# RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / Elementos / El daño / Requisitos para que sea indemnizable.

Este Tribunal en anteriores oportunidades se ha pronunciado respecto a los requisitos que deben acreditarse en el daño, para que el mismo sea indemnizable: *“Se torna imprescindible que se acredite que i) la persona no tiene el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir que se pueda apreciar material y jurídicamente (que no sea una conjetura) y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita.* *A su turno, la antijuridicidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que se determine que la vulneración del derecho contravenga el ordenamiento jurídico en tanto no exista el deber de tolerarlo.* *Al respecto, advirtió que no constituyen elementos del daño la anormalidad ni la acreditación de una situación legítima; cosa distinta será la determinación de si la afectación proviene de una actividad o recae sobre un bien ilícito, caso en el que no habrá daño antijurídico derivado de la ilegalidad o ilicitud de la conducta de la víctima.* *Así, las características del daño son: i) que sea cierto, presente o futuro; ii) determinado o determinable y anormal y iii) que se trate de una situación jurídicamente protegida, esto es, que no se trate de situaciones jurídicas ilegítimas o contrarias a la ley y la Constitución.* *Entonces, para que el daño resulte indemnizable, es necesario que este afecte o se concrete en un derecho subjetivo o en un interés legítimo del cual sea titular la victima que, valga decir, debe estar situado dentro de la tutela y protección del Estado”.*

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / Relación especial de sujeción del Estado con las personas que prestan el servicio militar obligatorio.**

Conforme la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el Estado, respecto de los conscriptos contrae un deber positivo de protección, lo cual implica que debe responder por los daños que éstos sufran en el ejercicio de la actividad militar pues, al imponer el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del soldado, ya que se trata de una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado, de suerte que la Administración asume una posición de garante, al doblegar la voluntad del soldado y disponer de su libertad individual para un fin determinado, por lo que entra en una relación de especial sujeción, que lo hace responsable de los posibles daños que pueda padecer aquél, mientras permanezca a su cargo.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / Relación especial de sujeción del Estado con las personas que prestan el servicio militar obligatorio / Régimen de responsabilidad es distinto al aplicable a los daños sufridos por soldados voluntarios.**

En punto al régimen de responsabilidad aplicable al caso de los conscriptos, la jurisprudencia de esa Sección ha señalado que es diferente a la que debe aplicarse a quienes ejercen voluntariamente funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, verbigracia, de los militares, agentes de policía o las que cumplían los detectives del extinto DAS, bajo el entendido de que el sometimiento de aquéllos a los riesgos inherentes a la actividad militar no se realiza de manera voluntaria, sino que obedece al cumplimiento de los deberes que la Constitución impone a las personas, *“derivados de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social”*, para *“defender la independencia nacional y las instituciones públicas”*. Continúa la jurisprudencia en cita señalando que es diferente la situación de quienes prestan el servicio militar de manera obligatoria, de quienes lo hacen voluntariamente, dado que los primeros solo están obligados a soportar las cargas inherentes a éste, como la restricción a los derechos fundamentales de libertad y locomoción, pero no los riesgos anormales o excepcionales, en tanto que los segundos asumen todos y cada uno de los riesgos propios de la actividad militar. Como corolario de lo anterior, -continúa la sentencia en cita- se ha considerado que cuando una persona ingresa al servicio militar obligatorio en buenas condiciones de salud, debe dejar el servicio en condiciones similares, criterio a partir del cual se estableció la obligación de reparación a cargo de la entidad demandada, frente a los daños cuya causa esté vinculada con la prestación del servicio y excedan la restricción de los derechos y libertades inherentes a la condición de militar.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / Relación especial de sujeción del Estado con las personas que prestan el servicio militar obligatorio / Obligaciones del Estado con respecto de aquellas.**

La (…) Sección Tercera [del Consejo de Estado], en pronunciamiento del 30 de septiembre de 2000 , señaló que las obligaciones del Estado, respecto de las personas sometidas a una situación especial de sujeción son de dos clases i) de hacer, esto es, de prever y controlar los peligros que pueda sufrir una persona retenida desde el momento mismo en que se recluta o se produce la privación material de la libertad, hasta el momento en que ella es devuelta a la sociedad y ii) de no hacer, referida a la abstención de cualquier conducta que pueda vulnerar o poner en peligro los derechos que no estén limitados por su situación especial.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / Daños a conscriptos / Títulos de imputación.**

Respecto a los títulos de imputación, el Consejo de Estado ha expresado lo siguiente: *“Atendiendo a las condiciones concretas en las que se produjo el hecho, la Sala ha aplicado en la solución de los casos, los distintos regímenes de responsabilidad. Así, ha decidido la responsabilidad del Estado bajo el régimen de daño especial cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas; el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y, el de riesgo cuando éste proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos; pero, en todo caso, ha considerado que el daño no será imputable al Estado cuando se haya producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, por rompimiento del nexo causal. En providencia de 2 de marzo de 2000, dijo la Sala:* *...demostrada la existencia de un daño antijurídico causado a quien presta el servicio militar, durante el mismo y en desarrollo de actividades propias de él, puede concluirse que aquél es imputable al Estado. En efecto, dado el carácter especial de esta situación, por las circunstancias antes anotadas, es claro que corresponde al Estado la protección de los obligados a prestar el servicio militar y la asunción de todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a ellos se asignen.* *No será imputable al Estado el daño causado cuando éste haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, eventos cuya demostración corresponderá a la parte demandada”.*

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO / Daños a conscriptos / Falla del servicio del INPEC por no extremar al máximo medidas de protección y seguridad.**

Conforme al interrogatorio de parte y a los testimonios practicados, se tiene acreditado que para el desarrollo de la actividad de acondicionamiento físico -partido de microfútbol- se improvisó una cancha no apta para la práctica deportiva , valga recordar que de conformidad con el numeral 12 del artículo 17 del Decreto 537 de 1994, dentro de las funciones y obligaciones que los Auxiliares Bachilleres deben cumplir, se encuentra la realización de los ejercicios colectivos que mejoren o mantengan su capacidad física. Adicionalmente, se acreditó que una vez ocurrida la lesión del conscripto e informado a un integrante del cuadro de mando, se le instigó para que continuara participando en el encuentro deportivo, no se le brindó atención médica y tan solo se le permitió salir en busca de atención médica por sus propios medios, una vez se cumplió la labor de encerrar a los internos, configurándose así la falla en la prestación del servicio imputable al INPEC por su comportamiento negligente y descuidado, siendo que tenía el deber de guarda y protección del auxiliar bachiller, y por ende, *“tenía la obligación de extremar al máximo las medidas de protección y seguridad de los subordinados en la medida en que se trata de personas sometidas a su custodia y cuidado, que no asumen por su propia voluntad o iniciativa, sino por la imposición del Estado”*. Corolario de lo anterior, concluye la Sala, que la entidad demandada INPEC, no logró acreditar la inexistencia del nexo causal entre el daño y el hecho u omisión que lo produjo y, por tanto, hay lugar a declararlo patrimonialmente responsable por los perjuicios materiales e inmateriales causados a los demandantes con ocasión de la lesión sufrida por el señor Luis Eduardo Ávila Gaitán, tal como se decidió en el fallo de primera instancia.

**EXCEPCIONES PREVIAS / Deben resolverse en audiencia inicial / Como apoderado no impugnó decisión de primera instancia de resolverlas en la sentencia es extemporáneo alegarlo por vía de apelación de la sentencia.**

La Sala dirá que sin lugar a dudas las excepciones que propuso el apoderado de SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A. correspondían a excepciones previas que han debido resolverse en la audiencia inicial, tal como lo establece el numeral 6º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que la falta de jurisdicción o de competencia se encuentra enlistada dentro de las excepciones previas contempladas en el artículo 100 del CGP, a su vez, la excepción de prescripción extintiva se encuentra taxativamente señalada como excepción previa en el primer inciso del numeral 6º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011. Adicionalmente, el inciso tercero ibidem señala que *“si alguna de ellas prospera, el juez o magistrado dará por terminado el proceso, cuando a ello hubiere lugar”* y el último inciso ibidem establece que *“el auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso”*. De esta forma, como el apoderado de SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A. no interpuso oportunamente el recurso de apelación contra el auto proferido por la juez de primera instancia el 24 de noviembre de 2017 en audiencia inicial, por medio del cual decidió diferir la resolución de las excepciones previas al momento de la sentencia, el alegato respecto a la resolución de las excepciones de prescripción y falta de competencia, en esta etapa procesal (apelación contra sentencia), deviene extemporáneo, pues como se señaló previamente, al ser estas excepciones de las denominadas “previas”, han debido resolverse en la audiencia inicial como lo prevé el numeral 6º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

**CONTRATO DE SEGURO / Diferencia entre seguros de personas y seguros de daños / Objetivos distintos / Naturaleza compensatoria y no indemnizatoria del seguro de personas.**

En lo que respecta a la naturaleza de la Póliza de Vida Grupo No.21-71-1000000481, es necesario clarificar que no se trata de un seguro de daños (responsabilidad civil) como lo adujo el a-quo; sino que se trata de un seguro de personas, tipologías que a la luz de la jurisprudencia comprenden disímiles objetivos: *“El seguro que concierne con las personas, su finalidad principal es compensar, antes que indemnizar, la afectación derivada del acaecimiento del hecho descrito como desencadenante de la compensación… Alude a intereses de diferente índole como la vida o la integridad personal del asegurado, refiera al tomador o a un tercero y, por ello mismo, la obligación que soporta la aseguradora no es el resultado de la pérdida, dado que los intereses involucrados no son tasables en dinero, sino una suma previamente convenida a título de compensación….Por su parte.. el seguro de responsabilidad civil aparece como una modalidad del seguro de daños y la obligación del asegurador es, entonces, asumir la indemnización por los perjuicios patrimoniales que el asegurado cauce a la víctima, de manera que, en esta especie de aseguramiento, el beneficiario es ésta y no aquel. En tanto, el beneficiario en el seguro de personas es el que previamente ha sido elegido como tal o, dado el caso, a quienes por ley les corresponde percibir tal compensación”.* (…) *“En el seguro de personas, que por supuesto comprende el de vida, (…), se garantiza el pago de un capital previamente acordado entre las partes, que será su límite, cuando se produzca el hecho que afecta la supervivencia o salud del asegurado; el interés asegurable, según el artículo 1137 del Código de Comercio, lo tiene la persona en su propia vida, en la de las personas a quienes les pueda reclamar alimentos, y en la de aquellas por cuya muerte o incapacidad reciba un perjuicio económico, aunque este perjuicio no sea factible de evaluar de manera cierta, es decir, el objeto de ese interés es la existencia física misma. En el seguro de vida, el riesgo que asume el asegurador es la muerte del asegurado, en el que, se reitera, a diferencia del de daños, que tiene naturaleza indemnizatoria, las partes pueden libremente pactar la suma asegurada, que propiamente no responde al concepto de indemnización, sino al de prestación a cargo del asegurador por la ocurrencia del hecho que según la póliza da origen a la obligación de pagar la cantidad estipulada. Por lo tanto, con la sola ocurrencia del siniestro, debidamente acreditada, por regla general nace la obligación del asegurador de pagar el valor del seguro en la cantidad estipulada en el contrato”.*

**PÓLIZA DE SEGURO VIDA GRUPO / Vinculación de la aseguradora no es como litisconsorte necesario sino como llamado en garantía / Responsabilidad de la aseguradora no es solidaria sino limitada a los amparos de la póliza.**

Es dable concluir que la póliza Vida Grupo No. 21-71-1000000481 de Seguros de Vida del Estado S.A., tomada por el INPEC para asegurar a los bachilleres auxiliares del servicio militar obligatorio en el INPEC, corresponde a un seguro de personas en el cual se aseguró determinado capital dependiendo de los amparos otorgados, como se observa en la tabla precedente, razón por la cual, pese a que SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A. fue vinculado al proceso como litisconsorcio necesario de la pasiva mediante auto del 02 de marzo de 2017 (fls. 263 a 265), sin que se hubiese controvertido tal decisión, lo cierto es que conforme lo advirtió la juez de primera instancia al momento de proferir fallo, la Aseguradora en el caso concreto representa la figura procesal de llamamiento en garantía, (…) Así las cosas, aunque SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A. haya sido vinculado al presente proceso bajo la figura procesal de litisconsorcio necesario de la pasiva, no es posible declararlo patrimonialmente responsable en solidaridad con el INPEC, dado que las obligaciones que recaen en la Aseguradora en mención respecto del asegurado señor Ávila Gaitán en calidad de Auxiliar Bachiller del INPEC, conforme a los amparos de la póliza Vida Grupo No. 21-71-1000000481, corresponden a la suma previamente convenida a título de compensación, toda vez que, se reitera, la póliza que adquirió el INPEC corresponde a un seguro de personas y no un seguro de daños (póliza de responsabilidad civil extracontractual). En concordancia con lo señalado y encontrándose acreditada la pérdida de capacidad laboral del señor Luis Eduardo Ávila Gaitán en un 28,25%, a título de compensación, SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A., deberá pagar el capital previamente acordado o monto asegurado a la luz del amparo denominado “PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. DISMINUCION RELATIVA O PERMANENTE EN LA CAPACIDAD LABORAL, INFERIOR AL 75%” que corresponde a la suma de 36 SBCTEN ($30.594.348) según la póliza Vida Grupo No. 21-71-1000000481.

**PÓLIZA DE SEGURO VIDA GRUPO / Amparos / Si la póliza no determina que el valor asegurado es proporcional no hay lugar a aplicar proporcionalidad.**

El apoderado de SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A. arguyó que el valor asegurado de $30.594.348 se debe pagar cuando el auxiliar bachiller presenta efectivamente una pérdida de la capacidad laboral del 75%, en caso de una perdida inferior a este porcentaje, el valor a indemnizar a cargo de la aseguradora es proporcional, y afirma que toda vez que en el caso concreto la pérdida de capacidad laboral total del conscripto asegurado se determinó en 28,25%, al aplicar la regla proporcional, el valor a indemnizar corresponde a la suma única y definitiva de $11.523.872. Frente a este argumento, la Sala dirá que no tiene vocación de prosperidad, pues de la simple lectura del amparo otorgado en la póliza Vida Grupo No. 21-71-1000000481, “PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. DISMINUCION RELATIVA O PERMANENTE EN LA CAPACIDAD LABORAL, INFERIOR AL 75%”, se puede inferir que el valor asegurado no es variable ni proporcional al porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, sino que el valor asegurado es igual para todos los casos en que la disminución relativa o permanente de la capacidad laboral sea inferior al 75%, como ocurre en el caso concreto. En conclusión, la Sala dispondrá ordenar a la aseguradora Seguros Vida del Estado S.A. pagar directamente al asegurado, señor LUIS EDUARDO ÁVILA GAITÁN el valor asegurado individualmente por el INPEC, esto es, la suma de TREINTA MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS ($30.594.348) por concepto del amparo “Pérdida de Capacidad laboral. Disminución relativa o permanente en la capacidad laboral, inferior al 75%” correspondiente a la cobertura de la póliza No. 21-7-1000000481. Suma que el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO -INPEC-, deberá tener como parte de pago de la condena por concepto de daño a la salud del demandante. En caso de que tal pago se haga cuando ya el INPEC haya pagado la totalidad de la condena contenida en esta providencia, la aseguradora Seguros Vida del Estado S.A. pagará esa suma al INPEC.

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



# TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACA

**SALA DE DECISION No. 6**

**MAGISTRADO PONENTE: FELIX ALBERTO RODRIGUEZ RIVEROS**

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

**MEDIO DE CONTROL: REPARACION DIRECTA**

**DEMANDANTE: LUIS EDUARDO AVILA GAITAN Y OTROS**

DEMANDADO: LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL E INPEC

VINCULADOS: MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS Y SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A.

 **RADICADO: 150013333013201600092-01**

1. **ASUNTO A RESOLVER**

Procede la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá a pronunciarse respecto a los recursos de apelación formulados contra la sentencia de primera instancia proferida el 26 de junio del 2020 por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Tunja dentro del medio de control de reparación directa, promovido por el señor LUIS EDUARDO AVILA GAITAN Y OTROS en contra de la NACION-INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO INPEC Y OTROS.

1. **ANTECEDENTES**

**2.1.- DEMANDA (Fls. 5-36):**

Los accionantes, actuando a través de apoderado judicial constituido para el efecto, presentaron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitando que se declarara administrativamente responsable a la Nación - Ministerio De Defensa – Ejército Nacional y a la Nación - Instituto Nacional Penitenciario Y Carcelario – INPEC, por los perjuicios de orden material (daño emergente, lucro cesante futuro), y de orden moral, daño a la salud y alteración a las condiciones de existencia, ocasionados a los demandantes, mientras Luis Eduardo Ávila Gaitán prestaba el servicio militar obligatorio como auxiliar bachiller del INPEC en el Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana seguridad de Chiquinquirá, Boyacá.

Como consecuencia de lo anterior solicitaron el pago de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante futuro a favor de la víctima directa, por concepto de la pérdida de capacidad laboral y por la afiliación a una EPS debiendo las demandas, solventar los gastos del tratamiento integral hasta su total recuperación; así mismo solicitaron el pago de perjuicios por daño emergente a favor de la víctima directa, por concepto de compra de elementos para su rehabilitación y por el pago por valoración y calificación de la junta regional de calificación de invalidez. Adicionalmente, pidieron el pago de perjuicios morales a favor de la víctima directa, los padres y sus hermanos.

Igualmente, para la víctima directa se solicitó el pago de sesenta (60 SMLMV) salarios mínimos legales mensuales por perjuicios derivados del daño a la salud y el pago de sesenta (60 SMLMV) salarios mínimos legales mensuales por perjuicios derivados de la alteración a las condiciones de existencia.

Por último, solicitaron que las sumas que se reconocieran fueran debidamente indexadas aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del IPC y que se condenara en costas a las demandadas.

Los hechos en que fundamentan las pretensiones son los siguientes:

Que el señor LUIS EDUARDO ÁVILA GAITÁN, fue incorporado para prestar su servicio militar obligatorio como auxiliar bachiller el día 30 de septiembre del año 2013, designado por el Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, el cual lo destinó a prestar sus servicios en el Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana Seguridad de Combita, Boyacá, con el fin de recibir en esa institución su incorporación e instrucción, resultando como apto para la prestación del servicio militar en atención al examen médico que le fue practicado previamente. Posteriormente fue asignado a seguir prestando su servicio militar en Establecimiento Penitenciario y carcelario de Mediana seguridad de Chiquinquirá, Boyacá.

Que el día 11 de junio del año 2014 aproximadamente a las 4:30 pm, cuando se realizaba un partido de microfútbol, ordenado por los superiores jerárquicos, Luis Eduardo Ávila Gaitán tuvo un choque con un dragoneante del INPEC, que le ocasionó un grave daño en su pierna derecha, ante lo cual no recibió atención médica y por ello, siendo las 5:50 pm por sus propios medios salió en busca de atención hospitalaria y concurrió al Hospital Regional de Chiquinquirá, en donde fue atendido por urgencia hospitalaria en primera instancia; allí se le indicó que sería atendido por su carnet de afiliación a la EPS -Salud Vida, del régimen subsidiado de salud, ya que no registraba afiliación como auxiliar del INPEC, en consecuencia se peticionó a estos para que le suministraran información al respecto.

Que el trauma ocasionado al señor Luis Eduardo Ávila le había ocasionado: *“HEMARTROSIS DE RODILLA DERECHA CON EDEMA Y DOLOR CON FLEXIÓN HASTA 70%... DX: LESION DE LIGAMENTO CRUZADO ANTERIOR. PLAN: 1. SALIDA. 2. RODILLERA CON BARRAS LATERALES ARTICULADAS PARA USAR A DIARIO... 5. SE VERA EN 20 DIAS EN CONSULTA EXTERNA DE ORTOPEDIA CON UNA RESONANCIA NUCLEAR SE DA UNA INCAPACIDAD POR 20 DIAS”*. Luego de haberse practicado la resonancia magnética fue remitido al Hospital Simón Bolívar de Bogotá D.C y posteriormente fue valorado en la CLÍNICA DE MARLY – SERVICIO DE ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA, en Bogotá, lugar en el cual también se le diagnosticó *“LESIÓN DEL LCA DERECHO – LESION DEL MENISCAL”* y por ende tuvo que ser sometido el día 20 de septiembre de 2014 a las cirugías de *“ATROSCOPIA DE RODILLA DERECHA; RECONSTRACCIÓN DE LIGAMENTO CRUZADO ANTERIOR CON AUTOINJERTO, REMODELACIÓN MENISCAL, CONDROPLASTIA Y SINOVECTOMIA”*

Que en el trascurso de estos hechos el señor Luis Eduardo Ávila peticionó al INPEC solicitándoles la calificación por la junta medico laboral del Ejército Nacional, a la cual se le respondió, solicitándole su asistencia al centro de incorporación de instrucción de Cómbita – Boyacá para el diligenciamiento de la ficha médica unificada y la realización de algunos exámenes médicos (de tal forma que los mismos fueron realizados posteriormente). No obstante, indicaron que no se le notificó en debida forma la comparecencia a esa entidad, por parte de la Dirección de Sanidad Militar del ejército con el fin de informarse respecto a la calificación de la pérdida de capacidad laboral; dicha situación fue solicitada nuevamente mediante derecho de petición, pero no se obtuvo respuesta alguna.

Que el INPEC le notificó al señor auxiliar bachiller LUIS EDUARDO AVILA GAITAN la condición de PENDIENTE POR SANIDAD, es decir, no se le licenció y se le declaró NO APTO para el licenciamiento debido al tratamiento que tenía pendiente para la recuperación de todas sus funciones.

Que en atención lo anterior, el señor Luis Eduardo Ávila quedó con secuelas pues no puede compartir, socializar o divertirse con los demás jóvenes de su edad, no puede realizar actividades físicas y deportivas, no puede salir a bailar o divertirse como cualquier joven de su edad, adicionalmente, ante la discapacidad, no ha sido aceptado para realizar ningún trabajo y todo ello ha traído consigo graves sufrimientos, dolor, aflicción física y psicológica y hasta siquiátrica.

**2.2. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (Fls. 900-942)**

El Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, en sentencia del 26 de junio del 2020 resolvió:

*“****PRIMERO****: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa pasiva formulada por el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.*

***SEGUNDO:*** *NEGAR las pretensiones de la demanda respecto de la Aseguradora Mapfre S.A., conforme a lo expuesto.*

***TERCERO:*** *DECLARAR no probada la excepción de falta de legitimación en la causa pasiva formulada por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario –INPEC, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente providencia.*

***CUARTO:*** *DECLARAR patrimonialmente responsables al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC- y Seguros Vida del Estado S.A., por los perjuicios materiales e inmateriales causados a los demandantes con ocasión a la lesión sufrida por Luis Eduardo Ávila García, de acuerdo a la parte motiva de la providencia.*

***QUINTO:*** *CONDENAR al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC- y a Seguros Vida del Estado S.A., a pagar las siguientes sumas por concepto de daño moral:*

*- A favor de Luis Eduardo Ávila Gaitán (víctima) la suma de cuarenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (40 SMMLV).*

*- A favor de Luz Miriam Gaitán Aguilar (madre) la suma de cuarenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (40 SMMLV).*

*- A favor de Luis Eduardo Ávila Sierra (padre) la suma de cuarenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (40 SMMLV).*

*- A favor de Heidy Valentina Ávila Gaitán (hermana) la suma de veinte salarios mínimos mensuales vigentes (20 SMMLV)*

*- A favor de Ian Jerónimo Ávila Gaitán (hermano) la suma de veinte salarios mínimos mensuales vigentes (20 SMMLV)*

***SEXTO:*** *CONDENAR al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC- y Seguros Vida del Estado S.A., a pagar a Luis Eduardo Ávila Gaitán (víctima) la suma de CUARENTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (40 SMMLV) por concepto de daño a la salud.*

***SÉPTIMO:*** *CONDENAR al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC- y Seguros Vida del Estado S.A., a pagar a Luis Eduardo Ávila Gaitán (víctima) la suma de CUARENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y DOS MIL ($48.632.000), por concepto de lucro cesante futuro.*

***OCTAVO:*** *CONDENAR al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC- y Seguros Vida del Estado S.A., a pagar a Luis Eduardo Ávila Gaitán (víctima) la suma de DOSCIENTOS CINCUENTA Y UN MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS ($251.750) por concepto de daño emergente consolidado.*

***NOVENO:*** *ORDENAR a la aseguradora Seguros Vida del Estado S.A. devolver al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC-, el porcentaje correspondiente a las coberturas de las pólizas No 21-71-1000000479 y No. 21-7-1000000481. Suma que deberá reintegrarse dentro de los seis (6) meses siguientes a la fecha del pago total.*

***DÉCIMO:*** *NEGAR las demás pretensiones de la demanda*

***DÉCIMO PRIMERO:*** *Condenar en costas al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC- y Seguros Vida del Estado S.A., en partes iguales. Por secretaría liquídense en los términos del artículo 365 del CGP*

*(…)”.*

Para arribar a tal conclusión, la juez de primera instancia luego de desarrollar el marco normativo y jurisprudencial relativo a la responsabilidad del estado, al servicio de reclutamiento de los auxiliares bachilleres y al régimen de responsabilidad aplicable por lesiones ocasionadas a conscriptos durante la prestación del servicio, arribó al caso concreto, haciendo un recuento de lo probado en el proceso, encontrando acreditado el daño y el porcentaje de disminución laboral causado al señor Luis Eduardo Ávila Gaitán, quien sufrió una caída lesionándose la rodilla derecha, estando en turno el día 11 de junio de 2014 en calidad de auxiliar Bachiller en las Instalaciones de la Cárcel de Chiquinquirá y que con fundamento en el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, presentó una disminución total de capacidad laboral del 28,25%.

Así mismo, encontró demostrado que los demandantes en este proceso tienen un vínculo consanguíneo con el señor Ávila Gaitán y que la lesión que él sufrió les causó un daño antijurídico.

Ahora bien, respecto a la imputación del daño señaló que el señor Ávila Gaitán ingresó a prestar el servicio obligatorio como auxiliar bachiller en óptimas condiciones de salud y quedó bajo la custodia y guarda del INPEC y en atención a órdenes de sus superiores realizó actividades de acondicionamiento físico – partido de fútbol en una cancha improvisada ubicada en el patio donde se guardaban los carros del INPEC - sufriendo una lesión de carácter permanente que le ocasionó pérdida de su capacidad laboral.

De acuerdo a lo anterior, adujo que se presentó una falla en el servicio atribuible a quien tenía la guardia y custodia del auxiliar bachiller, esto es, al INPEC.

De otro lado, declaró probada la excepción de legitimación en la causa por pasiva propuesta por el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, teniendo en cuenta que si bien esta entidad tiene la función de inscripción y reclutamiento de los auxiliares bachilleres que prestan el servicio militar obligatorio en el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Penitenciaria Nacional, el personal auxiliar que presta el servicio militar obligatorio queda bajo el mando, jurisdicción y administración del INPEC.

Respecto a la Aseguradora MAPFRE adujo que se acreditó que atendió los servicios médicos contemplados en las pólizas suscritas con el INPEC, evidenciando ausencia de responsabilidad de esta entidad, razón por la cual declaró probada la excepción de “imposibilidad de afectar la póliza de seguro de salud colectivo vital por ser las pretensiones dirigidas a obtener indemnización de perjuicios”.

En cuanto a Seguros de Vida del Estado S.A., la juez de primera instancia señaló que para el día de los hechos de la demanda se encontraban vigentes la póliza de vida grupo No. 21-71-1000000479 y la póliza de grupo No.21-7-1000000481, suscritas por esta aseguradora con el INPEC, las cuales entre otras cosas, amparaban aseguraban la pérdida de capacidad laboral relativa o permanente inferior al 75% y la pérdida de capacidad laboral adquirida como consecuencia de actos de servicio, como lo es la realización de ejercicios colectivos con el fin de mantener la capacidad física y psicológica de los soldados, auxiliares bachilleres, dragoneantes, etc.

Sostuvo que procesalmente la vinculación de Seguros de Vida del Estado S.A. corresponde a un llamado en garantía y no a un litisconsorte necesario, no obstante, como se vinculó bajo la última figura, declaró la responsabilidad solidaria de esta entidad y el INPEC, a efectos de que la aseguradora en mención respondiera por el monto de las pólizas suscritas, toda vez que la omisión que se imputó como causante del daño se produjo durante la vigencia de las pólizas relacionadas en precedencia.

**2.3. RECURSOS DE APELACIÓN:**

**2.3.1. Parte Demandante (fls. 977 a 999)**

Inconforme con la decisión de primera instancia, la parte demandante presentó recurso de apelación, solicitando su modificación a efectos de para conceder la indemnización por lucro cesante consolidado, causado desde el 11 de junio de 2016 (fecha de causación del daño) hasta el hasta el 26 de junio de 2020 (fecha de la sentencia de primera instancia), pues, en su criterio, fue denegado a pesar de encontrarse probado en el proceso y haberse pedido la indemnización integral de perjuicios.

Adujo que el derecho a la reparación integral de las víctimas de las lesiones imputables a los agentes del Estado reviste un carácter de derecho fundamental constitucional, que no puede ser negado, limitado o desconocido. También hizo referencia al derecho a la tutela judicial efectiva para que se indemnice integralmente a las víctimas de daños antijurídicos, cuando se encuentra demostrado el perjuicio en el proceso, al decreto de oficio medidas de justicia restaurativa y la relativización del principio de justicia rogada.

**2.3.2. Parte Demandada - Instituto Nacional Penitenciario Y Carcelario (INPEC) (fls. 1003 a 1009):**

Manifestando su inconformidad ante la decisión adoptada en primera instancia, el apoderado judicial del INPEC presentó recurso de apelación, solicitando se revocara la sentencia de primera instancia y se denegaran las pretensiones de la demanda.

En ese sentido, aclaró que la Dirección de Sanidad Militar del Ejército Nacional es la encargada de determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de los lesionados por medio de la Junta Médico Laboral del Ejército, sin embargo, adujo que en el transcurso del trámite el señor Ávila Gaitán incumplió sus obligaciones de continuar con los protocolos y valoraciones por la entidad competente y decidió abandonar voluntariamente el procedimiento.

Por otro lado, señaló que difiere de la calificación (porcentaje de pérdida de capacidad laboral) establecida en el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, pues se trató de un dictamen basado en la historia clínica del paciente y en lo que el mismo refirió sentir sin poder tener certeza de ello, por el contrario, concluyó que de existir algún tipo de secuela la misma es reciente y distinta, a la lesión sufrida y tratada con éxito en el año 2014.

Así mismo, sostuvo que el INPEC garantizó las contingencias presentadas en la salud del señor Ávila, a través de la póliza contratada con la Aseguradora MAPFRE y lo relativo a la indemnización por la pérdida de capacidad laboral fue amparado de igual forma mediante la póliza suscrita con SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A, razón por la cual, en su criterio, el INPEC cumplió a cabalidad sus responsabilidades.

Con todo lo relatado, concluyó que el INPEC intervino y actuó cumpliendo la normatividad que regula la materia, por tanto, señaló que no se estructuró el nexo causal entre el daño y la falla del servicio, así como la inexistencia de la obligación, dado que no hay causa legal que soporte la acción incoada por el demandante.

Por último, indicó que el actor no señaló con claridad bajo que modalidad se presentó la supuesta falla del servicio, si fue por retardo, irregularidad, ineficiencia, omisión, o por ausencia del mismo.

**2.3.3. Litisconsorcio Necesario - Seguros de vida del Estado S.A. (fls. 950 a 960):**

El apoderado judicial de la aseguradora Seguros de vida del Estado S.A. apeló la sentencia de primera instancia solicitando sea revocada en su integridad frente a lo que corresponde a la condena impuesta a su representada, para en su lugar absolver a la entidad de toda condena en atención a los siguientes razonamientos:

* La vinculación de esta Aseguradora en el proceso se dio por la existencia de la póliza de Vida Grupo No. 21-71-1000000481, la cual fue confundida por la Juez de primera instancia con una póliza de Responsabilidad Civil Extracontractual.
* En la sentencia apelada no se tuvo en cuenta que quedó establecido y probado en la audiencia inicial que la póliza No. 21-71-1000000479 fue anulada por error en la vigencia de la póliza y que fue reemplazada por la póliza No. 21-71-1000000481.
* La sentencia atacada desconoció el límite asegurado de la póliza conforme a las lesiones sufridas por el demandante, además, desconoció el alcance de la cobertura de dicha póliza en tanto es una póliza de VIDA (seguros de personas) y no una póliza de responsabilidad civil extracontractual (seguro de daños); aunado a que desconoció totalmente las condiciones generales y particulares de este seguro de vida.
* El fallo apelado no desató las excepciones previas propuestas por la Aseguradora, las cuales en audiencia inicial fueron diferidas para ser analizadas con el fondo de la decisión.
* Los hechos del proceso no corresponden al riesgo asegurado en la póliza, pues solo se cubrían los riesgos acaecidos con ocasión a la prestación del servicio y actividades propias del INPEC conforme a su designio y objeto social, por lo que las actividades deportivas ajenas al servicio del INPEC, como el caso de la demanda, no se encontraban aseguradas.
* La sentencia desconoció el límite del valor asegurado la póliza de vida grupo No. 21-71-1000000481, condenándolos a pagar una suma de dinero que sobrepasa de $175.500.000.oo, aun cuando el límite asegurado era únicamente $30.594.348.oo. Así mismo, adicionó que en este caso es necesario realizar una operación proporcional a la pérdida de capacidad laboral, es decir que el valor asegurado de $30.594.348, correspondería a una pérdida de la capacidad laboral del 75%, pero como la pérdida de capacidad laboral fue del 28.25%, en caso de llegar a ser condenados la suma a reconocer serán $11.523.872.oo.
* Adicionalmente indicó que la póliza de vida grupo No. 21-71-1000000481, trataba de un seguro de “personas”, por tanto, la suma asegurada NO cubría toda clase de perjuicio, como lucro cesante y daño moral.
* La sentencia atacada en su numeral noveno de la parte resolutiva impuso una carga en abstracto para esta Aseguradora, lo cual no es entendible tratándose de un seguro de vida, al efecto, aclaró que los seguros de personas operan frente a la verificación objetiva de la ocurrencia del riesgo asegurado (afectación de la vida y/o salud de la persona asegurada), y adicionalmente en que la suma de dinero que se paga a título de “suma asegurada” no ostenta un carácter indemnizatorio, sino que simplemente es un monto de dinero “fijo” que las partes libremente acordaron, por lo mismo, no pueden ser imputado a ningún concepto indemnizatorio; y tampoco sobrepasar este valor específico. También arguyó que resulta un contrasentido legal que mientras los numerales 5, 6, 7 y 8 de la parte resolutiva de la sentencia le impusieron a Seguros Vida del Estado S.A. la obligación de pagar las indemnizaciones reconocidas en solidaridad con el INPEC, a continuación, en su numeral 9, le impusieron la obligación de devolver un porcentaje de las coberturas de la póliza al INPEC; cuando resulta evidente que las obligaciones así estipuladas resultan excluyentes.

**2.4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Admitido el recurso de apelación en segunda instancia y corrido el termino de traslado para alegar de conclusión (fl. 846), el apoderado judicial de la parte demandante alegó de conclusión (Fls. 921-935) reafirmando los argumentos expuestos con el recurso de apelación, adicionalmente señaló respecto al principio de justicia rogada y principio de congruencia que los mismos han venido sufriendo cambios imponderables lo cual ha de ser tenido en cuenta para modificar la sentencia impugnada en lo que respecta a la indemnización por lucro cesante consolidado.

El apoderado judicial del INPEC allegó sus alegatos de conclusión (Fls. 917-920) reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Así mismo, Seguros de Vida del Estado S.A., allegó sus alegatos de conclusión (Fls. 911-916), reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

**2.5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (fls. 936-945)**

El Agente del Ministerio Público, Procurador 45 Judicial II para Asuntos Administrativos, emitió concepto solicitando confirmar el fallo de primera instancia, excepto el numeral sexto, para condenar a Seguros Vida del Estado S.A., a pagar al INPEC la suma de $ 30.594.348, conforme al riesgo amparado en la póliza vida seguro No. 21-71-1000000481 y en virtud del llamamiento en garantía que tal entidad hiciera.

Para arribar a esta conclusión, luego de enunciar los antecedentes y el problema jurídico, hizo alusión a la responsabilidad del Estado y seguidamente, abordó el caso concreto, realizando un análisis de lo probado en el proceso, encontrando acreditado que el actor Luis Eduardo Ávila prestó el servicio militar como auxiliar bachiller, en desarrollo del servicio y cumpliendo órdenes sufrió la lesión en la rodilla derecha, cumplió con la carga que le impone la ley, pues adelantó todos los procedimientos (entiéndase exámenes, terapias, procedimientos quirúrgicos e incapacidades) a fin de recuperar su estado de salud, adelantó las gestiones administrativas que le correspondían para que la Junta Médico Laboral del Ejército Nacional efectuara la calificación de pérdida de capacidad laboral, sin que el INPEC lo citara para dichos efectos.

Respecto al dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá, determinó que cumplió con las exigencias establecidas y mediante este se logró probar el daño, el cual es imputable al INPEC.

En cuanto a los argumentos expuestos en el recurso de alzada por la aseguradora Seguros de Vida del Estado S.A., resaltó que era de recibo tener en cuenta que una póliza fue expedida erróneamente y anulada (21-71- 1000000479), por lo cual no gozó de efectos jurídicos dentro del presente proceso, pero en su reemplazo se expidió la póliza No. 21-71- 1000000481, siendo esta la única póliza vigente y con efectos contractuales para la época de los hechos.

Además, señaló que los amparos asegurados en la Póliza No. 21-71-1000000481 fueron: Muerte por cualquier causa, Auxilio funerario EVG- 052 e Incapacidad total y permanente, por lo que no comprende indemnización por perjuicios morales o materiales (lucro cesante, daño emergente), en ese sentido, no es una póliza de responsabilidad civil extracontractual, sino que es una póliza de personas (que sólo ampara en este caso la incapacidad laboral del demandante Luis Ávila), por la suma de $30.594.348.

Adujo que es procedente modificar la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar responsable única y exclusivamente al INPEC por los perjuicios materiales e inmateriales ocasionados a los demandantes. Así mismo, que corresponde modificar el numeral sexto de la sentencia y condenar a Seguros Vida del Estado S.A. a pagar al INPEC la suma de $30.594.348, conforme al riesgo amparado en la póliza No. 21-71-1000000481.

Por último, frente al reconocimiento del lucro cesante consolidado, expresó que el mismo debe ser negado, como quiera que en el escrito de la demanda solo reclamó el perjuicio material a título de lucro cesante futuro.

**III. C O N S I D E R A C I O N E S:**

**3.1.- Problema jurídico:**

Deberá la Sala determinar si es procedente declarar responsable a la Nación - Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC, por las lesiones y daños ocasionados al señor Luis Eduardo Ávila Gaitán con ocasión de los hechos ocurridos el 11 de junio de 2014 mientras prestaba el servicio militar obligatorio como Auxiliar Bachiller en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Chiquinquirá, y de ser así, si está llamada a responder, individual o solidariamente con la Aseguradora Seguros Vida del Estado S.A.

Adicionalmente, una vez determinada la responsabilidad de las demandadas, se deberá establecer si es procedente el reconocimiento y pago del lucro cesante consolidado, bajo los argumentos expuestos por la parte actora en el recurso de apelación.

**3.1.1. De los elementos de la responsabilidad Estatal**

1. **Del daño**

Respecto a los componentes del daño, que considera la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, se han podido destacar los siguientes: “a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio , (…) y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general, o de la cooperación social. (…) no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima (…) los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”[[1]](#footnote-1).

Este Tribunal en anteriores oportunidades se ha pronunciado respecto a los requisitos que deben acreditarse en el daño, para que el mismo sea indemnizable:

*“Se torna imprescindible que se acredite que i) la persona no tiene el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir que se pueda apreciar material y jurídicamente (que no sea una conjetura) y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita.*

*A su turno, la antijuridicidad del daño va encaminada a que no sólo se constate la materialidad y certidumbre de una lesión a un bien o interés amparado por la ley, sino que se determine que la vulneración del derecho contravenga el ordenamiento jurídico en tanto no exista el deber de tolerarlo.*

*Al respecto, advirtió que no constituyen elementos del daño la anormalidad ni la acreditación de una situación legítima; cosa distinta será la determinación de si la afectación proviene de una actividad o recae sobre un bien ilícito, caso en el que no habrá daño antijurídico derivado de la ilegalidad o ilicitud de la conducta de la víctima.*

*Así, las características del daño son: i) que sea cierto, presente o futuro; ii) determinado o determinable y anormal y iii) que se trate de una situación jurídicamente protegida, esto es, que no se trate de situaciones jurídicas ilegítimas o contrarias a la ley y la Constitución.*

*Entonces, para que el daño resulte indemnizable, es necesario que este afecte o se concrete en un derecho subjetivo o en un interés legítimo del cual sea titular la victima que, valga decir, debe estar situado dentro de la tutela y protección del Estado”[[2]](#footnote-2).*

1. **De la imputación**

**- Del régimen jurídico aplicable a la responsabilidad del Estado por los daños causados a los conscriptos[[3]](#footnote-3)**

Conforme la jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, el Estado, respecto de los conscriptos contrae un deber positivo de protección, lo cual implica que debe responder por los daños que éstos sufran en el ejercicio de la actividad militar pues, al imponer el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del soldado, ya que se trata de una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado, de suerte que la Administración asume una posición de garante, al doblegar la voluntad del soldado y disponer de su libertad individual para un fin determinado, por lo que entra en una relación de especial sujeción, que lo hace responsable de los posibles daños que pueda padecer aquél, mientras permanezca a su cargo[[4]](#footnote-4).

En punto al régimen de responsabilidad aplicable al caso de los conscriptos, la jurisprudencia de esa Sección ha señalado que es diferente a la que debe aplicarse a quienes ejercen voluntariamente funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, verbigracia, de los militares, agentes de policía o las que cumplían los detectives del extinto DAS[[5]](#footnote-5), bajo el entendido de que el sometimiento de aquéllos a los riesgos inherentes a la actividad militar no se realiza de manera voluntaria, sino que obedece al cumplimiento de los deberes que la Constitución impone a las personas, *“derivados de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social”*[[6]](#footnote-6), para *“defender la independencia nacional y las instituciones públicas”*.

Continúa la jurisprudencia en cita señalando que es diferente la situación de quienes prestan el servicio militar de manera **obligatoria, de quienes lo hacen voluntariamente,** dado que los primeros solo están obligados a soportar las cargas inherentes a éste, como la restricción a los derechos fundamentales de libertad y locomoción, pero no los riesgos anormales o excepcionales[[7]](#footnote-7), en tanto que los segundos *asumen todos y cada uno de los riesgos propios de la actividad militar.*

Como corolario de lo anterior, -continúa la sentencia en cita- se ha considerado que cuando una persona ingresa al servicio militar obligatorio en buenas condiciones de salud, debe dejar el servicio en condiciones similares[[8]](#footnote-8), criterio a partir del cual se estableció la obligación de reparación a cargo de la entidad demandada, frente a los daños cuya causa esté vinculada con la prestación del servicio y excedan la restricción de los derechos y libertades inherentes a la condición de militar.

En este sentido, la referida Sección Tercera, en pronunciamiento del 30 de septiembre de 2000[[9]](#footnote-9), señaló que las obligaciones del Estado, respecto de las personas sometidas a una situación especial de sujeción son de dos clases *i)* de hacer, esto es, de prever y controlar los peligros que pueda sufrir una persona retenida desde el momento mismo en que se recluta o se produce la privación material de la libertad, hasta el momento en que ella es devuelta a la sociedad y *ii)* de no hacer, referida a la abstención de cualquier conducta que pueda vulnerar o poner en peligro los derechos que no estén limitados por su situación especial.

Continúa esta sentencia señalando que el reclutamiento, como ejercicio legítimo del poder del Estado que afecta algunos derechos de las personas, **en sí mismas no son actividades que generen responsabilidad patrimonial derivada de los perjuicios consustanciales a esas situaciones, dado que son cargas que los ciudadanos deben soportar, no obstante, así como éste soporta la restricción de algunos de sus derechos, el Estado se obliga a garantizarles una eficaz protección y seguridad para lo cual éste goza de posibilidades reales, pues posee el monopolio de la fuerza y los poderes de coerción que le permiten afrontar tales riesgos.**

Resalta la jurisprudencia citada que la medida de prever y controlar cualquier acto que redunde en perjuicio de los conscriptos es de resultado, pues la probabilidad de lograr la eficacia en el cumplimiento de la obligación es alta.

En concordancia con lo anterior, respecto a los títulos de imputación, el Consejo de Estado[[10]](#footnote-10) ha expresado lo siguiente:

“*Atendiendo a las condiciones concretas en las que se produjo el hecho, la Sala ha aplicado en la solución de los casos, los distintos regímenes de responsabilidad. Así, ha decidido la responsabilidad del Estado bajo el régimen de daño especial cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas; el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y, el de riesgo cuando éste proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos; pero, en todo caso, ha considerado que el daño no será imputable al Estado cuando se haya producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, por rompimiento del nexo causal. En providencia de 2 de marzo de 2000, dijo la Sala:*

*...demostrada la existencia de un daño antijurídico causado a quien presta el servicio militar, durante el mismo y en desarrollo de actividades propias de él, puede concluirse que aquél es imputable al Estado. En efecto, dado el carácter especial de esta situación, por las circunstancias antes anotadas, es claro que corresponde al Estado la protección de los obligados a prestar el servicio militar y la asunción de todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a ellos se asignen.*

*No será imputable al Estado el daño causado cuando éste haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, eventos cuya demostración corresponderá a la parte demandada”[[11]](#footnote-11).*

Por su parte, los eximentes de responsabilidad aplicables a los casos donde se discute la responsabilidad del Estado por los daños causados a los conscriptos, la Corporación en cita ha señalado lo siguiente:

*“En cada caso concreto en los cuales se invoque la existencia de una causa extraña por parte de la entidad demandada, es necesario analizar los detalles de tiempo, modo y lugar en que se produjo el daño, por cuanto es posible que el Estado haya contribuido co-causalmente a la generación del mismo, específicamente, al situar al conscripto en la situación de riesgo, o bien por una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas o por una falla del servicio”[[12]](#footnote-12).*

**3.1.2. Caso concreto**

**3.1.2.1. Del daño antijurídico**

Con base en las pruebas practicadas en el proceso de la referencia, la Sala tiene como ciertos los siguientes hechos que hacen referencia al daño que se alega:

Que mediante examen médico de admisión para auxiliares bachilleres realizado por el INPEC el 25 de julio del 2013, se declaró APTO al señor Luis Eduardo Ávila Gaitán (fl. 725).

Que tal como lo señaló el INPEC en la contestación de la demanda, “*El auxiliar bachiller Luis Eduardo Ávila Gaitán, prestó su servicio militar obligatorio en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Chiquinquirá, luego de cumplir con los procedimientos ante la Dirección de Reclutamiento Control Reservas del Ejército, y de recibir su instrucción en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Alta y Mediana Seguridad y Carcelario con Alta Seguridad de Cómbita*. *(…)* ***En desarrollo del cumplimiento de su servicio militar obligatorio el señor AVILA GAITAN, el día 11 de junio de 2014, sufrió lesión física en su miembro inferior derecho*** (…) (fls. 237 y 238).

La lesión sufrida por el demandante se ocasionó en el marco de un encuentro deportivo -partido de microfútbol- a realizarse el 11 de junio de 2014, autorizado con referencia ***“autorización acondicionamiento físico”*** por el director EPMSC Chiquinquirá en Oficio 104-EPMSCCHI-CVIG-038 del 10 de junio de 2014, en el cual se encontraba relacionado el AB. Ávila Gaitán Luis (fls. 498 y 594).

Para el día y hora que se llevó a cabo la actividad de acondicionamiento físico, el demandante se encontraba en servicio en el área de Sanidad P.2. (fl. 593) y fue relevado para asistir al encuentro deportivo, conforme lo narró el señor Ávila Gaitán en el interrogatorio de parte: *“El 11 de junio de 2014 a las 4:20 de la tarde, tenía servicio de sanidad; el comandante de guardia distinguido Manuel, me mandó relevar para incremento físico… En ese momento si no se hace el relevo, lo mandan a uno a garitear por un guardián que quiera jugar… Salí a jugar con un sargento, un auxiliar y Holman (con el que tuve la lesión), trascurrió 40 minutos 50 minutos de juego, en el forcejeo con el compañero me gire, choque la espalda y la rodilla se me fue, sentí el dolor…”* (Minuto 23:30 y ss CD fl 798 Audiencia de Pruebas).

El demandante acudió al servicio de urgencias del Hospital Regional de Chiquinquirá E.S.E. el 11 de junio de 2014 con hora de ingreso 18:37 y con hora de egreso 17:09 del 12 de junio de 2014 con motivo de golpe en la rodilla derecha, para ser atendido por medio de la E.P.S. SALUDVIDA en la cual se encontraba ACTIVO en el REGIMEN SUBSIDIADO, siendo incapacitado de forma consecutiva e ininterrumpida en múltiples ocasiones (fls. 604 – 605, 621, 623, 598, 625 y otros).

Tal como consta en Acta del INPEC No. 024 de 22 de agosto de 2014, se le informó al demandante que “*mediante acta No. 001/2014 de práctica de exámenes de licenciamiento de fecha julio 21 de 2014, fue declarado NO APTO para licenciar por presentar Ruptura de Ligamento Cruzado”* así mismo, que a partir de la fecha quedaba descuartelado del servicio militar pero no licenciado y que debía realizar los trámites correspondientes para que por parte de MAPFRE le sea prestada la atención correspondiente hasta la culminación del tratamiento. (fls. 663 y 664).

En atención a que no se llegó al proceso constancia que se hubiese realizado la Junta Médico Laboral por parte de la Dirección de Sanidad del Ejército, en la audiencia inicial del 24 de noviembre de 2017 se decretó dictamen pericial de pérdida de capacidad laboral del señor Luis Eduardo Ávila Gaitán, a cargo y costa de la parte actora (quien la solicitó), para lo cual se designó a la Junta Regional de Invalidez de Tunja – Boyacá.

El 6 de mayo de 2018 la Junta Regional de Invalidez de Tunja – Boyacá allegó al expediente el Dictamen No. 00665-2017 efectuado al señor Ávila Gaitán en el cual se concluyó: *“se califican las secuelas de trauma de rodilla derecha sufrido el 11 de junio de 2014, de acuerdo con la historia clínica aportada y que reposa en el expediente, con el Decreto 094 de 1989, por tratarse de una lesión sufrida durante la prestación del servicio militar, según lo relatado por el calificado y lo referido en las valoraciones médicas. (…)* ***Disminución total de la capacidad laboral= 28.25%.*”** (fls. 817 a 821).

De conformidad con lo anterior, la Sala encuentra claramente demostrado el daño antijurídico invocado por la parte actora, consistente en la lesión de la rodilla derecha del señor Ávila Gaitán ocasionada el 11 de junio de 2014 en jornada de acondicionamiento físico, fecha para la cual estaba en servicio como Auxiliar Bachiller en las Instalaciones de la Cárcel de Chiquinquirá, y la consecuente disminución total de capacidad laboral de 28, 25%, tal como lo dictaminó la junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá.

**3.1.2.2. De la imputación del daño**

La Sala considera igualmente demostrada la imputación jurídica del daño a la Nación - Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC-, en razón a que la lesión de la rodilla derecha que conllevó a disminución total de capacidad laboral de 28, 25% , ocurrió cuando el señor Ávila Gaitán en calidad de Auxiliar Bachiller se encontraba desarrollando una actividad de acondicionamiento físico en el Establecimiento Penitenciario de Alta y Mediana seguridad de Chiquinquirá - Boyacá, en cumplimiento de órdenes de sus superiores y en horas de servicio, lo cual constituye el nexo causal con la Administración.

Cabe señalar en este punto que, el INPEC argumentó en su defensa que el señor Ávila Gaitán no dio estricto cumplimiento a sus obligaciones de continuar con los protocolos y valoraciones por la autoridad competente, abandonando voluntariamente el procedimiento indicado y notificado ante la Junta Médico Laboral del Ejército, a efectos de determinar si era procedente una indemnización por la lesión sufrida.

Adicionalmente, adujo que difiere de la calificación establecida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá pues se basó en la historia clínica del paciente y en lo que él refirió sentir, sin tener certeza de ello, señalando que, si existe algún tipo de secuela, esta es reciente y distinta a la lesión sufrida y tratada con éxito en el año 2014. Sostuvo que no se estructuró el nexo causal entre el daño y una falla en el servicio ya que la entidad dio estricto cumplimiento a las funciones establecidas en la ley, y, por tanto, se presentó inexistencia de la obligación.

Así las cosas, respecto al argumento relacionado con el abandono voluntario del conscripto al procedimiento ante la Junta Médico Laboral del Ejército, evidencia la Sala que si bien el INPEC mediante oficio No. 82102-SUCUC-GRUMI-00712 del 7 de septiembre de 2015, le notificó al señor Ávila Gaitán que radicó ante la Dirección de Sanidad Militar del Ejército la documentación necesaria para que se reuniera la Junta Médico Laboral Militar a efectos de que emitiera una calificación definitiva, como consta en el Oficio No. 82102-SUCUC-GRUMI-948 del 10 de septiembre de 2015 radicado por el INPEC ante Junta Médico Laboral Militar (fl. 147) y se le indicó que debía hacer seguimiento del proceso hasta su culminación y decisión, ante la Dirección de Sanidad Militar del Ejército Nacional, y estar pendiente de las notificaciones y/o requerimientos del área de medicina laboral (fl. 145), lo cierto es que no obra en el plenario prueba de alguna notificación o requerimiento por parte del área en mención que hubiese sido desatendida por el conscripto.

Por el contrario, la Sala encuentra acreditado que el señor Ávila Gaitán adelantó gestiones tendientes a la práctica de la Junta Médico Laboral ante la Dirección de Sanidad Militar, es así que, mediante derecho de petición radicado el 27 de enero de 2016 (fl. 161), solicitó que se fijara fecha y hora para que fuera atendido por la Junta Médico Laboral, en razón a que a la fecha de la petición la Dirección de Sanidad no lo había citado ni convocado para el respectivo examen médico.

Ahora bien, a folio 778 del expediente se observa el oficio No. 20173392279121 de 21 de diciembre de 2017 mediante el cual la Dirección de Sanidad del Ejército dio respuesta a requerimiento del juzgado de primera instancia, informando que *“una vez verificado el Sistema Integrado de Medicina Laboral (SIML) se evidencia ficha médica No. 579520 con fecha de 21 septiembre de 2015 sin que el usuario haya continuado el trámite para la realización de la Junta Medico Laboral”*, razón por la cual, adujo, que no pudo tramitar la Junta Medico Laboral del señor Luis Eduardo Ávila Gaitán. Sin embargo, se reitera, no allegó ninguna prueba que diera cuenta que el área encargada de la Dirección de Sanidad del Ejército notificó o requirió al usuario en mención y éste lo hubiese desatendido, es más, no obra en el expediente la respuesta que dio (si la dio) la Dirección de Sanidad del Ejército a la petición que elevó el señor Ávila Gaitán el 27 de enero de 2016, requiriendo la fijación de fecha y hora para llevar a cabo la Junta Medico Laboral.

De modo complementario, respecto al abandono del tratamiento prescrito por la Dirección de Sanidad, una vez puesto en conocimiento el oficio visible a folio 778 y ante la pregunta ¿por qué razón no continuó con el trámite para valoración por la junta médica laboral de sanidad?, en el interrogatorio de parte el señor Ávila Gaitán señaló[[13]](#footnote-13) :

*”Creo que son 90 días que tenían para llamarme o dar información, yo llamé reiteradas veces hasta el día 90; el día 90 fui hasta la dirección que tenía para hacer eso, me mandaron para otro batallón a otro distrito, en ese distrito me dijeron que la fecha ya se había acabado y que ya me habían notificado, cuando mi residencia nunca cambió, nunca cambié el número de teléfono de la casa, en ningún momento llamaron, en ningún momento me notificaron a mi residencia de ninguna forma para yo poder ir a hacer algo.*

*Cuando se cumplieron los 90 días que no me llamaron, lo tenía presente, fui hasta Bogotá en horas de la mañana, me mandaron hasta el otro batallón, duré todo el día y ahí fue cuando me dijeron que ya había pasado el tiempo, que ya me habían notificado… Mi pregunta fue ¿A dónde me notificaron? No sé, si notificarían a la cárcel, en ningún momento a mí, nunca me notificaron, o no creo que diga ahí, que llegó un correo a mi casa o que yo lo firmé, o algún papel que me digan que ya me tenía que acercar a Bogotá. Las veces que yo llamé nunca me dieron respuesta, inclusive, a donde me dijeron que tenía que ir habían cambiado ese sitio en Bogotá a otro batallón”.*

Conforme a lo señalado, son entendibles las razones por las cuales fue solicitado por la parte demandante y decretado por el a quo el Dictamen Pericial para determinar la calificación de la pérdida de capacidad laboral (PCL) del señor Luis Eduardo Ávila Gaitán por parte de la Junta Regional de Invalidez de Boyacá, toda vez que la Dirección de Sanidad del Ejército no tramitó la Junta Médico Laboral respectiva y no acreditó que esta situación haya ocurrido por abandono del tratamiento por parte del usuario.

De este modo, de conformidad con el Dictamen No. 00665-2017 allegado por la Junta Regional de Invalidez de Boyacá, se calificaron las secuelas de trauma de rodilla derecha sufrido el 11 de junio de 2014, de acuerdo con la historia clínica aportada y que reposa en el expediente y se decretó una disminución total de la capacidad laboral del señor Luis Eduardo Ávila Gaitán en 28.25% con fecha de estructuración 01/06/2015 (fls. 817 a 821).

Ahora bien, en el recurso de apelación el apoderado del INPEC señaló que se difiere de la calificación (porcentaje de pérdida de capacidad laboral) establecida en el dictamen proferido por la Junta Regional de Invalidez de Boyacá, pues el dictamen se basó en la historia clínica del paciente y en lo que él adujo sentir, no obstante, señaló que de algunas valoraciones efectuadas por la especialidad de ortopedia, se podía concluir que de existir algún tipo de secuela, esta era reciente y distinta a la sufrida y tratada con éxito en el año 2014.

La sustentación del dictamen de la Junta Regional de Invalidez de Boyacá se realizó con ponencia del doctor José Daniel González Luque, tal como consta en el acta de la audiencia de pruebas desarrollada el 10 de septiembre de 2018 (fls. 853 a 858). En esta diligencia, se llevó a cabo la contradicción del dictamen pericial, siendo interrogado el perito por el apoderado del INPEC y se dejó constancia que **ninguna de las partes propuso objeción por error grave al dictamen de la Junta Regional de Invalidez de Boyacá**. Seguidamente interrogó al ponente la juez de primera instancia, quien dejó constancia que no tenía más preguntas como quiera que **no se propuso tacha del dictamen** (fl. 857). De lo sucedido en la diligencia, se destaca lo siguiente:

Intervención del médico ponente Minuto 43:00 (C.D. fl. 853): *Es una rodilla ya manipulada quirúrgicamente en donde puede generar una artrosis y puede generar limitaciones en los arcos de movimiento a largo o mediano plazo, entonces el peritazgo exige una valoración por los integrantes de la Junta y encontramos limitación en los arcos de movimiento, así como lo mide exactamente la fisioterapeuta…****Si encontramos limitación en los arcos de movilidad y por eso le calificamos, si hubiera sido sin limitación en los arcos de movimiento no hubiera índices de lesión****.*

Seguidamente pregunta el apoderado del INPEC: *¿De acuerdo con lo que usted nos acaba de indicar obedece con certeza a que las limitaciones que tenía el paciente al momento de la valoración son a causa de la lesión que sufrió en el 2014?*

Respuesta del ponente a Minuto 44:15*: Pues tenemos todos los antecedentes en la historia clínica, consignados* ***así como leí algunas partes, fue una lesión de una rodilla intervenida quirúrgicamente se espera que si lo tenga, por supuesto****…Cuestionarme no es mi función, nos soportamos en la historia clínica que es nuestro fundamento esencial para proceder a la calificación de una pérdida de capacidad laboral, entonces damos por buena fe lo consignado por la especialidad médica y no lo dudamos, por supuesto que no lo dudamos.*

Respecto a las secuelas del trastorno depresivo a Minuto 51:52 el ponente sostuvo: *Valorando esta consulta de psiquiatría* (la del 29 de Junio de 2016) *podemos observar que su estado depresivo se debe a las lesiones, a las limitaciones tanto laborales, como educativas que ha tenido debido a esa lesión en la rodilla. (…) Minuto 52:35: El Manual nos exige que el trastorno mental sea superior a un año, que haya tratamiento, que haya una valoración actual. Tiene la valoración inicial de 29/06/2016 y la última valoración fue el 03/04/2018… No me atrevería a firmar que no hay más consultas… Consignar y transcribir al dictamen toda la historia clínica, sería un desgaste administrativo fútil, lo importante acá es el diagnóstico, la evolución. El médico tratante es quien considera la frecuencia de los controles, nosotros no somos médicos tratantes, nosotros nos basamos en la historia clínica, en este caso aportada por el juzgado.*

Habiendo realizado el respectivo ejercicio de valoración probatoria, la Sala considera que el dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá es una prueba idónea para determinar la disminución de la capacidad laboral del señor Ávila Gaitán, teniendo en cuenta que en el mencionado dictamen “se calificaron las secuelas del trauma de rodilla derecha sufrido el 11 de junio de 2014”.

Lo anterior bajo el entendido que el dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Boyacá es la única prueba técnica que se practicó dentro del proceso y que sus conclusiones no fueron desvirtuadas por las partes, quienes habiendo tenido la oportunidad de controvertirlo u objetarlo en los términos del artículo 228 del Código General del Proceso y artículo 220 de la Ley 1437 de 2011, no aportaron un nuevo dictamen ni contrarrestaron la veracidad de lo establecido en el de la Junta Regional en la audiencia de pruebas celebrada para la sustentación y contradicción del dictamen.

Ahora bien, es pertinente traer a colación las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales ocurrió la lesión de rodilla del señor Ávila Gaitán, a efectos de determinar si el INPEC en su condición de garante del Estado respecto del conscripto, dio cabal cumplimiento a sus obligaciones en aras de preservar las condiciones de salud bajo las cuales ingresó el auxiliar bachiller a las filas.

Jeisson Fernando Merchán Villamil, expresó: (CD Folio 798)

Minuto 59:51: *“Era en la cancha que tenía ahí, pero es una cancha como donde guardan los carros…* ***Eso era una calle normal, no estaba nivelada, había pedazos más altos, más bajitos, no tenía las condiciones porque no había líneas y había andenes, así mucha piedra, pero no era una cancha****, colocaron dos canchitas pequeñas y ahí armaron para jugar”.*

Carlos Aguilera Contreras, indicó: (CD Folio 798)

Minuto 1:16:12*: “Para aquél entonces no había una cancha, pero había* ***una cancha que fue acondicionada no en óptimas condiciones****, improvisada… Es un terreno que está pavimentado, que lo acondicionaron como una cancha, pero no es como tal una cancha de microfútbol”.*

Holman David Hernández Rojas, adujo: (CD Folio 853)

*Minuto 20:35: “****La cancha es improvisada****, porque es el ingreso de los carros del establecimiento, está al frente de la guardia y eso es pavimento… Para mí no es una cancha, simplemente se hicieron unas líneas y eran unas canchitas de banquitas, pero la verdad eso es pavimentado, tiene mucho hueco, donde lo pintaron es pintura en aceite, eso es demasiado liso, de que llueva uno no podía jugar.*

Minuto 23:00: Respecto a la causal de lesión del señor Ávila, manifestó: *“****Para mí, la causa fue la cancha porque un choque como tal no hubo****, como para yo haber dicho si lo golpeé, se cayó y fue la lesión, para mí, fue como más el estado de la cancha, pues* ***no se presta para jugar en realidad porque es pavimentado*”.**

Así mismo, vale la pena reseñar que se encuentra acreditado el actuar omisivo por parte de quienes al momento de la lesión y posterior a ello, se encontraban encargados de la guarda y protección del auxiliar bachiller Luis Eduardo Ávila:

Luis Eduardo Ávila Gaitán manifestó: (CD Folio 798)

Minuto 24:30 y ss. **“*... El distinguido Manuel en ese momento vio el dolor, no me dejó salir, me mando para la portería, cuando le dije que tenía la lesión, no me dejo salir hasta que se encerraran a los internos*** *a las 5:30 p.m; en ese* ***momento le pedí que necesitaba ir al hospital, que sentía mucho dolor, dijo que la van en que llevaban a los internos no estaba disponible; salí por mis propios medios****, cogí un taxi, me fui para el hospital regional de Chiquinquirá, llamé a mis familiares en ese momento, antes de ingresar, me informa la señora* *que no estoy afiliado a ningún seguro, ingresé por Salud Vida, que es el seguro que tenía anteriormente y ahí fue ya ese día que me hicieron la valoración…”*

*Minuto 31: 36: “****Después de haber prestado el servicio militar, duré más de 3 meses en casa iendo(sic) el distinguido Manuel, el comandante de guardia, el sargento, me hacían diariamente o semanalmente una visita en mi domicilio, a ver como estaba,*** *a ver si me encontraba en mi domicilio, hasta que se cumplieron los 12 meses, tuve que ir a Cómbita y ahí* ***me pusieron unos papeles que estaba aplazado por sanidad militar****, hasta que me hicieron la operación y* ***de resto ahí en la casa y en terapias”****.*

Jeisson Fernando Merchán Villamil, expresó: (CD Folio 798)

Minuto 58:20: *“****Ellos pensaron que no era nada y lo mandaron fue al arco a tapar****, como diciendo que no le había pasado nada y* ***que siguiera jugando, que no fuera niña*** *mejor dicho, así dijeron, o sea, que no se quejara y a él pues le estaba doliendo la rodilla, pero siguió jugando, los otros le dijeron que siguiera jugando, que eso no le había pasado nada…. Y él se quedó en el alojamiento, cuando nosotros entramos a guardar los internos y él se quedó ahí por lo que estaba jodido de la rodilla”.*

Holman David Hernández Rojas (Dragoneante), adujo: (CD Folio 853)

Minuto 11:30 y ss: ***“Él manifestó que le dolía mucho la rodilla y le dijo a uno de los cuadros de mando que estábamos ahí pues que le colaborara, que lo llevara al hospital, o si, que se hiciera revisar por el área de sanidad ahí de la cárcel, pero pues él le dijo que no, que eso no le había pasado nada;*** *él siguió jugando en ese mismo estado en el que estaba, muchos de nosotros vimos que él estaba jodido, pero* ***pues el distinguido dijo que no, que eso era normal, que no le había pasado nada****, después fue que nos fuimos a la encerrada como a las 4:00 pm- 5:00 pm y Ávila no pudo ir a la encerrada y entonces él dijo yo me voy solo para el hospital…* ***Él se fue por sus propios medios porque el distinguido le dijo que no había pasado nada, pero nosotros le decíamos que tenía la rodilla muy hinchada, que se miraba muy mal, pero dijo que no, que no tenía nada****”.*

En ese sentido, conforme al interrogatorio de parte y a los testimonios practicados, se tiene acreditado que para el desarrollo de la actividad de acondicionamiento físico -partido de microfútbol- se improvisó una cancha no apta para la práctica deportiva[[14]](#footnote-14), valga recordar que de conformidad con el numeral 12 del artículo 17 del Decreto 537 de 1994, dentro de las funciones y obligaciones que los Auxiliares Bachilleres deben cumplir, se encuentra la realización de los ejercicios colectivos que mejoren o mantengan su capacidad física.

Adicionalmente, se acreditó que una vez ocurrida la lesión del conscripto e informado a un integrante del cuadro de mando, se le instigó para que continuara participando en el encuentro deportivo, no se le brindó atención médica y tan solo se le permitió salir en busca de atención médica por sus propios medios, una vez se cumplió la labor de encerrar a los internos, configurándose así la falla en la prestación del servicio imputable al INPEC por su comportamiento negligente y descuidado, siendo que tenía el deber de guarda y protección del auxiliar bachiller, y por ende, “*tenía la obligación de extremar al máximo las medidas de protección y seguridad de los subordinados en la medida en que se trata de personas sometidas a su custodia y cuidado, que no asumen por su propia voluntad o iniciativa, sino por la imposición del Estado*”[[15]](#footnote-15).

Corolario de lo anterior, concluye la Sala, que la entidad demandada INPEC, no logró acreditar la inexistencia del nexo causal entre el daño y el hecho u omisión que lo produjo y, por tanto, hay lugar a declararlo patrimonialmente responsable por los perjuicios materiales e inmateriales causados a los demandantes con ocasión de la lesión sufrida por el señor Luis Eduardo Ávila Gaitán, tal como se decidió en el fallo de primera instancia.

**3.1.2.2.1 De la responsabilidad de** **la Aseguradora SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A.**

En este punto, memora la Sala que uno de los motivos de inconformidad del apoderado de SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A., tiene que ver con la no resolución de las excepciones previas propuestas por la entidad, esto es, i) prescripción, y ii) falta de competencia, las cuales en la audiencia inicial fueron diferidas para ser analizadas con el fondo del asunto, sin embargo, no se resolvieron en la sentencia.

En tal sentido, una vez examinados los argumentos esgrimidos por el apoderado de SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A. en el escrito de excepciones previas (fls. 410 a 413) se puede establecer que la excepción de prescripción hace referencia a la prescripción extintiva de las acciones derivadas de los contratos de seguro que conforme al artículo 1081 del Código de Comercio es de dos (2) años contados desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho base de la acción, a su vez, se tiene que la excepción de falta de competencia, hizo referencia más bien a la falta de jurisdicción ya que se argumentó que frente a la aseguradora no se debió haber incoado acción contencioso administrativa sino una ordinaria.

Respecto a las excepciones en mención, la juez de primera instancia en la audiencia inicial celebrada el 24 de noviembre de 2017 señaló:

“*Frente a la excepción de prescripción y frente a la excepción de falta de competencia. Pese a que han sido enunciadas como previas, atacan el fondo del asunto, por lo que dirá el Despacho que no constituyen excepciones previas, por lo que se decidirán en la sentencia*

*(…)*

*Por lo anterior, el juzgado resuelve:*

*(…)*

*2.* *Diferir al momento de la sentencia, la resolución de las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, falta de competencia y las demás esgrimidas por las personas que integran el extremo pasivo de la litis.*

*3. Continuar con la etapa subsiguiente de la audiencia”.*

Bajo ese contexto, la Sala dirá que sin lugar a dudas las excepciones que propuso el apoderado de SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A. correspondían a excepciones previas que han debido resolverse en la audiencia inicial, tal como lo establece el numeral 6º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, toda vez que la falta de jurisdicción o de competencia se encuentra enlistada dentro de las excepciones previas contempladas en el artículo 100 del CGP, a su vez, la excepción de prescripción extintiva se encuentra taxativamente señalada como excepción previa en el primer inciso del numeral 6º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011. Adicionalmente, el inciso tercero ibidem señala que “*si alguna de ellas prospera, el juez o magistrado dará por terminado el proceso, cuando a ello hubiere lugar*” y el último inciso ibidem establece que “***el auto que decida sobre las excepciones será susceptible del recurso de apelación o del de súplica, según el caso***”.

De esta forma, como el apoderado de SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A. no interpuso oportunamente el recurso de apelación contra el auto proferido por la juez de primera instancia el 24 de noviembre de 2017 en audiencia inicial, por medio del cual decidió diferir la resolución de las excepciones previas al momento de la sentencia, el alegato respecto a la resolución de las excepciones de prescripción y falta de competencia, en esta etapa procesal (apelación contra sentencia), deviene extemporáneo, pues como se señaló previamente, al ser estas excepciones de las denominadas “previas”, han debido resolverse en la audiencia inicial como lo prevé el numeral 6º del artículo 180 de la Ley 1437 de 2011.

De otro lado, previo a analizar lo concerniente a la obligación imputable a la Aseguradora SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A., es pertinente señalar que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC en calidad de Tomador adquirió con SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A. dos pólizas en las que figuran como asegurados los AUXILIARES BACHILLERES DEL SERVICIO MILITAR EN EL INPEC, a saber: la póliza Vida Grupo No. 21-71-1000000479 que fue anulada por error en la vigencia final, razón por la cual, se expidió la póliza Vida Grupo No. 21-71-1000000481, conforme lo explicó la Analista Técnico Departamento de Vida de la Aseguradora en mención en oficio visto a folio 567.

Así, de acuerdo con las pólizas señaladas y los anexos allegados al proceso, se puede establecer lo siguiente:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **Póliza Vida Grupo** | **Fecha de expedición** | **Vigencia** | **Observaciones** |
| No. 21-71-1000000479(fls. 585 a 589) | 15 de marzo del 2013 | Desde el 21 de marzo de 2013- Hasta el 16 de junio de 2014 | De conformidad con el anexo de póliza No. 1 visible a folio 584, se revocó esta póliza con tipo de documento **“error en expedición”** y en la casilla de observaciones quedó estipulado **“*por medio del presente anexo se revoca la póliza arriba citada por error en la vigencia, por lo anterior se devuelve la suma indicada por concepto de prima”***. |
| No. 21-71-1000000481(fls. 568 a 572) | 19 de marzo de 2013 | Desde el 21 de marzo de 2013- Hasta el 09 de junio de 2014 | De conformidad con el anexo 2 (fls. 574 a 577) se prorrogó esta póliza hasta el 30/10/2014.De conformidad con el anexo 3 (fls. 578 a 582) se prorrogó esta póliza hasta el 26/11/2014.En conclusión, conforme a las prórrogas realizadas, **la vigencia de esta póliza estuvo comprendida “Desde el 21 de marzo del 2013 - Hasta el 26 de noviembre del 2014”** |

En ese orden de ideas le asiste razón al recurrente al señalar que la póliza vigente para la fecha de ocurrencia de los hechos (11 de junio de 2014) es la póliza Vida Grupo No. 21-71-1000000481, toda vez que la póliza Vida Grupo No. 21-71-1000000479 fue revocada por error en la vigencia final y reemplazada por la póliza No. 21-71-1000000481.

Ahora bien, en lo que respecta a la naturaleza de la *Póliza de Vida Grupo No.21-71-1000000481*, es necesario clarificar que no se trata de un seguro de daños (responsabilidad civil) como lo adujo el *a-quo*; sino que se trata de un seguro de personas, tipologías que a la luz de la jurisprudencia comprenden disímiles objetivos:

“*El seguro que concierne con las personas,* ***su finalidad principal es compensar, antes que indemnizar****, la afectación derivada del acaecimiento del hecho descrito como desencadenante de la compensación… Alude a intereses de diferente índole como la vida o la integridad personal del asegurado, refiera al tomador o a un tercero y, por ello mismo,* ***la obligación que soporta la aseguradora no es el resultado de la pérdida, dado que los intereses involucrados no son tasables en dinero, sino una suma previamente convenida a título de compensación****….*Por su parte.. *el seguro de responsabilidad civil aparece como una modalidad del seguro de daños y la obligación del asegurador es, entonces, asumir la indemnización por los perjuicios patrimoniales que el asegurado cauce a la víctima, de manera que, en esta especie de aseguramiento, el beneficiario es ésta y no aquel. En tanto,* ***el beneficiario en el seguro de personas es el que previamente ha sido elegido como tal o, dado el caso, a quienes por ley les corresponde percibir tal compensación*”**[[16]](#footnote-16) (**Negrilla fuera de texto).**

Al respecto, vale la pena señalar que el Código Comercio en el capítulo de seguros de personas, artículo 1137 señala que todas las personas pueden tener interés asegurable:

“*1) En su propia vida;*

*2) En la de las personas a quienes legalmente pueda reclamar alimentos, y*

*3)* ***En la de aquellas cuya*** *muerte o* ***incapacidad pueden aparejarle un perjuicio económico****, aunque éste no sea susceptible de una evaluación cierta*”.

En relación con lo anterior, la jurisprudencia ha precisado lo siguiente:

“*En el seguro de personas, que por supuesto comprende el de vida, (…),* ***se garantiza el pago de un capital previamente acordado entre las partes, que será su límite, cuando se produzca el hecho que afecta la supervivencia o salud del asegurado****; el interés asegurable, según el artículo 1137 del Código de Comercio, lo tiene la persona en su propia vida,* ***en la de las personas*** *a quienes les pueda reclamar alimentos, y en la de aquellas por cuya muerte o* ***incapacidad reciba un perjuicio económico****, aunque este perjuicio no sea factible de evaluar de manera cierta, es decir, el objeto de ese interés es la existencia física misma. En el seguro de vida, el riesgo que asume el asegurador es la muerte del asegurado, en el que, se reitera, a diferencia del de daños, que tiene naturaleza indemnizatoria, las partes pueden libremente pactar la suma asegurada, que* ***propiamente no responde al concepto de indemnización, sino al de prestación a cargo del asegurador por la ocurrencia del hecho que según la póliza da origen a la obligación de pagar la cantidad estipulada.*** *Por lo tanto, con la sola ocurrencia del siniestro, debidamente acreditada, por regla general nace la obligación del asegurador de pagar el valor del seguro en la cantidad estipulada en el contrato*”[[17]](#footnote-17).

Así pues, luego revisar la póliza Vida Grupo No. 21-71-1000000481, la Sala evidencia que en las observaciones se dejó plasmado que “*se emite la presente póliza para asegurar a los auxiliares bachilleres del cuerpo de custodia y vigilancia penitenciaria y carcelaria nacional que se encuentren al servicio del INPEC, en los casos de muerte o accidente que incapacite al auxiliar, para la vigencia comprendida entre las 24 horas del 21 de marzo de 2013 y las 24 horas del 9 de junio de 2014*” (fls. 568 a 572), sin olvidar que por medio de los anexos No. 2 y 3 de la póliza, la vigencia se prorrogó hasta el 26 de noviembre (fls. 574 a 582).

A su vez, se acreditó que el señor Luis Eduardo Ávila Gaitán estuvo asegurado bajo la póliza No. 21-71-1000000481 cuyo tomador fue el INPEC, desde el 9 de junio de 2014 hasta el 26 de noviembre de 2014, como consta en certificado expedido por la Coordinadora Técnica de Vida - SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A. visible a folio 863.

Así mismo, al examinar la póliza Vida Grupo No. 21-71-1000000481, se tiene que dentro de los amparos otorgados se encuentran los siguientes:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **AMPAROS** | **SUMA ASEGURADA** | **PRIMA $** | **ASEGURADOS** |
| MUERTE POR CUALQUIER CAUSA | 223,399,929,096.00 | 202,131,293.00 | 2434 |
| AUXILIO FUNERARIO EVG -052 |  30,425,000,000.00 | 0.00 | 2434 |
| INCAPACIDAD TOTAL Y PERMANENTE | 335,099,893,644.00 | 0.00 | 2434 |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **AMPAROS OTORGADOS** | **VR. ASEGURADO EN \*\*SBCTEN** | **VR. ASEGURADO** |
| MUERTE POR CAUSA DE HERIDAS SUFRIDAS EN MANATENIMIENTO DEL ORDEN PUBLICO | 48 SBCTEN | $40.792.464 |
| MUERTE COMO CONSECUENCIA DE UN ACCIDENTE PADECIDO EN CUMPLIMIENTO DE MISION DEL SERVICIO | 36 SBCTEN | $30.594.348 |
| MUERTE OCASIONADA POR CAUSAS DIFERENTES A LAS CAUSAS ENUNCIADAS INCLUYENDO EL SUICIDO Y EL HOMICIDIO DESDE EL INICIO DE LA VIGENCIA | 24 SBCTEN | $20.396.232 |
| PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. DISMINUCION RELATIVA O PERMANENTE EN LA CAPACIDAD LABORAL, INFERIOR AL 75% | 36 SBCTEN | $30.594.348 |
| PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. INCAPACIDAD GENERADA A CONSECUENCIA DE HERIDAS O ACCIDENTES SUFRIDOS EN MANTENIMIENTO DEL ORDEN PUBLICO | 72 SBCTEN | $61.188.696 |
| PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. INCAPACIDAD ADQUIRIDA COMO CONSECUENCIA DE ACTOS DE SERVICIO, DISTINTO A LOS ANTERIORES | 54 SBCTEN | $45.891.522 |
| AUXILIO FUNERARIO |  | $12.500.000 |

**\*\*SBCTEN: SUELDO BASICO DE UN CAVO TERCERO DEL EJERCITO NACIONAL**

De conformidad con lo señalado, es dable concluir que la póliza Vida Grupo No. 21-71-1000000481 de Seguros de Vida del Estado S.A., tomada por el INPEC para asegurar a los bachilleres auxiliares del servicio militar obligatorio en el INPEC, corresponde a un seguro de personas en el cual se aseguró determinado capital dependiendo de los amparos otorgados, como se observa en la tabla precedente, razón por la cual, pese a que SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A. fue vinculado al proceso como litisconsorcio necesario de la pasiva mediante auto del 02 de marzo de 2017 (fls. 263 a 265), sin que se hubiese controvertido tal decisión, lo cierto es que conforme lo advirtió la juez de primera instancia al momento de proferir fallo, la Aseguradora en el caso concreto representa la figura procesal de llamamiento en garantía, así:

*“El Despacho debe aclarar que la aseguradora Seguros de Vida del Estado S.A. representa procesalmente a un llamado en garantía y no un Litisconsorte necesario. Sin embargo, debido a que dentro del presente caso fue vinculado bajo la última figura,* ***se declarará la responsabilidad solidaria del INPEC y la aseguradora en mención, a efectos de que Seguros de Vida del Estado responda por el monto de las pólizas suscritas****. (fl. 933) (negrilla fuera de texto).*

Así las cosas, aunque SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A. haya sido vinculado al presente proceso bajo la figura procesal de litisconsorcio necesario de la pasiva, no es posible declararlo patrimonialmente responsable en solidaridad con el INPEC, dado que las obligaciones que recaen en la Aseguradora en mención respecto del asegurado señor Ávila Gaitán en calidad de Auxiliar Bachiller del INPEC, conforme a los amparos de la póliza Vida Grupo No. 21-71-1000000481*,*corresponden a la suma previamente convenida a título de compensación, toda vez que, se reitera, la póliza que adquirió el INPEC corresponde a un seguro de personas y no un seguro de daños (póliza de responsabilidad civil extracontractual).

En concordancia con lo señalado y encontrándose acreditada la pérdida de capacidad laboral del señor Luis Eduardo Ávila Gaitán en un 28,25%, a título de compensación, SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A., deberá pagar el capital previamente acordado o monto asegurado a la luz del amparo denominado “PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. DISMINUCION RELATIVA O PERMANENTE EN LA CAPACIDAD LABORAL, INFERIOR AL 75%” que corresponde a la suma de 36 SBCTEN ($30.594.348) según la póliza Vida Grupo No. 21-71-1000000481.

Ahora bien, el apoderado de SEGUROS DE VIDA DEL ESTADO S.A. arguyó que el valor asegurado de $30.594.348 se debe pagar cuando el auxiliar bachiller presenta efectivamente una pérdida de la capacidad laboral del 75%, en caso de una perdida inferior a este porcentaje, el valor a indemnizar a cargo de la aseguradora es proporcional, y afirma que toda vez que en el caso concreto la pérdida de capacidad laboral total del conscripto asegurado se determinó en 28,25%, al aplicar la regla proporcional, el valor a indemnizar corresponde a la suma única y definitiva de $11.523.872.

Frente a este argumento, la Sala dirá que no tiene vocación de prosperidad, pues de la simple lectura del amparo otorgado en la póliza Vida Grupo No. 21-71-1000000481, “PERDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. DISMINUCION RELATIVA O PERMANENTE EN LA CAPACIDAD LABORAL, INFERIOR AL 75%”, se puede inferir que el valor asegurado no es variable ni proporcional al porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, sino que el valor asegurado es igual para todos los casos en que la disminución relativa o permanente de la capacidad laboral **sea inferior al 75%**, como ocurre en el caso concreto.

En conclusión, la Sala dispondrá **ordenar** a la aseguradora Seguros Vida del Estado S.A. pagar directamente al asegurado, señor LUIS EDUARDO ÁVILA GAITÁN el valor asegurado individualmente por el INPEC, esto es, la suma de TREINTA MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS ($30.594.348) por concepto del amparo “*Pérdida de Capacidad laboral. Disminución relativa o permanente en la capacidad laboral, inferior al 75%”* correspondiente a la cobertura de la póliza No. 21-7-1000000481. Suma que el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO -INPEC-, deberá tener como parte de pago de la condena por concepto de daño a la salud del demandante. En caso de que tal pago se haga cuando ya el INPEC haya pagado la totalidad de la condena contenida en esta providencia, la aseguradora Seguros Vida del Estado S.A. pagará esa suma al INPEC.

**3.1.2.3. De la liquidación de perjuicios**

Memora la Sala que en la sentencia de primera instancia, en cuanto a la indemnización de perjuicios morales se dijo que el Consejo de Estado ha creado una presunción judicial de aflicción que cobija a los parientes próximos de la víctima y haciendo alusión a la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sala Plena de la Sección Tercera del 28 de agosto de 2014 reconoció una suma de 40 smlmv a favor de la víctima y de sus padres y de 20 smlmv a favor de sus hermanos, teniendo en cuenta que la lesión sufrida por el señor Ávila Gaitán fue calificada en un porcentaje de 28,25%.

En cuanto al daño a la salud refirió los parámetros dados en la sentencia de unificación jurisprudencial de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado de fecha 14 de septiembre de 2011 y la mencionada en precedencia, y reconoció al señor Ávila Gaitán en calidad de víctima la suma de 40 smlmv.

Así mismo, en lo que tiene que ver con el daño emergente ordenó el reconocimiento y pago de la suma de $195.000 (valor indexado $251.750) que fueron acreditados con documentos idóneos como gastos por compra de elementos para su rehabilitación y transporte de Chiquinquirá a Bogotá, e indicó que el valor de los honorarios por el dictamen pericial decretado en audiencia inicial a cargo del demandante se reconocería al momento de liquidarse las costas del proceso.

En lo atinente al daño emergente futuro, la juez de primera instancia denegó tal pretensión teniendo en cuenta que no se acreditó la formulación de tratamiento médico futuro o posterior.

En cuanto al lucro cesante, sostuvo la juez a-quo que en el caso concreto únicamente se solicitó el pago del lucro cesante futuro y al no encontrar acreditada la labor y oficio ordinario al que se dedicaba el señor Ávila Gaitán ni el monto que recibía mensualmente como producto de la actividad que dijo ejercer “mecánico”, acudió a la presunción según la cual toda persona que se encuentre en edad productiva devenga el salario mínimo legal mensual vigente. Además, señaló que no se incrementaría dicho monto en un 25% por concepto de prestaciones sociales, toda vez que no se logró establecer el tipo de vinculación laboral. Así, al salario mínimo le aplicó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 28,25%, generando un ingreso base de liquidación de $248.000, suma que en total arrojó un valor de lucro cesante futuro por $48.632.000.

De este modo, las condenas impuestas en primera instancia se resumen así:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **NOMBRE** | **CONCEPTO** | **VALOR** |
| Luis Eduardo Ávila Gaitán (víctima directa) | Daño emergente consolidado | $251.750 |
| Lucro cesante futuro | $48.632.000 |
| Daño a la salud | 40 smlmv |
| Daño moral | 40 smlmv |
| Luz Miriam Gaitán Aguilar (madre) | Daño moral | 40 smlmv |
| Luis Eduardo Ávila Sierra (padre) | 40 smlmv |
| Heidy Valentina Ávila Gaitán (hermana) | 20 smlmv |
| Jerónimo Ávila Gaitán (hermano) | 20 smlmv |

Respecto a estas condenas, la parte demandante solicitó en el recurso de apelación, el reconocimiento de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante consolidado, causados desde el 11 de junio del año 2016 (fecha de causación del daño) hasta el 26 de junio del año 2020 (fecha de la sentencia de primera instancia), irrogados al actor por la entidad demandada INPEC.

En ese orden de ideas, luego de revisar el escrito de demanda la Sala observa que no se encuentra petición expresa solicitando la indemnización por lucro cesante consolidado, sino que la parte accionante únicamente se limitó a solicitar el reconocimiento *“por concepto de indemnización integral de PERJUICIOS MATERIALES (****Lucro Cesante Futuro****)*” en el acápite denominado “Declaraciones y condenas” y además, luego de realizada la evaluación integral del líbelo introductorio no se logró establecer la solicitud de indemnización por dicho concepto.

En ese sentido, el Consejo de Estado[[18]](#footnote-18) ha señalado que la Jurisdicción Contencioso Administrativa es de carácter rogado y, por tanto, el juez de segunda instancia solo debe pronunciarse sobre temas que hayan sido objeto de debate por las partes procesales, dado que el no atender a dicho criterio vulneraría garantías fundamentales al derecho de defensa y el derecho de contradicción.

Específicamente en lo que tiene que ver con el lucro cesante, el Consejo de Estado, Sección Tercera, en Sentencia de Unificación del 18 de julio de 2019, expediente 44.572, señaló:

*“****Por concepto de lucro cesante sólo se puede conceder lo que se pida en la demanda****, de forma tal que no puede hacerse ningún reconocimiento oficioso por parte del juez de la reparación directa;* ***así, lo que no se pida en la demanda no puede ser objeto de reconocimiento alguno****”.* (negrilla fuera de texto).

Si bien la sentencia de unificación citada resolvió un caso de privación injusta de la libertad, lo cierto es que en ella se fijaron reglas para los perjuicios de daño emergente y lucro cesante, elementos que son transversales a todos los títulos de imputación.

Además, en la parte motiva de la sentencia se mencionó que la Sala Plena de la Sección Tercera avocó el conocimiento del caso “*con el fin de unificar su jurisprudencia en materia de reconocimiento y liquidación de perjuicios materiales por daño emergente y lucro cesante en los casos de privación injusta de la libertad,* ***criterios que serán aplicables también a los eventos en los cuales le corresponda al juzgador determinar la existencia y el monto de perjuicios materiales de la misma clase***”. Así mismo, en la parte resolutiva se indicó expresamente que los criterios establecidos en ella se aplicarían a los eventos en los cuales correspondiera al juez determinar la existencia y monto de perjuicios materiales de la misma clase.

En el caso concreto, como se refirió previamente, en el acápite de “declaraciones y condenas” (fl. 13), el apoderado de la parte demandante taxativamente hizo referencia a los perjuicios de orden material daño emergente y lucro cesante futuro, así:

*“DECLARACIONES Y CONDENAS*

***5.1. PRINCIPALES***

***PRIMERA:*** *Que se declare administrativa, Extracontractual, Patrimonial, civil y solidariamente Responsables Directos* *a la Nación – Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC y a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por los* ***PERJUICIOS*** *de orden* ***MATERIAL*** *(daño emergente y Lucro Cesante Futuro) y de orden* ***MORAL, DAÑO A LA SALUD Y ALTERACION A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA,*** *(…)*

*SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de reparación integral del daño, CONDENAR solidariamente responsables a la Nación –* ***Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC*** *y a la Nación –* ***Ministerio de Defensa – EjErcito Nacional****, a pagar a cada uno de los demandantes, o a quien represente legalmente sus derechos; las siguientes sumas de dinero así:*

1. *Por concepto de Indemnización integral de* ***PERJUICIOS MATERIALES (Lucro Cesante Futuro)*** *las siguientes cantidades en favor de las siguientes personas así:*
2. *Para el señor* ***LUIS EDUARDO AVILA GAITAN****, en calidad de* ***Víctima Directa****, la suma de* ***Setenta y Cinco (75 SMLMV) Salarios Mínimos Legales Mensuales*** *o la suma que resulte probada en el proceso, por concepto de* ***Pérdida de Capacidad Laboral****.*

*(…)”* (Subrayado y negrilla son propios del texto citado).

De lo anterior, se colige que en la demanda **únicamente se solicitó el reconocimiento y pago de lucro cesante futuro**, tal como lo sostuvo la juez de primera instancia, ya que el apoderado de la parte demandante en las pretensiones de manera específica hizo alusión al lucro cesante futuro; y en atención a la Sentencia de Unificación de la Sección Tercera del Consejo de Estado del 18 de julio de 2019, en relación con el lucro cesante, **lo que no se pida en la demanda no puede ser objeto de reconocimiento alguno**.

Por esta razón, no prosperan los argumentos expuestos por la parte demandante en el recurso de apelación, y en consideración a que la parte demandada no apeló lo concerniente a la indemnización de perjuicios, y encontrándola ajustada a derecho, la Sala confirmará lo relativo a la liquidación de perjuicios, más no en lo relativo a los responsables de la indemnización, pues como se argumentó previamente, las condenas por estos conceptos recaen en el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC, correspondiéndole así a Seguros Vida del Estado S.A. pagar directamente al asegurado, señor LUIS EDUARDO ÁVILA GAITÁN, la suma de TREINTA MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS ($30.594.348) por concepto del amparo “*Pérdida de Capacidad laboral. Disminución relativa o permanente en la capacidad laboral, inferior al 75%”* correspondiente a la cobertura de la póliza No. 21-7-1000000481. Suma que el INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO -INPEC-, deberá tener como parte de pago de la condena por concepto de daño a la salud del demandante. En caso de que tal pago se haga cuando ya el INPEC haya pagado la totalidad de la condena contenida en esta providencia, la aseguradora Seguros Vida del Estado S.A. pagará esa suma al INPEC.

**3.1.2.3.1. Actualización de las condenas impuestas en primera instancia**

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas en precedencia y en vista de que se encuentran demostrados los elementos para endilgar responsabilidad patrimonial al Instituto Penitenciario y Carcelario - INPEC, procede la Sala a llevar a cabo la actualización de la condena tomando como base las condenas impuestas por la Juez de primera instancia y confirmadas en esta instancia, dando aplicación al contenido del artículo 283 del CGP, según el cual, “*El juez de segunda instancia deberá extender la condena en concreto hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, aun cuando la parte beneficiada con ella no hubiese apelado”*. Para tales efectos se dará aplicación a la fórmula:

R = R.H. ÍNDICE FINAL (fecha de la sentencia 2da inst.)

ÍNDICE INICIAL (fecha de la sentencia de 1ª inst.)

En la que el valor presente R se determina multiplicando el valor histórico (R.H.), que es lo dejado de percibir por la parte demandante por concepto de los perjuicios reconocidos, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente a la fecha de la sentencia de primera instancia toda vez que hasta ese momento el A quo actualizó la deuda, por el índice vigente a la fecha de esta sentencia.

El a quo reconoció a título de lucro cesante futuro la suma equivalente a $48.632.000 y a título de daño emergente consolidado la suma equivalente a $251.750, sumas que actualizadas a la fecha de esta sentencia arroja el siguiente valor:

R = $48.632.000 x 111,41 (IPC Dic/2021) = $ 51.615.615

 104,97 (IPC Jun/2020)

R = $251.750 x 111,41 (IPC Dic/2021) = $ 267.195

 104,97 (IPC Jun/2020)

En consecuencia, el valor a reconocer por concepto de actualización del lucro cesante futuro será de $ 51.615.615 y por concepto de daño emergente consolidado será de $267.195. En ese sentido se modificarán los numerales SÉPTIMO y OCTAVO de la sentencia apelada. Para efectos de la actualización de las sumas reconocidas en SMLMV, habrá de tenerse en cuenta el salario vigente a la ejecutoria de la sentencia.

**IV. DE LAS COSTAS**

De conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 365 del CGP, la Sala se abstendrá de condenar costas pues si bien a la parte actora y a la parte demandada Instituto Nacional Penitenciario – INPEC, se le resolvieron desfavorablemente los recursos de apelación, al litisconsorte necesario Seguros Vida del Estado S.A. también se le resolvió parcialmente desfavorable su recurso de apelación.

1. **D E C I S I O N**

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión No. 6 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**F A L L A:**

**PRIMERO: MODIFICAR** los numerales CUARTO, QUINTO, SEXTO, SÉPTIMO, OCTAVO Y NOVENO de la parte resolutiva dela sentencia de primera instancia proferida el 26 de junio del 2020 por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Tunja, los cuales quedarán de la siguiente manera, conforme a lo expuesto en la parte motiva:

**CUARTO: DECLARAR** patrimonialmente responsable al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, por los perjuicios materiales e inmateriales causados a los demandantes con ocasión de la lesión sufrida por Luis Eduardo Ávila Gaitán con ocasión de la prestación del servicio militar obligatorio, de acuerdo a la parte motiva de esta providencia.

**QUINTO: CONDENAR** al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, a pagar las siguientes sumas por concepto de daño moral:

- A favor de Luis Eduardo Ávila Gaitán (víctima) la suma de cuarenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (40 SMMLV).

- A favor de Luz Miriam Gaitán Aguilar (madre) la suma de cuarenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (40 SMMLV).

- A favor de Luis Eduardo Ávila Sierra (padre) la suma de cuarenta salarios mínimos mensuales legales vigentes (40 SMMLV).

- A favor de Heidy Valentina Ávila Gaitán (hermana) la suma de veinte salarios mínimos mensuales vigentes (20 SMMLV)

- A favor de Ian Jerónimo Ávila Gaitán (hermano) la suma de veinte salarios mínimos mensuales vigentes (20 SMMLV).

**SEXTO: CONDENAR** al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, a pagar a Luis Eduardo Ávila Gaitán (víctima) la suma de CUARENTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (40 SMMLV) por concepto de daño a la salud.

**SÉPTIMO: CONDENAR** al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, a pagar a Luis Eduardo Ávila Gaitán (víctima) la suma de CINCUENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS QUINCE MIL SEISCIENTOS QUINCE PESOS ($51.615.615), por concepto de lucro cesante futuro.

**OCTAVO: CONDENAR** al Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario – INPEC, a pagar a Luis Eduardo Ávila Gaitán (víctima) la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE MIL CIENTO NOVENTA Y CINCO PESOS ($267.195) por concepto de daño emergente consolidado.

**NOVENO: ORDENAR** a la aseguradora Seguros Vida del Estado S.A. pagar al asegurado, señor Luis Eduardo Ávila Gaitán, el valor asegurado por el INPEC, esto es, el valor asegurado individualmente por la suma de TREINTA MILLONES QUINIENTOS NOVENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y OCHO MIL PESOS ($30.594.348) por concepto del amparo “*Pérdida de Capacidad laboral. Disminución relativa o permanente en la capacidad laboral, inferior al 75%”* correspondiente a la cobertura de la póliza No. 21-7-1000000481. El INPEC podrá descontar dicha suma de la condena por concepto de daño a la salud. En caso que el pago no se haga antes de que el INPEC realice el pago de la totalidad de la condena al asegurado, la aseguradora Seguros Vida del Estado S.A. hará el pago al INPEC.

**SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás** la sentencia de primera instancia proferida el 26 de junio del 2020 por el Juzgado Trece Administrativo del Circuito Judicial de Tunja,

**TERCERO:** Sin condena en costas.

**CUARTO:** Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría ENVÍESE el expediente al Despacho de origen y de ello déjese registro en el Sistema SAMAI.

**COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Los magistrados,

(Firmado electrónicamente en Samai)

**FELIX ALBERTO RODRÍGUEZ RIVEROS**

(Firmado electrónicamente en Samai)

**FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA**

(Firmado electrónicamente en Samai)

**LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA**

1. CONSEJO DE ESTADO. Sala Contenciosa Administrativa. Sección Tercera. sentencia nº 70001-23-31-000-1996-05303-01(27187) de 22 de Enero de 2014. [↑](#footnote-ref-1)
2. Tribunal Administrativo de Boyacá. Exp: 15001333301020150004902. Sentencia del 22 de marzo de 2018. [↑](#footnote-ref-2)
3. Para efectos del desarrollo de este capítulo, la Sala se apoyará en las argumentaciones expuestas por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en sentencias del 16 de septiembre de 2013, expediente 31499 y del 5 de diciembre de 2016, expediente 42336 de contornos fácticos similares a los estudiados en esta oportunidad. [↑](#footnote-ref-3)
4. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 17 de abril de 2013, expediente 25.183. [↑](#footnote-ref-4)
5. “Estos deben soportar los daños causados como consecuencia de los riesgos inherentes a la misma actividad, y sólo habrá lugar a la reparación cuando dicho daño se haya producido por falla del servicio, o cuando se someta al agente estatal a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar quienes se encuentran en las mismas condiciones. En todo caso, éstos y quienes hayan sufrido perjuicio con el hecho dañoso, tendrán derecho a las prestaciones e indemnizaciones previamente establecidas en el ordenamiento jurídico (a forfait)” (Consejo de Estado, sentencia del 21 de febrero de 2002, expediente 12.799). [↑](#footnote-ref-5)
6. Corte Constitucional, T-250 del 30 de junio de 1993. [↑](#footnote-ref-6)
7. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de noviembre de 2006, expediente 15.583. [↑](#footnote-ref-7)
8. Sentencias del 3 de marzo de 1989, expediente 5290 y del 25 de octubre de 1991, expediente 6465, entre otras. [↑](#footnote-ref-8)
9. Exp. 13329. Reiterada en Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 30 de enero de 2013, Exp. No. 26604 M.P. Olga Melida Valle de la Oz. [↑](#footnote-ref-9)
10. Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 30 de julio de 2008, exp. 18.725, M.P. Ruth Stella Correa Palacio y del 23 de abril de 2009, exp. 17.187, reiteradas en la sentencia del 9 de abril de 2014, exp 34.651. M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez. [↑](#footnote-ref-10)
11. Consejo de Estado. la Sección Tercera del Consejo de Estado, Subsección A. providencia del 14 de marzo de 2019 (Expediente 48635). [↑](#footnote-ref-11)
12. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2008, exp.18586, C.P. Enrique Gil Botero, reiterada por la Subsección A de esta misma Sección, a través de sentencia del 14 de mayo de 2014, exp. 33679, C.P. Hernán Andrade Rincón [↑](#footnote-ref-12)
13. Minuto 44:50 y siguientes - CD de audiencia de pruebas obrante a folio 798. [↑](#footnote-ref-13)
14. En contravía de lo establecido en el artículo 34 de la Ley 65 de 1993. [↑](#footnote-ref-14)
15. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 03 de febrero de 2010, Radicación número: 18001-23-31-000-1996-00770-01(17543), C.P. Myriam Guerreo de Escobar. [↑](#footnote-ref-15)
16. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Radicación número: 50001-31-03-003-2004-00142-01. (25) de mayo de dos mil once (2011). M.P: PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA. [↑](#footnote-ref-16)
17. COLOMBIA, CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Civil. Radicación número: 0037. (29) de abril de dos mil cinco (2005). [↑](#footnote-ref-17)
18. Consejo de Estado, Sección Cuarta, Sentencia de 26 de abril de 2002 // Consejo de Estado, Sección Quinta, Sentencia de 24 de abril de 2003. [↑](#footnote-ref-18)