



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
SALA TERCERA DE DECISIÓN

Magistrado Ponente: César Enrique Gómez Cárdenas

Sincelejo, catorce (14) de julio de dos mil diecisiete (2017)

RADICACIÓN: 700013333006-2013-00255-01.
DEMANDANTE: JESÚS DAVID ACOSTA OTERO Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN - MINDEFENSA – ARMADA NACIONAL.
NATURALEZA: REPARACIÓN DIRECTA.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Tribunal a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2016, proferida por el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo, que accedió a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES.

1.1. LA DEMANDA¹

Por conducto de apoderado judicial, los señores **JESUS DAVID ACOSTA OTERO(lesionado) JULIO ACOSTA PENA y MARIBEL OTERO POLO (padres), ANGIE PAOLA ACOSTA OTERO, JORGE ANIBAL ACOSTA OTERO, GREIDIS DAYANA MUÑOZ OTERO y LIZET VANESSA ACOSTA OTERO (hermanos)**, formularon demanda de reparación directa, solicitando que se declare administrativa y extracontractualmente responsable a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL**, por las lesiones sufridas por JESUS DAVID ACOSTA OTERO, el día 20 de noviembre de 2011, mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio como Soldado Regular adscrito al Batallón de Infantería Mecanizada No. 4 de Malambo.

¹ Folios 8-19 cuaderno de primera instancia.

Como consecuencia directa de la anterior declaración, solicitan se **condene** a las entidades demandadas a indemnizar a la parte demandante **los perjuicios morales, materiales y daño a la vida de relación** (perjuicio fisiológico).

Como **enunciados fácticos**, en la demanda se afirmó que:

El señor JESUS DAVID ACOSTA OTERO, prestando el servicio militar obligatorio como Soldado Regular adscrito al Batallón de Infantería Mecanizada No. 4 de Malambo.

El 21 de noviembre de 2011 en un desplazamiento táctico por la Vereda Las Nubes, se resbalo cayendo de su propia altura con armamento y equipo golpeándose en varias partes del cuerpo, dislocándose el hombro izquierdo, diagnosticándole luxación de hombro izquierdo y muñeca, hechos detallados en el informe administrativo por lesiones No. 025 del 1 de diciembre de 2011.

La lesión padecida a pesar del tratamiento médico y quirúrgico, lo ha incapacitado para desarrollarse como una persona normal afectando de manera extrema e irreversible su calidad de vida.

El señor JESÚS DAVID ACOSTA OTERO, antes de ser enrolado al EJERCITO NACIONAL era excelente trabajador, dedicado a labores útiles para la manutención de su familia y las lesiones le han causado incapacitado y por obvias razones frustrado física, psicológicamente y fisiológicamente para llevar una vida normal.

Las lesiones padecidas han producido un daño en el núcleo familiar, a quienes les causo dolor y sufrimiento además de la intranquilidad al observar el estado en que queda de manera irreversible y permanente su ser querido.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestado que no puede responder por las lesiones sufridas por el señor JESÚS DAVID ACOSTA, centrando su defensa en el argumento que no existe prueba que comprometa su responsabilidad conforme los elementos del artículo 90 de la Constitución Política, carga que le corresponde a la parte demandante, solicitando que se despachen negativamente las pretensiones, en razón a que no existe material probatorio que respalde los argumentos esbozados por la parte actora.

A los hechos, dijo no constarle por la ausencia de pruebas que los confirmen y algunos eran apreciaciones subjetivas de la parte demandante. Para finalizar, propuso como excepciones las siguientes: Inexistencia de los presupuestos para configurar el daño antijurídico; falta de los elementos necesarios de la imputación e inimputabilidad del daño a la accionada, porque no se prueba que la lesión sea consecuencia de una acción u omisión de la NACIÓN MINDEFENSA EJERCITO NACIONAL; La responsabilidad de la entidad demandada se encuentra limitada por la ley, siendo que se prestó la atención médica requerida, obligándose en virtud de la Ley a definir los derechos de carácter prestacional derivados de la incapacidad relativa permanente y las lesiones que sufren los soldados regulares se pueden equiparar a accidentes laborales

1.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA²

En sentencia del 16 de diciembre de 2016 el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo, declaró a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional -Ejército Nacional de Colombia responsable patrimonial y extracontractualmente por los perjuicios causados a los demandantes, como consecuencia de las lesiones causadas al joven Jesús David Acosta Otero el 21 de noviembre de 2011 cuando prestaba el servicio militar obligatorio. Consecuencia de lo anterior, condenó a la entidad demanda a pagar a título de indemnización, las siguientes sumas de dinero:

- Por concepto de perjuicios morales: Al joven Jesús David Acosta Otero: 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes; A los señores Julio Manuel Acosta Peña y Maribel Otero Polo: 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes; A los jóvenes Angie Paola, Jorge Aníbal, y Lizeth Vanessa Acosta Otero, y a la señora Greidis Dayana Muñoz Otero: 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Por concepto de perjuicios materiales - lucro cesante al joven Jesús David Acosta Otero la suma de \$71.460.488.
- Por concepto de daño a la salud el equivalente a 103.53 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Asimismo, condena en costas a la Nación - Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional de Colombia.

2 Folios 76 – 87. Cuaderno de 1º Instancia.

Como fundamento de su decisión, el A quo expresó que conforme los elementos probatorios era clara la ocurrencia del daño padecido por el joven Jesús David, como quiera que tiene una pérdida de su capacidad laboral del 34.51% ya que padece una lesión de luxación traumática de hombro izquierdo no dominante, que le dejó como secuela inestabilidad multidireccional de hombro y que El daño causado al joven Jesús David Acosta Otero es imputable a la entidad demandada bajo el régimen de daño especial, pues ocurrió por causa y razón del servicio militar obligatorio que él estaba prestando.

Dijo que, en efecto, en el momento en que sufrió la lesión estaba prestando el servicio militar obligatorio en el Batallón de Infantería Mecanizado No. 4 "General Antonio Nariño" y se desempeñaba por tanto como un soldado regular; se encontraba realizando desplazamiento táctico por la Vereda Las Nubes, ubicada en el municipio de Guaranda (Sucre), y fue precisamente cuando realizaba dicha actividad que se produjo su lesión, al caerse desde su propia altura con el armamento y el equipo que se le asignaron, además no se demostró la existencia de una causa que impida imputarle el daño a la administración.

1.4. EL RECURSO DE APELACIÓN³.

La Nación – Min Defensa-Ejercito Nacional entidad demandada inconforme con la sentencia de primera instancia, formuló recurso de apelación, solicitando que se revocara la providencia y en su lugar se despachen negativamente las súplicas de la demanda, bajo los argumentos siguientes:

Dijo que el ex IM ACOSTA OTERO pudo sufrir una disminución de su capacidad laboral, pero no habían elementos de juicio suficientes que conduzcan inequívocamente a establecer la responsabilidad de la entidad demandada, no siendo suficiente demostrar la existencia de daño, como se ve reflejada con la supuesta lesión de la víctima, sino que además debe existir un nexo causa, relacionado con la conducta de la administración, debiendo probar contundentemente que fue el accionar de los miembros del EJERCITO NACIONAL en causante del hecho dañino.

3 Folios 236-246 del Cuaderno de 1º Instancia.

Expresó que tal como lo ha manifestado el Honorable Consejo de Estado en su reiterada jurisprudencia, no basta probar el daño, la existencia del nexo causal y con enunciar la imputación, sin que se pruebe la existencia de la falla del servicio, y que en este momento no está acreditada la imputación, y no hay lugar a que se decrete la responsabilidad del Estado, y esto se deduce de la carencia total de elementos probatorios que permitan demostrar que efectivamente, existió una acción u omisión por parte de los agentes del Estado, la ausencia de pruebas impide que se pueda demostrar la atribución de responsabilidad a la Administración.

Afirmó que teniendo en cuenta que no se probó que la LESION sufrida por el señor ex IMAR JESÚS DAVID ACOSTA OTERO fuera causada por la acción u omisión de la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL no se les puede imputar responsabilidad, alguna sobre los Perjuicios que se hayan podido suscitar con ocasión de la Lesión sufrida por el Infante de Marina hoy demandante; agregando que, la supuesta lesión sufrida por el Infante de Marina de acuerdo a lo expresado por el demandante en su escrito petitorio, suele limitarse a lo que doctrinaria y jurisprudencialmente ha dado en llamarse RIESGOS PROPIOS DE LA ACTIVIDAD MILITAR, a las contingencias propias de la guerra regular e irregular, cuando este concepto es mucho más amplio y encierra una serie de actividades propias de la prestación del servicio militar obligatorio, debidamente reglamentadas en manuales, ordenes de operaciones y en desarrollo del régimen interno de las Unidades tácticas. No pueden limitarse entonces los riesgos propios del servicio a los riesgos propios de la guerra, como quiera que el servido, militar encierra la actividad bélica propiamente, dicha como la logística, instrucción, planeamiento, inteligencia, etc. Frente a este tipo de contingencias, como frente a las actividades de la actividad bélica las normas laborales prestacionales prevén beneficios especiales que amparan y tutelan la actividad de los miembros de la Fuerza Pública dentro del régimen calificado legal y jurisprudencialmente como excepcional.

Que revisada la historia clínica entorno a la patología del INMAR, se concluye que el inicio de la enfermedad que padece el demandante, no es imputable a la prestación del servicio militar obligatorio y contrario a las afirmaciones de la demanda, no obedeció a su incorporación a la fuerza, ni ha hecho posterior de cuya existencia, no existe prueba alguna que permita ilustrar el proceso. Es de anotar que la patología la pudo haber desarrollado el joven militar desde niño ya que la definición de la misma, hace ver que la enfermedad tiene otro origen y no tiene que ver con

el servicio militar y que el ente militar al momento de la incorporación no identificó. Lo anterior implica que no existe responsabilidad del Ministerio de Defensa Nacional, al no ser la enfermedad imputable a la entidad; al no existir responsabilidad del Ministerio de Defensa Nacional, este no está llamado a indemnizar al demandante. Considerando que en la prestación del servicio militar se pueden recibir lesiones, es la razón por la cual a los soldados en dicha eventualidad se les entrega una indemnización de conformidad con el índice de lesión recibida, la cual puede equipararse a una indemnización.

Adujo que no siendo imputable el daño a la acción u omisión de las autoridades estatales, su reparación sólo puede provenir del legislador. (Reparación debidamente reconocida conforme al régimen prestacional especial aplicable a los miembros de la Fuerza pública), habrá de concluirse que el Estado sólo comprometió su responsabilidad a título de IMPUTACIÓN LEGAL, esto es, de conformidad con el régimen legal prestacional vigente aplicable para los daños sufridos por el personal de la Fuerza Pública en servicio y por causa o razón del mismo, siendo su responsabilidad derivada de la asistencia médica, laboral y prestacional derivada de una afección sufrida durante la prestación del servicio militar, sin comprometer su responsabilidad extracontractual.

Por último, manifestó su desacuerdo con el reconocimiento de perjuicios efectuados por el juzgado de primera instancia, porque solo debió tener en cuenta el porcentaje de pérdida de capacidad laboral derivado de la lesión y no todo lo establecido en el acta de junta médico laboral, puesto que solo el 26.0% de la pérdida de capacidad laboral del señor JESÚS DAVID ACOSTA OTERO es atribuible al ente militar ya que fue la "lesión 1" que fue calificada en el servicio por causa y razón del mismo.

1.5. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. Alegatos de las partes y concepto del Ministerio Público.

Mediante providencia del 3 de abril de 2017 se admite el recurso de apelación por el Tribunal Administrativo de Sucre⁴. El 16 de mayo de 2017⁵, se ordenó correr traslado a las partes y al Ministerio Público para alegar de conclusión, oportunidad procesal en la que se pronuncian las partes, así:

⁴ Folio 4 Cuaderno de 2º Instancia.

⁵ Folio 10 Cuaderno de 2º Instancia

La entidad Demandada⁶: Reiteró todos y cada uno de los argumentos presentados en el recurso de apelación.

La parte demandante⁷: Sostuvo que con el acervo probatorio recaudado dentro del proceso, quedaron probadas las secuelas que le dejó la lesión que sufrió el actor mientras prestaba servicio militar obligatorio, razón evidente que compromete el grado de bienestar e integral del lesionado en el transcurrir ordinario y normal de su existencia, solicitando se confirme la sentencia.

El delegado **del Ministerio Público** no emitió concepto.

2. CONSIDERACIONES.

2.1. COMPETENCIA

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente, para conocer en segunda instancia, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

¿Es responsable patrimonialmente la NACION MIN-DEFENSA EJERCITO NACIONAL, por el daño ocasionado en virtud de la lesión sufrida durante la prestación del Servicio Militar Obligatorio por el entonces infante de marina regular, JESÚS DAVID ACOSTA OTERO?

En caso de ser positiva la respuesta, entrara la Sala a revisar la orden de reparación de perjuicios dada por la Juez de Primera Instancia, punto contra el cual igualmente, mostró su desacuerdo la entidad demandada-apelante.

I. CLÁUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.

La Constitución Política de 1991 en su artículo 90, dispuso la que se ha llamado cláusula de responsabilidad patrimonial de Estado, así: "El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas".

6 Folio 18-25 Cuaderno de 2ª Instancia.

7 Folio 14-18 Cuaderno de 2ª Instancia.

Sobre la noción de daño antijurídico, se ha dicho "*consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar*"⁸. En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas, dado que la antijuridicidad del daño no estriba en que la conducta sea contraria a derecho, sino, siguiendo la orientación española, en que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar.

Por su parte, la imputación (fáctica y jurídica) del daño es 'la atribución de la respectiva lesión, la cual desde el punto de vista jurídico supone establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, siendo allí donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida en el artículo 90 de la Constitución Política'⁹.

Ahora bien, aun en los aplicación de teorías objetivas de responsabilidad¹⁰, debe establecerse si la acción u omisión de la entidad estatal fue la causa del daño, razón por la cual, para que la determinación sea favorable a los intereses de la parte demandante no es suficiente con verificar que la víctima o sus beneficiarios no estaban en el deber jurídico de soportar el daño padecido, para que surja el derecho a la indemnización se requiere además que dicho daño sea imputable a la Administración, y sólo lo será cuando su intervención hubiera sido la causa del mismo, siendo necesario descartar la existencia o no de causas excluyentes de responsabilidad.

II. DAÑOS CAUSADOS A PERSONAS QUE CUMPLEN CON LA OBLIGACIÓN CONSTITUCIONAL DE PRESTAR SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO. TITULO DE IMPUTACIÓN.

En materia de personas que prestan el servicio militar obligatorio, es necesario tener presente que: I) éstos ingresan a su reclusión de manera involuntaria, II) sus

⁸ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042

⁹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 1994. Exp. 9276. C.P. Dr. Daniel Suarez Hernández

¹⁰ Precizando que el concepto de daño antijurídico en manera alguna puede entenderse como la consagración de un régimen de responsabilidad general objetivo, puesto que en la imputación como factor para enrostrar responsabilidad intervienen y así lo ha decantado jurisprudencia títulos de imputación subjetivos y objetivos, siendo los hechos o circunstancias específicas del caso concreto, los que delimitan la aplicación de uno y otro y la imputabilidad del mismo.

servicios se encuentran orientados al bienestar de la comunidad y III) el desarrollo de sus actividades acarrea una gran peligrosidad o riesgo ya sea, porque es necesario que participen en combates con personas al margen de la ley, o por el simple manejo de instrumentos que suponen la creación de un riesgo como las armas y equipos de guerra, entre otros.

En providencia del 28 de febrero de 2011, expediente No. 25000-23-26-000-1995-01547-01(18272)11, el CONSEJO DE ESTADO, en relación con el título de imputación señaló:

"El artículo 216 de la Constitución establece el deber para todos los colombianos de tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan y defiere a la ley la regulación de ese deber. Dice la norma constitucional:

"Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

"La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo".

El servicio militar obligatorio fue concebido en la Constitución como un deber, que desarrolla el principio de solidaridad ciudadana y, por lo tanto, no representa para quien lo cumple un castigo ni una vulneración de sus derechos individuales. Así lo ha destacado la Corte Constitucional al pronunciarse sobre las demandas de inexequibilidad formuladas contra las leyes que desarrollan ese deber y en las acciones de tutela que se han presentado con ocasión del llamamiento que se ha hecho a los accionantes a prestar dicho servicio:

"El servicio militar está instituido en el ordenamiento jurídico-político del Estado como un deber al cual están sometidos todos los ciudadanos para contribuir al mantenimiento del orden público, mediante su prestación temporal en beneficio de la sociedad civil; es una manera de participar el ciudadano corriente en la tarea de asegurar la convivencia pacífica de los habitantes del territorio colombiano. Siendo ello así, el servicio militar no debe mirarse como una vulneración a los derechos de los particulares, ni como un sacrificio, porque su esencia implica el ejercicio de la solidaridad ciudadana en un servicio especial e impostergable que requiere, en todos los tiempos, la sociedad (Cfr. Art. 95 No. 2o.). No hay derechos que se contrapongan a deberes irrenunciables; por ello las excepciones para prestar el servicio militar, o las causales para retirarse de él, deben ser motivadas por el mismo interés general, el cual, excepcionalmente, puede justificar la exoneración de una persona, atendiendo siempre al bienestar colectivo y no al interés particular"¹².

No obstante, al definir la responsabilidad patrimonial del Estado frente a quienes se encuentren prestando el servicio militar obligatorio, la Sala ha considerado el régimen bajo el cual debe resolverse su situación es diferente del que se aplica frente a quienes voluntariamente ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares, agentes de policía o detectives del DAS, porque el sometimiento de aquellos a los riesgos inherentes a la actividad militar no se realiza de manera voluntaria, sino que corresponde, se insiste, 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" (art. 216 C.P.).

¹¹ Sección Tercera Subsección B. Consejero Ponente, Danilo Rojas Betancourt.

¹² Nota Original. Sentencia T-224 de 1993.

Por eso, desde tiempo atrás la jurisprudencia ha considerado que cuando una persona ingresa al servicio militar obligatorio en buenas condiciones de salud debe dejar el servicio en condiciones similares¹³, criterio a partir del cual se estableció la obligación a cargo de la entidad demandada, de responder 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.

Atendiendo a las condiciones concretas en que se hubiera producido 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 produce 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, o como consecuencia de la actividad propia que se ejerce.

Posición que es mantenida por la Sala. En providencias más recientes se ha acudido a los distintos regímenes para la solución de los casos concretos y se ha insistido en que, salvo la demostración de la falla del servicio como causa del daño sufrido por quien ingresa a prestar el servicio militar obligatorio, cabe aplicar los regímenes de responsabilidad objetivos de riesgo excepcional o daño especial, dependiendo de los instrumentos o circunstancias en las cuales se hubiere producido aquél”.

Recordemos entonces que, el daño es antijurídico cuando la víctima no tiene el deber de soportarlo, o lo que es lo mismo, cuando el Estado no tiene derecho a causarlo; situación, que en casos como el que se estudia, se traduce en la existencia de un rompimiento de la cargas públicas, que por su anormalidad implique la imposición de una carga especial e injusta al conscripto o a sus familiares, situándolo en una situación diferente respecto de los demás, que debe ser demostrada por quien la padece.

Y en lo que a la imputabilidad se refiere, se ha dicho que, dado el especial carácter de los conscriptos, surge la obligación que tiene el Estado de proteger a quienes están compelidos a prestar el servicio militar, de tal forma que debe asumir todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a éstos se le asignan; siendo apenas posible, desconocer la titularidad en cabeza del Estado cuando el daño haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, eventos en los cuales, su demostración corresponderá a la parte demandada.

Lo anterior, en razón a la posición de garante que adquiere el Estado frente a los Conscriptos, quienes al cumplir con el deber de solidaridad que les impone el artículo 216 de la Constitución Política, doblegan su voluntad y disponen su libertad individual para un fin determinado, entrando en una relación de especial sujeción

¹³ Sentencias de 3 de marzo de 1989, exp: 5290 y del 25 de octubre de 1991, exp: 6465, entre otras.

que lo convierte (al Estado) en sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquellos.

Lo ha expuesto el Consejo de Estado reiteradamente¹⁴:

“En relación con los conscriptos el principio iura novit curia reviste una característica especial, toda vez que el juez debe verificar si el daño antijurídico resulta imputable o atribuible al Estado con fundamento en cualquiera de los títulos de imputación que se prevén dentro del régimen objetivo de responsabilidad, esto es, daño especial, riesgo excepcional o el de falla del servicio. No puede perderse de vista que en tanto la Administración Pública imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del soldado en la medida en que es una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado, además, porque por regla general, lo sitúa en una posición de riesgo, lo que en términos de imputabilidad significa que debe responder por los daños que le sean irrogados relacionados con la ejecución de la carga pública. Dicho tratamiento, decantado por la jurisprudencia contenciosa administrativa, respecto de la responsabilidad del Estado por daños sufridos por quienes prestan el servicio militar, obedece en principio a la diferencia que se evidencia entre soldados que se encuentra en esta categoría frente a aquellos que ingresan voluntariamente a la fuerza pública. Tal contraste radica, en que los primeros lo hacen para cumplir con un deber constitucionalmente impuesto, mientras que los segundos de manera espontánea, por su propia iniciativa, eligen vincularse al establecimiento militar, de lo cual se infiere que optan por asumir o al menos compartir con el Estado los riesgos que sobre ellos puedan materializarse en el ejercicio del servicio que voluntariamente escogieron desempeñar. Tal situación no ocurre con los soldados conscriptos, quienes únicamente tienen el deber de soportar aquellas limitaciones o inconvenientes inherentes a la prestación del servicio militar obligatorio, como la restricción de los derechos fundamentales de locomoción, libertad, etc.; **pero si durante la ejecución de su deber constitucional les sobrevienen lesiones a situaciones que tienen protección jurídica como la vida, la integridad personal y la salud, ellas pueden ser causa de imputación de daño antijurídico al Estado, por cuanto en dicho caso, el soldado conscripto no compone, ni asume ese tipo de riesgos con el Estado”** (Negrillas fuera del texto).

Ahora bien, la aplicación de las teorías objetivas, no excluye del todo, que actuando el Estado como garante y salvaguarda de los ciudadanos – soldados, que de forma obligatorio cumplen con el llamado a prestar servicio militar obligatorio, se configure la responsabilidad y el deber reparatorio bajo la directriz de la teoría de la falla del servicio¹⁵.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo como se ve, distingue entre la responsabilidad aplicable a la administración por daños sufridos en el ejercicio del servicio militar obligatorio –y con ocasión del mismo-, de la que surge de aquellos daños padecidos por un integrante de las fuerzas armadas

14 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, 3 de febrero de 2010. Radicación No. 18001-23-31-000-1996-00770-01 (17543)

15 Se puede consultar entre otras, CONSEJO DE ESTADO, Sección III, Subsección C, expediente No. 52001-23-31-000-1997-08789-01(15838, 18075, 25212 acumulados)

incorporado voluntariamente al servicio. Diferenciación que tiene su fundamento razonable en que, mientras en el primer caso la prestación del servicio militar es impuesta a algunos ciudadanos por el ordenamiento jurídico, en la segunda eventualidad la persona ingresa al servicio por iniciativa propia, con lo que asume los riesgos inherentes que implica el desempeño de la carrera militar¹⁶.

Así las cosas, las personas que prestan servicio militar obligatorio sólo están obligadas a soportar las cargas que son inseparables a la prestación del servicio, tales como la restricción a los derechos fundamentales de libertad y locomoción, pero no los riesgos anormales o excepcionales.

De suerte entonces, que para los efectos de responsabilidad frente a miembros voluntarios de la fuerza pública, la reclamación de daños, se realiza bajo la egida de la falla del servicio – título de imputación subjetivo, mientras que para las personas que ingresan a cumplir con el mandado del artículo 216 de la Constitución Política, se ha establecido un régimen de responsabilidad objetivo fundamentalmente (daño especial – riesgo excepcional), a menos que se demuestre la existencia y configuración de una falla del servicio¹⁷, como título de imputación por excelencia.

Ahora, el daño en caso de conscriptos, *"Igualmente, debe precisarse que, en tratándose de las lesiones o el homicidio de que puedan ser víctimas los soldados que presten servicio militar obligatorio por razón de la acción ejecutada por sujetos ajenos a la Fuerza Pública o por el mismo Estado, en principio, no tendrá cabida la causal de exoneración de responsabilidad consistente en el hecho de un tercero, habida consideración del carácter particular de la relación de especial sujeción, la cual implica que el Estado debe respetar y garantizar por completo la vida e integridad del soldado obligado a prestar servicio militar respecto de los daños que pudieren producir, precisamente, terceros particulares o incluso del propio personal oficial"*¹⁸

Precisando la Sala que la responsabilidad patrimonial del Estado, en situaciones como la que convoca la atención, no está limitada por la indemnización tarifada de rango laboral - legal, como quiera que la primera surge del deber reparatorio que

16 Consultar, CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. Expediente. 50001-23-31-000-2003-00294-01(36.215). C.P. Martha B. Velázquez.

17 Se puede consultar Sentencia del 28 de febrero de 2011, expediente No. 25000-23-26-000-1995-01547-01(18272Sección Tercera Subsección B. Consejero Ponente, Danilo Rojas Betancourt

18 Ídem 18.

tiene el Estado, frente a los daños antijurídicos que le sean imputables y por ende los títulos que la originan tienen fuente diferente¹⁹.

Ilustra la jurisprudencia del Consejo de Estado:

"En efecto, cuando en el ordenamiento jurídico de manera previa se establecen compensaciones, reconocimientos patrimoniales y prestacionales especiales -que en derecho francés se han denominado "indemnización a forfait" - su reconocimiento resulta compatible con la indemnización a cargo de quien es encontrado responsable de un daño, por cuanto la causa jurídica de la primera es la ley, mientras que la causa jurídica de la indemnización plena proveniente de la responsabilidad es el daño mismo. En otras palabras, los dos beneficios: el a forfait y la prestación indemnizatoria a cargo del responsable del daño, tienen causas jurídicas distintas y, por lo tanto, no se excluyen entre sí"²⁰

En sentencia del 27 de abril de 2016, igualmente señaló:

"El soldado que presta el servicio militar obligatorio no goza de protección laboral predeterminada frente a los riesgos a los cuales se le somete en cumplimiento de su cometido constitucional, por cuanto la ley tan solo le reconoce algunas "prestaciones", las cuales de ningún modo pueden catalogarse como laborales y tampoco se asimilan al régimen *a for fait* previsto por la ley para los soldados profesionales"²¹

III. ANALISIS DE RESPONSABILIDAD EN EL CASO CONCRETO.

En el sub lite, la Sala entra a determinar si la Nación- Ministerio de Defensa-Armada Nacional, es responsable patrimonialmente tal como lo estableció el A quo, de los perjuicios reclamados, consecuencia del daño causado al IMAR JESUS DAVID ACOSTA OTERO, quien resultó lesionado mientras cumplía con su servicio militar obligatorio como Infante de Marina, hechos ocurrido el 21 de noviembre de 2011, generándole una disminución de la capacidad laboral representada en un 34.51%, conforme dictamen emitido por la Junta Médico Laboral de las Fuerzas Militares.

- **Pruebas incorporadas al expediente:**

Por su pertinencia y utilidad, se destacan en el expediente las siguientes pruebas documentales:

19 "Quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares, agentes de policía o detectives del DAS, asuman los riesgos inherentes a la misma actividad y están cubiertos por el sistema de la indemnización predeterminada o automática (a forfait), establecida en las normas laborales para el accidente de trabajo o en las previsiones especiales que cobijan a los conscriptos..." Consejo de Estado, Sentencia de 25 de julio de 2002, Exp. 14.001, Actor: Luz Dary Suaza Castellón y otros

20 Consejo de Estado, Sección III. Expediente No. 25000-23-26-000-1996-03096-01(17992), sentencia del 28 de abril de 2010, C.P., Mauricio Fajardo Gómez.

21 CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. Expediente. 50001-23-31-000-2003-00294-01(36.215). C.P. Martha N. Velázquez.

- Registros civiles de nacimiento del joven Jesús David Acosta Otero, y de los jóvenes Angie Paola, Jorge Aníbal y Lizeth Vanessa Acosta Otero, y Greidis Dayana Muñoz Otero (fls.20, 21, 22, 23, 24).
- Orden del día No. 122 del 24 de junio de 2011, suscrita por el Ejecutivo y segundo Comandante del Batallón de Infantería Mecanizado No.4 General Antonio Nariño de Malambo, Atlántico (fls. 164 a 174)
- Orden administrativa de personal del Comando del Ejército No. 1509 del 13 de julio de 2011, suscrita por el Director de Personal del Ejército Nacional (fls.182 a 184).
- Historia clínica No.1048268753 del 30 de noviembre de 2011 expedida por la Organización Clínica Bonnadona-Prevenir, al joven Jesús David Acosta Otero (fl.49, 28).
- Hoja quirúrgica del 30 de noviembre de 2011 expedida por la Organización Clínica Bonnadona-Prevenir, al joven Jesús David Acosta Otero (fl.50).
- Informe Administrativo por Lesiones No.025 realizado al joven Jesús David Acosta Otero el 10 de diciembre de 2011, por el Comandante del Batallón de Infantería Mecanizado No.4 General Antonio Nariño de Malambo, Atlántico (fls.25, 26).
- Acta de Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No.TML 14-0083 MDNSG-TML-41.1, realizada el 23 de diciembre de 2014, al joven Jesús David Acosta Otero (fls.130 a 132).
- Certificado expedido el 9 de junio de 2015 por el Suboficial de Personal del Batallón de Infantería Mecanizado No.4 "General Antonio Nariño", ubicado en el Municipio de Malambo, Atlántico (fl.163).
- Oficio No.2015562053453'1 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-SJU-1.9 del 13 de junio de 2015 suscrito por el Subdirector de Personal del Ejército Nacional, presentado el 8 de julio de 2015 ante el juzgado (fl.181).
- Oficio No. 001991/MDN-CGFM-CE-CCON1-DIV1-BR2-BINAR-CJM-29 del 16 de junio de 2015, suscrito por el Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón de Infantería Mecanizado No.4 "General Antonio Nariño", presentado el 30 de junio de 2015 ante el juzgado (fls. 161-162)
- **De lo probado en el proceso.**

El análisis individual y en conjunto de los medios probatorios arrimados al plenario aportadas en copias y relacionadas en el acápite anterior se valoran como quiera

que provienen de la parte contra la cual se aducen, quien no manifestó reparo probatorio alguno en contra de las mismas, arroja las siguientes conclusiones:

1. El señor JESÚS DAVID ACOSTA OTERO, fue incorporado a las filas de la Armada Nacional **como soldado regular, incorporado en el Cuarto Contingente de 2011 (folio 163)**, siendo dado de alta mediante Orden del Día No. 122 Artículo 382 de fecha 24 de junio de 2011 con novedad fiscal 14 de junio de 2011²² y licenciado por tiempo de servicio militar cumplido.
2. De conformidad con el Informe Administrativo por Lesiones No.025 de fecha **1º de diciembre de 2011**, por el Comandante del Batallón de Infantería Mecanizado No.4 General Antonio Nariño de Malambo-Atlántico, el día 21 de noviembre de 2011 en un desplazamiento táctico siendo las 10:25 horas, el Soldado Regular Jesús David Acosta Otero sufrió un accidente al resbalar y caer de su propia altura, siendo diagnosticado en el servicio de sanidad con luxación de hombro izquierdo y edema de partes blandas. La lesión fue calificada como ocurrida en el literal B, EN EL SERVICIO Y POR CAUSA Y RAZON DEL MISMO, de acuerdo con el Decreto 1796 de septiembre de 2000 título IV artículo 24 literal B. **Los hechos ocurrieron en el Municipio de Guaranda Sucre, Vereda Las Nubes.**
3. El accidente donde resultó lesionado JESUS DAVID ACOSTA OTERO, ocurrió entonces, cuando este se encontraba en servicio activo y cumplimiento de su servicio militar.
4. De conformidad con el acta de Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía No. TML 14-0083 MDNSG TML-41.1, del 23 de diciembre de 2014, le dictaminó una **pérdida de capacidad laboral equivalente al 34.51%, que le genera una incapacidad permanente parcial no apto para actividad militar**, siendo improcedente reubicación por estar licenciado retirado del servicio.
5. De igual forma, se consigna como secuelas: i. luxación traumática de hombro izquierdo no dominante manejada quirúrgicamente con recidiva que deja como secuela inestabilidad multidireccional de hombro, lesión neurológica; ii) Depresión reactiva. Calificadas la primera como por causa y razón del servicio

2222 Folios 164-174

(accidente de trabajo) y la segunda en el servicio, pero no por causas y razón del mismo (enfermedad general).

Vertiendo lo probado frente a los elementos de responsabilidad, tenemos, la existencia de un **DAÑO**, CIERTO, PERSONAL Y DIRECTO, que se manifiesta en la lesión padecida por JESÚS DAVID ACOSTA OTERO, cuando este prestaba su servicio militar obligatorio como Soldado Regular, por causa y con ocasión del mismo, siendo orgánico del del Batallón de Infantería Mecanizado No.4 General Antonio Nariño de Malambo-Atlántico, en en hechos ocurridos el 21 de noviembre de 2011 **el Municipio de Guaranda Sucre, Vereda Las Nubes, cuando se desplazada en desarrollo de una misión táctica, según consta en el informe administrativo por lesiones²³.**

Consecuencia de lo anterior, el actor en cumplimiento del deber constitucional regulado por el artículo 216 de la Constitución Política, esto es, prestando su servicio militar obligatorio sufre una afectación en su capacidad laboral, reduciéndose la misma en un 34.51%, que le acarrea una incapacidad permanente parcial²⁴, "la cual se produce cuando el trabajador sufre una disminución definitiva pero apenas parcial de sus facultades, es decir, cuando se producen alteraciones orgánicas o funcionales incurables o de curación no previsible, que limitan la capacidad de trabajo sin producir incapacidad permanente total"²⁵

El actor recibe por parte de la Junta Médica Laboral una calificación integral, (la cual dicho sea d paso no fue controvertida al interior del proceso por la entidad demandada) conforme las secuelas dejadas a su paso por el servicio militar, a saber: i) luxación traumática de hombro izquierdo no dominante manejada quirúrgicamente con recidiva que deja como secuela inestabilidad multidireccional de hombro, lesión neurológica; ii) Depresión reactiva.

Para el actor, el daño deviene en antijurídico porque ingresó en condición de apto al servicio y al ser retirado del mismo o dado de baja, sale con un padecimiento que le generó una pérdida de su capacidad laboral.

23 La importancia del informe administrativo por lesiones, radica en que, es realizado por el Jefe o Comandante y contiene o describe las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se producen las lesiones e informan si los acontecimientos ocurrieron sea en servicio, por causa o razón del mismo, en combate o accidente relacionado con el servicio, o por acción del enemigo, en tareas de restablecimiento del orden público, entre otras. Ver en tal sentido, artículo 24 del decreto 1796 de 2000.

24 Literal B, artículo 28 Decreto 1796 de 2000. incapacidad permanente parcial: Es aquella que se presenta cuando la persona sufre una disminución parcial pero definitiva, de alguna o algunas de sus facultades para realizar su trabajo habitual.

25 Novedades en el Sistema General de Riesgos Profesionales. Memorias convenio interadministrativo 0427 de 2007, Ministerio de la Protección Social-Consejo Superior de la Judicatura. Página 118. Bogotá, noviembre de 2008

Frente a la segunda secuela, esto es depresión reactiva, precisa la Sala que la entidad demandada no demuestra que el soldado regular antes ingresar a la filas militares, hubiere padecido perturbación alguna de tipo mental o físico, es decir, el joven ingresó en perfecto estado de salud a la base de entrenamiento militar, pues no obra en el plenario anotación alguna en sentido distinto, es más, presentó y superó todas las pruebas practicadas para ingresar a la prestación del servicio militar, en tal sentido, la calificación de la pérdida de la capacidad laboral realizada por Junta Médica, corresponde al principio de calificación integral de contingencias derivadas de la prestación del servicio militar.

El daño es imputable a la entidad demandada, porque incumplieron con su obligación de resultado de devolver una vez terminara su servicio militar obligatorio y cumplir con el deber constitucional establecido en el artículo 216 de la C. CP., al infante de marina, en las mismas condiciones en que entró a la institución castrense, esto es, en pleno goce de su integridad física, con lo cual se estructuran los elementos para declarar la responsabilidad objetiva de éste.

El deber de protección a la vida y a la integridad física, no se limita o disminuye por la carga de prestar el servicio militar obligatorio y si bien la lesión padecida no se concibe en las conclusiones de la Junta Médica Laboral, como invalidante o generante de pérdida de capacidad laboral, ello en manera alguna borra o disminuye el daño ni mucho menos la imputación, porque la mayor o menor intensidad de la lesión o sus secuelas, son circunstancias que derivan en el análisis de la reparación del daño, en cuanto ayudan al momento de establecer el monto de liquidación de perjuicios, más no forma parte del concepto de daño o lesión resarcible²⁶, traída por el artículo 90 de la Constitución Política

Como corolario entonces y en respuesta al problema jurídico planteado, apunta la Sala en afirmar, que La Nación Ministerio de Defensa-Armada Nacional, es responsable de los daños antijurídicos causados a la parte demandante, el cual acaeció, cuando se encontraba "bajo custodia y tutela del Estado, cuyo deber era devolver al soldado al seno familiar, una vez concluyera su servicio militar obligatorio en condiciones similares a aquellas que se presentaron al momento de su ingreso a

26 JORGE SANTOS BALLESTEROS, señala que, "el daño, entendido en sentido amplio como la alteración o modificación de una situación favorable, en lo fundamental se configura como la lesión que sufre un interés jurídicamente protegido por la ley" SANTOS BALLESTEROS JORGE, Responsabilidad Civil, tomo 1 Parte General, Tercera edición 2012. Editorial Temis, Universidad del Rosario, pagina 337.

las fila”, debiendo en virtud del deber reparatorio, soportar la indemnización de los perjuicios derivados por el daño especial irrogado²⁷.

Resarcimiento que contrario a lo expuesto por la Entidad convocada a juicio, se itera, no se encuentra cobijado ni incluido en la indemnización *a forfait* o tarifadas en la ley, porque tienen causa jurídica distinta y por ende no se excluyen entre sí.

IV. DEL ANALISIS DE LOS PERJUICIOS OTORGADOS A TITULO DE REPARACIÓN DEL DAÑO.

Teniendo en cuenta que en el recurso de apelación presentado por la entidad demandada, se formularon censuras específicas respecto de las condenas impuestas en la sentencia de instancia, en lo que atañe a los perjuicios reconocidos a la parte actora, la Sala procede a revisar tales rubros indemnizatorios, los cuales fueron reconocidos así por la Juez de Primera Instancia:

“Por concepto de perjuicios morales: Al joven Jesús David Acosta Otero: 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes; A los señores Julio Manuel Acosta Peña y Maribel Otero Polo: 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes; A los jóvenes Angie Paola, Jorge Aníbal, y Lizeth Vanessa Acosta Otero, y a la señora Greidis Dayana Muñoz Otero: 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por concepto de perjuicios materiales - lucro cesante al joven Jesús David Acosta Otero la suma de \$71.460.488.

Por concepto de daño a la salud el equivalente a 103.53 salarios mínimos legales mensuales vigentes”

PERJUICIO MATERIAL – LUCRO CESANTE.

Pues bien, está demostrado que el actor, sufrió una lesión en su integridad física, la cual disminuyó la capacidad con que cuenta cualquier persona normal para laborar en porcentaje del 34.51%, el cual afectara directamente sus posibilidades

27 “No se puede, por consiguiente, afirmar de manera simple y llana, que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a conscriptos o reclusos, es suficiente para que éstos sean considerados como no atribuibles –por acción u omisión– a la administración pública. Se requiere, además, en estos eventos, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del mismo, circunstancia por la cual no le es imputable ni fáctica ni jurídicamente. Lo puntualizado, en la medida en que es posible que la causa directa, inmediata y material del daño sea la actuación de un tercero o de la propia víctima, pero el resultado puede tener una relación mediata con el servicio que estaba desplegando el soldado, motivo por el cual la entidad no puede desprenderse de su responsabilidad, toda vez que también podría serle atribuible jurídicamente.

No quiere significar lo señalado que en este tipo de situaciones, no opere la causa extraña en sus diversas modalidades como eximente de responsabilidad por ausencia de imputación, sólo que, como se ha venido indicando, tal acreditación debe hacerse a través de la demostración de que en estos precisos eventos, le resultaba a la entidad demandada absolutamente imprevisible e irresistible. Sin embargo, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero, por regla general, como lo ha aceptado la doctrina, no requieren para su configuración que se pruebe su imprevisibilidad e irresistibilidad”. Consejo de Estado, Sección Tercera. Expediente No. Expediente: 19.031. Radicación: 05001232500019940002001. Sentencia del 14 de septiembre de 2011. C. P. Enrique Gil B.

desempeño laboral y por tanto, la lesión constituye un daño que debe ser indemnizado.

En consecuencia, al demandante le asiste el derecho a la indemnización solicitada, teniendo en cuenta que para la fecha de los hechos, contaba con 19 años 5 meses y 19 días de edad²⁸, en la cual, se considera a una persona económicamente productiva. Así mismo, porque como consecuencia de las lesiones sufridas prestando su servicio militar perdió el 34.51% de la capacidad laboral, situación que le generó una incapacidad permanente parcial y en la misma proporción afectará su nivel de ingresos por lo que resta de su vida a partir de la ocurrencia del hecho.

Para liquidar el perjuicio se tomará el ingreso que percibiría el actor si no hubiese ingresado a la vida militar y que correspondería al mínimo legal vigente para el año 2011, época en que ocurrieron los hechos, sumado al 25% por concepto de prestaciones sociales, pero regulado al porcentaje en que se vio afectada su capacidad laboral y no con el 100%.

Para el cómputo de la indemnización se tomará el salario mínimo legal vigente para la fecha de la sentencia de primera instancia (2016), como quiera que, actualizado el salario del año 2011, nos arroja una sumatoria de \$514.173,00, valor inferior al salario mínimo legal vigente para el año 2016 (\$689.455). A este valor, \$689.455, deberá incrementársele un 25%, por concepto de prestaciones sociales, toda vez que este rubro forma parte de la base de liquidación del lucro cesante que el actor dejará de recibir por la afectación a la actitud laboral, su reconocimiento opera así mismo, por disposición de la Ley y la jurisprudencia²⁹, y se liquidará sobre el 34.51%, porcentaje de pérdida de la capacidad laboral así: $\$689.455 + \$172.363,75 = \$861.818,75 \times 34.31\% = \$297.413,65$

LUCRO CESANTE CONSOLIDADO: Corre desde la fecha de la lesión (21 de noviembre de 2011 hasta la fecha de la sentencia de primera instancia – 16 de diciembre de 2016 – 60.83 meses). Realizadas las operaciones, arroja una suma de **\$20.995.868,97**

LUCRO CESANTE FUTURO: Desde la fecha de la sentencia de primera instancia-16 de diciembre de 2016, hasta la vida probable (60.9 años-730.8 meses –menos los

²⁸ Ver folio 12 cuaderno de primera instancia. Registro Civil de Nacimiento, donde consta que nació el día 23 de mayo de 1992.

²⁹ Ver entre otras, Sentencias de 11 de febrero de 2009, expediente 17.407 y de 4 de octubre de 2007, expediente 16058.

60.83 reconocidos en lucro cesante, 669.97 meses) Realizadas las operaciones, arroja una suma de **\$58.745.492.88**

Total lucro cesante: \$79.741.361,85, suma superior a la reconocida en la sentencia de primera instancia³⁰. No obstante, como se trata de apelante único no se podrá agravar la condena impuesta por el A QUO, y en tal sentido no se realizará modificación alguna por este concepto.

PERJUCIOS MORALES.

Por este rubro indemnizatorio se solicita reconocimiento para la víctima directa de la lesión, para sus padres y hermanos.

Las reglas de la experiencia indican que quien sufre una lesión física que conlleva disminución o pérdida de la capacidad laboral, genera en quien la padece sentimientos de aflicción y tristeza, constitutivos de daño moral. Como parámetro indemnizatorio el H. Consejo de Estado ha establecido un baremo jurisprudencial señalando como punto de partida la gravedad de la lesión y el grado de cercanía con la víctima directa, así³¹:

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

En el caso concreto, la pérdida de capacidad laboral fue superior al 30% e inferior al 40% razón por la cual aplicando las tasas establecidas por el ORGANO DE CIERRE, se tiene que al señor JESÚS DAVID ACOSTA ORTEGA como afectado directo le

30 La diferencia estriba en el periodo a indemnizar, puesto que el Juzgado tomo como punto de partida la fecha de calificación de pérdida de capacidad laboral (AÑO 2014) y el Tribunal toma como tal, la fecha en que ocurrió el hecho en que resultó lesionado el soldado regular ACOSTA OTERO (AÑO 2011)
31 Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 50001231500019990032601 (31172), M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

corresponde por este rubro, **60 SMLMV**, tal como lo determinó el juzgado de instancia en la página 25 de la sentencia apelada.

Por otro lado, frente a los demás reclamantes, hermanos y padres de la víctima directa de la lesión, esta Sala acoge el criterio jurisprudencial adoptado por el Consejo de Estado, en torno a presumir en ellos dados los lazos normales de sangre la existencia del perjuicio moral, una vez probada la condición de parentesco, debiendo la parte demandada para desvirtuar la presunción probar en contrario.

El precedente judicial enseña:

"reiterada jurisprudencia de la Corporación ha sostenido que las lesiones inferidas a una persona hacen presumir el dolor y la aflicción constitutivos del perjuicio moral, en los miembros del entorno familiar más cercano de quien las padece, como cónyuge, compañero (a) permanente, padres, hijos y hermanos, perjuicio que debe valorarse en su entidad atendiendo, entre otros aspectos, a la gravedad de dichas lesiones"³².

De conformidad con los certificados de registro civil de nacimiento obrantes a folios 20 A 24 del cuaderno de primera instancia, se encuentra demostrado que el señor JESUS DAVID ACOSTA OTERO es hijo de los señores JULIO ACOSTA PEÑA y MARIBEL OTERO POLO. Igualmente, se tiene prueba idónea que ANGIE ACIOSTA OTERO, JORGE ANIBAL ACOSTA OTERO, GREIDIS DAYANA MUÑOZ OTERO y LIZETH VANESSA ACOSTA OTERO, son hermanos de JESÚS DAVID ACOSTA OTERO.

Dando aplicación a la presunción de perjuicio moral construida por la jurisprudencia del Consejo de Estado y al baremo indemnizatorio, el cual indica, que cuando la pérdida de la capacidad laboral sea superior al 30% pero inferior al 40% y por tanto, a hermanos y padres, le corresponde una suma a cada uno de ellos, equivalente **30 SMLMV**, como lo detalló debidamente el *A quo*.

- **DAÑO A LA SALUD.**

El A-quo, en sentencia de instancia accedió al reconocimiento, en suma equivalente a 103.53 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Sobre esta tipología de perjuicio, en sentencia del 14 de septiembre de 2011³³ el H. Consejo de Estado, puntualizó:

32 Consejo de Estado, Sección III, Expediente No. 18001-23-31-000-1995-05743-01(15793). C. P. Miriam Guerrero de Escobar.

33 Criterio avalado por sentencia de unificación, proferida por la Sala Plena, C.P. Dr. Enrique Gil Botero, de fecha veinticinco (25) de septiembre de dos mil trece (2013), Radicación número: 05001-23-31-000-2001-00799-01(36460), Actor: INES DEL

“Los daños a la vida de relación o a la alteración de las condiciones de existencia, no podrán servir de instrumento para obtener la reparación del daño a la salud, es decir, son improcedentes para reparar las lesiones a la integridad psicofísica puesto que parten de confrontar, o mejor de un parangón entre la esfera individual y la externa o social; el primero en la carga relacional del sujeto (relaciones sociales) lo que llevó a que fuera considerado en Italia como un daño subjetivo, inequitativo e desigualitario –dado que una persona puede tener una vida social o relacional más activa que otra, sin que eso suponga que deba indemnizarse diferente el daño–, y el segundo, por referirse a una alteración grave y significativa del proyecto de vida, es decir, a los planes y objetivos de la persona hacia el futuro.

El daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial. En otros términos, se insiste, **en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado “daño a la salud o fisiológico”, sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.** En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista” (Negrillas Fuera de Texto)

Respecto a los casos en los que procede el reconocimiento del daño a la Salud, como perjuicio inmaterial autónomo e independiente diferente al moral y su indemnización el Máximo Tribunal señaló.

“Se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir

económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo. Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios –siempre que estén acreditados en el proceso –: i) los materiales de daño emergente y lucro cesante; ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal. Desde esa perspectiva, se insiste, el daño a la salud comprende toda la órbita psicofísica del sujeto”

Milagros Koteich Khatib, *enseña que*, “en los casos de liquidación (del daño extrapatrimonial derivado) de la lesión a la integridad psicofísica, la mirada se dirige hoy a la pérdida o deterioro de las funciones fisiológicas, orgánicas, pues éstas son las que en definitiva permiten el desarrollo de las actividades (de placer, cotidianas o laborales) del ser humano. Si esta figura no es entendida en su justa dimensión, el problema que se introduce es que termina por liquidarse con fundamento en parámetros que nada tienen que ver con su naturaleza, la cual, dada por su “objetividad”, debería permitir al menos arribar a una base igualitarias para todas las víctimas aquejadas por unos mismos tipos de lesión y porcentaje de incapacidad permanente, sin que ello obste, naturalmente, para un posterior ajuste al caso basado en la equidad”³⁴

Ahora bien, para su tasación, la Sección Tercera del H. Consejo de Estado **en sentencia de unificación**, expuso que³⁵:

“Frente a la liquidación del daño a la salud, la Sala reitera los lineamientos planteados en sentencia del 28 de agosto del año en curso, Rad. 31.170, MP. Enrique Gil Botero, en la que se unificó la jurisprudencia en relación a la tasación, en los siguientes términos:

“De modo que, una vez desarrollado el panorama conceptual del daño a la salud, la Sala Plena de la Sección Tercera unifica su jurisprudencia en torno al contenido y alcance de este tipo de perjuicio inmaterial, en los términos que se desarrollan a continuación:

Para la reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222, proferidas por esta misma Sala, en el sentido de que la regla en materia indemnizatoria, es de 10 a 100 SMMLV, sin embargo en casos de extrema gravedad y excepcionales se podrá aumentar hasta 400 SMMLV, siempre que esté debidamente motivado.

³⁴ Milagros Koteich Khatib, La Reparación del Daño como Mecanismo de Tutela de la Persona “Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales”, primera edición 2012, edit. Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Página 23.

³⁵ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 50001231500019990032601 (31172), M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

Lo anterior, con empleo del *arbitrio iudice*, para lo cual se tendrá en cuenta la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para lo que se emplearán –a modo de parangón– los siguientes parámetros o baremos:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
Igual o superior al 50%	100 SMMLV
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80 SMMLV
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60 SMMLV
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40 SMMLV
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20 SMMLV
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10 SMMLV

Sin embargo, en casos excepcionales, cuando, conforme al acervo probatorio se encuentre probado que el daño a la salud se presenta en una mayor intensidad y gravedad, podrá otorgarse una indemnización mayor, la cual debe estar debidamente motivada y no podrá superar la cuantía equivalente a 400 SMLMV.

Así, el operador judicial debe tener en cuenta las siguientes variables conforme a lo que se encuentre probado en cada caso concreto:

- La pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica (temporal o permanente)
- La anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental.
- La exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones al nivel de un órgano.
- La reversibilidad o irreversibilidad de la patología.
- La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.
- Excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria.
- Las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado.
- Los factores sociales, culturales u ocupacionales.
- La edad.
- El sexo.
- Las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima.
- Las demás que se acrediten dentro del proceso”

Siguiendo lo dicho, y dando aplicación a la categoría de reemplazo del daño a la vida de relación, por el daño a la Salud, se advierte que el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del actor corresponde al 34.51%, lo que comporta una afectación en la integridad psicofísica del señor JESÚS DAVID ACOSTA ORTEGA , afectación que modificó su unidad corporal y que se detalla en el acta del Tribunal Medico Laboral de Revisión Militar y de Policía, dejando como secuelas inestabilidad multidireccional de hombro y lesión neurológica.

En tal sentido y aplicando los porcentajes establecidos en la Sentencia de Unificación citada ut supra, la gravedad de la lesión se ubica en los porcentajes de mayor de 30% y menor de 40%, lo que daría un monto indemnizatorio de **60 salarios mínimos legales mensuales para el señor JESÚS DAVID ACOSTA OTERO.**, no encontrando la Sala, variables adicionales que ameriten una tasación superior.

Como quiera que el A quo, reconoció 103,53 SMLMV, en este punto habrá de modificarse la sentencia de primera instancia para señalar que por concepto de daño a la salud, su indemnización asciende aplicando los baremos jurisprudenciales creados por la sentencia de unificación del Consejo de Estado a 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Recapitulando, la Sala modificará la sentencia de primera instancia **en el numeral 3.2.3.**, en torno al reconocimiento del daño a la salud, puesto que por dicho rubro y conforme al baremo jurisprudencial el establecido por la Sentencia de Unificación citada ut supra, al señor JESUS DAVID ACOSTA OTERO, le corresponde una suma de dinero equivalente a 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes y en lo demás será confirmada la sentencia de primera instancia.

COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA. Por haber prosperado de manera parcial el recurso de apelación, se abstiene de condenar en costas en esta instancia.

3. DECISIÓN:

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

FALLA

PRIMERO: MODIFÍQUESE El numeral 3.2.3, de la sentencia proferida el 16 de diciembre de 2016 por Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo, el cual quedará así:

"3.2.3. Por concepto de daño a la salud el equivalente a 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

SEGUNDO: CONFÍRMASE en lo demás, la sentencia del 16 de diciembre de 2016 proferida por Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo, de conformidad con lo argumentado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

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

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, según acta No. 120

NOTIFÍQUES Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA