



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE

Sincelejo, dieciocho (18) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

SALA TERCERA DE DECISIÓN

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
RADICADO: 70001-33-33-005-2015-00028-01
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: MARIA ANTONIA URIBE RONDON Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN-MINDEFENSA-ARMADA NACIONAL

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 31 de agosto de 2017 por el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, que accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

1. ANTECEDENTES

1.1 LA DEMANDA¹.

Los señores MARIA ANTONIA URIBE RONDON, OLGA RONDON PRIETO, NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE, ALCIDES ALARCON MORENO, FLOR DE MARIA ORTIZ DE ALARCON y LUIS ALCIDES ALARCON ORTIZ, actuando en nombre propio, y la primera (1) en representación de su menor hija YILDREY VANNESA URIBE RONDON, y además la Ultima en representación de sus menores hijos KELLY MARCELA ALARCON RAMIREZ, LUIS MATEO ALARCON RAMIREZ, ANA STEFANIA ALARCON RAMIREZ, LAURA SOFIA ALARCON FUENTES, formularon demanda en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL, con las siguientes, **PRETENSIONES:**

Que se declare que la **NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-ARMADA NACIONAL DE COLOMBIA** Es administrativa y extracontractualmente responsable de los perjuicios materiales e Inmateriales

¹ Folios 7-18 cuaderno de primera instancia.

ocasionados, por las lesiones y secuelas irreversibles sufridas por el Infante de marina regular NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE.

Como consecuencia de lo anterior, que se ordene a la **NACIÓN COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - ARMADA NACIONAL DE COLOMBIA**, la pago de perjuicios en la siguiente forma:

- **PERJUICIOS MORALES:**

EL equivalente a cien (100) Salarios mínimos lega mensuales vigentes para cada uno de los miembros de la parte demandante, MARIA ANTONIA URIBE RONDON, OLGA RONDON PRIETO, NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE, ALCIDES ALARCON MORENO, FLOR DE MARIA ORTIZ DE ALARCON y LUIS ALCIDES ALARCON ORTIZ, YILDREY VANNESA URIBE RONDON, KELLY MARCELA ALARCON RAMIREZ, LUIS MATEO ALARCON RAMIREZ, ANA STEFANIA ALARCON RAMIREZ, LAURA SOFIA ALARCON FUENTES.

- **DAÑO A LA SALUD:**

Al lesionado NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE, el valor de los perjuicios por el DAÑO A LA SALUD, equivalente a 360 SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES. Además de **CUARENTA SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES**, por daño a la salud, de carácter **DINAMICO O SUBJETIVO**, a favor del Lesionado **NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE**

- **PERJUICIO POR DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN:**

A los señores MARIA ANTONIA URIBE RONDON, LUIS ALCIDES ALARCON ORTIZ y NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE, padres y el lesionado, el valor de los perjuicios por el DAÑO A LA VIDA DE RELACION, equivalente a 400 SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES, para cada uno de ellos

- **PERJUICIO MATERIAL – LUCRO CESANTE:**

DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$250.000.000.00) por concepto de lucro cesante, que se liquidarán directamente a favor del lesionado e incapacitado, joven **NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE**, correspondientes a las sumas que el lesionado, ha dejado y dejará de producir en razón de las graves lesiones mentales que le aquejan y por el resto posible de vida que le queda, y que dio origen a una determinación de pérdida de capacidad laboral del 90 %, en la actividad económica a que se dedicaba, habida

cuenta de su edad al momento del in suceso, y a la Esperanza de Vida calculada conforme a las tablas de Mortalidad aprobadas por la Superintendencia Bancaria.

Los intereses moratorios a la tasa equivalente al DTF sobre las sumas reconocida en la sentencia a favor de los demandantes, desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia hasta aquella en que efectivamente se realice el pago, de acuerdo a lo preceptuado por el art. 195 numeral 4 del C.P.A.C.A.

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

El joven NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE, lo reclutaron para la Armada Nacional, adscrito al BATALLON DE COMANDO Y APOYO DE INFANTERIA DE MARINA Nº 6 DE COVEÑAS-SUCRE

Cuando el Infante de Marina Regular NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE, fue incorporado a la Armada Nacional, se encontraba en perfectas condiciones de salud, tanto físicas como mentales y con base en ellos se le reclutó, de acuerdo al primer examen de aptitud psicofísica practicado por oficiales de sanidad de la Armada Nacional.

De acuerdo al artículo 17 de la ley 48 de 1993, al soldado Regular NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE, se le practicó un segundo examen, por determinación de las autoridades de Reclutamiento, aprobado por el Conscripto, por tanto continuo como apto para prestar el servicio Militar.

De acuerdo al artículo 18º Ibídem entre los 45 y 90 días posteriores a la incorporación del contingente, se le debió practicar un tercer examen de aptitud sicofísica para verificar que los soldados no presenten inhabilidades incompatibles con la prestación del servicio militar.

Por las actividades desarrolladas por el conscripto NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE, en razón del servicio militar obligatorio, a mediados del mes de Marzo de 2013 empieza a padecer de una patología siquiátrica, con constantes episodios y el cual es entregado a su madre la señora MARIA ANTONIA URIBE RONDON, el día 12 de Abril de 2013, como consta en el formato de entrega de la Armada Nacional de paciente a familiar y/o acudiente responsable.

Ante estas circunstancias, es internado varias veces en el Hospital Mental Rudesindo Soto de la Ciudad de Cúcuta.

Como consecuencia de sus graves problemas mentales, el día 14 de Octubre de 2014, Las Fuerzas Armadas de Colombia Armada Nacional a través de Sanidad,

le Practica la Junta Médica Laboral N° 0006046, donde se le decreto una Incapacidad Laboral del Noventa por ciento (90%).

En el ítems concepto de especialistas, de la citada acta, se consigna (SIC)..Fecha de iniciación: paciente con cuadro al 1er año de entrar en el Ejército presenta crisis psicótico ingresa al servicio por efectos extrapiramidales de ideación, astenia, adinamia, al parecer sin ningún factor estresante.

En el Acta de Junta Médico Laboral No. 0006046 que le practicó la Armada Nacional, las lesiones Mentales Graves del conscripto NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE se de acuerdo al Artículo 24 del decreto 1796 del 2000 le corresponde: diagnostico 1. Literal (a) en el servicio pero no por causa y razón del mismo, es decir, que se originaron mientras prestaba servicio militar obligatorio.

La grave afección mental del joven **NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE**, ha ocasionado una grave alteración de las condiciones de existencia tanto a él, como a sus padres **MARIA ANTONIA URIBE RONDON** y **LUIS ALCIDES ALARCON ORTIZ** quienes tienen que dedicar buena parte de su tiempo para el cuidado personal de su hijo.

La familia del soldado conscripto **NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE**, era y sigue siendo de comunidad, ayuda mutua, fraternidad, solidaridad, apoyo emocional y económico, donde reina el amor, el respeto y la armonía

Los padres, abuelos y hermanos del conscripto **NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE**, tenían y tienen, hoy con más razón, con éste un nexo afectivo importante, que determinó la existencia de lazos de alianza y solidaridad entre ellos, y que, por lo tanto, aquéllos sufrieron un profundo pesar las lesiones y sufrimientos del Infante de marina.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA².

La entidad demandada da respuesta oportunamente a la demanda, señalando frente a los hechos que algunos eran ciertos, y otros apreciaciones de la parte actora y que la enfermedad del señor ALARCON URIBE si bien la desarrollo durante la prestación del servicio, no fue por causa y razón del mismo.

En tal sentido, la ARMADA NACIONAL se opuso a las pretensiones de la demanda, señalando que no puede responder por las lesiones sufridas por el señor

² Folios 55-70 cuaderno de primera instancia.

NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE, argumentando luego de citar doctrina y jurisprudencia sobre los elementos de la responsabilidad del Estado que debe existir un nexo causal relacionado con la conducta de la administración, por lo que se debe probar contundentemente que fue el accionar de la Armada la causante del hecho dañino, más aun, como en el caso, donde se trata de una enfermedad como la esquizofrenia, de la cual, la literatura médica, ha dicho es una enfermedad compleja y que no se están seguros cuál es su causa, por lo que el daño no le es imputable a la entidad, dado que el mismo no es por causa del servicio militar, por lo tanto no existe nexo causal, muy a pesar que en el acta de junta médica se exprese que los problemas de salud surgieron durante la prestación del servicio, la enfermedad tiene origen diferente, pues no fue por causa y con ocasión del mismo.

Por lo anterior, consideró que no estructuraba la responsabilidad del ente, exponiendo en su defensa como excepciones, las que denominó: i) inexistencia de los presupuestos para configurar el daño antijurídico, señalando que el daño no puede ser eventual, tiene que ser cierto y que el apoderado no presenta prueba que involucre responsabilidad de la entidad; ii) falta de los elementos necesario de imputación, porque si bien el señor NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE pudo haber sufrido una disminución de la capacidad laboral, no hay elementos de juicio suficientes que conduzcan inequívocamente a establecer la responsabilidad, debiendo probar el nexo causal o que fue el accionar de la Armada la causante del hecho dañino, lo cual no está probado, por lo que no es imputable a la ARMADA el daño padecido por el señor ALARCON URIBE y la enfermedad no guarda relación con el servicio.

De igual forma, solicitó el reconocimiento de cualquier excepción que surja del proceso.

1.3. LA SENTENCIA APELADA³

El Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo dictó sentencia el 31 de agosto de 2017, en los siguientes términos:

"PRIMERO: DECLÁRESE administrativamente responsable a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL, de los perjuicios irrogados a los señores MARIA ANTONIA URIBE RONDON, OLGA RONDON PRIETO, NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE (víctima directa), ALCIDES ALARCON MORENO, FLOR DE MARIA ORTIZ DE ALARCON y LUIS ALCIDES ALARCON ORTIZ, la primera en representación de su menor hija YILDREY

³ Folios 170 a 190 cuaderno de primera instancia.

VANNESA URIBE RONDON, y el último en representación de sus menores hijos KELLY MARCELA ALARCON RAMIREZ, LUIS MATEO ALARCON RAMIREZ, ANA STEFANIA ALARCON RAMIREZ, LAURA SOFIA ALARCON FUENTES, como consecuencia de la afectación sicológica sufrida por NORMA ANTONIO ALARCON URIBE en el tiempo en que prestaba el servicio militar obligatorio.

SEGUNDO: como consecuencia de la declaración anterior, SE CONDENA a LA NACION MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL a pagar a favor de la parte actora los conceptos y cantidades que se detallan a continuación para cada uno de los demandantes así:

Por concepto de perjuicios morales:

Nombres y Apellidos	Parentesco	SMLM
NORMAN ANTONIO ALRCON URIBE	Víctima	100
MARIA ANTONIA URIBE RONDON	Madre	100
LUIS ALCIDES ALARCON ORTIZ	Padre	100
YILDREY VANNESA URIBE RONDON	Hermana	50
KELLY MARCELA ALARCON RAMIREZ	Hermana	50
LUIS MATEO ALARCON RAMIREZ	Hermano	50
ANA STEFANIA ALARCON RAMIREZ	Hermana	50
LAURA SOFIA ALARCON FUENTES	Hermana	50
OLGA RONDON PRIETO	Abuela	50
ALCIDES ALARCON MORENO	Abuelo	50
FLOR DE MARIA ORTIZ DE ALARCON	Abuela	50
TOTAL		700

Por concepto de DAÑO A LA SALUD:

Para el señor NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE, identificado con la cédula de ciudadanía N° 1.090.484.947 de Cúcuta, en calidad de víctima directa, la cantidad de 100 S.M.L.M. vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: Se niegan las demás pretensiones de la demanda

CUARTO: Condenase en costas a la parte demandada. Por Secretaría liquídense.

QUINTO: La entidad demandada dará cumplimiento a esta sentencia en los términos de los artículos 192 y 195 del C.P.A.C.A. Expídanse las copias del caso para el cumplimiento de la misma

SEXTO: Hágase devolución a la parte demandante del excedente, si lo hubiere, de lo consignado por concepto de gastos ordinarios del proceso, previas las anotaciones de rigor

SEPTIMO: Ejecutoriada esta providencia, líbrense las comunicaciones del caso para su cabal cumplimiento, cancélese la radicación del proceso y archívese el expediente, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI WEB" (SIC).

El A quo, citando decisión del Consejo de Estado del 12 de abril de 2012, en donde se trató el tema de las personas que prestan servicio militar obligatorio y que sufren enfermedades mentales como la esquizofrenia, encontró probado el daño, dado que NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE, prestando servicio militar obligatorio padeció una afectación psiquiátrica con disminución del 90% de capacidad laboral determinándose no apto para la vida militar.

Al estudiar la imputación, señaló que *"analizado el material probatorio vertido a esta foliatura y teniendo en cuenta la jurisprudencia esgrimida en estas consideraciones, relativa a al título de imputación aplicable al asunto, cual es el objetivo, este operador jurisdiccional estima que el daño alegado por los demandantes le es imputable a la autoridad demandada" (sic;*

Indicando además que:

"...efectivamente el joven NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE, ingresó a la Armada Nacional a prestar el servicio militar obligatorio, practicándosele exámenes de ingreso el día 22 de febrero de 2013, en los cuales fue calificado como apto y en buenas condiciones de salud física y mental.

*Ahora bien, contrastando los exámenes de ingreso con lo consignado en el Acta de Junta Médico Laboral N° 368 del 14 de octubre de 2014, se observa que el IMAR ALARCON URIBE NORMAN ANTONIO, estando dentro de las filas de la Armada Nacional prestando el servicio militar obligatorio, fue atendido por Psiquiatría en Agosto 15 de 2014, presentando un cuadro -al primer año de ingreso al ejército- de astenia, adinamia, alucinaciones e ideación mística, con un diagnóstico de esquizofrenia, determinando su invalidez y no apto para la vida militar, cuya **"Imputabilidad del servicio: De acuerdo al Artículo 24 del Decreto 1796/00 corresponde: Diagnóstico 1. LITERAL (A) EN EL SERVICIO PERO NO POR CAUSA Y RAZON DEL MISMO (EC)"***

De esta manera, y echando mano de la jurisprudencia arriba transcrita, es posible afirmar que estando NORMAN ANTONIO cumpliendo con el deber constitucional consagrado en el artículo 216, inciso segundo, y siendo el Estado garante del conscripto que está prestando el servicio militar obligatorio, al resultar afectado en su salud mental, hace a la autoridad demandada responsable de los daños irrogados a la parte demandante. En ese sentido se accederá a las pretensiones de la demanda" (SIC).

Al estudiar la indemnización de perjuicios pretendidos por la parte actora, expuso lo siguiente:

"...Respecto de los **perjuicios morales**, manifestando que con los registros civiles aportados junto con la demanda se ha acreditado el grado de parentesco y vínculo filial existente entre los demandantes. Luego, entonces, probado como se encuentra el perjuicio moral, el Despacho procederá a ordenar el reconocimiento por este concepto. Para ello, se tendrá en cuenta que la Junta Médica Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional determinó que hubo una disminución de la capacidad laboral de NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE en un noventa por ciento (90%); igualmente, ha de tenerse en cuenta la sentencia unificadora del H. Consejo de Estado en su Sección Tercera, de fecha 28 de agosto de 2014, con ponencia de la H. Consejera Dra. Olga Mélida Valle de De la Hoz, expediente 31172, conforme a los niveles de relación filial y la gravedad de la lesión..."

....En lo que tiene que ver con los **perjuicios a la vida de relación o grave alteración de las condiciones de existencia**, valga recurrir al pronunciamiento de unificación jurisprudencial, también de fecha 28 de agosto de 2014, expediente 31170, Magistrado Ponente Dr. Enrique Gil Botero, donde se reiteran los criterios relativos al reconocimiento del daño a la salud expuestos en providencia de fecha 14 de septiembre de 2011, expediente 19031, cuyo reconocimiento se hace única y exclusivamente a la víctima directa, también razonada conforme a la siguiente tabla:

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Victima
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

En consecuencia, solo se ordenará el reconocimiento por **daño a la salud**, al señor NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE, en la cantidad de 100 salarios mínimos mensuales vigentes a la fecha de ejecutoria de esta providencia.

Con relación a los **perjuicios materiales**, esta unidad judicial no encuentra acreditado, por ningún medio probatorio, que el joven NORMAN ANTONIO, antes de ingresar a prestar el servicio militar obligatorio, se dedicara a alguna actividad productiva, bien como dependiente o bien como independiente, y siendo que los perjuicios materiales no se presumen, por tanto no hay lugar a su reconocimiento" (SIC).

1.4. EL RECURSO DE APELACIÓN

En desacuerdo con la sentencia de primera instancia, ambas partes formularon recurso de apelación, así:

1.4.1. RECURSO DE APELACIÓN DE LA PARTE DEMANDANTE.

La parte actora mostró su desacuerdo con la negativa de condenar al pago de los perjuicios materiales y no haber condenado el pleno solicitado en daño a la salud.

Al efecto argumentó que el a quo omitió condena por perjuicio material – lucro cesante, porque no se acreditó en el plenario que el joven NORMAN ANTONIO, antes de ingresar a prestar el servicio militar obligatorio se dedicara a una actividad productiva bien como dependiente o independiente y siendo que perjuicios materiales no se presumen, olvidando que uno de los temas más decantados por la jurisprudencia administrativa y constitucional nacional es la indemnización del lucro cesante consolidado y futuro, cuando se ha determinado una incapacidad permanente y total o parcial, constituyéndose en un precedente jurisprudencial.

La jurisprudencia nacional desde hace muchísimos años, decanto este tema cuando este establecido el carácter cierto del daño -pérdida o disminución de la capacidad laboral- aunque en ese preciso momento la víctima no desarrolle una actividad económicamente productiva pero se demuestra o mejor queda probado que se encontraba prestando el servicio militar obligatorio-, tiene derecho a que se le indemnice, a título de lucro cesante, el menoscabo de la posibilidad que tenía de ganarse la vida en una actividad lucrativa empleando el 100% de su capacidad laboral. En apoyo de lo anterior, citó sentencia del Honorable Consejo de Estado - Sección Tercera - Sentencia del 10 de marzo de 2010 - Expediente: 25000-23-26-000-1996-03221-01(19159),

Igualmente La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha enunciado una serie de presunciones que a falta de prueba directa, pueden ser empleadas por considerarse afianzadas, en las enseñanzas de la experiencia, siempre y cuando, por supuesto, no resulten desvirtuadas por prueba en contrario, son ellas: CIDH, Sentencia "Caso de los Niños de la calle" Vs. Guatemala, 26 de mayo de 2001: "c) la presunción según la cual los familiares de un difunto asumen los gastos de su funeral; d) la presunción de acuerdo con la cual toda persona desarrolla, a partir del momento en que alcanza la mayoría de edad, actividades productivas y percibe, al menos un ingreso equivalente al salario mínimo legal vigente en el país de que se trata".

En lo que tiene que ver con la reparación del daño a la salud, expuso estar en desacuerdo con el monto de la condena, ya que el a quo, no dio sino 100 SMLMV, sin tener en cuenta la - reversibilidad o irreversibilidad de la patología, la restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria, las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado, los factores sociales, culturales u ocupacionales y la edad, que se

determinó en la sentencia de Unificación de 2014, debiendo de haber condenado al máximo -es decir- 400 SMLMV, ya que la enfermedad mental sufrida por NORMAN ANTONIO En la Junta médica laboral realizada por la misma demandada, al conscripto NORMAN ANTONIO, establece como lesiones ESQUIZOFRENIA DE MANEJO MEDICO PSIQUIATRICO, con una pérdida de capacidad laboral del 90%.

1.4.2. DE LA PARTE DEMANDADA:

Solicita se revoque la sentencia de primera instancia, considerando que no existe prueba que involucre la responsabilidad de la entidad, pues su bien el señor NORMAN ANTONIO ALARCON pudo haber sufrido una disminución de la capacidad laboral ello no es consecuencia del actuar de la Armada, no existiendo nexo causal relacionado con la conducta de la administración, en tal sentido, consideró que además de falta prueba del daño, no se reunían los elementos necesarios para imputación, pues no fue el accionar del ente el causante del hecho dañino, ya que la enfermedad -esquizofrenia, no la adquirió por causa o con ocasión del servicio militar, esto es, tiene origen diferente a la actividad militar.

Al no existir nexo causal, se genera la inimputabilidad del daño a las fuerzas militares y no debe entonces responder por los perjuicios que se le reclaman a la Armada Nacional, no existiendo prueba que respalde los hechos en que se fundamentan las pretensiones de la demanda, debiendo probar la parte accionante en que consistió la actuación de la administración calificada de tardía, irregular por omisión o defectuosa, esto es, la falla del servicio, siendo desconocidas las circunstancias de modo dentro de las cuales tuvieron ocurrencia los hechos desafortunados que llaman la atención.

Indicó que era relevante considerar que no estaba privado el daño a la vida de relación como tampoco una alteración grave de las condiciones de existencia, no probando con eficacia la parte demandante la intensidad del daño, carga que le correspondía.

Por otra parte, la parte demandada, indicó que la responsabilidad se encontraba limitada por la Ley, siendo entonces que se le prestaron al actor la atención médica especializada para el restablecimiento de su salud obligándose en virtud de la ley a definir los derechos de carácter prestacional derivados de su incapacidad relativa y permanente.

Que, no obstante de tratarse de una enfermedad ajena al servicio o común, la institución ha previsto para estos casos un régimen especial prestacional y de manera oficiosa a través de un trámite administrativo interno, reconoce la debida indemnización de acuerdo al porcentaje de la disminución de la capacidad laboral que le genere la lesión o afección, según su clasificación, así lo establece el artículo 37 del Decreto 1796 de 2000.

En el caso bajo estudio, no se advierte anormal funcionamiento del servicio, no existe nexo de causalidad entre este y el daño alegado por los accionantes; las afecciones sufrida por el actor, sólo deben ser reparadas prestacionalmente, y no son indemnizables más allá de lo que corresponde por ley.

Significa lo anterior, que la reparación de las afecciones padecidas por el actor, sólo pueden provenir del legislador, es decir, sólo comprometió su responsabilidad a título de imputación legal, de conformidad con el régimen legal prestacional vigente aplicable para las enfermedades de carácter común. La responsabilidad de mi defendida está determinada y reglamentada en el régimen laboral y prestacional propia del personal de soldados, oficiales y suboficiales, sin comprometer su responsabilidad extracontractual.

En síntesis, el daño deprecado por el actor no es imputable al Estado, en cuanto su producción no concurrió acción u omisión atribuible a la demandada, lo cual nos lleva a concluir que su responsabilidad extracontractual no resultó comprometida y el título de imputación no puede ser otro que la ley, frente a su condición de Militar que limita a la aplicación del REGIMEN LEGAL y PRESTACIONAL aplicable a los miembros de la Fuerza Pública.

La responsabilidad del Estado tiene límites y frente al caso que ocupa la atención en la presente acción, el Estado no puede ser garante de este tipo afecciones, por cuanto la etiología de la afección desvirtúa la presunción de aptitud conceptuada *en* el momento de la incorporación y la causa del daño que padece es ajeno a la actividad militar.

1.5. TRÁMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Admitidos los recursos de apelación por el Tribunal, posteriormente se dispuso correr traslado por escrito para alegar y presentación del concepto por el Ministerio Público⁴.

Alegatos de la parte demandante⁵: La parte demandante insiste en que se deben reconocer los perjuicios de orden material – lucro cesante y el daño a la salud debe ser aumentado en el monto que concedido por el A quo, reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Alegatos de la parte demandada⁶: Solicitó la negación de las pretensiones de la demanda con las mismas consideraciones expresadas en el memorial de su apelación.

Concepto del Ministerio Público⁷: No emitió concepto.

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. COMPETENCIA.

El Tribunal es competente para conocer de la apelación interpuesta en el presente medio de control de reparación directa, según lo establecido en el artículo 153 del CPACA.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO.

De conformidad con los antecedentes reconstruidos, entra el Tribunal a dilucidar el siguiente problema jurídico:

¿Es administrativamente responsable la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, del presunto daño antijurídico padecido por los demandantes, con ocasión de la incapacidad permanente y la pérdida de capacidad laboral en porcentaje del 90%, sufrida por el joven NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE, mientras prestaba el servicio militar obligatorio?.

Decantado lo anterior, se analizará si hay lugar al reconocimiento de los perjuicios materiales – lucro cesante, reclamado por la parte demandante y si se ajusta a derecho el reconocimiento efectuado por concepto de perjuicio o daño a la salud.

⁴ Folios 4-8 cuaderno de segunda instancia.

⁵ Folios 13-19 cuaderno de segunda instancia.

⁶ Folios 20-27 cuaderno de segunda instancia.

⁷ Nota Secretarial a folio 28 del cuaderno de segunda instancia.

2.3. ANÁLISIS DE LA SALA Y RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO.

Para dar respuesta al anterior interrogante, la Sala abordará los siguientes temas: **i)** Responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado en general, **ii)** Régimen aplicable a los soldados conscriptos, y **iii)** El caso concreto.

I. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. CLAUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD.

La responsabilidad⁸ extracontractual del Estado, es entendida en términos generales como aquél deber que se encuentra en cabeza de la Administración, de resarcir los daños que cause a una persona en su esfera patrimonial y/o extrapatrimonial, o al decir de Parada, al referirse a la responsabilidad de la Administración, que es la posición del sujeto a cargo del cual la Ley pone la consecuencia de un hecho lesivo a un interés protegido⁹.

En este escenario, al lado del principio de legalidad, la consagración de la responsabilidad del Estado, constituye una limitación o regulación al ejercicio de los poderes públicos dentro del Estado de Derecho, conceptualización que ha encontrado eco en la doctrina nacional, señalándose por CORTES EDGAR, que *"el derecho es uno de los mecanismos de los que se vale la sociedad para tratar de fijar límites, y en este sentido, el derecho de la responsabilidad civil adquiere una relevancia especial, pues una de las formas como los nuevos intereses que emergen dentro de un grupo social buscan acogida es por medio de la instancia jurisdiccional, en un juicio de responsabilidad que determine si el interés reclamado merece en verdad, protección por parte del ordenamiento"*¹⁰.

Este mismo autor, manifiesta que la responsabilidad así entendida pasa de un modelo clásico como sanción derivada de la realización de un comportamiento prohibido a un modelo que pone en el centro del debate el hecho dañoso y su función reparadora, no con una finalidad represiva, pues a la víctima lo que le interesa es ser resarcida, respondiendo a una necesidad

⁸ Barros Bure, citando a Kelsen, señala que "desde el punto de vista lógico, la responsabilidad civil es un juicio normativo que consiste en imputar a una persona una obligación reparatoria en razón del daño que ha causado a otra persona". BARROS BOURE, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, abril de 2010, página 15.

⁹ PARADA, Ramón, Derecho Administrativo I Parte General. Decima octava edición. La Responsabilidad de la Administración, Editorial Marcial Pons 2012. Madrid. Pagina 559.

¹⁰ CORTES EDGAR, Responsabilidad Civil y daños a la persona. Universidad Externado de Colombia. Primera Reimpresión, 2012. Bogotá. Página 15.

de devolver a la víctima lo que ha perdido, prueba de lo cual es la pregonada necesidad de una reparación integral; sin dejar de lado que la responsabilidad civil puede cumplir funciones diferentes a la de compensación de daños, hablándose así de una función preventiva, según la cual la responsabilidad puede servir para evitar que se produzcan futuros daños, función¹¹ que se traduce en la influencia que las reglas sobre la materia pueden tener sobre la forma en que se despliega determinada actividad que podría dar lugar a la producción de un daño.¹²

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 en su inciso primero establece la que se ha denominado, clausula general de responsabilidad patrimonial del Estado y de sus entidades públicas como principio constitucional que opera siempre que se verifique (I) la producción de un daño antijurídico (II) que le sea imputado a causa de la acción u omisión de sus autoridades públicas.

El daño antijurídico¹³, siguiendo la línea de pensamiento expuesta por la Sección Tercera – Subsección C del Consejo de Estado, "*consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar*"¹⁴; en donde, 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 de soportarla¹⁵. Por ello, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la: "(...) *antijuridicidad*

¹¹ Sobre fines o funciones de la responsabilidad civil, se puede consultar BARROS BOURE, Enrique. Tratado de Responsabilidad Extracontractual. Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile, abril de 2010. Páginas 216-218.

¹² Op cita 3.

¹³ Daño injusto de la doctrina italiana.

¹⁴ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042; C.P. Enrique Gil Botero.

¹⁵ La Corte Constitucional en sentencia C – 336 de 1996, sobre la conceptualización del daño antijurídico expuso: "El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública".

*del 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*¹⁶.

La Sección Tercera del Consejo de Estado ha expuesto que sólo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir, no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga¹⁷, a lo que podemos agregar que aun imponiéndola no exceda de las cargas que razones de solidaridad, igualdad imponen la vida en comunidad, violando los principios de igualdad antes las cargas públicas y de confianza legítima.

*García Enterría, enseña que, “la antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, pues, del efecto de la acción administrativa (no de la actuación del agente de la administración causante material del daño), a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura de daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal perjuicio de que se trate*¹⁸.

Se puede apreciar que el daño constituye la directriz del sistema de responsabilidad patrimonial, pues sólo a partir de su existencia surge el derecho de reclamar la reparación de perjuicios y la obligación de quien lo haya causado de repararlo o indemnizarlo; ahora bien, el daño como primer elemento de la responsabilidad, exige para su configuración unos

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)”.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C, Sentencia del 26 de marzo de 2014. Expediente No, 28741.

¹⁸ García Enterría, Eduardo, Tomás Ramón Fernández, Curso de derecho administrativo, novena edición 2004, edit. Thomson Civitas. Página 378-379.

presupuestos, a saber, tiene que ser cierto, personal, legítimo, lícito y directo, señalándose que la certidumbre del daño hacer referencia a la materialidad del daño, a su realidad, lo cual sólo puede resultar de su prueba¹⁹.

Por su parte, la imputación del daño en su doble connotación fáctica y jurídica permite la atribución de la lesión, *en donde la imputación jurídica 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*²⁰⁻²¹; en el análisis fáctico de la imputación deberá establecerse la atribuibilidad material del daño, no solo en punto de identificar el autor del hecho dañoso, sino comprobando el actuar o no actuar (omisión) que permite fenomenológicamente o en el plano material conectar la conducta activa o pasiva que se dice genera el daño con quien se reclama debe reparar el 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, sino que se requiere que el mismo 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 responsabilidad²², ello, porque la consagración del daño antijurídico, per se, no implica que se deba obviar el juicio de imputación como elemento necesario para que surja el derecho a la reparación de perjuicios.

¹⁹ BARROS, Bourrie Enrique. Tratado de responsabilidad extracontractual. Página 237. Editorial Jurídica Chile 2006.

²⁰ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 1994. Exp. 9276. C.P. Daniel Suarez Hernández

²¹ Sentencia del 25 de mayo de 2011, expediente No. 52001-23-31-000-1997-08789-01(15838, 18075, 25212 acumulados). Igualmente, sentencia del 26 de marzo de 2009, expediente No. 17794.

²² Tomas Ramón Fernández, refiriéndose al tópico de la Responsabilidad de La Administración, ha señalado que, "el centro de gravedad del sistema no está ya, ciertamente, en la culpa, sino, en la lesión que la persona afectada por actividad de la Administración experimenta en su patrimonio sin justa causa alguna que los justifique. Es esto, la falta de justificación del perjuicio, lo que convierte a éste en una lesión resarcible. Ver Responsabilidad del Estado, pagina 15. Departamento de Publicaciones de la Facultad de derecho de la universidad de Buenos Aires. Edit. Rubinzal-Culzoni. 1ª reimpresión 2011.

Precisando por consiguiente, que el concepto de daño antijurídico en manera alguna puede entenderse como la consagración de un régimen de responsabilidad general objetivo, puesto que en el juicio de imputación como factor para poder enrostrar responsabilidad intervienen y así lo ha decantado jurisprudencia títulos 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 mismo²³.

II. RÉGIMEN APLICABLE A LOS SOLDADOS CONSCRIPTOS.

Por mandato constitucional²⁴ y legal²⁵, es deber de todo colombiano prestar el servicio militar, cuando las necesidades lo exijan, con el fin de defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

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 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.

Por ello, existe una marcada diferencia entre la clase de vínculo que se crea para el Estado frente a los soldados que prestan servicio militar obligatorio y los soldados voluntarios o profesionales; en el primero, el vínculo surge debido al cumplimiento del deber constitucional de defensa de la independencia, de la soberanía nacional y de las instituciones públicas, en el cual no hay carácter laboral alguno, en tanto que en el segundo (soldado profesional) el vínculo surge en virtud de una relación legal y reglamentaria consolidada a través del correspondiente acto administrativo de nombramiento y la consiguiente

²³Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 1994. Exp. 9276. C.P. Dr. Daniel Suarez Hernández. Igualmente, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010. Expediente No. Radicación número: 50001-23-31-000-1996-05291-01(18997). C. P. Enrique Gil Botero. Demandante: Bonifacio Cubillos Barbosa y otros. Demandado: Nación Ministerio de Defensa. Acción de reparación directa.

²⁴ **Constitución Política, Artículo 216.** La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional.

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.

²⁵ **Ley 48 de 1993, Artículo 3º Servicio militar obligatorio.** Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas con las prerrogativas y las exenciones que establece la presente Ley.

posesión del servidor o de la relación contractual creada mediante la suscripción de un contrato laboral.

Por tanto, a diferencia del soldado profesional, que ingresa en forma voluntaria a las filas del Ejército con el fin de prestar un servicio a cambio de una contraprestación y que goza de una protección integral de carácter salarial y prestacional, el soldado que presta servicio militar obligatorio se ve impelido a hacerlo por la imposición de una carga o gravamen especial del Estado.

En providencia del 28 de febrero de 2011, expediente No. 25000-23-26-000-1995-01547-01(18272)²⁶, 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 imposterizable 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"²⁷.

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

²⁶ Sección Tercera Subsección B. Consejero Ponente, Danilo Rojas Betancourt.

²⁷ Nota Original. Sentencia T-224 de 1993.

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.).

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 similares²⁸, 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.

²⁸ Sentencias de 3 de marzo de 1989, exp: 5290 y del 25 de octubre de 1991, exp: 6465, entre otras.

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

Lo ha expuesto el Consejo de Estado reiteradamente²⁹:

"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"

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 servicio³⁰.

Recapitulando lo discurrido, el título de imputación aplicable a los daños causados a soldados conscriptos, conforme la construcción jurisprudencial del

²⁹ 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)

³⁰ 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)

Consejo de Estado, puede ser i) de naturaleza objetiva –tales como el daño especial o el riesgo excepcional–, y ii) por falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso se encuentre acreditada la misma.

Recordando por último que, el daño causado al conscripto, no será imputable al Estado cuando el mismo haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero³¹ o de la víctima, eventos cuya demostración corresponderá a la parte demandada.

Conforme a lo anterior, siendo un deber del Estado velar por la integridad psicofísica del soldado compelido a prestar el servicio militar obligatorio, en la eventualidad de que el conscripto resulte lesionado o muerto durante la prestación del servicio, *ab initio* debe concluirse que el Estado es objetivamente responsable por esos daños, pues incumplió con su deber de cuidado. Por ende, el principio *iura novit curia* cobra gran relevancia en estos casos, pues le corresponderá al Juez de conocimiento verificar en cada caso las circunstancias fácticas y probatorias (modo, tiempo y lugar) en concreto, para identificar el régimen de imputación endilgable a la Administración, así se haya señalado en la demanda otro régimen de responsabilidad.

En ese entendido, es labor del Juzgador –como se dijo previamente, verificar las circunstancias de cada caso concreto, de tal suerte que como resultado de su estudio se logre verificar la concurrencia de situaciones fácticas y jurídicas enmarcadas en uno de los distintos títulos de imputación objetivos – daño especial y riesgo excepcional – o subjetivos – falla en el servicio, el cual se halle en consonancia tanto con la realidad probatoria puesta de presente y con los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado.

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 ella surge del deber reparatorio que

³¹ Tratándose de la falla del servicio, el hecho del tercero como causal excluyente de responsabilidad no es absoluta, tal como lo dejo ver el Consejo de Estado en sentencia del 25 de mayo de 2011, expedientes 52001-23-31-000-1997-08789-01(15838, 18075, 25212 acumulados). Ponencia del Consejero, Jaime Santofinio Gamboa. Providencia donde se precisó 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.

tiene el Estado, frente a los daños antijurídicos que le sean imputables y por ende los títulos que la originan tienen fuente diferente³².

Ilustra la jurisprudencia del Consejo de Estado: *"En efecto, cuando en el ordenamiento jurídico de manera previa se establecen compensaciones, reconocimientos patrimoniales y prestaciones 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"*³³

III. EL CASO CONCRETO

La parte demandante pretendió la declaratoria de responsabilidad patrimonial, por el daño causado a NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE, quien resultó afectado con una pérdida de su capacidad laboral un porcentaje del 90% mientras cumplía con su servicio militar obligatorio como Infante de Marina, en el año 2014.

1. El señor NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE, fue incorporado a las filas de la Armada Nacional como infante de marina regular, en cumplimiento de su servicio militar obligatorio, hecho que dicho sea de paso, no es objeto de discusión por las partes.
2. De conformidad con el acta de junta medicó laboral No. 368 de fecha 14 de octubre de 2014, de las Fuerzas Militares de Colombia, está demostrada que al NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE, **se le determinó un pérdida de capacidad laboral en porcentaje del 90%, producto de una esquizofrenia de manejo medico psiquiátrico, que le determinaron una invalidez, no apto para vida militar, la cual fue calificada como en el servicio pero no por causa y razón del mismo.**

³² "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

³³ 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.

Vertiendo lo probado frente a los elementos de responsabilidad, tenemos, la existencia de un **DAÑO**, CIERTO, PERSONAL Y DIRECTO, que se manifiesta en la afectación en la salud padecida por NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE, cuando este prestaba su servicio militar obligatorio como Infante de Marina, consecuencia de lo cual sufre una pérdida de la capacidad laboral del 90%, que le acarrea se le declare invalido³⁴, recordando que a invalidez es un estado físico que se traduce en la pérdida de la capacidad de trabajo, debido a una disminución notable de la salud en la persona, ocasionada por una riesgo de tipo general de tipo general o por riesgo laboral.

Para el actor, el daño³⁵ deviene en antijurídico, porque el señor NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE, ingresó en condición de apto al servicio³⁶ y al ser retirado del mismo o dado de baja, sale con un padecimiento que le generó una pérdida de su capacidad laboral, tanto que se le califica su estado de perdida aptitud laboral en el grado de invalidez, al porcentaje del 90% en que se ve afectado.

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.

La Ley 48 de 1993, normativa que reglamenta el servicio de reclutamiento y movilización, entre otros, del personal del servicio militar obligatorio, estableciendo en lo pertinente, lo siguiente:

"ARTÍCULO 15. EXÁMENES DE APTITUD PSICOFÍSICA. El personal inscrito se someterá a tres exámenes médicos.

ARTÍCULO 16. PRIMER EXAMEN. El primer examen de aptitud psicofísica será practicado por oficiales de sanidad o profesionales especialistas al Servicio de las Fuerzas Militares en el lugar y hora fijados por las autoridades de Reclutamiento. Este examen determinará la aptitud para el servicio

³⁴ El parágrafo del artículo 28 decreto 1796 de 2000, **establece que:** Se considerará inválida la persona cuando la incapacidad permanente parcial sea igual o superior al 75% de disminución de la capacidad laboral.

³⁵ 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.

³⁶ No se prueba que al momento del ingreso o alta al a las filas militares, el infante padeciera de lesión alguna, y por ende se presume que ingreso en plenas y completo y buenas condiciones de salud física,

militar, de acuerdo con el reglamento expedido por el Ministerio de Defensa Nacional para tal fin.

ARTÍCULO 17. SEGUNDO EXAMEN. Se cumplirá un segundo examen médico opcional, por determinación de las autoridades de Reclutamiento o a solicitud del inscrito el cual decidirá en última instancia la aptitud psicofísica para la definición de la situación militar.

ARTÍCULO 18. TERCER EXAMEN. Entre los 45 y 90 días posteriores a la incorporación de un contingente, se practicará un tercer examen de aptitud psicofísica para verificar que los soldados no presenten inhabilidades incompatibles con la prestación del servicio militar.” Negrillas del texto y subrayas del Tribunal.

Por lo expuesto se puede aseverar que previo al ingreso del señor NORMAN ALARCON a las filas del Ejército Nacional, a efectos de prestar su servicio militar obligatorio, tuvo que ser objeto de mínimo dos exámenes de aptitud sicofísica, realizados por la misma institución, sin que ella advirtiera alguna enfermedad limitante para desarrollar las actividades para la prestación del servicio militar obligatorio; en otras palabras, las condiciones de salud y psicológicas del accionante eran las idóneas, requisito *sine qua non* para poder cumplir el deber que le impone la Constitución Política en su artículo 216, no en vano fue incorporado como soldado conscripto a las filas de la entidad accionada³⁷.

Ahora si bien, el examen sobre la aptitud no es exhaustivo y por ende es complicado detectar enfermedades mentales, *“frente a las personas que prestan su servicio militar obligatorio surge para el Estado una obligación de resultado como es la de devolverlos a la vida civil en perfectas condiciones”*; pues en este caso, la protección a los soldados conscriptos como obligación del Estado es de resultado, como bien lo expone la Corte Constitucional en sentencia T -011 de 2017, citando precedentes del H. Consejo de Estado. Veamos:

Como lo ha expuesto el Consejo de Estado³⁸, si bien el examen sobre la capacidad no es exhaustivo y, por ende es complicado detectar enfermedades mentales “es claro que frente a las personas que prestan su

³⁷ “Frente a la relevancia del examen de ingreso a la actividad militar en el presente asunto, surge la necesidad de precisar que, pese a su insuficiencia para detectar una enfermedad mental -por no ser un examen exhaustivo-, es claro que frente a las personas que prestan su servicio militar obligatorio, surge para el Estado una obligación de resultado como es la de devolverlos a la vida civil en perfectas condiciones. Al respecto, se parte de la consideración según la cual si un joven es declarado apto para la prestación del servicio militar, se infiere, que goza de un buen estado de salud, siendo entonces deber de la administración, hacer lo propio para mantener dicha situación, para así, poder entregar a la persona en las condiciones en que lo recibió” Ver, CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A. Expediente No. 50001 23 31 000 1994 04485 01 (17037). Sentencia del 13 de mayo de 2015. C. P. Hernán Andrade R.

³⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón. Bogotá D. C., trece (13) de mayo dos mil quince (2015). Radicación número: 50001-23-31-000-1994-04485-01(17037). Actor: Néstor Adriano Caro Silva. Demandado: Demandado: Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional (apelación sentencia).

servicio militar obligatorio, surge para el Estado una obligación de resultado como es la de devolverlos a la vida civil en perfectas condiciones. Al respecto, se parte de la consideración según la cual si un joven es declarado apto para la prestación del servicio militar, se infiere, que goza de un buen estado de salud, siendo entonces deber de la administración, hacer lo propio para mantener dicha situación, para así, poder entregar a la persona en las condiciones en que lo recibió”³⁹.

En ese sentido, si los síntomas de la enfermedad se manifiestan o se agravan durante la prestación del servicio, el Estado se encuentra en la obligación de responder por tal situación pues “se somete a una persona no apta, desde un principio, a prestar el servicio militar obligatorio, todo lo cual desvirtúa el principio de igualdad de las personas ante las cargas públicas.”.

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, sin que se pueda perder de vista, que, *“en tanto el Estado imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del soldado, pues se trata de una persona que se encuentra sometida a la custodia y cuidado de aquél y, si en determinados casos dicha persona se ve envuelta en una situación de riesgo, ello implica que la administración debe responder por los daños que le sean irrogados en relación con la ejecución de la carga pública, a menos que se demuestre que el daño provino de una causa extraña”⁴⁰*

Ahora bien, en punto de la causa extraña, en pronunciamiento que guarda relación con el tema aquí tratado, el H. Consejo de Estado, se pronunció así:

“Agréguese a lo anterior que dicho daño antijurídico padecido por la víctima no puede ni debe acogerse como una causa extraña o jurídicamente ajena a la Administración demandada, habida cuenta que se trató de un soldado bachiller -conscripto-, frente al cual el Estado, como se indicó precedentemente, se encuentra en una relación de especial sujeción, circunstancia que lo hace responsable del daño padecido por la citada víctima directa, toda vez que, se reitera, en virtud de dicha relación de especial sujeción, al Estado le corresponde asumir la seguridad e integridad psicofísica de los soldados que presten servicio militar obligatorio, razón por la cual le resultan imputables los daños que se produzcan bajo el desarrollo de dicha relación esto es durante la prestación del servicio militar obligatorio-, máxime si debido a su enfermedad mental, se encontraba en una situación que lo hacía sujeto de una especial protección constitucional.

Ahora bien, lo cierto es que en el caso concreto, la afección mental padecida por el joven Caro Silva se manifestó mientras se encontraba vinculado al Ejército Nacional como soldado conscripto, tal y como quedó visto en el acápite relativo a los hechos probados

³⁹ *Ibíd.*

⁴⁰ CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERCERA. Expediente No. 40061 Radicación: 190012331000200501594 01. Sentencia del 2 de mayo de 2016. C. P. Danilo Rojas B.

Reconoce la Sala que el Ejército Nacional brindó al soldado conscripto Néstor Adriano Caro Silva tratamientos y medicamentos para contrarrestar su cuadro clínico, sin embargo, el actor no se recuperó de sus afecciones mentales, las cuales -reitera la Sala-, se manifestaron y/o se agravaron durante la prestación del servicio militar obligatorio, a lo cual cabe agregar que el Ejército Nacional ordenó su retiro de la institución con medicamentos para su cuadro clínico psicótico y lo indemnizó por la pérdida de la capacidad laboral sufrida”⁴¹.

Así las cosas, la responsabilidad del Estado en este caso puede edificarse a través del título de imputación denominado “daño especial”, por cuanto, como se vio, el padecimiento detonó cuando se encontraba en estado de conscripción⁴², mientras integraba el servicio militar obligatorio; hace que el daño alegado en la demanda resulte imputable a la entidad demandada por cuanto el estado de conscripto de la víctima obliga al Estado a devolverlo sano a la sociedad al final del servicio, situación que no ocurrió en este caso, no siendo menester probar la falla del servicio que alega la parte demanda en su favor como argumento de defensa para enervar el juicio de imputación.

En suma, la Nación Ministerio de Defensa-Armada Nacional, es responsable de los daños antijurídicos causados a la parte demandante porque la lesión del señor NORMAN ALARCON URIBE⁴³, ocurrió 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 las fila”, debiendo en virtud del deber reparatorio, soportar la indemnización de los perjuicios derivados por el daño irrogado.

Resarcimiento, que contrario a lo afirmado por la parte demandada, no se encuentra cobijado, limitado o incluido en la indemnización a forfait o tarifadas en La ley, porque tienen causa jurídica distinta y por ende no se excluyen entre sí.

Lo expuesto, lleva a la SALA a confirmar la providencia apelada en relación con la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la NACION MINISTERIO DE DEFENSA –ARMADA NACIONAL.

DE LA LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS:

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA. Expediente 50001 23 31 000 1994 04485 01 (17037). Sentencia del 13 de mayo de 2015. C. P. Hernán Andrade.

⁴² Habiendo aprobado los exámenes de aptitud psicofísicos.

⁴³ La esquizofrenia que le fue diagnosticada por la Junta Medico Laboral de las Fuerzas Militares y que llevo a declarar el estado de invalidez, es un trastorno que afecta la capacidad de una persona para pensar, sentir y comportarse de manera lúcida.

La parte actora como se advirtió en la reconstrucción de los antecedentes, formuló apelación por estar en desacuerdo con la liquidación de perjuicios materiales – modalidad - lucro cesante y daño a salud, razón por la cual, la Sala procede a revisar tales rubros indemnizatorios, teniendo en cuenta las argumentaciones del recurrente.

- **PERJUICIO MATERIAL – LUCRO CESANTE.**

La parte apelante afirma que erró el Juez al no reconocer el perjuicio material – lucro cesante, porque no se probó ningún vínculo laboral y por ende no había lugar al mismo.

Pues bien, está demostrado que el actor, sufrió una afectación en su integridad psicofísica, la cual disminuyó la capacidad con que cuenta cualquier persona normal para laborar en porcentaje del 90%, el cual afectara directamente sus posibilidades desempeño laboral y por tanto, la lesión constituye un daño cierto que debe ser indemnizado.

En tal sentido, de cara el lucro cesante, si bien no existe prueba directa de la realización de una actividad productiva por parte del IMAR previo a su ingreso a las fuerzas militares a prestar su servicio militar, ello no es óbice para ordenar su reconocimiento, porque lo cierto es que el señor NORMAN ALARCON URIBE, para la fecha de los hechos, contaba con 20 años de edad⁴⁴, en la cual, se considera a una persona económicamente productiva y como consecuencia de las afectación mental sufridas prestando su servicio militar perdió el 90% de la capacidad laboral, situación que le generó una situación de invalidez y en la misma proporción afectará su nivel de ingresos por lo que resta de su vida a partir de la ocurrencia de los hechos.

En ese orden, la Sala, procederá a acceder el reconocimiento del perjuicio solicitado y para ello tomará como base a efectos de liquidar el perjuicio, el ingreso que percibiría el actor si no hubiese ingresado a la vida militar y que correspondería al mínimo legal vigente para el año 2014, 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.

Para el cómputo de la indemnización se tomará el salario mínimo legal vigente para la fecha de esta sentencia (2018), como quiera que, actualizado el salario

⁴⁴ Nació el 10 de diciembre de 1994.

del año 2014, nos arroja una sumatoria inferior al salario mínimo legal vigente para el año 2014 y se liquidará sobre el 90% (\$703.117).

1. LUCRO CESANTE NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE		
(DESDE 26 DE ENERO DE 2015 A 15 DE MAYO DE 2018)		
RA: \$ 703.117,80		
N = 39,63 MESES		
I = 0,004867		
$S = Ra \frac{(1 + 0,004867)^n - 1}{0,004867}$		
$S = 703.117,80 \frac{(1 + 0,004867)^{39,63} - 1}{0,004867}$		
S = \$30.651.291,09		
2. LUCRO CESANTE FUTURO		
DESDE EL 16-05-2018 HASTA LA VIDA PROBABLE		
NACIO: 10-12-1994		VP: 60 AÑOS
60 x 12 MESES =	720	
RA: \$ 703.117,80		
N = 720 MESES - 39,63 MESES = 680,37 MESES		
I = 0,004867		
$S = Ra \frac{(1 + 0,004867)^n - 1}{0,004867(1+0,004867)^n}$		
$S = \$703.117,80 \frac{(1 + 0,004867)^{680,38} - 1}{0,004867(1+0,004867)^{680,38}}$		
S = \$139.155.694,97		
TOTAL LUCRO CESANTE Y FUTURO		\$169.806.986,06

En tal orden, se reconocerá a título de lucro cesante en favor del señor NORMAN ANTONIO URIBE ALARCO, la suma de ciento sesenta y nueve millones ochocientos seis mil novecientos ochenta y seis pesos, con seis centavos (\$169.806.986,06)⁴⁵, situación que impone la modificación de la condena impuesta en primera instancia.

⁴⁵ Liquidación de perjuicios efectuada por la contadora del Tribunal Administrativa de Sucre.

DEL DAÑO A LA SALUD.

Por este concepto indemnizatorio, el A quo, ordenó del pago de 10 SMLMV, condena que solicita la parte actora en su recurso, se aumente al porcentaje de 400 SMLMV.

Pues bien, la jurisprudencia precisó que el daño a la salud, es el *que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica- ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez que reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del Derecho Constitucional y fundamental (artículo 49 C.P.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos. Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este Derecho Constitucional*⁴⁶.

De acuerdo con los criterios expuestos en Sentencia de Unificación del 14 de septiembre del 2011, se entiende que cuando se repara una afectación a la salud, esta comprende tanto la afectación psicofísica, como todos los aspectos relacionados con la esfera externa de dicha afectación se deriven. Providencia en punto de la cual, a clasificación de perjuicios inmateriales se determinó así:

"La tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de "daño corporal o afectación a la integridad psicofísica" y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento"

⁴⁶ Consejo de Estado, Sala Plena, sentencia de unificación del 14 de septiembre del 2011, exp. 19031, C.P. Enrique Gil Botero.

La Sala Plena de la Sección Tercera, aclaró que cuando los daños relacionados con el goce de la vida provienen de una alteración de la salud del sujeto, ya no era procedente referirse al “perjuicio fisiológico”, al “daño a la vida de relación” o las “alteraciones graves en las condiciones de existencia”, sino a una nueva tipología de perjuicio, llamada daño a la salud, agregándose que, para la tasación del monto a indemnizar por dicho concepto, se deben tener en cuenta los dos criterios, (i) el objetivo, tasado de conformidad con el porcentaje de invalidez que presenta la víctima y su edad; y (ii) el subjetivo, que permite acrecentar el primer valor según las consecuencias particulares del daño en la vida de la persona.

En torno a su diferencia, con el perjuicio moral, se ha indicado que, *“el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y aflictiva del ser humano; el daño a la salud garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona. La aplicación de esta tipología del daño garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno”*⁴⁷; con lo cual, se evita una dispersión o explosión de perjuicios pues, también se ocupa de indemnizar en cierta medida todas aquellas alteraciones que se puedan generar en la víctima, como lo sería el daño estético, el sexual o el psicológico.

En ese derrotero, cuando de daños corporales a la persona se trata, la tipología de perjuicio inmaterial, denominado daño a la salud se reconoce a la víctima directa, encaminado, tomando las palabras del Consejo de Estado a cubrir no solo la modificación de la unidad corporal, sino las consecuencias que las mismas generan, debiendo señalarse que si las víctimas indirectas sufren perjuicios adicionales, estos pueden ser encausados por la tipología de perjuicios a otros bienes constitucionalmente relevantes⁴⁸.

En este punto, preciso es traer a colación la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado, en la cual, avanza en la conceptualización del daño a la salud, en los siguientes términos:

⁴⁷ CONSEJO DE ESTADO, SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C. Sentencia del 28 de marzo de 2012. Radicación número: 05001-23-25-000-1993-01854-01(22163).

⁴⁸ Al respecto, consultar, CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERCERA. Expediente No. 270012331000200700062-01(37178). Sentencia del 19 de julio de 2017.

"En los casos de reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera.

La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla:

GRAFICO	
REPARACION DEL DAÑO A LA SALUD	
REGLA GENERAL	
GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima directa
	SMLMV
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Bajo este propósito, el juez debe determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica, debidamente probada dentro del proceso, relativa a los aspectos o componentes funcionales, biológicos y psíquicos del ser humano.

Para lo anterior el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición **de la víctima**. Para estos efectos, de acuerdo con el caso, se podrán considerar las siguientes variables:

- 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.

En casos excepcionales, esto es, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño a la salud podrá otorgarse una indemnización mayor a la señalada en la tabla anterior, sin que en tales casos el monto total de la indemnización por este concepto pueda superar la cuantía equivalente a 400 S.M.L.M.V. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño, con aplicación de las mismas variables referidas...

Con relación a los parámetros anteriores, se aclara que ellos son excluyentes y no acumulativos, de manera que la indemnización reconocida no podrá superar el límite de 400 S.M.L.M.V.

Ahora bien, es menester aclarar que los porcentajes antedichos son indicativos de gravedad, por lo que pueden traducir a categorías cualitativas. De ahí que los porcentajes iguales o superiores se pueden entender como daños cualitativamente graves e intensos, mientras que los de menor porcentaje se entenderán de mayor gravedad. Esto permite atenerse a los criterios porcentuales antedichos, aún cuando se carezca de un valor certificado”⁴⁹

Destaca el Tribunal, que la Sala Plena de Sección, en sus conclusiones expresó que se avanza en un concepto más amplio del daño a la salud, pues este no se limita a la ausencia de enfermedad y se determina que se prueba no está sujeta a tarifa legal, como se advierte a continuación:

“En conclusión se puede decir que se avanza a una noción más amplia del daño a la salud, que se pasa a definir en términos de alteración psicofísica que el sujeto no tiene el deber de soportar, sin importar su gravedad o duración y sin que sea posible limitar su configuración a la existencia de certificación sobre la magnitud de la misma.

Es menester aclarar que la apertura definitiva del espectro probatorio para la acreditación del daño a la salud puede generar circunstancias en las que, como en el caso sub lite, se pueda acreditar la existencia de un cierto tipo de alteración psicofísica, sin que ello comporte certeza sobre su naturaleza, intensidad y duración. En estos casos, bien puede el juez acudir a la literatura científica para complementar e interpretar las pruebas obrantes en el proceso. Esta afirmación debe ser cuidadosamente distinguida de la aceptación de que la literatura científica pueda ser tenida como reemplazo absoluto de las pruebas concernientes a los hechos singulares discutidos en el proceso, como lo son la historia clínica, o demás pruebas documentales o testimoniales. Lo que se afirma, más bien es que la literatura científica se acepta como criterio hermenéutico del material probatorio en aquellos casos en los que éste no resulta suficientemente conclusivo.

.....(...)

Prima facie, la distinción podría parecer un simple matiz, por lo que se ha de insistir en las implicaciones de esta precisión. Básicamente, se cambia de una concepción primordialmente cuantitativa en donde el criterio de tasación

⁴⁹ Radicación número: 23001-23-31-000-2001-00278-01(28804). Asimismo, CONSEJO DE ESTADO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C. Sentencia del 25 de febrero de 2016. Expediente No. 680012331000200601051-01839347).

consiste en un porcentaje, a una concepción cualitativa del daño objetivo, en la que lo que predomina es la noción de gravedad de la alteración psicofísica, frente a la cual existe libertad probatoria. Sobre este punto la Sala ha de insistir en que no hay en la Constitución o en la normatividad infra constitucional fundamento alguno para constituir los dictámenes sobre porcentajes de invalidez de las juntas de calificación de invalidez en prueba única e incontestable de la gravedad del daño”⁵⁰

Así las cosas, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado, limita el reconocimiento del daño a la salud solo a la víctima directa y por tanto, frente a la legitimación para solicitar la reparación de esta tipología del perjuicio, cabe señalar, que deja por fuera a aquellas víctimas indirectas o de rebote.

En el presente asunto, la parte actora, pretende que se aumente al monto excepcional de 400 SMLM la condena por daño a la salud, no obstante, adicional a al acta de calificación de la pérdida de capacidad laboral, no existe elementos probatorios que demuestre circunstancias particulares de la víctima que tornen aún más gravosa su situación, como condición necesaria para aplicar las reglas de excepcionalidad en el aumento y/o incremento de la tasación del daño a la salud establecidas en el baremo jurisprudencial construido por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en el precedente previamente citado.

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”*.⁵¹

Luego entonces, considera este Tribunal ajustada a las reglas de liquidación del perjuicio de daño a la salud, la tasación realizada por el A quo, motivo por el cual, se confirmará en este punto la determinación judicial de primera instancia, puesto que, revisado en su integridad el material de prueba allegado al plenario, la Sala, evidencia que no se encuentra un elemento particular que determine las consecuencias individuales que hicieron más gravosa la condición del actor, una

⁵⁰ Ibídem 13.

⁵¹ 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.

vez ocurrida la afectación, de manera que en atención a lo situado por la jurisprudencia del Consejo de Estado.

En tal sentido, no hay lugar a modificar la condena por el rubro de daño a la Salud, solicitada por la parte demandada.

Recapitulando, la Sala confirmara la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la responsabilidad patrimonial de la entidad demandada y al perjuicio a la salud otorgado, pero la modificará en lo relativo a la condena por lucro cesante, de conformidad con lo anotado en líneas anteriores.

- **COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Al haber prosperado parcialmente el recurso de apelación de la parte demandante y negarse el recurso de apelación de la parte demandada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA en concordancia con los artículos 365 y 366 del CGP y por la no prosperidad del recurso, se condenará en costas de segunda instancia a la parte demandada y a favor de la parte demandante. En firme la presente providencia, realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente, conforme lo regulado en las normas ya citadas.

3. DECISIÓN:

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

FALLA

PRIMERO: MODIFÍQUESE el numeral tercero de la sentencia proferida el 31 de agosto de 2017 por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo, en cuanto negó el reconocimiento y pago de perjuicio material – lucro cesante, el cual quedará así:

“TERCERO: CONDÉNASE A pagar a la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, por concepto de perjuicio material – lucro cesante a favor del señor NORMAN ANTONIO ALARCON URIBE, la suma de ciento sesenta y nueve millones ochocientos seis mil novecientos ochenta y seis pesos, con seis centavos (\$169.806.986,06), acorde con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: **CONFÍRMASE** en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Sincelejo

TERCERO: CONDÉNASE en costas a la parte demandada, de conformidad con lo expuesto en este providencia. Realícese por el *A quo*, la liquidación correspondiente.

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

Discutido y aprobado en sesión de la fecha, según acta No. 071

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

De los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA