Santiago de Cali, diciembre 18 de 2023

Señores:
JUZGADO 12 ADMINISTRATIVO ORAL DE CALI
E. S. D.

REFERENCIA:	MEMORIAL RECURSO DE APELACIÓN PARCIAL
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
RADICADO:	**2018-00055-00**
DEMANDANTES:	JUDY MILENA CAICEDO VIVAS Y OTROS
DEMANDADOS:	DISTRITO ESPECIAL DE CALI Y OTROS

LUÍS CARLOS REYES VERGARA, identificado con la C.C. 16'679.973 expedida en Cali (Valle), abogada con T.P. No. 224.156 expedida por el Consejo Superior de la Judicatura, obrando como apoderado de los señores demandantes, con el debido y acostumbrado respeto, me permito presentar **recurso de apelación parcial** dentro del término establecido en la sentencia del 04 de diciembre de 2023, basado en los siguientes:

1- Dice el despacho:

> De acuerdo con lo anterior, y toda vez que para la reclamación de este tipo de perjuicio se debe acreditar la consistencia y realidad del daño moral, es del caso señalar que no se accederá a la pretensión de la transmisibilidad del perjuicio moral supuestamente padecido por el menor Esteban Hernández Caicedo, toda vez que la parte actora no allegó al plenario prueba alguna que advirtiera su existencia. Es importante señalar que sobre este tipo de daño no existe una regla de presunción establecida por el Consejo de Estado, motivo por el cual para su reconocimiento el Juez debe exigir la acreditación del mismo a través de los diferentes medios de pruebas que permite nuestro ordenamiento jurídico.

La consistencia y realidad del daño moral sufrido por el menor Esteban Hernández Caicedo, está más que probado con el periodo de agonía cuando

se ahogaba en la piscina se Comfandi. El menor sufrió una agonía severa como lo refleja la necropsia. Entre los síntomas de sufrimiento por ahogamiento se presentan: "……*hongo de espuma (formación espumosa blanquecina, a veces rosácea, producida por la penetración del agua, al mezclarse con el aire residual pulmonar y el mucus bronquial); equimosis faciales, en los párpados y, sobre todo, a nivel subconjuntival."*[1]

Las cavidades cardiacas derechas suelen estar muy dilatadas y pletóricas de sangre líquida, sin coágulos, en tanto que las izquierdas son normales y suelen estar exangües. En el estómago pueden apreciarse equimosis submucosos y subserosos (parecidos a los de Tardieu). Si la cantidad de líquido es mayor de 300-400 cc., podría indicar, en un sujeto adulto, que el individuo se encontraba vivo en el momento de la sumersión. La existencia de agua en duodeno también es signo de sumersión vital, ya que tras la muerte el píloro se cierra y no se abre hasta que la putrefacción es patente. También aparecen equimosis en el intestino delgado, en toda su extensión. El hígado se muestra congestivo, y su grado de repleción sanguínea se comprueba mediante la denominada prueba de Lacassagne (al corte en un plano inclinado, la sangre fluye un largo tiempo).

Como se puede deducir de este concepto médico, el sufrimiento y agonía de una muerte por inmersión, es evidente. El menor cuando fue sacado de la piscina, y conforme al relato de los testigos, ya excretaba espuma por la boca. Esteban sufrió una muerte atroz. Su representante legal es su señora madre Judy Caicedo Vivas puede reclamar sus derechos, por ello le solicito al juzgador de segunda instancia se reconozca el daño moral por la agonía de Esteban Hernández Caicedo.

2- El Despacho no le concede el pago del daño moral a los tíos y tías de la víctima, Nitza Edith Caicedo Vivas, Jhon Alesi Caicedo Vivas, Ricardo Caicedo Vivas y Ana Roció Caicedo Vivas. Pero si se revisan los testimonios y relatos de los testigos, la familia Caicedo Vivas en su mayoría viven en el mismo hogar de la cabeza del hogar la señora Mariela Vivas. Los testigos aseguraron que todos se reúnen en las fechas especiales de celebración como cumpleaños y festividades de fin de año, de tal forma que la muerte

[1] https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1135-76062005000300006

trágica del menor Esteban afectó a toda la familia. Por lo que solicito respetuosamente al *ad quem* indemnice al resto del núcleo familiar.

3- Respecto del lucro cesante futuro. Esto dijo el despacho:

5.4.3. Perjuicios Materiales

5.4.3.1. Lucro cesante:

La parte demandante solicitó por concepto de Lucro Cesante el valor de $297.767.888, por considerar que es el valor dejado de percibir cuando el menor Esteban Hernández Caicedo estuviera en edad para producir.

El Despacho negará este perjuicio toda vez que de acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado el lucro cesante en los eventos de fallecimiento de un menor es un daño eventual o hipotético, motivo por el cual no logra ostentar la calidad del carácter cierto del daño.

Discrepamos respetuosamente del despacho por las siguientes consideraciones.

El Menor esteban Hernández está probado que se desempeñaba como estudiante de la Institución Escolar Nelson Mandela, y que su fallecimiento ocurrió en un paseo Escolar realizado por su colegio, en el centro de recreación de Comfandi.

El Consejo de Estado también han venido reconociendo el pago del lucro cesante a los padres de menores de edad que han resultado muertos o con pérdida de capacidad laboral del 100%, con fundamento en Derechos Humanos, bajo el supuesto de que lo que se busca con la indemnización y con el pago del lucro cesante no es dejar a la víctima en la posición en la que se encontraba antes del hecho generador de responsabilidad civil, sino dejarla en la posición en la que habría estado de no haber ocurrido tal hecho, abriendo la posibilidad de que se entienda que dichos menores de edad, de haber seguido con vida, hubiesen podido generar ingresos para si mismos y con los cuales habrían podido ayudar económicamente a sus padres.

Existe una línea jurisprudencial por medio de la cual el Consejo de Estado se ha pronunciado en la materia, con posturas positivas y otras negativas.

El Consejo de Estado Sección Tercera 28 de marzo de 2012 Enrique Gil Botero Rad. 05001-23-25-0001993-1854-01, Consejo de Estado Sección Tercera 19

de noviembre de 2012 Enrique Gil Botero Exp. 23343, Consejo de Estado Sección Tercera 30 de enero de 2013 Danilo Rojas Betancourth Exp. 27484, Consejo de Estado Sección Tercera 26 de abril de 2018 María Adriana Marín Rad. 25000-23-26-0002004-02010-01, Estas y otras sentencias reconocen el lucro cesante futuro de los menores.

En la línea jurisprudencial la postura de las Altas Cortes en relación con la procedencia del lucro cesante a favor de los padres por el hijo que fallece o en favor del menor que presenta un alto porcentaje de pérdida de capacidad laboral, había sido pacífica hasta el año 2012. Hasta la sentencia del 19 de noviembre del 2012 del Consejo de Estado con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero, se mantenían firmes en la decisión de no conceder el pago de dicho perjuicio, argumentando que se trataba de un daño incierto tal como lo plantea la sentencia del *a quo*, cuya existencia no podía ser demostrada por los padres debido a que no se tenía certeza de que el menor hubiera generado ingresos y que, de haberlos generado, los hubiera destinado para sí, y como ayuda de sus padres.

El fallo previamente referido no solo es relevante por tratarse del primer fallo que da un giro a la línea jurisprudencial, sino porque es un caso muy parecido al de la sentencia del 10 de agosto de 2001 del Consejo de Estado, con una postura opuesta, donde se tratan supuestos fácticos semejantes, tratándose en ambos casos de la muerte de menores de edad a causa de un disparo de arma de fuego dentro de una institución educativa del Estado. En la sentencia del 2001 la Sección Tercera no concede el pago de dicho perjuicio dado que se consideraba eventual que el menor en algún momento, de haber seguido con vida, hubiera generado ingresos, e incluso siendo así, también sería eventual pensar que destinaría dichos ingresos al apoyo económico de sus padres.

Otro fallo destacable es el proferido el 30 de enero de 2013, en el cual se reconoció el lucro cesante a los padres de un menor occiso que se dedicaba a la pesca, pese a que no contaba con la autorización legal para trabajar. En este caso, el Consejo de Estado expresa:

"La Sala reconoce la existencia de dinámicas sociales en las que los jóvenes, desde muy temprana edad, se ven impelidos a trabajar para cubrir sus propios gastos o aliviar la carga económica de su grupo familiar, sin que esto tenga,

necesariamente, un impacto dañino en su desarrollo psicosocial o en sus estudios, pues, por el contrario, puede potenciar sus habilidades y talentos. Al respecto, la Corte Constitucional ha autorizado el trabajo desde los catorce años, con las siguientes condiciones: que no se realicen trabajos peligrosos o ilícitos, que exista flexibilidad laboral en cuanto a los horarios y las condiciones de trabajo, y que cuente con la respectiva autorización del inspector de trabajo o, en su defecto, de la primera autoridad local a solicitud de los padres o del defensor de familia. (...) Sin embargo, en el presente caso, es preciso llamar la atención sobre la escasa cultura institucional en determinados lugares del país, particularmente en zonas periféricas en las que el desarrollo social y económico es precario y la presencia estatal, débil. *En tales contextos dominados por la carencia y la necesidad, además de una marcada afectación por el conflicto armado, el trabajo de los jóvenes se lleva a cabo sin mediación del Estado, sin que por ello se comprometa la integridad física y psicológica de los menores, o la permanencia de sus estudios, que son los propósitos últimos de la autorización. En síntesis, el registro y la valoración de tales dinámicas son esenciales para promover una aplicación de la norma ajustada a la realidad social".* (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 27484, 2013).

Se destacan los fallos con fecha del 19 de noviembre de 2012 y el ya mencionado fallo del 26 de marzo de 2014, ambos con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero. En la providencia del 19 de noviembre de 2012, se determina que en efecto es procedente el pago por concepto de lucro cesante futuro en favor de la madre del menor fallecido dentro de un centro educativo luego de que uno de varios hombres armados entrara el recinto y le disparara, bajo el entendido de que es lógico considerar que una vez el menor hubiere cumplido la mayoría de edad, habría percibido ingresos, tomando así como base para la liquidación el salario mínimo del momento en el que se tomó la decisión:

> *"Ahora bien, en relación con la indemnización por concepto de lucro cesante, solicitada para la madre, se tiene que obran varios testimonios que señalan que Hernán de Jesús Arboleda Parra trabajaba como acólito de la iglesia pero que no recibía contraprestación por esta actividad, sin embargo, no se puede desconocer que una vez cumpliera la mayoría de edad se presume iniciaría su vida laboral y recibiría como remuneración el salario mínimo legal mensual vigente."*

En concordancia con el principio de reparación integral, que fue solicitado en la demanda, entendido como el mandato de optimización que busca colocar a la víctima en el estado en el que se habría encontrado de no haber ocurrido el hecho dañoso, sin que la indemnización supere sus estrictos límites, de estimarse que es procedente el pago del lucro cesante en favor de los padres por la muerte de su hijo, la liquidación deberá obedecer al criterio de la mayoría de edad. Es decir, desde que el menor hubiera cumplido la mayoría de edad hasta los 25 años, para un total de 96 meses, tomando como base el salario mínimo legal mensual vigente. Lo anterior de conformidad con el fallo del 19 de noviembre de 2012 emanado del Consejo de Estado (Consejo de Estado, Sección Tercera, Exp. 23343, 2012).

De igual forma, las mencionadas providencias son las que más se inclinan por un análisis de las circunstancias socioeconómicas del hogar en que habitaba el menor, con el fin de determinar si es procedente o no el pago del lucro cesante futuro a favor de sus padres. Lo anterior se observa en los fallos del 30 de enero de 2013 y del 3 de agosto de 2017 proferidos por el Consejo de Estado, en los cuales se reconoció la contribución económica del menor en el hogar, aunque este no contara con la debida autorización para trabajar.

Obviamente, por parte de los padres sí debe existir cierta dependencia económica o, a lo sumo, una expectativa razonable de recibir ayuda económica de sus hijos, ya que de otra forma difícilmente podría afirmarse que la muerte de los menores ocasione una pérdida de ingresos cierta a favor de aquellos.

Por su parte, en cuanto a los hijos se estima que deben evaluarse los indicios o factores que demuestren que, en el caso en concreto, se podría esperar la futura contribución económica del menor en el hogar y, de ser el caso, liquidar el lucro cesante a favor de los padres, en virtud de la presunción de la mayoría de edad según la cual, salvo prueba en contrario, los hijos auxilian económicamente a sus padres hasta los 25 años, edad en que se supone conforman su propio hogar. Igualmente, si se verifica que el menor realizaba un aporte efectivo a la economía familiar antes de fallecer, el lucro cesante deberá liquidarse como un perjuicio cierto, aun sin haber cumplido los 18 años.

Así las cosas, aunque no parezca un perjuicio cierto *prima facie*, está probado que las circunstancias socioeconómicas del hogar de Esteba Hernández no eran las mejores, por lo tanto, si existe una pérdida cierta de ingresos a futuro en favor de su madre Judy Vivas. Por consiguiente, para definir la procedencia del perjuicio se debe mirar mucho más que la necesidad del alimentario y la capacidad del alimentante, motivo por el cual consideramos que el *ad quem* en aras de impartir justicia, no debe desconocer la realidad de muchos hogares colombianos, en particular aquellos inmersos en situaciones económicas desfavorables e, incluso, de pobreza extrema, sumado a otros factores que denotan las diversas dificultades a las que se enfrentan las familias en nuestro país.

Es de aclarar que, si bien el Consejo de Estado sostiene que *"el juez administrativo deberá valorar especialmente todos los hechos que sean indicativos de que el hijo sí ejercía alguna actividad productiva"*, la corporación se refiere exclusivamente a la capacidad económica del alimentante, es decir, los hijos, y nada dice sobre la valoración del contexto en relación con los padres. Pues bien, como ya se mencionó, este ejercicio no se debe limitar a la acreditación de hechos indicativos sobre la contribución económica de los hijos, sino que también se debe tener en cuenta las necesidades y expectativas razonables de los padres respecto de aquellos, para así determinar si procede o no el pago del lucro cesante futuro.

Creemos como una eventual vulneración al principio de igualdad debido a que, poniendo a los sujetos en las mismas condiciones, es decir, pensando en que los sujetos tendrían 18 años, para el caso del menor no se realiza una presunción de ingresos mínimos a partir del momento en que habría cumplido la mayoría de edad, pero para los que ya la tienen sí se presumen los ingresos mínimos desde el momento en que cumplieron los 18 años.

En el principio de igualdad que estamos esbozando, el desconocimiento de este no se hace frente a la comparación entre niño y adulto, sino que se hace en cuanto a los adultos que mueren y que no demostraban ingresos y los niños que mueren pero que hubieran llegado a la adultez. Es por este motivo que además debe decirse que se coincide con el razonamiento que las corporaciones utilizan para el cálculo de este perjuicio cuando lo reconocen,

esto es, indemnizando desde el momento en que el menor hubiere cumplido la mayoría de edad hasta los 25 años.

Consideramos que, si del análisis de las circunstancias socioeconómicas de la familia resulta que lo más probable es que el menor hubiera ayudado con los gastos del hogar de su señora madre Judy Vivas por su condición económica poco boyante, ella podría al menos recibir la indemnización bajo el concepto de pérdida de oportunidad, al percibir el apoyo del menor Esteban fallecido desde los 18 años y hasta que cumpliera los 25 años. Por lo anterior solicito al *ad quem* se otorgue esta pretensión.

Con el mayor respeto,

Atentamente,

Abg. LUIS CARLOS REYES VERGARA
C.C. No.16.679.973 de Cali
T.P. No. 224156 del C.S.J.