



13001-33-33-008-2014-00456-01

Cartagena de Indias D. T. y C., catorce (14) de febrero de dos mil diecinueve (2019)

Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Radicado	13001-33-33-008-2014-00456-01
Accionante	NORBAY AMAYA GARCES
Accionada	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL
Tema	INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR DAÑOS PADECIDOS POR CONSCRIPTO
Magistrado Ponente	JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

Procede la Sala Fija No. 01 del Tribunal Administrativo de Bolívar a pronunciarse respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de fecha veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017) proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

I.- ANTECEDENTES

1. La demanda.¹

1.1 Hechos relevantes planteados por el accionante.

Se determinaron como fundamentos fácticos de la demanda los que se relatan a continuación:

- El señor NORBEY AMAYA GARCES, ingresó a prestar el servicio militar obligatorio en el año 2007, en el Batallón de Artillería No. 2 Nueva Granada.
- En cumplimiento del servicio, el señor NORBEY AMAYA GARCES sufrió lesiones en sus extremidades y demás partes del cuerpo.
- Producto de las lesiones, el señor NORBEY AMAYA GARCES, fue dictaminado con una pérdida de capacidad laboral del 98,14% por parte de la Junta Medica del Ejército Nacional.

¹ Flo 80-107.



13001-33-33-008-2014-00456-01

- A consecuencia de su estado, el demandante no ha podido desempeñar labores ni realizar actividades como una persona normal, lo cual le genera unas condiciones que no tenía cuando ingreso al servicio militar.

Pretensiones de la demanda

Se plantearon por la parte demandante las siguientes:

"PRIMERO. Que se declare responsable patrimonial y administrativamente a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL por la totalidad de los daños y perjuicios irrogados a mis poderdantes como consecuencia de las lesiones sufridas al soldado regular NORBEY AMAYA GARCÉS, durante la prestación del servicio militar obligatorio

SEGUNDO. Que, como consecuencia de la anterior declaración, que se condene a la NACIÓN COLOMBIANA. MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL, a reconocer y pagar a favor de los demandantes, todos los daños y perjuicios causado a los actores, de la siguiente manera:

PERJUICIOS EXTRAPATRIMONIALES

MORALES.

TERCERO: A favor de NORBEY AMAYA GARCÉS y MERCEDES GARCÉS GUERRERO, la suma de 200 SMLMV o el máximo que estime la jurisprudencia a la fecha de ejecutoria del fallo.

A favor de YURLEY KARINA GARCÉS GUERRERO. CESAR EDINSON ALVEAR GARCÉS, KEYNER GARCÉS GUERRERO y JONATHAN ALEXANDER GARCÉS GUERRERO, la suma de 80 SMLMV

PERJUICIOS A LA SALUD, DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN Y LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA.

CUARTO: A favor de NORBEY AMAYA GARCÉS, la suma de 400 SMLMV
A favor de MERCEDES GARCÉS GUERRERO, YURLEY KARINA GARCÉS GUERRERO, CESAR EDINSON ALVEAR GARCÉS, KEYNER GARCÉS GUERRERO y JONATHAN ALEXANDER GARCÉS GUERRERO, la suma de 200 SMLMV

DAÑO A LA SALUD

QUINTO: A favor de NORBEY AMAYA GARCÉS, la suma de 400 SMLMV, o el máximo que estime la jurisprudencia a la fecha de ejecutoria del fallo.

PERJUICIOS PATRIMONIALES.

LUCRO CESANTE CONSOLIDADO



13001-33-33-008-2014-00456-01

SEXTO: A favor de NORBEY AMAYA GARCÉS, la suma de \$20.800.000. o subsidiariamente por la suma que se demuestre en el proceso o incidente posterior

LUCRO CESANTE FUTURO

SEPTIMO: A favor de NORBEY AMAYA GARCÉS, la suma de \$340.950.000, o subsidiariamente por la suma que se demuestre en el proceso o incidente posterior

OCTAVO: Ordenar a la demandada dar cumplimiento a la sentencia conforme los artículos 192 y 195 CPACA.

NOVENO: Que se condene a la demandada, al pago de costas, gastos y agencias en derecho."

1.3 Normas violadas y concepto de violación.

El concepto violación lo sustenta la parte demandante en el artículo 90 de la Constitución Política. Señala que la entidad demandada debe responder por los daños y perjuicios padecidos por el demandante a consecuencia de las lesiones sufridas durante la prestación del servicio militar obligatorio.

Argumenta que la prestación del servicio militar le impone al estado un deber de protección de la integridad de los conscriptos, quienes se ven restringidos en sus derechos a consecuencia del servicio que prestan.

Menciona que existe un precedente judicial plenamente definido, sobre la responsabilidad del estado cuando se trata de daños padecidos por personas cuando prestan el servicio militar obligatorio.

Contestación de la demanda.²

➤ NACION - MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL

La entidad demandada contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones solicitadas. Argumenta que el Estado colombiano ha usado todos los medios a su disposición para combatir el flagelo de las minas antipersona.

Aduce que se ha hecho un trabajo de desminado humanitario para erradicar de manera definitiva la problemática surgida por la colocación

² Fol 311-327.



13001-33-33-008-2014-00456-01

de este tipo de artefactos como táctica de guerra de organizaciones al margen de la ley.

Argumenta que en el presente evento se configuró un riesgo propio del servicio precedido por un hecho atribuible a un tercero, pues no fueron miembros de la institución militar quienes le causaron las lesiones al demandante, por cuanto las mismas fueron consecuencia de una mina antipersona colocada por grupos al margen de la ley.

Propuso como excepciones, las siguientes:

1. CADUCIDAD DE LA ACCION.
2. INDEBIDA INTEGRACION DEL CONTRADICTORIO.

2. Sentencia de Primera Instancia³

En sentencia de fecha veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017) proferida por el Juzgado Octavo Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, se declaró administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – ministerio de Defensa – Ejército Nacional por las lesiones causadas al demandante mientras prestaba el servicio militar obligatorio, bajo el título de imputación del riesgo excepcional.

Para sustentar su decisión, sostuvo el A-quo que el demandante al haber sufrido las lesiones por causa y razón de la prestación del servicio militar obligatorio, no se encontraba en el deber de asumir los riesgos sobre su vida e integridad personal, la responsabilidad le resulta imputable a la entidad demandada.

En cuanto a la liquidación de perjuicios concedió los padecidos por los demandantes correspondientes a daños morales, daños a la salud de la víctima directa. En cuanto al reconocimiento de perjuicios por afectación a bienes constitucionalmente relevantes se indicó que al haberse concedido lo solicitado por daño a la salud, no había lugar a reconocer algo adicional por este concepto.

En cuanto a los perjuicios materiales fueron denegados en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, por no haber sido probados por la parte demandante. En lo atinente al lucro cesante manifestó que la víctima directa recibe una pensión por su invalidez, en cuantía de

³ Fol 208 – 218 C- 2



13001-33-33-008-2014-00456-01

1.064.008, sin que se haya demostrado que devengaba para el momento de los hechos una suma mayor.

3. Recurso de Apelación.⁴

La parte demandante, dentro del término legalmente concedido, interpuso recurso de apelación contra la decisión de primera instancia, solicitando su revocatoria parcial.

Manifiesta que la inconformidad radica en cuanto al reconocimiento de los perjuicios solicitados por concepto de daño a la salud y la negatoria de lo solicitado por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y afectación a bienes constitucionalmente relevante.

Menciona que las afectaciones padecidas por el demandante fueron de gravedad, por lo que hay lugar a ampliar el reconocimiento de los perjuicios en cuantía de 400 salarios mínimos legales vigentes.

Añade que la pensión de invalidez y lo solicitado por concepto de lucro cesante son plenamente compatibles, por lo que no hay razón para denegarlos por este motivo.

Argumenta que el Juez no contempló lo referente al reconocimiento de perjuicios por la afectación de bienes constitucionalmente relevantes causados a los demás demandantes pues limitó su estudio a la víctima directa.

Señala que en el caso del demandante las lesiones causadas fueron de extrema gravedad, irreversibles y extensivas, por lo que se cumplen las condiciones para otorgar una indemnización mayor.

Por último sostiene que no solo se causó afectación a la salud del demandante, sino a la familia y al mínimo vital por parte de su familia que dependía económicamente del lesionado.

4. Trámite procesal de segunda instancia.

Con auto de fecha veintiuno (21) de junio de 2017⁵, se admitió el recurso de apelación presentado por la parte demandante. Mediante auto de

⁴ Fls. 432-440.

⁵ Fls 4 C - 4





13001-33-33-008-2014-00456-01

fecha cinco (05) de febrero de 2018 se corre traslado a las partes para alegar de conclusión ⁶

5. Alegaciones

De la parte Demandada

En el término concedido en segunda instancia para presentar alegatos de conclusión la parte demandada no presentó alegatos finales.

De la parte Demandante.

En el término concedido en segunda instancia la parte demandante presentó alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en el escrito de apelación, en los que indica la procedencia de los perjuicios solicitado en la cuantía pretendida.

6. Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público se abstuvo de rendir concepto.

II. CONTROL DE LEGALIDAD

Revisado el expediente se observa que en el desarrollo de las etapas procesales de primera instancia se ejerció el control de legalidad ordenado por el artículo 207 CPACA. Por ello y como en esta instancia no se observan vicios que acarreen la nulidad del proceso o impidan proferir decisión, se procede a resolver la alzada.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 153 del CPACA, el Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

2. ASUNTO DE FONDO

⁶ Fls 8 C- 4



2.1. Problema jurídico

Teniendo en cuenta los reproches formulados en el recurso de apelación, la Sala encuentra que el problema jurídico que debe resolverse se concreta en el siguiente cuestionamiento:

¿Hay lugar a reconocer indemnización a los demandantes por concepto de afectación a bienes constitucionalmente relevantes y daño material en la modalidad de lucro cesante, así como el reconocimiento de mayor valor por concepto de daño a la salud?

3. TESIS DE LA SALA

La Sala de Decisión sustentará que en el presente evento no se acreditó la existencia de perjuicios que deban ser indemnizados por concepto de afectación a bienes constitucionalmente relevantes, diferentes al ya reconocido a la víctima directa por daño a la salud. Del mismo modo, se establece que no le asiste el derecho a la parte demandante a recibir indemnización por daño material en la modalidad de lucro cesante, dado que la víctima directa tiene reconocida una pensión de invalidez que sobrepasa el salario mínimo legal vigente. Por último, se establece que el monto tasado para los perjuicios por daño a la salud debe ser aumentado, teniendo en cuenta la gravedad de las lesiones y la afectación funcional que representan para el demandante.

4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

4.1. El artículo 90 Constitucional y el deber de reparación del Estado

La actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado, pues el artículo 90 señala con claridad que el Estado *"responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas."*

4.1.1. El Lucro Cesante como Perjuicio Indemnizable

El artículo 1614 del Código Civil define el lucro cesante como *"la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento."* A partir de allí, queda claro que la indemnización de perjuicios abarca el aumento patrimonial que fundadamente podía esperar una persona de no ser por haber tenido lugar, en el caso de la



13001-33-33-008-2014-00456-01

responsabilidad extracontractual, el hecho dañoso, por lo tanto este perjuicio se corresponde con la idea de ganancia frustrada.

Al respecto esta el Consejo de Estado ha sostenido:

"En cuanto al lucro cesante esta Corporación ha sostenido reiteradamente, que se trata de la ganancia frustrada o el provecho económico que deja de reportarse y que, de no producirse el daño, habría ingresado ya o en el futuro al patrimonio de la víctima. Pero que como todo perjuicio, para que proceda su indemnización, debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna⁷.

Así las cosas, este perjuicio, como cualquier otro, si se prueba, debe indemnizarse en lo causado."⁸

Del mismo modo se ha dicho que, la indemnización por concepto de lucro cesante no constituye sanción alguna, ya que su vocación es el restablecimiento del equilibrio económico derivado del daño antijurídico producido e imputado al responsable, cuya causación se cuantifica desde la fecha de los hechos⁹.

Puede tratarse también de la pérdida de utilidad que no siendo actual, la simple acreditación de su existencia es suficiente en cuanto a su certeza¹⁰, lo que configura el lucro cesante futuro o anticipado, así como debe tenerse en cuenta las circunstancias del caso en concreto y las "aptitudes" de quien resulta perjudicado, esto es, si la ventaja, beneficio, utilidad o provecho económico se habría o no realizado a su favor, o si la misma depende de una contraprestación de la víctima que no podrá cumplir como consecuencia del hecho dañoso, de manera que se calcula a su favor el valor entre el beneficio, utilidad o provecho económico y el valor por la víctima debido, y puede comprender los ingresos que se deja de percibir por las secuelas soportadas por la víctima; Asimismo, debe existir cierta probabilidad objetiva que resulte del curso normal de las cosas y del caso en concreto, pero no cabe reconocer cuando se trata de una mera expectativa¹¹; A su vez, la existencia de la incapacidad no es suficiente para ordenar la indemnización por lucro cesante cuando el lesionado está demostrado que siguió laborando en el mismo oficio que desempeñaba¹².

- El Daño a la Salud como Perjuicio Autónomo

Sobre la procedencia de reconocimiento de perjuicio por daño a la salud, el Consejo de Estado ha sentado una posición reiterativa desde las sentencias

⁷ Consejo de Estado, Sala de Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 21 de mayo de 2007. Exp. 15989. C.P.: Mauricio Fajardo y de 1 de marzo de 2006. Exp. 17256. M.P.: María Elena Gómez Giraldo.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 7 de julio de 2011. C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa Exp. 18008.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 14 de noviembre de 1967, expediente 718.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 27 de septiembre de 1990, expediente 5835.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub-sección C, sentencia de 30 de marzo de 2011, expediente 19567.

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de diciembre de 1995, expediente 10605.





13001-33-33-008-2014-00456-01

proferidas el 14 de septiembre de 2011, en las cuales se describe el 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 (...) En consecuencia, el daño moral satisface la indemnización de la órbita interna y afflictiva 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"¹³

Asimismo, ha sido posición reiterada de por dicha corporación que este tipo de daño reconoce las afectaciones a la integridad psicofísica de la víctima, que se refieren no sólo a la modificación de la unidad corporal, sino a "las consecuencias que la misma genera, razón por la que sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros"¹⁴

En la sentencia de unificación¹⁵ proferida por la sección tercera sobre reconocimiento de perjuicios inmateriales se explicó:

"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. 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

¹³ Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 14 de septiembre de 2011; Exp. 19031

¹⁴ Ibídem.

¹⁵ Consejo de Estado; Sala Plena de Sección Tercera; Sentencia del 28 de agosto de 2014; Exp. 31172.



13001-33-33-008-2014-00456-01

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”.

- La afectación a bienes constitucionales relevantes

Respecto del reconocimiento de perjuicios por la afectación de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, la Sección Tercera, en sentencia de Unificación proferida el 28 de agosto de 2014, bajo la radicación 26251 consignó:

“De acuerdo con la decisión de la Sección de unificar la jurisprudencia en materia de perjuicios inmateriales, se reconocerá de oficio o solicitud de parte, la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. La cual procederá siempre y cuando, se encuentre acreditada dentro del proceso su concreción y se precise su reparación integral. Se privilegia la compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero(a) permanente y los parientes hasta el 1° de consanguinidad, en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos. Debe entenderse comprendida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas “de crianza”.

En casos excepcionales, cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posibles para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria de hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocido con fundamento en el daño a la salud. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño.”

Así, de acuerdo con esta jurisprudencia, el daño a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados tiene las siguientes características:

- i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.



13001-33-33-008-2014-00456-01

- ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.
- iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.
- iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales. La reparación del referido daño abarca los siguientes aspectos: i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial. ii) La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia. iii) La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza", en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.
- v) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse



13001-33-33-008-2014-00456-01

por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado.

- vi) Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración: debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales imputables al mismo, y se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral adecuadas y pertinentes al caso, de tal manera que el Estado ejecute el debitum iuris. Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas, reprobando las relevantes violaciones a los derechos humanos y concretar las medidas de garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional.
- vii) Es un daño frente al cual se confirma el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas; sin embargo, en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas. En aras de evitar una doble reparación, el juez deberá verificar ex ante: (a) que se trate de una vulneración o afectación relevante de un bien o derecho constitucional o convencional; (b) que sea antijurídica; (c) que, en caso de ordenarse una indemnización excepcional, no esté comprendida dentro de los perjuicios materiales e inmateriales ya reconocidos, y (d) que las medidas de reparación sean correlativas, oportunas, pertinentes y adecuadas al daño generado.¹⁶

5. EL CASO CONCRETO

5.1. Del objeto del recurso de apelación

Previo a abordar en estudio de fondo, se debe observar el objeto del recurso presentado por la parte demandante, cuyos reproches están encaminados, exclusivamente, a que se reconozca la causación de perjuicios de afectación a bienes constitucionales relevantes a favor de todos los demandantes y se aumenten los montos reconocidos por el a quo como indemnización de perjuicios por daño a la salud, al tiempo que se reconozcan los perjuicios materiales a favor de la víctima directa en la modalidad de lucro cesante.

¹⁶ Consejo de Estado, Sentencia de Unificación del 28 de agosto del 2014, exp. 32988, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.



13001-33-33-008-2014-00456-01

Lo anterior obliga a destacar que el recurso de apelación interpuesto por la parte actora se encuentra limitado a los puntos específicos antes indicados, consideración que cobra mayor significado si se tiene presente que en cuanto corresponde a los demás asuntos del fallo impugnado, incluyendo la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada, la propia parte recurrente manifestó su complacencia y se abstuvo de cuestionar en esas materias la sentencia de primera instancia, amén de que el silencio y la pasividad de la parte demandada evidencian su conformidad para con la totalidad del fallo, incluidos los aspectos que se dejan señalados.

Al respecto, conviene recordar que a través del recurso de apelación se ejerce el derecho de impugnación contra una determinada decisión judicial –en este caso la que contiene una sentencia–, por lo cual corresponde al recurrente confrontar los argumentos que el juez de primera instancia consideró para tomar su decisión, con las propias consideraciones del recurrente, para efectos de solicitarle al juez de superior jerarquía funcional que decida sobre los puntos o asuntos que se cuestionan ante la segunda instancia.

Al respecto el Consejo de Estado ha establecido que: *“La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla.”*¹⁷.

En este orden de ideas, resulta claro que para el juez de segunda instancia su marco fundamental de competencia lo constituyen las referencias conceptuales y argumentativas que se aducen y esgrimen en contra de la decisión que se hubiere adoptado en primera instancia, por lo cual, en principio, los demás aspectos, diversos a los planteados por el recurrente se excluyen del debate en la instancia superior, toda vez que en el recurso de apelación operan tanto el principio de congruencia de la sentencia como el principio dispositivo.

Así las cosas, comoquiera que la declaratoria de responsabilidad proferida por el a quo respecto de la entidad demandada no fue objeto de ataque o cuestionamiento o impugnación por la propia entidad demandada, ni tampoco por la parte actora - pues la recurrente no controvierte tal

¹⁷ Sentencia del 14 de septiembre de 2011, Exp. 21.329, M.P. Mauricio Fajardo Gómez y sentencia del 16 de agosto de 2012, Exp. 24.792, entre otras.



13001-33-33-008-2014-00456-01

extremo en la apelación interpuesta-, ninguna precisión efectuará la Sala en relación con el régimen de responsabilidad aplicable a las circunstancias del caso concreto, ni en cuanto a la concurrencia, en el mismo, de los elementos constitutivos del régimen respectivo, por manera que los referidos son puntos de la *litis* que han quedado fijados con la decisión recurrida.

5.2 Hechos relevantes probados.

- Mediante Junta Medica Laboral efectuada el 11 de julio de 2012, se dictaminó al señor NORBEY AMAYA GARCES, una disminución de la capacidad laboral del 98,14%. (Folios 344-345).
- El señor NORBEY AMAYA GARCES recibe una pensión mensual de invalidez por valor de \$1.064.008 por parte del Ministerio de Defensa Nacional 8folios 355-356).
- Mediante Resolución No. 145458 del 13 de noviembre de 2012, se reconoció al señor NORBEY AMAYA GARCES una indemnización por disminución de capacidad laboral por valor de \$56.937.704 (Folios 364-365).
- A través de certificación expedida por el Ministerio de Defensa – Sección Base de Datos, el señor NORBEY AMAYA GARCES presto el servicio militar obligatorio en el Batallón Nueva Granada desde el 10 de abril de 2007 hasta el 13 de febrero de 2009 (Folio 363).

5.3 Del análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

En el asunto de la referencia la parte demandante reprocha la decisión de primera instancia, exclusivamente en lo referente al reconocimiento de perjuicios, toda vez que se encuentra de acuerdo con la declaratoria de responsabilidad administrativa declarada por el Juez de primera instancia.

En efecto, considera que se debe dar un aumento a lo reconocido por daño a la salud, atendiendo la gravedad e irreversibilidad de las lesiones padecidas; Al mismo tiempo, considera que se deben reconocer perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante y perjuicios por afectación a bienes constitucionales relevantes a todos los demandantes.



13001-33-33-008-2014-00456-01

Por otro lado, la entidad demandada guardó silencio y no recurrió la decisión de primera instancia, por lo que la Sala entrara a resolver únicamente como del fondo del asunto lo referente a la indemnización de perjuicios, a lo cual se circunscribe específicamente el recurso de apelación que se desata.

5.4 Indemnización de perjuicios

5.4.1 Daño a la salud

De acuerdo con lo consignado en el acápite normativo, se tiene que este perjuicio es reconocido de manera autónoma para la víctima, cuando se encuentra acreditada una afectación en las condiciones psicofísicas a consecuencia del daño padecido.

El Juez de primera instancia le reconoció este perjuicio a la víctima directa, con fundamento en las lesiones físicas padecidas y que le ocasionaron una incapacidad laboral superior al 98%, tasándolo en el caso puntual en la suma equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

La parte demandante considera que la suma reconocida no se compadece con las lesiones padecidas, las cuales fueron graves e irreversibles, por lo que solicita se incremente el monto, teniendo en cuenta los criterios jurisprudenciales que hacen procedente sobrepasar los límites fijados ordinariamente para este perjuicio, pudiendo llegarse hasta los 400 salarios mínimos.

Al respecto, la Sala trae a colación lo dicho en el acápite normativo y jurisprudencial, en el que se estableció claramente que la jurisprudencia vigente ha determinado como monto indemnizable por este perjuicio un valor que va hasta los 100 salario mínimos mensuales, de acuerdo a los criterios que observe el Juez y, en condiciones excepcionales, ha dispuesto que pueden aumentarse hasta los 400 salarios mínimos, cuando se trate de graves afectaciones que ameriten un incremento debidamente razonado.

Para tal efecto el Juez 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,



13001-33-33-008-2014-00456-01

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 este orden, una vez revisadas las condiciones de salud que fueron diagnosticadas al demandante en la valoración que se hiciera en la junta médica laboral del año 2012, se tiene como relevante lo siguiente:

"A. ANAMNESIS

EN OCTUBRE DEL 2008 SUFRE POLITRAMAUTISMO POR ACTIVACION DE MINA CON FRACTURA DE CALCANEOS Y ARTRALGIA IZQUIERDO 4 Y 5 FALANGES MANO DERECHA. 2 Y 3 FALANGE MANO IZQUIERDA. MULTIPLES ESQUIRLAS EN ANTEBRAZO DERECHO. MANO DERECHA. PIERNA RODILLA. PIE IZQUIERDO Y GLUTEOS. REQUIRIO MULTIPLES CIRUGIAS DE INJERTO COLGAJOS PARA RECONSTRUIR PIERNAS DERECHA-IZQUIERDA Y TALON PIE IZQUIERDO. ACTUALMENTE: DOLOR PERSISTENTE EN MANO DERECHA. PIERNA Y PIE IZQUIERDO. MARCHA CON MULETAS. PERDIDA DE MOVIMIENTOS PIE IZQUIERDO. LIMITACION DE MOVIMIENTO DE MANO DERECHA. HIPOESTESIAS MANO DERECHA Y MI IZQ ULCERA CRONICA SUPURATREOS HIPACUSIA AP PIE IZQUIERDO.

B. EXAMEN FISICO



13001-33-33-008-2014-00456-01

GLUTEOS: CICATRIZ # 4 HIPERTROPICAS DOLOR A LA PALPACION M.I.D.: CICAIRIZ 30 X 20 CM MUSLO DEFORME DOLOROSA, 20 X 10 CM PIERNA DERECHA DEFORME. LIMITACION FLEXION Y EXTENSION DE RODILLA Y PIERNA DERECHA. MI IZQ CICATRIZ CON COLGAJO 20 X 20 CM DEFORME. ESQUIRLA RODILLA IZQUIERDA CP ANQUILOSIS TALON IZQUIERDO CON CICATRIZ DEFORMANTE. ULCERA 10 X 10 CM SECRECION Y TEJIDO GRANULACION. ANQUILOSIS PIE HIPOESTESIA PIE IZQUIERDO. MANO DERECHA: CICATRIZ MULTIPLEZ DORSO DE MANO. LIMITACION A LA FLEXION DE 3-4-3 FALANGES. HIPOESTESIA DE 4 - 5 DEDOS. ESQUIRLAS EN MANO DERECHA.

VI. CONCLUSIONES

A- DIAGNOSTICO POSITIVO DE LAS LESIONES O AFECCIONES:

1). DURANTE COMBATE POR ACCION DIRECTA DEL ENEMIGO POR ACITVACION DE MINA PRESENTA POLITRAUMATISMO EN M. SUPERIOR Y M. INFERIORES QUE REQUIRIO MULTIPLES CIRUGIAS. VALORADO Y TRATADO POR ORTOPEDIA. FISIATRIA Y CIRUGIA PLASTICA QUE DEJA COMO SECUELAS: A) PERDIDA FUNCIONAL DE PIERNA Y PIE IZQUIERDO. B) PERDIDA FUNCIONAL MANO DERECHA. CICATRICES MULTIPLES CON DEFECTO ESTETICO SEVERO EN MIEMBROS INFERIORES. FIN DE LA TRANSCRIPCION."

Una vez observado lo anterior, la Sala considera que las lesiones ocasionadas al demandante le originaron secuelas funcionales en sus extremidades superiores e inferiores y a su vez, lesiones estéticas en sus extremidades inferiores, que le determinaron un alto grado de incapacidad laboral (98.14%), de lo cual se denota que las condiciones de salud del demandante ameritan un aumento en la tasación de este perjuicio, el cual se tasa para este caso en la suma de 200 salarios mínimos mensuales.

Lo anterior por cuanto en el presente asunto las lesiones del demandante le ocasionaros secuelas graves que determinaron la pérdida de la función de sus extremidades y por ende su incapacidad de locomoción y desarrollo de actividades normales de manera permanente e irreversible, en tratándose de una persona que para la fecha de los hecho tenia apenas 19 años de edad.

En efecto, a través del siguiente cuadro se pueden evidenciar las variables de afectación que se encuentran probadas y que determinan un mayor valor en la tasación de este perjuicio:



13001-33-33-008-2014-00456-01

Variable probada	Valoración de acuerdo con las circunstancias y pruebas explicadas en la parte motiva
Pérdida funcional de carácter permanente	La víctima perdió la capacidad funcional de su pierna y pie izquierdo así como de la extremidad superior derecha Se otorgan 100 SMLMV
La restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria.	Lo cual le impide desarrollar las actividades de locomoción. Se otorgan 50 SMLMV
Edad de la víctima	Al momento de los hechos, el señor NORBEY AMAYA GARCES era un joven de 19 años de edad, por lo que deberá padecer el perjuicio durante largo tiempo. Se otorgan 50 SMLMV
Total	200 SMLMV

5.4.2. Del Lucro cesante

Respecto de este perjuicio, la Parte Demandante considera que fue desacertada la decisión del juez de primera instancia que negó su reconocimiento, por haber considerado que al tener reconocida una pensión de invalidez la finalidad de esta medida indemnizatoria se veía satisfecha.

Afirma el demandante que el Consejo de Estado ha sentado su posición sobre la compatibilidad entre la indemnización administrativa y el reconocimiento de lucro cesante por la declaratoria de responsabilidad administrativa del estado, en eventos de lesiones a conscriptos.

Para la Sala los argumentos expuestos por el recurrente no están llamados a prosperar, toda vez que en este evento la negatoria de los perjuicios solicitados se fundamentan en la existencia en el reconocimiento previo de una pensión de invalidez, con la cual se satisfacen las pérdidas



13001-33-33-008-2014-00456-01

gananciales que sufrió el demandante producto de las lesiones incapacitantes que padece.

En efecto, la jurisprudencia del máximo órgano contencioso administrativo, viene sosteniendo bajo una misma línea argumentativa la procedencia de reconocimiento de la indemnización administrativa otorgada en virtud de las normas especiales de las fuerzas militares, de manera compatible con el reconocimiento de perjuicios en la modalidad de lucro cesante, pero no sucede lo mismo respecto de la compatibilidad entre el reconocimiento de pensión de invalidez con la condena por perjuicios en la modalidad de lucro cesante.

En este caso, se debe traer a colación la definición que se hiciera en el marco normativo sobre lo que constituye el perjuicio denominado lucro cesante, que corresponde a la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia del hecho dañino, situación que en el presente asunto se circunscribe a la pérdida de la capacidad para obtener una ganancia o provecho económico por el ejercicio de una actividad productiva por parte de la víctima, que le permita solventar sus necesidades materiales, lo cual, a juicio de la Sala, se halla cubierto por la pensión mensual vitalicia de invalidez que recibe el demandante, pues en este evento dicha prestación tiene la misma finalidad de satisfacción de las necesidades materiales del actor.

Adicionalmente, se tiene que la suma reconocida por concepto de pensión de invalidez, sobrepasa el salario mínimo mensual vigente, el cual, sería el llamado a tenerse en cuenta como base para calcular el lucro cesante solicitado, toda vez que el demandante no acreditó estar recibiendo ingresos mayores para el momento en que sufrió el daño, por lo que en ese evento dicho reconocimiento resultaría menor al ya garantizado por la aludida prestación pensional.

De acuerdo con lo anterior, se establece que el demandante no acreditó haber sufrido un perjuicio de mayor magnitud por concepto de lucro cesante que amerite el reconocimiento de una suma adicional a la reconocida por la pensión de invalidez. En tal virtud, este reproche de la apelación no prospera.

5.4.3. De la afectación a bienes constitucionalmente relevantes

La parte recurrente considera que se debe reconocer indemnización por concepto de la afectación a los bienes y derechos constitucionales



13001-33-33-008-2014-00456-01

relevantes, padecidos por todos los demandantes a consecuencia de las lesiones y pérdida de capacidad laboral que sufrió la víctima directa.

Manifiesta la parte actora que la condena por este concepto debe ser autónoma e independiente a lo reconocido por daño a la salud, y comprender a todos los demandantes, pues el juez de primera instancia limitó su estudio únicamente respecto de la víctima directa, sin hacer relación a los demás demandantes.

Considera la parte demandante que sufrieron afectaciones en sus derechos constitucionales a la familia y mínimo vital, producto de las graves lesiones del señor NORBEY AMAYA, quien no ha podido desempeñarse laboralmente ni socorrer adecuadamente a su familia con los gastos que sufragaba antes de la afectación, por lo que se hace necesaria una indemnización por este concepto.

La Sala no comparte las afirmaciones de la parte recurrente, por cuanto los argumentos sobre los cuales se basa no denotan la presencia de afectaciones a derechos constitucionales diferentes a los ya reconocidos por concepto de daño a la salud, ni se distinguen de lo estudiado en el acápite de daño material, debido a que los argumentos expuestos son los que soportan la pretensión de lucro cesante, esto es, las pérdidas económicas sufridas.

En lo particular, vale la pena traer a colación lo señalado en el acápite normativo sobre la procedencia del reconocimiento de estos perjuicios, cuya satisfacción se logra a través de medidas no pecuniarias y solo en casos excepcionales, mediante el reconocimiento de una suma dineraria pero dirigida únicamente a la víctima directa.

En ese entendido, al no resultar acreditada la afectación a bienes y derechos constitucionalmente relevantes que deban ser resarcidos por medidas restaurativas no pecuniarias, habrá de confirmarse en este aspecto la sentencia recurrida.

No obstante lo anterior, como medida reparativa no pecuniaria se dispondrá ordenar que los hechos expuestos en la demanda sean trasladados a la Fiscalía General de la Nación DDHH y DIH, a fin que allí se investiguen y juzguen las conductas de que fue víctima el demandante, por tratarse de conductas que vulneran los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, así como que se remita copia de la providencia al Centro de Memoria Histórica que deje evidencia histórica



13001-33-33-008-2014-00456-01

del conflicto armado en Colombia, como a la Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersonal del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República de acuerdo al Decreto 1649 de 2014, toda vez que en el presente asunto se observa una vulneración del derecho internacional humanitario ante el uso de elementos no convencionales en el conflicto armado interno, por uso de minas antipersona.

5. Condena en Costas

De conformidad con lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso, aplicado por remisión del artículo 188 del CPACA, se dispone condenar en costas a la parte "a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación", y de conformidad con el numeral 8 del mismo artículo, según el cual solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron.

Así las cosas, no se condenará al pago de las costas a la Parte Demandante, pues el recurso prospero parcialmente, dado que se aumentara la condena por concepto de daño a la salud.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutive de la sentencia del veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017), proferida por el Juzgado Octavo Administrativo del Circuito de Cartagena, en el sentido de determinar que la suma reconocida por concepto de daño a la salud debe ser por valor de doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR en un numeral **SEXTO** a la parte resolutive de la sentencia impugnada, el cual quedará así:

"SEXTO: ordenar que los hechos expuestos en la demanda sean trasladados a la Fiscalía General de la Nación DDHH y DIH, a fin que allí se investiguen y juzguen las conductas de que fue victima el demandante, por tratarse de conductas que vulneran los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, así como remitir copia de las



13001-33-33-008-2014-00456-01

providencias adoptadas al Centro de Memoria Histórica que deje evidencia histórica del conflicto armado en Colombia, como a la Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersonal del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República de acuerdo al Decreto 1649 de 2014."

TERCERO: Confírmese en las demás partes la sentencia recurrida.

CUARTO: Sin condena en costas en esta instancia.

QUINTO: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

LOS MAGISTRADOS

JOSE RAFAEL GUERRERO LEAL

LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS