

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE MEDELLÍN

Medellín, diecisiete (17) de febrero de dos mil quince (2015)

REF.: Radicado: 05001 33 33 007 2014- 01875-00
Actuación: CONCILIACIÓN PREJUDICIAL
Convocantes: **RAFAEL ANDRÉS GUEVARA ANAYA Y OTROS**
Convocado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Asunto: Aprueba Conciliación Prejudicial.

Interlocutorio: 157

Los señores **RAFAEL ANDRÉS GUEVARA ANAYA; MARÍA RAFAELA GUEVARA ANAYA** actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad **JORGE MARIO GUEVARA ANAYA Y MARÍA ANGÉLICA GOZALEZ GUEVARA; JULIO ENRIQUE GUEVARA GARCÍA y SEGRITH STELLA HERNÁNDEZ**, actuando a través de apoderada, presentaron solicitud de conciliación prejudicial ante la Procuraduría General de la Nación basándose para ello en los siguientes:

HECHOS RELEVANTES

Manifestó la parte convocante que el señor Rafael Andrés Guevara Anaya prestaba el servicio militar obligatorio en el Batallón de Ingenieros N° 17 “General Carlos Bejarano Muñoz” ubicado en el Municipio de Carepa – Antioquia; quien se hallaba en perfecto estado de salud conforme a los exámenes de sanidad y aptitud psicofísica practicados por las Fuerzas Militares antes del reclutamiento.

Señaló que el día 31 de enero de 2013 a las 11:50 am, según informe rendido por el S.P Luis Alberto Silva Trujillo Comandante del Cuarto Pelotón de la Compañía Caldas, el soldado regular Rafael Andrés Guevara Anaya se encontraba en el sector nororiental de la base militar Tres Morros ubicada en el Municipio de Dabeiba – Antioquia, en desarrollo de la orden de operaciones N° 3 “Espoleta” de seguridad y defensa de la fuerza, cuando un disparo de fusil impactó en la parte baja del abdomen al soldado Guevara Anaya sorprendido por un miembro del frente quinto de las FARC y posteriormente, se le prestaron primeros auxilios y fue trasladado al Hospital Pablo Tobón Uribe en la ciudad de Medellín,

donde fue atendido por diferentes médicos especialistas quienes se encargaron de su tratamiento y rehabilitación.

Se indica que el día 23 de abril de 2013 se realizó junta médica provisional en la Dirección de Sanidad del Ejército plasmada en Acta N° 58516 en la cual se estableció que el convocante tiene una cicatriz en el abdomen de 7 cm, presenta abdomen blando y con signos de irritación perineal como consecuencia de herida en combate por arma de fuego con trauma abdominal valorado y tratado por cirugía general y posteriormente, el día 10 de septiembre de 2014 se realiza junta médica definitiva registrada en la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional con Acta N° 72388 y con una calificación en su disminución de capacidad laboral del 33.03%.

SOLICITUD

La parte solicitante pretende que se reconozca a los convocantes las sumas correspondientes a: **PERJUICIOS MORALES** por un valor de DOSCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES SESENTA Y CINCO MIL PESOS M/L (\$277.065.000), por **DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN** un valor de TRESCIENTOS CINCUENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS M/L (\$353.700.000) y por **LUCRO CESANTE** un valor de NOVENTA Y OCHO MILLONE DOSCIENTOS VEINTISIETE MIL SETECIENTOS OCHENTA PESOS M/L (\$98.227.780).

Adicionalmente, indica que por tratarse de un caso de un soldado regular con criterios jurisprudenciales reiterados sobre la responsabilidad del Estado y teniendo en cuenta los parámetros que en materia de conciliación han sido aprobados por el Comité de Defensa Judicial del Ministerio de Defensa, indica como propuesta conciliatoria el 85% de los perjuicios solicitados.

DECISIÓN DEL COMITÉ DE CONCILIACIÓN Y POSICIÓN DE LA CONVOCANTE

El día 29 de noviembre de 2014 ante la Procuraduría 222 Judicial II para Asuntos Administrativos, las partes llegaron al siguiente acuerdo¹:

"(...)En sesión del 13 de noviembre de 2014 el Comité de Conciliación de defensa judicial del ministerio de defensa nacional, estudió el presente caso y por unanimidad autoriza conciliar, bajo la teoría jurisprudencial del depósito, bajo el siguiente parámetro establecido como política de defensa judicial: por concepto de perjuicios morales, para RAFAEL ANDRÉS GUEVARA ANAYA, en calidad de lesionado el equivalente en pesos de 28 smlmv, para MARIA RAFAELA GUEVARA ANAYA. En calidad de madre del lesionado el equivalente en pesos de 28 smlmv, para JORGE MARIO GUEVARA ANAYA Y MARÍA ANGÉLICA GONZÁLEZ GUEVARA en calidad de hermanos del lesionado el equivalente en pesos de 14 smlmv, para JULIO ENRIQUE GUEVARA GARCÍA en

¹ Folios 113 a 115.

calidad de abuelo del lesionado el equivalente en pesos de 14 smlmv, nota: no se realiza ningún ofrecimiento a SEGRITH STELLA HERNÁNDEZ MONTALVO en calidad de compañera permanente del lesionado en consideración a que no existe prueba legal que demuestre el parentesco fehacientemente tal como lo exige la ley 979 del 2005 en concordancia con la ley 54 de 1990. Por concepto de daño a la salud para RAFAEL ANDRÉS GUEVARA ANAYA, en calidad de lesionado el equivalente en pesos de 28 smlmv. Por concepto de perjuicios materiales, para RAFAEL ANDRÉS GUEVARA ANAYA, en calidad de lesionado el equivalente en pesos de 31.306.802 treinta y un millones trescientos seis mil ochocientos dos pesos, el pago de la presente Conciliación se realizará de conformidad con lo estipulado en los artículos 192 y subsiguientes de la ley 1437 de 2011 de conformidad con el concepto emitido por la sala de consulta y servicio civil del consejo de estado de fecha 29 de abril de 2014 número único 110001-03-14-000-2013-00517-00. La presente propuesta es integral para todas y cada una de las pretensiones y de los solicitantes. Aporto certificación expedida por la secretaria técnica del comité en 2 folios. Acto seguido se le concede la palabra a la apoderada de la parte CONVOCANTE quien manifiesta: Me declaro conforme con el monto aprobado por el EJERCITO NACIONAL Por lo tanto acepto de manera total el acuerdo. (...)

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

El artículo 24 de la Ley 640 de 2001 dispone *“las actas que contengan conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo se remitirán a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes al de su celebración, al Juez o Corporación que fuere competente para conocer de la acción judicial respectiva, a efecto de que imparta su aprobación o improbación.”*. De acuerdo con ello, esta Agencia es competente para conocer de la conciliación celebrada entre las partes a fin de impartir o no aprobación al mismo, como quiera que de acudir al medio de control respectivo, la competencia estaría radicada en los jueces administrativos.

2. Del caso concreto.

Las condiciones para aprobar una conciliación, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 446 de 1998 son:

- a. Que se hayan presentado las pruebas necesarias para ello.
- b. No sea violatorio de la Ley
- c. No resulte lesivo para el patrimonio público.

Igualmente, de manera reiterada el Consejo de Estado ha señalado que el acuerdo conciliatorio prejudicial se somete a los siguientes supuestos de aprobación:

- a. La debida representación de las partes que concilian.
- b. La capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar.

- c. La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes.
- d. Que no haya operado la caducidad de la acción.
- e. Que lo reconocido patrimonialmente esté debidamente respaldado en la actuación.
- f. Que el acuerdo no resulte abiertamente lesivo para el patrimonio público (artículo 73 y 81 de la Ley 446 de 1998).

De acuerdo con lo anterior, el Despacho analizará en el caso concreto, si se dan o no los presupuestos para la aprobación del acuerdo logrado por las partes.

2.1. La debida representación de las partes que concilian y la capacidad o facultad que tengan los representantes o conciliadores para conciliar.

Encuentra el Despacho que la parte convocante se encuentra debidamente representada por la Doctora NATALIA BEDOYA SIERRA, a quien se le otorgó poder especial para representarla en el trámite conciliatorio con facultad expresa de conciliar (folios 20 a 23).

La entidad convocada NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL aporta poder conferido por el Doctor Carlos Alberto Saboya González en su condición de Director de Asuntos Legales del Ministerio de Defensa Nacional, a la Abogada JENY ANDREA JURADO, con facultad expresa para conciliar dentro de los parámetros establecidos por el Comité de Conciliación de la entidad (Fl. 104). Para el efecto, se aporta copia de la Certificación N° 201-13 suscrita por la Coordinadora del Grupo de Talento Humano (Fl. 105) y copia de la Resolución N° 3200 de 2009 por medio de la cual se delega la facultad para constituir apoderados para conciliar (Fls. 106 a 110).

Adicionalmente, se advierte que se atendió el artículo 613 del Código General de Proceso en lo que atañe a que el convocante hizo entrega de copia de la solicitud de conciliación a la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica el Estado (folio 98).

2.2. La disponibilidad de los derechos económicos enunciados por las partes.

Se satisface este presupuesto toda vez que se trata de un conflicto de carácter particular y de contenido económico. Ciertamente, la pretensión está encaminada a conseguir que la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional efectúe el pago de los perjuicios materiales e inmateriales ocasionados a la parte convocante con las lesiones sufridas por el señor Rafael Andrés Guevara Anaya mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio, en hechos ocurridos el 31 de enero de 2013 en el Municipio de Dabeiba – Antioquia.

A lo anterior se añade que la conciliación materia de estudio involucra la disposición y afectación de derechos e intereses subjetivos, de contenido crediticio o personal, con una proyección patrimonial o económica, los cuales resultan renunciables.

2.3. Ausencia de caducidad.

Se tiene que el día 31 de mayo de 2013 el soldado regular Rafael Andrés Guevara Anaya sufrió una lesión en su cuerpo a causa de una herida por arma de fuego propinada por un miembro de las FARC, mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio, tal y como se desprende del Informativo Administrativo por Lesión efectuado por el Comandante del Batallón de Ingenieros N° 17 (Fl. 32); por lo que, a la luz de lo establecido en el numeral 2º literal i) del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, a la fecha de solicitud de conciliación prejudicial, esto es, el veintiséis (26) de septiembre de dos mil catorce (2014), no había transcurrido el plazo de dos años contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción causante del daño contemplado en la ley y por tanto, no había operado la caducidad del medio de control de reparación directa.

2.4 Que el acuerdo conciliatorio cuente con las pruebas necesarias, no sea violatorio de la ley o no resulte lesivo para el patrimonio público.

Obra dentro del expediente el siguiente material probatorio:

- Copia del Registro Civil de Nacimiento del señor Rafael Andrés Guevara Anaya. (Fl. 24)
- Copia del Registro Civil de Nacimiento de la señora María Rafaela Guevara Anaya (Fl. 25)
- Copia del Registro Civil de Nacimiento del joven Jorge Mario Guevara Anaya (Fl. 26)
- Copia del Registro Civil de Nacimiento de la joven María Angélica González Guevara (Fl. 27)
- Copia del Informativo Administrativo por Lesión emitido el 1 de marzo de 2013 por el Comandante del Batallón de Ingenieros N° 17 “Bejarano Muñoz”, en el cual se indica que en hechos ocurridos el 31 de enero de 2013 en el desarrollo de la orden de operaciones N° 3 “Espoleta” de “Seguridad y Defensa de la Fuerza” se escuchó un disparo en el sector nororiental de la base militar de tres morros ubicada en el Municipio de Dabeiba – Antioquia, posteriormente se señala que en la parte de debajo de los caballos había una persona quejándose y pidiendo ayuda, cuando se dirigieron al sitio encontraron al soldado regular Rafael Andrés Guevara Anaya, quien manifestó que un miembro del frente quinto de las ONT-FARC Compañía Wilson Palacios el cual vestía camuflado, le disparó con fusil en el momento en que

se encontraba realizando del cuerpo y en ese momento volvieron a atacar la base y fue necesario responder con fuego, finalmente, una vez sacado del sector se le pudo prestar los primeros auxilios al soldado quien estaba herido en la parte baja del abdomen, por lo cual se solicitó apoyo aéreo para trasladarlo al Hospital Pablo Tobón Uribe en la ciudad de Medellín. Se finaliza el escrito señalando que la lesión sufrida por el soldado es imputable al servicio por causa de heridas en combate o como consecuencia de la acción directa del enemigo, en conflicto internacional o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público, de conformidad con el literal c del artículo 24 del Decreto 1796 de 2000. (Fl. 32)

- Copia de la constancia suscrita por el jefe de personal del Batallón de Ingenieros N° 17 “General Carlos Bejarano Muñoz”, en la cual se señala que el señor Rafael Andrés Guevara Anaya para el 31 de enero de 2013 era miembro activo del Ejército Nacional en calidad de Soldado Regular orgánico del Batallón de Ingenieros N° 17 “General Carlos Bejarano Muñoz”, integrante 8C-11. (Fl. 33)
- Copia de la historia clínica del soldado Rafael Andrés Guevara Anaya, en la cual se plasmaron todos los detalles de la lesión sufrida mientras prestaba el servicio militar obligatorio. (Fls. 34 a 92)
- Copia del Acta de Junta Médica Provisional N° 58516 registrada en la Dirección de Sanidad del Ejército el 23 de abril de 2013, convocada para una incapacidad igual o superior a tres meses. (Fl. 94)
- Copia de la declaración extraproceso rendida el 10 de octubre de 2013 por la señora Liliana Marcela Petro Quintero, a través de la cual declara que conoce hace más de tres años al señor Rafael Andrés Guevara Anaya y a su madre la señora María Rafaela Guevara Anaya y da fe que convive en unión libre desde hace más de dos años con la señora Segrith Stella Hernández Montalvo. (Fl. 94 A)
- Copia del Acta de Junta Médica Provisional N° 63635 registrada en la Dirección de Sanidad del Ejército el 17 de octubre de 2013, convocada para una incapacidad igual o superior a tres meses.(Fl. 95)
- Copia del Acta de Junta Médica Laboral N° 72388 registrada en la Dirección de Sanidad del Ejército el 10 de septiembre de 2014 practicada para examen de capacidad psicofísica, en la cual después de las valoraciones correspondientes de la lesión sufrida por el señor Rafael Andrés Guevara Anaya con ocasión de la acción directa del enemigo, se dictaminó una incapacidad permanente parcial y no apto para la actividad militar, con una disminución de la capacidad laboral del 33.03%. (Fls.96-97)

- Copia del Acta del Comité de Conciliación de la entidad emitida el 13 de noviembre de 2014, en la cual se autoriza conciliar bajo la teoría jurisprudencial del depósito bajo los siguientes parámetros:

PERJUICIOS MORALES: Para Rafael Andrés Guevara Anaya, en calidad de lesionado, la suma de 28 SMLMV; para María Rafaela Guevara Anaya, en calidad de madre del lesionado, la suma de 28 SMLMV; para Jorge Mario Guevara Anaya y María Angélica González Guevara, en calidad de hermanos del lesionado, la suma de 14 SMLMV para cada uno y para Julio Enrique Guevara García, en calidad de abuelo del lesionado, la suma de 14 SMLMV.

Se señala que no se realizará ofrecimiento a la señora Segrith Stella Hernández Montalvo en calidad de compañera permanente del lesionado, en consideración a que no existe prueba legal que demuestre el parentesco fehacientemente tal como lo exige la Ley 979 de 2005.

DAÑO A LA SALUD: para Rafael Andrés Guevara Anaya, en calidad de lesionado, la suma de 28 SMLMV.

PERJUICIOS MATERIALES: para Rafael Andrés Guevara Anaya, en calidad de lesionado, la suma de \$31.306.802. (Fls. 102-103)

Ahora bien, el presente asunto tiene por objeto la conciliación prejudicial celebrada entre el señor RAFAEL ANDRÉS GUEVARA ANAYA y OTROS con la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL a través de la cual se reconoció a la parte convocante los perjuicios materiales, morales y daño a la salud; sufridos por el soldado regular Rafael Andrés Guevara Anaya mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio, invocando como fundamento de su pretensión que sufrió un daño especial que no estaba en la obligación de soportar y el cual debe ser indemnizado por la entidad convocada.

De la documentación obrante en el expediente se desprende que, existe claridad en que la lesión sufrida por el señor Rafael Andrés Guevara Anaya ocurrió en actos del servicio y como consecuencia del mismo, lo anterior teniendo en cuenta lo indicado en el Acta de Junta Médica Laboral N° 72388 del 10 de septiembre de 2014 en la cual se indicó que la lesión sufrida por el convocante fue imputada a la prestación del servicio ocurrida en combate por acción directa del enemigo, la cual le generó una incapacidad permanente parcial, fue declarado no apto para la prestación del servicio militar y adicionalmente fue valorado con una disminución de la capacidad laboral del 33.03%.

Para establecerse la responsabilidad del Estado, bajo el precepto constitucional, consagrado en el artículo 90 de la Constitución Política, deben determinarse, de forma fundamental, los siguientes presupuestos: i) que el daño sufrido por la víctima fue causado por la entidad demandada, ii) que le es imputable a dicha entidad, y iii) que tiene el carácter de antijurídico.

Para ello, es preciso aclarar que, realizando una interpretación a la norma antes indicada, en los casos en que se debate sobre la obligación del Estado de indemnizar el perjuicio generado como consecuencia del daño sufrido por un soldado que presta servicio militar obligatorio, generalmente se aplica un régimen objetivo de responsabilidad, según el cual, le corresponderá al demandante probar la existencia del daño antijurídico y el nexo causal entre éste y la acción u omisión de la entidad pública demandada, para que se pueda deducir la responsabilidad patrimonial. Por su parte, no será imputable al Estado el daño causado únicamente cuando éste, haya ocurrido por fuerza mayor, por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima.

En el presente caso, se encuentra acreditado el nexo causal entre las lesiones del Soldado Regular Rafael Andrés Guevara Anaya y la acción y/o omisión del Estado, pues está probado, que efectivamente al momento de su enfermedad era Soldado Regular en servicio militar activo; que las circunstancias en las cuales sufrió las lesiones el Soldado Regular en mención fueron durante la prestación del servicio militar obligatorio y según el acta de la junta médica laboral del 10 de septiembre de 2014, se imputó la lesión por actos del servicio con ocasión de la acción directa del enemigo; por consiguiente, el Ejército Nacional es el directamente responsable de los perjuicios ocasionados al señor Rafael Andrés Guevara Anaya como consecuencia de las lesiones sufridas mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio.

De otro lado, el Consejo de Estado ha manifestado en diversas oportunidades que el daño antijurídico ocasionado a quien presta el servicio militar obligatorio y durante el desarrollo del mismo, es imputable al Estado a título de daño especial por el desequilibrio en las cargas públicas, toda vez que el Estado se encuentra en la obligación de brindar protección especial a los soldados y debe asumir todos los riesgos y daños que se generen con ocasión de la prestación del servicio y en cumplimiento de actividades propias de él, por cuanto aquellos no se encuentran en la obligación constitucional y legal de soportar dichos perjuicios:

*“Ahora bien, a pesar de que el artículo 90 de la Constitución establece que el Estado “responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables”, no existe en la legislación definición alguna del daño antijurídico. No obstante, **la jurisprudencia nacional ha definido tal concepto como “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”.***

(...)

“...demostrada la existencia de un daño antijurídico causado a quien presta el servicio militar, durante el mismo y en desarrollo de actividades propias de él, puede concluirse que aquél es imputable al Estado. En efecto, dado el carácter especial de esta situación, por las circunstancias

*antes anotadas, **es claro que corresponde al Estado la protección de los obligados a prestar el servicio militar y la asunción de todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a ellos se asignen.** No será imputable al Estado el daño causado cuando éste haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, eventos cuya demostración corresponderá a la parte demandada”.*

(...)

*“En relación con el conscripto la jurisprudencia ha dicho que si bien éstos pueden sufrir daños con ocasión de la obligación de prestar servicio militar obligatorio, consistentes en la restricción a los derechos fundamentales de locomoción, libertad etc. ellos no devienen en antijurídicos, porque dicha restricción proviene de la Constitución; pero que pueden sufrir otros daños que si devienen en antijurídicos y que tienen su causa en dicha prestación, **cuando ocurren durante el servicio y en cumplimiento de las actividades propias de él, que les gravan de manera excesiva, en desmedro de la salud y de la vida, los cuales deben indemnizarse por el conglomerado social a cuyo favor fueron sacrificados dichos bienes jurídicos, porque se da quebranto al principio de igualdad frente a las cargas públicas**”². (Resaltos y subrayas fuera del texto)*

Es así, que tratándose de las lesiones causadas a un conscripto, se está bajo un título de imputación objetivo, donde sólo podrá exonerarse de responsabilidad la entidad, acreditando que le resultaba absolutamente imprevisible e irresistible asumir los riesgos, sin que en el presente caso haya evidencia sobre este hecho y en tanto no se acredite en la actuación una falla en el servicio por parte de la entidad convocada.

Téngase en cuenta que al momento de presentarse las lesiones, según lo anota el “Informe Administrativo”³, en hechos ocurridos el día 31 de enero de 2013, “...se escuchó un disparo en el sector nororiental de la Base Militar Tres Morros ubicada en el Municipio de Dabeiba – Antioquia, todo el personal reaccionó y el Cabo Segundo Maldonado Piriachi Isaías, informa que en la parte de debajo de los caballos de frisa había una persona quejándose pidiendo ayuda. Cuando ellos se dirigieron al sitio (...), se encontró al Soldado Regular GUEVARA ANAYA RAFAEL ANDRÉS (...) y este manifiesta que un miembro del Quinto Frente de las ONT-FARC Compañía Wilson Palacios el cual vestía camuflado, le disparó con fusil en el momento en que se encontraba realizando del cuerpo, en ese momento nuevamente los terroristas volvieron a atacar la base y fue necesario responder con fuego nutrido, una vez sacado del sector el soldado GUEVARA ANAYA RAFAEL ANDRÉS se le pudo prestar los primeros auxilios y se verificó que el soldado se encontraba herido en el abdomen parte baja, se solicitó apoyo aéreo para ser evacuado a la ciudad de Medellín al Hospital Pablo Tobón Uribe...”; lesión que fue calificada –“En el servicio, por causa de heridas en combate o como consecuencia de la acción directa del enemigo, en conflicto internacional o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público” - por el Comandante del Batallón de Ingenieros N° 17 “General Carlos Bejarano Muñoz”.

Por lo anterior, considera el Juzgado que la conciliación responde a los precedentes jurisprudenciales, en cuanto la lesión ocurrió prestando el servicio militar obligatorio, siendo procedente el acuerdo, en tanto se ha considerado que cuando una persona ingresa al

² CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - SUBSECCION C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Sentencia del nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012). Radicación número: 68001-23-15-000-1997-03572-01(22366).

³ Folio 32.

servicio militar obligatorio en buenas condiciones de salud, debe dejar el servicio en condiciones similares, criterio a partir del cual se estableció la obligación de reparación a cargo de la entidad demandada, frente a los daños cuya causa esté vinculada con la prestación del servicio y excedan la restricción de los derechos y libertades inherentes a la condición de militar.

Ahora se analizará la conciliación en lo que se refiere a los perjuicios conciliados con el fin de determinar si dicho reconocimiento vulnera o no el patrimonio público. Las partes conciliaron en las siguientes sumas:

Para el **lesionado**: (Rafael Andrés Guevara Anaya)

- **Perjuicio moral**: 28 SMLMV, que a la fecha ascienden a la suma de **\$18.041.800**
- **Daño a la salud**: 28 SMLMV que a la fecha ascienden a la suma de **\$18.041.800**
- **Perjuicio material – Lucro Cesante**: **\$31.306.802**

Para la **madre** del lesionado: (María Rafaela Guevara Anaya)

- **Perjuicio moral**: 28 SMLMV que a la fecha ascienden a la suma de **\$18.041.800**.

Para los **hermanos** del lesionado: (Jorge Mario Guevara Anaya y María Angélica González Guevara)

- **Perjuicio moral**: 14 SMLMV, para cada uno, que a la fecha ascienden a la suma de **\$18.041.800**

Para el **abuelo** del lesionado: (Julio Enrique Guevara García)

- **Perjuicio moral**: 14 SMLMV que a la fecha ascienden a la suma de **\$9.020.900**.

Para la **compañera permanente** del lesionado: (Segrith Stella Hernández Montalvo)

- Aclara la entidad que no realiza ofrecimiento alguno frente a los perjuicios sufridos por la señora Segrith Stella Hernández Montalvo en calidad de compañera permanente del lesionado, como quiera que no existe prueba legal que demuestre el parentesco fehacientemente tal y como lo exige la Ley 979 de 2005 en concordancia con la Ley 54 de 1990.

En primer lugar, frente a los perjuicios materiales reconocidos en la modalidad de **lucro cesante** al respecto vale la pena indicar, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1614 del Código Civil, el lucro cesante *“corresponde a la ganancia frustrada, a los intereses*

no percibidos o la utilidad esperada y no obtenida", que surge como consecuencia de la acción u omisión estatal. El daño aquí ocasionado, genera consecuencias de índole pecuniario y económico, cuantificables y demostrables, que se resumen en la ganancia que se dejó de percibir con ocasión al hecho que generó el daño.

La jurisprudencia del Consejo de Estado, ha establecido que en los eventos en que proceda la condena por lucro cesante a favor de soldados conscriptos, y que no exista prueba de los ingresos que recibía la víctima antes de su status de conscripción, se presume como cantidad mínima de su remuneración, un salario mínimo mensual, con el aumento del 25% por el factor prestacional⁴, tal razonamiento deriva de entender a la víctima a partir de su dignidad e integridad humana, que no pueden verse quebrantadas a raíz del daño y que deben permanecer indemnes a pesar de él, para que pueda quedar en una posición frente a la vida y a las posibilidades que ella le ofrezca, como si el daño no hubiera ocurrido o lo más cercano a una situación tal⁵; así lo consideró la citada Corporación:

*"Se solicitó en el recurso modificar la sentencia del a quo en cuanto condenó a la demandada a cancelar a favor del lesionado por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante la suma de \$7.249.583,06, para que en la liquidación se incluyera el factor prestacional. Se accederá al incremento pretendido, como quiera que **la jurisprudencia de esta Sección tiene por establecido que en los eventos en que se condene por lucro cesante, se debe liquidar teniendo en cuenta el aumento el salario percibido por la víctima más el aumento del 25% por concepto de prestaciones sociales. En el sub exámine, y en el caso específico del lucro cesante reclamado para el lesionado, los testimonios recepcionados en este proceso (fls. 198 a 203 C de pruebas) permiten acreditar que la víctima desempeñaba una actividad lícita por la que recibía unos ingresos, y si bien no existe prueba del salario que percibía, se presume que por lo menos recibía un salario legal mínimo.**"⁶*

Según lo anterior, dicha presunción permite inferir que: i) cuando no se ha probado la cantidad de dinero que recibía la persona como contraprestación de su actividad económica, se tiene que percibía por lo menos un salario mínimo; ii) si se presume que la persona recibía un salario mínimo, también se puede presumir que devengaría lo correspondiente al 25% de ese salario mínimo por concepto de prestaciones, ya que las mismas son un imperativo de la Ley⁷, y por tanto deben ser igualmente reconocidas.

Por consiguiente, como quiera que en el expediente no obra prueba que acredite que el señor Rafael Andrés Guevara Anaya realiza alguna actividad económica por la cual perciba alguna suma de dinero, de acuerdo con el precedente judicial desarrollado por el Consejo de Estado, se presume que una vez cumplido el servicio militar, percibiría un ingreso, por

⁴ Ver, entre otras, sentencias de la Sección Tercera, del 15 de septiembre de 1995, expediente 8488; 31 de enero de 1997, expediente 9849; 2 de octubre de 1997, expediente 10246, sentencia del 4 de octubre de 2007, expediente 16058. Sentencia del 19 de junio de 2001, expediente(13086).

⁵ Sentencias en ese sentido: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de agosto 17 de 2000, exp. 12123, C.P. Alier Hernández; sentencia de noviembre 22 de 2001, exp. 13121, C.P. Ricardo Hoyos y sentencia de marzo 8 de 2007, exp. 15739, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; entre otras.

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, C.P. Ruth Stella Correa Palacio. Radicación No 19001-23-31-000-1996-01006-01(17376).

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2009, C.P. Enrique Gil Botero. Radicación No 47001-23-31-000-1996-05001-01(16058).

lo menos igual al salario mínimo mensual legal vigente y, como quiera que la lesión condujo a que el afectado abandonara el servicio por resultar “no apto”, la indemnización se debe calcular a partir de la fecha de ocurrencia de los hechos.

Así las cosas, toda vez que en el Acta del Comité de Conciliación no se discrimina la liquidación por concepto de lucro cesante, solo se indica como suma a cancelar al señor Rafael Andrés Guevara Anaya \$ 31.306.802, se remitió el proceso a la Contadora de la Oficina de Apoyo Judicial de los Juzgados Administrativos, con el fin de que efectuara una liquidación del lucro cesante consolidado y futuro al cual tendría derecho el afectado tomando como base el salario mínimo legal mensual vigente; para verificar si la suma de dinero reconocida por la entidad convocada se ajusta a los parámetros legales y jurisprudenciales y adicionalmente, si no genera un detrimento para el patrimonio público.

En atención al anterior requerimiento, mediante oficio recibido en el Despacho el día 13 de febrero de 2015⁸ la Contadora de la oficina de Apoyo Judicial de los Juzgados Administrativos procedió a efectuar el cálculo de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante a favor del señor Rafael Andrés Guevara Anaya, tomando como base el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de liquidación, por ser más favorable, esto es \$644.350 incrementado en un 25% correspondiente al factor prestacional, arrojando un total de \$805.437,50, valor del cual se extrae el 33.03% correspondiente a la pérdida de capacidad laboral del afectado, esto es, \$266.036,01, suma a partir de la cual se efectuaron los cálculos; dando como resultado un valor de \$5.984.896,76 por lucro cesante consolidado y un valor de \$52.915.972,47 por lucro cesante futuro, para un gran total de \$58.900.869,23, suma correspondiente al lucro cesante consolidado y futuro al que tendría derecho el señor Rafael Anaya Quintero en un eventual proceso judicial de reparación directa.

Por lo anterior, como quiera que las partes conciliaron el lucro cesante a favor del afectado en la suma de \$ 31.306.802 y la suma total a la cual tendría derecho es de \$58.900.869,23, se observa que el valor conciliado resulta viable al no superar el tope indemnizatorio, tal y como lo estableció la Contadora de la oficina de Apoyo Judicial; en consecuencia, como dicho valor no genera un detrimento del patrimonio público y tampoco del particular convocante, el mismo se encuentra ajustado a derecho.

Ahora bien, en lo referente a los perjuicios inmateriales en la modalidad de **daño moral** en caso de lesiones, se advierte que el mismo tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas. Al respecto el Consejo de Estado en sentencia de unificación procedió a fijar los porcentajes de indemnización para este tipo de perjuicio de acuerdo con la gravedad de la lesión padecida por el afectado:

⁸ Folios 121-122.

“Procede la Sala Plena de la Sección Tercera a unificar su jurisprudencia en torno a los perjuicios morales a reconocer a la víctima directa y sus familiares en caso de lesiones personales.

Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

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

Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro⁹.

Por lo anterior, se observa que la calidad de víctimas indirectas del daño antijurídico de la madre, los hermanos y el abuelo del afectado se encuentran debidamente acreditadas en el proceso a través de los registros civiles de nacimiento y además, que en el Acta del Comité de Conciliación allegado por la entidad convocada se concedió a los convocantes a título de daño moral un porcentaje que se encuentra dentro de los límites fijados por el Consejo de Estado en el nivel 1 y 2 de parentesco (víctima directa, madre, hermanos y abuelo) y con una gravedad de la lesión igual o superior al 30% e inferior al 40%, de acuerdo con la pérdida de capacidad laboral del afectado, que en el caso concreto es del 33.03%.

Finalmente, el **daño a la salud** ha sido definido jurisprudencialmente como la afectación a la integridad psicofísica del individuo (comprende la esfera interna y externa del sujeto), perjuicio que se estructura sobre la idea del daño corporal, por lo cual este concepto desplaza la categoría de perjuicio inmaterial denominada alteración grave a las condiciones de existencia la cual perdió relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones, como quiera que cuando existe una afectación negativa del estado de

⁹ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 50001231500019990032601 (31172), M.P. Olga Mérida Valle de De la Hoz.

salud, los únicos perjuicios inmateriales que pueden ser reconocidos son el daño moral y el daño a la salud.

Sobre el daño a la Salud ha dicho el Consejo de Estado¹⁰:

“(…)De modo que, el “daño a la salud” –esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica– ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez 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 puestos.

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.

(…)

En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación– precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

(…)

En esa perspectiva, se insiste, la noción de daño a la vida de relación que sirvió al Consejo de Estado para indemnizar los perjuicios inmateriales sufridos por el sujeto, diferentes al moral, no es más que un concepto que ya no es utilizado por la doctrina y jurisprudencia italianas, en la medida en que se ha reconocido independencia entre el perjuicio biológico o fisiológico –relacionado con la órbita psicofísica del individuo– y otros perjuicios que afectan valores, derechos o intereses de la persona que, en la actualidad, en Italia, serían indemnizados bajo la panorámica del daño existencial (v.gr. la tranquilidad del ser humano, la seguridad, las condiciones de existencia, entre otros)¹¹, sin que esta última categoría se encuentre lo suficientemente decantada en otras latitudes, razón para rechazar en esta instancia su adopción en el derecho colombiano, máxime si de manera reciente fueron proferidas cuatro sentencias de la Sección Unida (Sala Plena) de la Corte de Casación Italiana, en la que se recoge el daño existencial dado, precisamente, de la amplitud y falta de delimitación conceptual que implicaba (imposibilidad de objetivización)¹².

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

Entonces, como se aprecia, el daño a la salud gana claridad, exactitud y equidad donde los precisados perjuicios la pierden, puesto que siempre está referido a la afectación

¹⁰ *Ibídem.*

¹¹ “Allí se define el daño existencial [se refiere a la sentencia de la Sala Plena de la Corte de Casación Italiana No. 6572 del 24 de marzo de 2006] como todo perjuicio causado en el hacer no reditual del sujeto, susceptible de ser constatado de manera objetiva, que altera sus hábitos y su modo de relacionarse, induciéndolo a alternativas de vida distintas, que inciden en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior.” KOTEICH Khatib, Milagros “El daño extrapatrimonial”, en “Diritto Romano Comune e America Latina”, Universidad Externado de Colombia, Pág. 259.

¹² Ver: Corte de Casación Italiana, sentencia del 24 de junio de 2008, publicada el 11 de noviembre de 2008, No. 26972.

de la integridad psicofísica del sujeto, y está encaminado a cubrir no sólo la modificación de la unidad corporal sino las consecuencias que las mismas generan, razón por la que, sería comprensivo de otros daños como el estético, el sexual, el psicológico, entre otros, sin que existiera la necesidad de ampliar en demasía la gama o haz de daños indemnizables, con lo que se conseguiría una sistematización del daño no patrimonial¹³. En otros términos, se insiste, en Colombia el sistema indemnizatorio está limitado y no puede dar lugar a que se abra una multiplicidad de categorías resarcitorias que afecten la estructura del derecho de daños y la estabilidad presupuestal que soporta un efectivo sistema de responsabilidad patrimonial del Estado, motivo por el que, se itera, cuando el daño se origine en una lesión psíquica o física de la persona el único perjuicio inmaterial, diferente al moral que será viable reconocer por parte del operador judicial será el denominado “daño a la salud o fisiológico”, sin que sea posible admitir otras categorías de perjuicios en este tipo de supuestos y, mucho menos, la alteración a las condiciones de existencia, categoría que bajo la égida del daño a la salud pierde relevancia, concreción y pertinencia para indemnizar este tipo de afectaciones.

En ese orden de ideas, el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica¹⁴. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista.

(...)

En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.

Por lo tanto, cuando el daño tenga origen en una lesión corporal (daño corporal), sólo se podrán reclamar y eventualmente reconocer los siguientes tipos de perjuicios – siempre que estén acreditados en el proceso –:

i) los materiales de daño emergente y lucro cesante;

ii) y los inmateriales, correspondientes al moral y a la salud o fisiológico, el primero tendiente a compensar la aflicción o padecimiento desencadenado por el daño, mientras que el último encaminado a resarcir la pérdida o alteración anatómica o funcional del derecho a la salud y a la integridad corporal¹⁵¹⁶.

(...)

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:

¹³ Fruto del trabajo jurisprudencial en Italia, se llegó a establecer dentro de este orden que el concepto daño biológico agrupa entre otros: el daño a la vida de relación, el daño estético, el daño a la esfera sexual y el daño a la incapacidad laboral genérica, todo lo cual ha sido recogido y reconocido por la Corte Suprema de Casación de ese país. Ver entre otras, las sentencias: No. 2761 de 1990, 1341 de 1991, 11133 de 1990, 9170 de 1994, y 7262 de 1991.

¹⁴ “Este estado de cosas no sólo deja la sensación de desorden, sino que también crea desigualdades entre víctimas, cuyos intereses aparecen, en igual medida, dignos de protección; así pues, el problema de fondo es el de establecer los límites, que deben ser “límites razonables”, determinados sí, en términos jurídicos.” CORTÉS, Edgar Ob. Cit. Pág. 57.

¹⁵ “Se está en presencia de un nuevo sistema clasificatorio del daño que acepta la existencia de tres modalidades del mismo: los patrimoniales, los morales y el biológico. Diferenciándose el biológico en cuanto al moral en la medida en que el primero es la lesión en sí misma considerada, y otra diferente, son los sufrimientos, el dolor y los afectos que de dicha lesión se pueden derivar, lo que constituiría el efecto o daño moral; sin embargo, ambos hacen parte del daño no patrimonial, esto es, no susceptible de contenido económico.” GIL Botero, Enrique “Daño Corporal – Daño Biológico – Daño a la vida de relación”, pág. 10.

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 14 de septiembre de 2011, Rads. 19031 y 38222, MP. Enrique Gil Botero.

GRAVEDAD DE LA LESIÓN	Víctima
<i>Igual o superior al 50%</i>	100 SMMLV
<i>Igual o superior al 40% e inferior al 50%</i>	80 SMMLV
<i>Igual o superior al 30% e inferior al 40%</i>	60 SMMLV
<i>Igual o superior al 20% e inferior al 30%</i>	40 SMMLV
<i>Igual o superior al 10% e inferior al 20%</i>	20 SMMLV
<i>Igual o superior al 1% e inferior al 10%</i>	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.” (Resaltos y subrayas fuera del texto)

Sobre lo anterior, ha de precisarse que en el expediente obra prueba de la causación del daño a la salud, toda vez que en la valoración realizada por la Junta Médica Laboral, se diagnosticó que el joven RAFAEL ANDRÉS GUEVARA ANAYA con ocasión a la lesión que sufrió en la parte derecha del abdomen, desarrolló como secuela síndrome de adherencia peritoneal, cicatriz en la economía corporal con leve defecto estético PAF, cayo doloroso en la cresta ilíaca derecha, síndrome de intestino irritable diarreico, microlitiasis bilateral e hipoacusia neurosensorial derecha; lo que además le produjo una **disminución de su capacidad laboral en un 33.03%**.

Por consiguiente, en el Acta del Comité de Conciliación de la entidad convocada se reconoce por concepto de daño a la salud al señor Rafael Andrés Guevara Anaya la suma de 28 salarios mínimos legales mensuales vigentes, la cual se encuentra dentro del rango indemnizatorio fijado por el Consejo de Estado (igual o superior al 30% e inferior al 40%), como quiera que la pérdida de capacidad laboral fue determinada en un 33.03% y en consecuencia, no se supera el límite de la cuantía que es posible indemnizar.

Bajo los anteriores presupuestos, concluye el Despacho que respecto a la indemnización de perjuicios reconocida a la parte convocante, el acuerdo conciliatorio celebrado cuenta con la prueba necesaria, cumple con los requisitos de reparación integral señalados por la Ley y por la jurisprudencia y por ende, puede afirmarse que no vulnera el patrimonio público.

Ahora, resulta pertinente traer a colación lo dispuesto por el Consejo de Estado en reciente sentencia de unificación proferida el 24 de noviembre de 2014, en la cual se modifica la decisión emitida en sentencia del 28 de abril de 2014, Exp. 41.834 donde se fijó un porcentaje como condición legal para la aprobación de los acuerdos conciliatorios en un 70% de la condena impuesta en la sentencia de primera instancia, por considerarlo una afrenta a la autonomía de la voluntad de las partes y la capacidad de decidir sobre asuntos de carácter patrimonial que afectan su esfera privada y en consecuencia, se le otorga al juez encargado de estudiar la legalidad de los acuerdos conciliatorios judiciales y extrajudiciales, la posibilidad de aprobar conciliaciones en un monto inferior al 70% y al que pueda tener derecho el convocante dentro de un proceso judicial, como quiera que se le debe dar preferencia a la negociación llevada a cabo por

las partes involucradas, siempre y cuando no se vean afectados derechos fundamentales.

De igual forma, cabe resaltar, la importancia de que el juez del acuerdo conciliatorio en materia contencioso administrativa ejerza un control estricto sobre aquél que no sólo se refleje en la verificación de una serie de requisitos legales y administrativos, sino que, de otra parte, como juez de constitucionalidad y convencionalidad determine si el acuerdo es lesivo no sólo para el Estado sino, en general, para cualquiera de las partes sino que, por el contrario el acuerdo sea producto del ejercicio libre de la autonomía de la voluntad, sin que haya la estricta necesidad de que exista un porcentaje conciliatorio específico como límite de la conciliación.

Ahora bien, es claro que la entidad pública convocada se encuentra en una posición dominante en el trámite conciliatorio, lo cual implicaría en principio una restricción de la autonomía de la voluntad de la parte convocante; sin embargo, en la conciliación contencioso administrativa se han fijado diferentes garantías en aras de mantener la igualdad procesal de las partes durante el trámite, entre ellas se encuentran, la obligación de intervenir en la conciliación a través de apoderado judicial debidamente constituido en aras de garantizar una defensa técnica, de esta manera el apoderado de la entidad estatal y el apoderado del ciudadano convocante se encuentran en un plano de igualdad en lo que respecta al conocimiento del derecho. Otra de las garantías establecidas por el legislador, se refiere a que la conciliación prejudicial tiene que llevarse a cabo ante un sujeto calificado que es el Ministerio Público, para que efectúe un control previo de legalidad y garantice la protección del interés general y de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política. Finalmente, la última garantía consiste en el control posterior que debe efectuar el juez contencioso administrativo sobre la legalidad y procedencia del acuerdo conciliatorio celebrado, revisando que se encuentre acorde con las normas constitucionales y legales y que los intereses de ambas partes se encuentren satisfechos.

Veamos como se pronunció el Consejo de Estado al respecto en la sentencia de unificación antes mencionada:

“En proveído de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 28 de abril de 2014, Exp. 41.834, se unificó la jurisprudencia en el sentido de establecer unas condiciones, además de las legales, sin las cuales no es posible aprobar los acuerdos fruto de las conciliaciones judiciales y prejudiciales ante esta jurisdicción, en los siguientes términos:

“Ahora bien, sin que de manera alguna implique una regla inmodificable que deba aplicarse en todos los casos, puesto que se insiste en la necesidad de que en cada proceso se valoren las circunstancias particulares que emergen del respectivo expediente, a manera de sugerencia y como criterio que pueda orientar a las partes, la Sala formula los siguientes parámetros para que sirvan de guía en las negociaciones que se realicen tratándose de conciliaciones extrajudiciales o judiciales y en especial en aquellos eventos en los cuales la

entidad pública, en ejercicio de una posición de dominio pueda, en un momento determinado, imponer las condiciones del acuerdo que corresponda:

“i) Cuando exista sentencia condenatoria de primera instancia y el acuerdo tenga como objeto un porcentaje de esa indemnización, la conciliación podrá convenirse entre el 70% y el 100% de esa condena.

“ii) Cuando la sentencia de primera instancia no hubiere sido estimatoria de las pretensiones o ésta aún no se hubiere proferido, el monto del acuerdo conciliatorio podría acordarse entre el 70% y el 100% de las sumas que esta Corporación, también de forma indicativa, ha señalado como plausibles para el reconocimiento de las indemnizaciones a que puede haber lugar según el perjuicio de que se trate en razón de la situación fáctica y la intensidad y prolongación del daño –entre otros factores-, según corresponda.

En consecuencia, la Sala reitera su posición respecto a la necesidad de que el juez verifique con sumo detalle las implicaciones jurídicas y sociales del acuerdo, sin necesidad de que exista un determinado o específico porcentaje conciliatorio como límite al importante mecanismo alternativo de solución de controversias.

(...)

Ahora bien, la fuerza normativa de la manifestación de voluntad se sustenta en el hecho de que es inherente a la naturaleza humana la búsqueda constante del bienestar y la preservación, el interés por obtener beneficios y por mejorar las condiciones de vida. Son excepcionales los casos en que las personas, ya sea por altruismo o por un caso extremo de instinto de autodestrucción, tomen decisiones que vayan en contravía de sus intereses. Es por esto que es apenas lógico que en el ejercicio de la autonomía de la voluntad privada, las personas manifiesten su consentimiento en aras de obtener su propio bienestar y alcanzar los fines que tienen propuestos.

(...)

Ahora, a pesar de que la autonomía de la voluntad privada suele materializarse en el derecho civil y, específicamente, en el contractual, lo cierto es que este principio rige en todas las actividades humanas donde estén en juego la transacción de bienes o derechos, ya sea de contenido económico o no, por lo tanto, los mecanismos alternativos de solución de conflictos, a excepción del arbitraje, tienen como base para su desarrollo el ejercicio de la autonomía de la voluntad.

Tanto los mecanismos alternativos de solución de conflictos autocompositivos como heterocompositivos –exceptuando, como ya se dijo, el arbitraje-, consisten en la manifestación y acuerdo de voluntades para solucionar los mismos y así, sustituir la necesidad de acudir a la jurisdicción. Por lo tanto, la voluntad privada, tiene fuerza normativa, pues a través de ella, las partes del conflicto alcanzan una solución al mismo, mediante una transacción que tiene efectos de cosa juzgada.

(...)

Sin embargo, en el caso que nos ocupa, como en todos los casos de responsabilidad extracontractual del Estado que se adelantan ante esta jurisdicción, la autonomía de la voluntad se encuentra sometida a límites constitucionales, pues si bien los derechos que se pretenden conciliar son, en su mayoría, de carácter económico, tienen también un trasfondo social, en tanto son el desarrollo de los postulados constitucionales del deber del Estado de indemnizar por los daños que cause, de la reparación integral de las víctimas, y versan, generalmente, sobre derechos fundamentales.

(...)

De un lado, la conciliación tanto judicial como extrajudicial, implica “dejar de pensar que la solución a los conflictos siempre ha de darla el Estado. Esta resolución, un tanto utópica, ha de ser remplazada, en lo posible, por la conciliación, en la cual el hombre regresa sobre sí, razona con inteligencia y busca dar solución a través del dialogo a las diferencias que tiene con sus congéneres (...) para lo cual está investido, en principio, de plena capacidad jurídica, como resultado de la facultad que tiene toda persona de autorregular sus intereses de orden privado patrimonial...”¹⁷

La finalidad de la conciliación consiste en sustituir el proceso judicial para que, mediante el acuerdo de voluntad de los interesados, se dirima un conflicto existente entre dos o más ciudadanos. De ahí que, si bien, la solución conlleva a la producción de efectos jurídicos, éstos existen en razón a la necesidad de resolver un conflicto generado por una situación de hecho o de derecho previa al ejercicio de la conciliación por medio del acuerdo de la voluntad privada de los intervinientes.

¹⁷ ROMERO DÍAZ, Héctor J. La Conciliación Judicial y Extrajudicial. Primera edición. Ed. Legis. Pág. 7.

(...)

Ahora bien, queda por resolver el argumento según el cual la entidad estatal demandada ostenta una posición dominante en el trámite de conciliación, y que por lo anterior se genera una restricción a la libre manifestación de voluntad de la contraparte.

Si bien, es cierto que la existencia de una entidad estatal en el trámite conciliatorio podría significar un desequilibrio en comparación con un ciudadano común, víctima de una actuación previa del Estado –en tanto se encuentra en un proceso contencioso-, el legislador ha diferenciado la regulación de la conciliación administrativa de la conciliación en las demás ramas del derecho, interviniendo con más minucia en su ejercicio, en aras de establecer garantías en el ejercicio de la negociación, tanto en pro de la administración como de la contraparte, transportándolas a un plano de igualdad procesal.

A diferencia de la conciliación extrajudicial en otras ramas del derecho como la civil, laboral o de familia, para adelantar una conciliación administrativa es requisito indispensable que ambas partes se encuentren debidamente representadas en el trámite de la misma. Ahora, como es apenas lógico, en la conciliación judicial se presenta la misma situación, pues actuar por intermedio de apoderado es requisito indispensable desde que comienza el proceso contencioso.

El derecho de postulación se explica en aras de garantizar una defensa técnica (artículo 29 de la Constitución Política), en el entendido de que no todos los ciudadanos conocen el ordenamiento jurídico con tal minucia que les permita defender adecuadamente sus intereses. Lo mismo se busca con la presencia de los abogados en el trámite de la conciliación –judicial o extrajudicial-, pues el hecho de que el ciudadano actúe por intermedio de una persona concedora del derecho, garantiza que sus intereses no se vean violentados por la presencia del apoderado de la entidad estatal.

Sin embargo, ante la posición de dominio de la entidad estatal, respaldada por toda la institucionalidad del ordenamiento, el legislador ofrece una protección reforzada al ciudadano, pues, una vez la facultad de negociación es transferida al abogado, se equipara la negociación con su homólogo que defiende los intereses estatales.

Una segunda garantía se ofrece mediante la cualificación del sujeto conciliador, en materia de la conciliación extrajudicial¹⁸ y de su presencia obligatoria en las conciliaciones procesales.

La calidad de conciliador en cabeza del Ministerio Público en las audiencias de conciliación extrajudicial cumple varias finalidades; i) asegurar la gratuidad del ejercicio de la conciliación, así lo expresó la Corte Constitucional en sentencia C-893 de 2001: “no deja de preocupar a la Corte que la función asignada a los conciliadores de los centros de conciliación y a los notarios además de tener vocación de permanencia en el tiempo -hecho que por sí solo la hace inconstitucional-, sea onerosa en términos económicos para quienes deseen hacer uso de ella, pues en este sentido se estaría desconociendo la igualdad de oportunidades para acceder libremente a la administración de justicia”, por lo que declaró inexecutable que la conciliación administrativa se pudiera adelantar en centros de conciliación y se consagró una competencia única a cargo del Ministerio Público para realizar las conciliaciones extrajudiciales y del juez contencioso –con presencia del procurador delegado- cuando la conciliación sea judicial; ii) otorgarle mayores facultades al conciliador, no para que imponga su voluntad, si no para que tenga un papel más activo en la formulación de propuestas y en el control de legalidad: “La conciliación administrativa sólo puede ser adelantada ante los agentes del Ministerio Público asignados a la jurisdicción contencioso administrativa. Ello implica una intervención mayor del conciliador con el fin de proteger el interés general, la legalidad del proceso y los derechos fundamentales. Además, el conciliador puede solicitar pruebas adicionales a las presentadas por las partes para la sustentación del acuerdo conciliatorio y si tales pruebas no son aportadas, puede decidir que no se logró el acuerdo.”¹⁹

(...)

¹⁸ Artículo 23 Ley 640 de 2001. Conciliación extrajudicial en materia de lo contencioso administrativo. Las conciliaciones extrajudiciales en materia de lo contencioso administrativo sólo podrán ser adelantadas ante los agentes del Ministerio Público asignados a esta jurisdicción.

¹⁹ Sentencia C-1195 de 2001.

En este sentido, además de las garantías que ofrece la ley durante el trámite de la audiencia de conciliación, se consagra un control posterior de parte del juez contencioso, quien debe hacer un examen de legalidad pero también del contenido del acuerdo, vigilando que se ajuste a los postulados legales y constitucionales, así como a las buenas costumbres y el orden público, y velando por los intereses de ambas partes.

(...)

De esta manera, la restricción que hizo la Sala, de aprobar los acuerdos sólo si se concilia entre el 70 y el 100% de la condena de primera instancia, afecta la autonomía de la voluntad privada y la capacidad negocial de las partes. Pues, si ambos interesados se ponen de acuerdo en una cifra inferior, como se viene de explicar, esta decisión obedecerá a la voluntad libre y espontánea del ciudadano y de la entidad estatal, quienes –por lógica- habrán actuado de acuerdo a la persecución de sus intereses y su bienestar, teniendo en cuenta que si lo aprobaron, es porque previamente existió negociación en el sentido de definir el monto de la obligación, la forma de pago, el plazo, etc. Y que ambas partes conservaron hasta el final la facultad de conciliar o no.

En consecuencia, procede la Sala a modificar y unificar la jurisprudencia en este sentido, en tanto excede sus facultades fijar límites objetivos o raseros a los acuerdos conciliatorios, y en aras de respetar y hacer prevalecer la autonomía de la voluntad privada, suprimirá los topes previamente establecidos como requisito para aprobar la conciliación.

(...)

De una lectura detallada del acuerdo se desprende que se está conciliando por debajo del 70% de la condena de primera instancia. Por lo tanto, una vez realizada la operación matemática en su totalidad se obtiene un valor inferior al 70% del total de la condena del a quo, lo que daría lugar, según la jurisprudencia que se recoge, a que el acuerdo fuera improbadado de plano por el juez, en tanto no respetaría los límites que se establecían.

Sin embargo, debido a las razones que se vienen de expresar en esta providencia, la Sala considera que el acuerdo no es lesivo para la parte demandante, en tanto se concilió en cumplimiento de todas las garantías con las que contaba para manifestar su voluntad, y su decisión de conciliar por este porcentaje fue libre de todo vicio en el consentimiento, en consecuencia no debería el juez interferir en su realización.

En síntesis, si bien el acuerdo logrado en el caso sub examine es inferior al 70% del total de la condena de primera instancia, sería procedente su aprobación, en tanto la Sala no encuentra que con éste se lesionen los intereses de las víctimas.²⁰(Resaltos y subrayas fuera del texto)

En el caso objeto de estudio, se observa que el acuerdo conciliatorio celebrado por las partes sobre los perjuicios causados a la parte convocante fue logrado en una cantidad inferior a la pretendida, pero dentro de los límites permitidos por la jurisprudencia relativa al tema, como párrafos arriba se señaló; en consecuencia, tenemos que el presente trámite conciliatorio surtió todas las etapas correspondientes al amparo de las garantías consagradas por el legislador, esto es, ambas partes se encuentran representadas por apoderado judicial debidamente constituido, lo que las sitúa en un plano de igualdad procesal, el acuerdo conciliatorio fue de conocimiento del Procurador Delegado ante los Jueces Administrativos, quien en el acta de conciliación plasmó que el acuerdo contiene obligaciones claras, expresas y exigibles, la eventual acción contenciosa no ha caducado, el acuerdo versa sobre derechos económicos disponibles por las partes, fueron aportadas las pruebas necesarias que justifican el acuerdo y el mismo no es violatorio de la ley y no resulta lesivo para el patrimonio público y finalmente, en cumplimiento de la última garantía, el acuerdo conciliatorio fue enviado a los

²⁰ CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - SUBSECCIÓN C. Consejero Ponente: ENRIQUE GIL BOTERO. Sentencia del veinticuatro (24) de noviembre de dos mil catorce (2014).

Juzgados Administrativos de Medellín para surtir el correspondiente control de legalidad efectuado a través de la presente providencia.

Por consiguiente, considera esta judicatura que dando prevalencia al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, el acuerdo llevado a efecto, no resulta lesivo para el patrimonio de la entidad pública ni del convocante, brinda celeridad al asunto y fácil acceso a la administración de justicia impidiendo que el ente nacional convocado incurra en sobre costos debido a la eventual participación en un proceso judicial y en el mismo se acordó el pago de los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales en una cuantía inferior a las solicitadas por la parte convocante sin desconocer sus garantías fundamentales y el derecho a la reparación integral.

En conclusión, la conciliación celebrada debe aprobarse porque se cumplen los presupuestos del artículo 73 de la Ley 446 de 1998, a saber: (i) las partes actuaron con facultad expresa para conciliar; iii) el asunto es susceptible de conciliación; iii) Lo convenido no es violatorio de la ley, ni resulta lesivo para el patrimonio de la Entidad ni del convocante y iv) no se presentó caducidad del medio de control a instaurar en caso de haber acudido a la jurisdicción.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN,**

RESUELVE

1. APROBAR el acuerdo conciliatorio logrado entre los señores **RAFAEL ANDRÉS GUEVARA ANAYA; MARÍA RAFAELA GUEVARA ANAYA** actuando en nombre propio y en representación de sus hijos menores de edad **JORGE MARIO GUEVARA ANAYA Y MARÍA ANGÉLICA GONZÁLEZ GUEVARA Y JULIO ENRIQUE GUEVARA GARCÍA** con la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, por las razones expuestas en la parte motiva.

2. El acuerdo conciliatorio presta mérito ejecutivo y hace tránsito a cosa juzgada.

3. Por secretaría, para el cabal cumplimiento de lo acordado por las partes y lo dispuesto en esta providencia, se expedirán las copias respectivas con constancia de su ejecutoria y precisando cuál de ellas resulta idónea para el cumplimiento de la obligación.

NOTIFÍQUESE

BEATRIZ STELLA GAVIRIA CARDONA
JUEZ

P.

NOTIFICACIÓN POR ESTADO
JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO ORAL DE MEDELLÍN

CERTIFICO: En la fecha se notificó por ESTADOS el auto anterior

Medellín, _____. Fijado a las 8:00 a.m.

Secretario (a)