁹Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 9 de febrero de 2012, expediente: 1994-02321 (20104), actor: Sandra Saldarriaga y otros, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.