

REPÚBLICA DE COLOMBIA – RAMA JUDICIAL**JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO ORAL
DEL CIRCUITO DE CALI**

Santiago de Cali, dieciséis (16) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

RADICACIÓN: 76001-33-33-001-2018-00108-00
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTES: LUIS ARTURO JIMENEZ HERRERA Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL

SENTENCIA N° 163

La Suscrita Juez Primero Administrativo Oral del Circuito de Santiago de Cali, en uso de sus facultades legales procede a proferir sentencia de primera instancia dentro del medio de control de Reparación Directa, instaurado por el señor LUIS ARTURO JIMENEZ HERRERA Y OTROS, en contra de LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.

1. PRETENSIONES

Las pretensiones de la demanda se concretan así:

- 1.1. Que se declare administrativamente responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, por los perjuicios causados a la parte demandante como consecuencias de las lesiones padecidas por el señor LUIS ARTURO JIMENEZ HERRERA cuando se encontraba prestando el servicio militar obligatorio.
- 1.2. Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, a pagar a la parte demandante las siguientes sumas de dinero:

1.2.1. A título de perjuicios inmateriales**1.2.1.1. Perjuicio moral**

Solicita el equivalente a:

- Setenta (70) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la ejecutoria de la sentencia, en favor del señor LUIS ARTURO JIMENEZ HERRERA (lesionado).

- Setenta (70) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la ejecutoria de la sentencia, en favor de la señora ANGIE DANIELA QUINTERO QUINTERO (compañera permanente).
- Setenta (70) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la ejecutoria de la sentencia, en favor de la menor SALOMÉ JIMENEZ QUINTERO (hija).

1.2.1.2. Daño a la Salud

Por este concepto solicita la suma de ochenta (80) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la ejecutoria de la decisión definitiva.

1.2.2. A título de perjuicios materiales

1.2.2.1. Lucro cesante

Solicita por este concepto la suma de treinta millones de pesos (\$30.000.000.00), partiendo de la base de un salario mínimo legal mensual vigente para la época en que acaecieron los hechos, la pérdida de la capacidad laboral del lesionado que supera el 45% y su expectativa de vida que es de más de 45 años.

1.3. Que se dé cumplimiento a la sentencia en los términos del artículo 192 del C.P.A.C.A.

1.4. Que se condene en costas a la entidad demandada.

2. HECHOS

Como hechos relevantes se plantearon de forma concreta los siguientes:

- 2.1.** El señor Luir Arturo Jiménez Herrera fue incorporado al Ejército Nacional como soldado regular y asignado al Batallón de Ingenieros No. 3 "Cr. Agustín Codazzi".
- 2.2.** El día 15 de julio de 2016 cuando el señor Luis Arturo Jiménez Herrera se encontraba realizando actividades físicas sufrió una caída que le produjo lesión en un dedo del pie derecho.
- 2.3.** Con ocasión a los hechos acaecidos, el demandante el día 16 de julio de 2016 fue remitido al área de Sanidad Militar donde lo trataron con medicamento y le ordenaron realizar Rx.
- 2.4.** Como consecuencia de la lesión padecida, el señor Luis Arturo Jiménez Herrera el día 30 de agosto del año 2016, presentó fuertes dolores

motivo por el cual fue remitido al Hospital Regional de Occidente donde le diagnosticaron "fractura de los huesos del dedo gordo".

- 2.5. La lesión padecida por el señor Luis Arturo Jiménez Herrera el día 15 de julio de 2016 durante la prestación del servicio militar obligatorio, le generó pérdida de la capacidad laboral.

3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Señaló como fundamentos de derecho los artículos 2, 5, 6, 11 y 90 de la Constitución Política, haciendo especial énfasis en éste último por tratarse de la cláusula general de responsabilidad patrimonio del Estado.

Concluye que el régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto es de carácter objetivo, por lo que basta con demostrar que el conscripto sufrió un daño antijurídico y que el mismo se causó durante la prestación del servicio militar obligatorio, para que el daño resulte imputable a la administración.

Con todo, solicita se acceda a la totalidad de las pretensiones planteadas en la demanda.

4. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por su parte la **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional** contestó la demanda en la debida oportunidad, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la misma, al considerar que el daño sufrido por el actor no es imputable a la entidad como quiera que no existen pruebas que permitan determinar las circunstancias en que acaecieron los hechos y que la lesión padecida por el demandante obedezca a la existencia del riesgo excepcional durante la prestación del servicio militar obligatorio.

De la misma manera aduce que la lesión no devino de una falla en la prestación del servicio imputable a la demandada, como tampoco de negligencia en la atención médica, adicional a que al soldado no se le expuso a un riesgo anormal.

Manifiesta que no es cierto que el demandante haya sido obligado a prestar el servicio militar obligatorio, pues conforme a las pretensiones de la demanda se desprende que el señor Jiménez Herrera al ingresar a las filas del Ejército Nacional convivía en unión marital de hecho con la señora Angie Daniela Quintero Quintero, situación que no registró en la entidad, lo cual se corrobora con el registro civil de nacimiento de la menor Salomé Jiménez Quintero en el cual se registra como fecha de nacimiento el día 02 de septiembre 2016.

Considera que en caso de no existir la relación de unión marital de hecho con la señora Quintero Quintero tanto al momento de la incorporación al ejército nacional como en la fecha en que acaecieron los hechos, tal situación es causal de temeridad o mala fe, tanto por el demandante como por su apoderado judicial, pues lo que

busca la parte actora es generar un enriquecimiento sin justa causa de ser condenada la entidad demandada.

Propone las excepciones de *“cumplimiento de la constitución y la Ley”*; *“excepción de la falta de obligatoriedad del servicio militar y/o conducta temeraria al solicitar perjuicios con carencia de fundamento legal de la demanda aduciendo calidad inexistente”*; *“no existencia de riesgo excepcional”* e *“inexistencia del daño antijurídico”*.

5. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante no alegó de conclusión.

Por su parte la entidad demandada Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, al alegar de conclusión adujo que no obstante la parte demandante afirmar que el señor Jiménez Herrera resultó lesionado luego de sufrir una caída mientras realizaba actividad física, lo cierto es que de la historia clínica se desprende que se trató de una caída de su propia altura, sin que se detalle las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos, así como tampoco existe informe administrativo por lesión ni junta médica laboral, tal como lo indica el oficio No. 20173391032303 del 09 de marzo de 2017, expedido por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.

Sostiene que la parte actora no demostró los perjuicios causados, pues si bien solicitó el decreto de pruebas periciales con la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, lo cierto es que el apoderado en la audiencia de pruebas celebrada el día 05 de julio del presente año, desistió de las mismas.

Finalmente se opuso a la prosperidad de la condena en costas y las agencias en derecho.

La agente del Ministerio Público Procuradora 57 Judicial I para asuntos administrativos no emitió concepto alguno.

6. CONSIDERACIONES

6.1. DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Se ha dicho por la doctrina y la jurisprudencia que la legitimación en la causa es la titularidad del derecho mismo, de modo que la cualidad en virtud de la cual una pretensión puede y debe ser ejercitada contra una persona en nombre propio, se llama legitimación para obrar; activa para aquel que puede perseguir judicialmente el derecho y pasiva para aquel contra el cual ésta se ha de hacer valer, que también se llama la legitimación para contradecir.

La legitimación solo existe cuando demanda quien tiene por ley sustancial facultad para ello, precisamente frente a la cual la pretensión de que se trata tiene que ser

Radicación: 76001-33-33-001-2018-00108-00
Medio de Control: Reparación Directa

ejercitada; es entonces, la idoneidad de una persona para estar en juicio, inferida de su calidad en la relación sustancial que es materia del proceso.

Por activa la tiene la parte demandante quien considera que el actuar de la administración le ocasionó un daño de carácter antijurídico del que se derivaron diversos perjuicios que deben ser resarcidos.

Por pasiva le corresponde a la entidad demandada NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL ente obligado, de prosperar las pretensiones de la demanda, a responder patrimonialmente por los supuestos perjuicios causados a la demandante.

6.2. EXCEPCIONES

Toda vez que las excepciones propuestas se confunden con el fondo del asunto a resolver, no se efectuará un pronunciamiento sobre ellas de forma individual y con lo que se decida en la presente providencia se entenderán resueltas las mismas.

6.3. FUNDAMENTOS DEL FALLO

6.3.1. Problema Jurídico

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control y teniendo en cuenta la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial, debe el Juzgado determinar si es responsable administrativa y extracontractualmente la entidad demandada por los presuntos perjuicios causados a la parte actora como consecuencia de las lesiones padecidas por el señor Luis Arturo Jiménez Herrera el día 15 de julio de 2016, cuando prestaba su servicio militar obligatorio a órdenes del Batallón de Ingenieros No. 3 "Cr. Agustín Codazzi".

6.3.2. Desarrollo del problema jurídico planteado

Seguidamente, para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

- (i) Realizar un análisis sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, el daño antijurídico y su imputabilidad al mismo;
- (ii) Efectuar una valoración probatoria y a su vez, determinar si en el **caso concreto**, le asiste o no a la parte demandante el derecho reclamado.

6.3.2.1. Responsabilidad extracontractual del Estado – Daño antijurídico e imputabilidad.

Como primera medida, obligatorio es recordar que el artículo 90 de la Constitución Política, establece un principio general de responsabilidad patrimonial extracontractual en cabeza del Estado, principio que a su vez está fundamentado en la noción de daño antijurídico, (entendido éste como aquel que la víctima no tiene

la obligación de soportar) y la imputabilidad del mismo al Estado.

Sobra mencionar, que cada uno de los títulos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, valga decir, *falla del servicio*, *riesgo excepcional* y *daño especial*, emanan de actuaciones estatales diferentes, y por ende se desarrollan de distinta forma y poseen reglas y requisitos distintos para su configuración, y que cada una de estas formas mediante las cuales se desarrollan estos títulos de imputación, constituyen los denominados regímenes de imputación, que bien pueden ser objetivos o subjetivos.

El régimen objetivo, es aquel en el cual no se evalúa la conducta estatal para determinar su responsabilidad, sino que lo determinante es el daño, su antijuridicidad e imputabilidad, siendo atribuible a los títulos de imputación de *daño especial* y *riesgo*; y el subjetivo, es aquel en el cual si es determinante la conducta estatal, pues solo existirá responsabilidad cuando esta sea fallida, tardía, imprudente, irregular, valga decir, reprochable u omisiva; razón por la cual, el elemento esencial para establecer responsabilidad, cuando estamos frente al régimen subjetivo, es la estructuración de la culpabilidad por parte del agente estatal bajo el título de *falla en el servicio*.

Ahora bien, sobre la aplicación de los títulos de imputación, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha manifestado¹:

*“En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 **no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.** Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, **sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.**”*

“En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia” (Se resalta).

Así, será el juez quien en virtud de la aplicación del principio *iura novit curia*, determine en cada caso concreto el régimen de responsabilidad aplicable y por ende el título de imputación que deba emplearse.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección A, sentencia del 12 de marzo de 2014. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-00405-01(30648), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

De otra parte, los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño y su imputación a la Administración; siendo el daño el primero de ellos, es necesario aclarar que este debe tener el carácter de antijurídico, sobre este tema, el Consejo de Estado ha discurrido bajo el siguiente temperamento²:

“El daño constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace inocuo el estudio de la imputación frente a la entidad demandada; esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril cualquier otro análisis, comoquiera que es el umbral mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

*Así las cosas, **el daño se refiere a aquel evento en el cual se causa un detrimento o menoscabo, es decir, cuando se lesionan los intereses de una persona en cualquiera de sus órbitas, es “la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera”³ (...)***

(...) es pertinente señalar, que la constatación de éste no es suficiente para que se proceda a su indemnización; en efecto, el daño debe ser cualificado para que sea relevante en el mundo jurídico, por ello la Constitución Política en el artículo 90 señala que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Se resalta).

Sobre la antijuridicidad del daño, esta misma providencia puntualizó:

“La antijuridicidad⁴ se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es “contrario a derecho”⁵, “es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad”⁶, ello se refiere a que se desconozca cualquier disposición normativa del compendio normativo, sin importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad del daño⁷.

En ese orden, la antijuridicidad puede ser estudiada en el plano formal y en el material: el primero de ellos se evidencia con la simple constatación de la vulneración a una norma jurídica, y el segundo se refiere a la lesión que se produce con esa vulneración, en los derechos de un tercero⁸, aspectos que deben estar presentes para que el daño sea indemnizable.

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, C.P. Enrique Gil Botero. Radicación número: 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590).

³ ORGAZ Alfredo. El daño resarcible. 2ª Edición. Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires. Pág. 36. En ese mismo sentido VÁSQUEZ Ferreira Roberto en su obra Responsabilidad por daños. Ed. Depalma, Buenos Aires. Pág. 174 lo definió así: “El daño es la lesión a un interés jurídico.”

⁴ Término que ha sido aceptado por un sector de la doctrina como sinónimo de injusto, y en ciertos eventos de ilícito.

⁵ BUSTOS Lago José Manuel, Ob. cit. Pág. 45.

⁶ Nota del original: “Cfr. BUERES, A. J.: <<El daño injusto y la licitud>> op. Cit., p. 149. En el mismo sentido, entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO, G.: Derecho Penal. Parte General, op cit., p. 343: <<Para la determinación de la antijuridicidad resulta decisivo el ordenamiento jurídico en su conjunto>>”. BUSTOS Lago José Manuel. Ob. cit. Pág. 50.

⁷ Sobre el concepto de daño antijurídico resulta ilustrativo, la breve reseña que sobre el mismo presentó, VÁSQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 128.: “En una primera aproximación, Compagnucci de Caso define a la antijuridicidad como “el acto contrario a derecho, considerado este último concepto como una concepción totalizadora del plexo normativo.”

“Gschnitzer entiende por antijuridicidad “una infracción de una norma, ley, contrato, ya norma expresa, ya atentado a la finalidad que la norma persiga o lesiones principios superiores”.

“En el campo penal, Mezger define la antijuridicidad –injusto- como el juicio impersonal- objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.”

⁸ BUSTOS Lago José Manuel. Ob. Cit. Pág. 51 a 52.

Sin embargo, es preciso señalar que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también aquel que atenta contra un bien jurídicamente protegido, en palabras de Roberto Vázquez Ferreyra, "la antijuridicidad supone una contradicción con el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural. En esta formulación amplia caben los atentados al orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales del derecho y hasta el ejercicio abusivo de los derechos"⁹¹⁰.

En síntesis, el daño objeto de reparación se configura cuando:

- i) Tiene el carácter de antijurídico;
- ii) Se trasgrede un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento y,
- iii) Posee una connotación cierta, valga decir, que se pueda apreciar materialmente y no sea un simple supuesto.

Así, existe responsabilidad estatal cuando se configura un daño de carácter antijurídico, atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, y una vez verificada la ocurrencia de un daño de esta índole, surge el deber de indemnizarlo plenamente, siempre y cuando este sea imputable al Estado; resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido.

Sobre la imputabilidad, basta mencionar que se trata del componente que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado, o en el caso concreto, a la entidad demandada.

Régimen de responsabilidad aplicable al caso concreto

Al resolver el caso concreto se debe precisar que teniendo en cuenta que en el presente asunto se debate la responsabilidad de la entidad demandada por las presuntas lesiones padecidas por el señor Luis Arturo Jiménez Herrera mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio, el régimen de responsabilidad aplicable es el **objetivo del daño especial**, en virtud de la posición de garante que frente a los conscriptos tiene el Estado en atención a las condiciones de sujeción a las que están sometidos quienes se hallan obligados a prestar el servicio militar.

Sobre el particular, la sección tercera del Consejo de Estado, mediante sentencia de 12 de febrero de 2015, proferida dentro del Expediente N° 36414 sostuvo lo siguiente:

(...) En relación con lo anterior, de manera general ha sostenido la Sala que, "cuando se trata de personas que se han vinculado al Ejército para prestar

⁹ Nota del original: "así lo expusimos en nuestra obra *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*, ED. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, p.67. Ver también Alberto Bueres en *El daño injusto y la licitud...*, ob. cit., p. 149, y Omar Barbero, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Edit. Astrea, Bs. As., 1977, p. 106."

¹⁰ VÁZQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 131.

el servicio militar, se entiende que la responsabilidad estatal se estructura bajo un régimen objetivo teniendo en cuenta que se rompe la igualdad en la asunción de las cargas públicas porque se actúa en cumplimiento de un mandato constitucional y por lo tanto la persona queda sometida al Imperium del Estado, surgiendo entonces el deber correlativo de éste de responder por los daños que pueda sufrir mientras esté bajo su protección”¹¹.

También ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación que hay eventos en los cuales algunos daños no le son imputables a la Administración, por tener su origen en una causa extraña que impide la estructuración de la responsabilidad; además, dependiendo del régimen jurídico y siempre que el caso particular lo admita, dentro de la lógica de lo razonable, puede enervarse la relación etiológica o la imputación fáctica del daño por fuerza mayor o por el hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la propia víctima, siendo claro que quien alegue la causa extraña está en la obligación de acreditar su existencia.

En el presente caso se observa que, tanto en la demanda como en el recurso de apelación, los demandantes solicitan la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad, en atención a que el soldado fallecido se encontraba prestando servicio militar obligatorio en calidad de soldado regular; no obstante, el apoderado de la entidad demandada arguye la existencia de una causa extraña, consistente en la culpa exclusiva de la víctima, bajo el supuesto de que su muerte se produjo cuando el soldado Ríos, desatendiendo órdenes superiores, se evadió de la unidad militar, lo que supuso una exposición imprudente al riesgo que se materializó con su muerte.

*De tiempo atrás se ha analizado la responsabilidad respecto de los conscriptos bajo el régimen objetivo del daño especial, determinado por dos situaciones que deben concurrir:¹² en primer lugar, por el rompimiento del equilibrio de la igualdad frente a las cargas públicas, que se genera al ser incorporados, por mandato constitucional¹³, en los términos¹⁴ y salvo las excepciones consagradas por la Ley, a prestar el servicio militar de manera obligatoria, pese a que no todos los asociados están llamados a soportar tal situación y, en segundo lugar, por las mayores contingencias a las que están sometidos en relación con los demás miembros de la sociedad, de modo que, cuando sufren desmedro físico o fallecen por razón del servicio, el Estado asume la obligación de reparar todos los daños antijurídicos que se causen con ocasión del mismo, **pues el conscripto solo está obligado a soportar la restricción relativa de los derechos y libertades que resultan inherentes al ejercicio de la actividad militar**¹⁵.*

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sub sección C, Sentencia de catorce (14) de marzo de dos mil doce (2012), Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00092-01(22777), Actor: JOHN JANNER GALLEGO.

¹² Sentencia proferida el 23 de abril de 2008 Exp. 15720.

¹³ Artículo 216 de la Constitución Política.

¹⁴ Artículo 3o de la Ley 48 de 1993.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de mayo veintitrés (23) de dos mil doce (2012), radicación: 52001-23-31-000-1999-00971-01(24804), demandante: Aura Inés Mera Rodríguez y otros.

Es importante señalar que la Corporación ha precisado que, cuando aparece demostrado que el daño sufrido por quien presta servicio militar obligatorio es el resultado de una falla en la prestación del servicio por su deficiente funcionamiento, resulta imperioso aplicar el régimen subjetivo, bajo el título de imputación de falla probada del servicio, caso en el cual los dos regímenes - objetivo y subjetivo coexisten y no se excluyen¹⁶.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sección puntualizó¹⁷:

“Atendiendo a las condiciones concretas en las que se produjo el hecho, la Sala ha aplicado en la solución de los casos, los distintos regímenes de responsabilidad. Así, ha decidido la responsabilidad del Estado bajo el régimen de daño especial cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas; el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y, el de riesgo cuando éste proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos¹⁸; pero, en todo caso, ha considerado que el daño no será imputable al Estado cuando se haya producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, por rompimiento del nexo causal”.

Ahora bien, en relación con los conscriptos el juez debe verificar si el daño antijurídico resulta imputable o atribuible al Estado con fundamento en cualquiera de los títulos de imputación antes mencionados, en virtud de la aplicación del principio iura novit curia, porque el Estado se encuentra en la obligación de garantizar la integridad psicológica y física del soldado, dado que se trata de una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado, máxime cuando, en general, lo somete a riesgos, situación que, en términos de imputabilidad, incorpora la obligación de responder por los daños que le sean causados, relacionados con la ejecución de la carga pública¹⁹.(...)

A su vez, la Corte Constitucional en sentencia T- 011 de 2017 advirtió que en los eventos de daños causados a soldados conscriptos se presume la responsabilidad de la administración en la causación de la afectación:

(...) Así las cosas, si bien el servicio militar es una obligación constitucional, debe tenerse en cuenta que debido al desequilibrio de las cargas públicas que genera para quienes lo prestan, en procura del bienestar general, surge

¹⁶ Al respecto existen abundantes antecedentes jurisprudenciales, ver entre otras: Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencias de agosto 19 de 2004, Exp. 15791, C.P. Ramiro Saavedra Becerra; marzo 10 de 2005, Exp. 14808, C.P. Germán Rodríguez; y abril 26 de 2006, Exp. 15427, C.P. Ruth Stella Correa Reparación Directa, exp: 2002-03160-01

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de julio de 2008, exp. 18.725.

¹⁸ Sentencia de 28 de abril de 2005, exp. 15.445.

¹⁹ Sentencia de 15 de octubre de 2008, expediente 18.586

para el Estado la obligación de responder por los daños que se generen durante su ejercicio.

De acuerdo con lo anterior, frente a los perjuicios ocasionados a soldados regulares, en la medida en que su voluntad se ve doblegada por el imperium del Estado, al someterlos a la prestación de un servicio que no es nada distinto a la imposición de una carga o un deber público, resulta claro que la organización estatal debe responder, bien porque frente a ellos el daño provenga de (i) un rompimiento de las cargas públicas que no tenga la obligación jurídica de soportar el soldado; (ii) de un riesgo excepcional que desborda aquel al cual normalmente estaría sometido, y que puede tener origen en el riesgo de la actividad o en el riesgo de la cosa, o (iii) de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial.

En los procesos en los cuales se pretende demostrar la responsabilidad del Estado una vez verificado un daño sufrido por un soldado conscripto, el juez debe determinar si el mismo resulta imputable o atribuible al Estado con fundamento en los títulos de imputación referidos, en virtud del principio iura novit curia.

5.3 Sea cual fuere el título de imputación que el juez decida aplicar, con base en los presupuestos fácticos en los cuales se configuró, debe tenerse en cuenta que "en tanto la Administración Pública imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del soldado en la medida en que se trata de una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado, pues en determinadas situaciones lo pone en una posición de riesgo, lo cual, en términos de imputabilidad, significa que debe responder por los daños que le sean irrogados en relación con la ejecución de la carga pública. (...)

Así las cosas, tal como se expresó anteriormente, el Despacho estudiará el presente asunto bajo el régimen de imputación objetivo en el cual la parte actora únicamente debe probar la existencia del daño y que el daño sufrido se originó mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio.

7. Valoración probatoria y estudio del caso concreto

De cara a las pruebas de este proceso, es menester indicar que fueron decretadas y practicadas conforme a las reglas contenidas en el Código General del Proceso, entre el 18 de marzo de 2018²⁰ y el 05 de julio de 2019²¹; por consiguiente, también deben ser valoradas de acuerdo a los parámetros fijados en dicha norma procedimental y no bajo los causes del Código de Procedimiento Civil.

Ello, teniendo en cuenta que con relación a la entrada en vigencia del Código General del Proceso, la Sala Plena del Consejo de Estado, en auto junio 25 de

²⁰ Fecha en la que se decretaron las pruebas en audiencia inicial (flos. 78 a 83 cdno 1).

²¹ Fecha de la última audiencia de práctica de pruebas (flos. 111 y 112 del expediente).

2014²², unificó su jurisprudencia, *“...para señalar que su aplicación plena en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, así como en materia arbitral relacionada con temas estatales, es a partir del 1º de enero de 2014, salvo las situaciones que se gobiernen por la norma de transición (...), las cuales se resolverán con la norma vigente al momento en que inició el respectivo trámite”*.

Luego, en auto de agosto 6 de 2014, proferido por la misma Corporación –Sala de lo Contencioso Administrativo –Sección Tercera –Subsección C, C.P. Enrique Gil Botero, radicación: 88001-23-33-000-2014-00003-01 (50.408), precisó que *“i) aquellas situaciones procesales surtidas con fundamento en las normas del Código de Procedimiento Civil, de conformidad con lo establecido en el artículo 267 del CPACA, en el lapso comprendido entre el 1º de enero de 2014 y el 25 de junio de 2014, se tendrán como situaciones jurídicas consolidadas y en consecuencia, se regirán hasta su terminación por las normas con base en las cuales fueron adelantadas, según las reglas establecidas en el artículo 624 del C.G.P.”*.

De acuerdo con lo mencionado líneas arriba, *en el sub lite* las pruebas fueron solicitadas y decretadas después del 25 de junio de 2014; en consecuencia, es una situación jurídica consolidada bajo el amparo del Código General del Proceso, y, por ende, en aras de garantizar el debido proceso, las mismas deben valorarse conforme a los parámetros establecidos en esa codificación.

Así las cosas, el Despacho, en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá valor probatorio a la prueba documental que obra en el proceso en su gran mayoría en copia simple, y que surtidas las etapas de contradicción, no fueron cuestionadas en su veracidad por las partes pues en virtud de lo dispuesto en el artículo 246 del C.G.P. los documentos allegados en copia tendrán el mismo valor probatorio del original, argumentación que igualmente es acorde con los planteamientos realizados por la Sección Tercera del Consejo de Estado a través de **sentencia de Unificación** del 28 de agosto de 2013, con ponencia del Consejero: Enrique Gil Botero, Radicación número. 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022)²³.

Por lo anterior, los documentos aportados con la demanda, así como los recaudados a lo largo del proceso a solicitud de las partes y que en casi su totalidad reposan en copia simple, prestan el suficiente mérito probatorio y así serán valorados para tomar la presente decisión de fondo.

²² Consejo Ponente: Enrique Gil Botero, radicación: 25000-23-36-000-2012-00395-01 (IJ), número interno: 49.299, demandante: Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A., y demandado: Nación –Ministerio de Salud y de la Protección Social.

²³ “Así las cosas, cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C.G.P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachen de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias. Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales.”

7.1. Daño antijurídico

El daño antijurídico ha sido definido por la jurisprudencia del Consejo de Estado como aquel daño que se produce a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, es decir, que no es justificado, por lo tanto, no todos los daños son susceptibles de ser indemnizados y solamente es indemnizable el daño que supere los mínimos de tolerancia de las personas en la sociedad.

En consecuencia, sólo puede entenderse como antijurídico el daño que causa un perjuicio personal y cierto a los derechos de la víctima restringido con intromisiones intolerables, esto es, que es limitado de forma tal que excede la obligación jurídica de soportarlo.

De conformidad con lo anterior, como pruebas de la causación del daño obran en el expediente las siguientes:

7.1.1. Historia Clínica del señor Luis Arturo Jiménez Herrera de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, en la cual se evidencia que el demandante el día 15 de julio de 2016 sufrió caída que le generó trauma en miembro inferior derecho²⁴.

7.1.2. Historia Clínica del Hospital Militar Regional de Occidente, de la cual se extrae que el demandante debido a la lesión padecida fue remitido a la especialidad de Ortopedia, donde se le diagnosticó: "FRACTURA PROXIMAL DEL 1ER ARTEJO"²⁵.

Es preciso indicar que si bien en el expediente no obra informe administrativo por las lesiones que aduce haber sufrido el señor Jiménez Herrera el día 15 de julio de 2016, ello no es óbice para que esta operadora judicial acuda a los demás elementos probatorios para efectos de determinar la configuración del daño antijurídico.

Así las cosas, la documentación probatoria relacionada da cuenta de la existencia del daño antijurídico consistente en la lesión padecida en miembro inferior derecho "fractura proximal del 1er artejo" por el señor Luis Arturo Jiménez Herrera mientras se encontraba prestando el servicio militar obligatorio, tal como se desprende de las historias clínicas del demandante, motivo por el cual se entrará a analizar el juicio de imputación al caso concreto y el nexo de causalidad entre éste y aquel.

7.2. Nexos causal e imputabilidad del daño:

En principio, es menester indicar que el señor Luis Arturo Jiménez Herrera, estuvo vinculado al Ejército Nacional, prestando el servicio militar obligatorio en el Batallón de Ingenieros No. 3 "Agustín Codazzi", incorporado al sexto contingente del 2016,

²⁴ Folios 8 y 9 del expediente.

²⁵ Folios 65 a 69 *ibídem*.

y desacuartelado mediante orden administrativa No. 2296 con novedad fiscal 05 de octubre de 2016²⁶.

Debe indicarse que si bien la entidad demandada tanto en el escrito de contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión sostuvo que no basta con indicar que el demandante se encontraba prestando el servicio militar obligatorio para que se le atribuya responsabilidad a la entidad, sino que éste además debe demostrar que el daño sufrido es producto de una falla del servicio o que sobrevino por haber expuestos al soldado a un riesgo excepcional superior al que debían afrontar sus demás compañeros, lo cierto es que, teniendo en cuenta que los conscriptos se encuentran bajo la vigilancia, custodia y protección del Estado, la responsabilidad nace de manera independiente a la conducta de la entidad demandada, pues dicha responsabilidad se configura por la sola circunstancia de que una persona que se encuentre prestando el servicio militar obligatorio, pierda la vida o sufra lesiones en su integridad personal.

En tal sentido el H. Consejo de Estado ha sostenido²⁷:

“... De conformidad con la Ley 48 de 1993, “por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización”, los varones colombianos están obligados a definir su situación militar a partir de la fecha en cumpla la mayoría de edad, con excepción de los estudiantes de bachillerado, quienes la definirán cuanto obtengan el respectivo título.

*Por su parte, **el Estado contrae en relación con los conscriptos un deber positivo de protección, lo cual implica que debe responder por los daños que estos sufran en el ejercicio de la actividad militar, pues, al imponer el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del soldado, ya que se trata de una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado, de suerte que la Administración asume una posición de garante, al doblegar la voluntad del soldado y disponer de su libertad individual para un fin determinado, por lo que entra en una relación de especial sujeción, que lo hace responsable de los posibles daños que pueda padecer aquél, mientras permanezca a su cargo** ...cuando una persona ingresa al servicio militar obligatorio en buenas condiciones de salud, debe dejar el servicio en condiciones similares, criterio al partir del cual se estableció la obligación de reparar a cargo de la entidad demandada, frente a los daños cuya causa esté vinculada con la prestación del servicio del servicio y excedan la restricción de los derechos y libertades inherentes a la condición militar...” (Negrilla y subraya por el Despacho).*

Ahora bien, en cuanto a la falta de obligatoriedad del servicio militar esbozada en los argumentos de la defensa, es preciso indicar que del material probatorio obrante en el expediente se desprende que el señor Luis Arturo Jiménez Herrera sí reportó su relación de unión marital de hecho ante el Ejército Nacional, pues prueba de ello es el acta de examen de evacuación No. 2365 del 30 de septiembre de 2016, en la cual se indica que el demandante fue incorporado para el sexto contingente del 2016

²⁶ Folios 13 y 14 – Acta No. 2365 del 30 de septiembre de 2016 – certificación de calidad militar, respectivamente.

²⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera – Sentencia del 16 de septiembre de 2013, radicado No. 68001-23-15-000-1998-00468-01 (31499).

y desacuartelado por **“EXENCION QUE CONFIERE LA LEY 48/93 ART. 28 LIT. G, MEDIANTE OAP 2296 NOVEDAD FISCAL 05 DE OCTUBRE 2016...”**.

Por su parte el artículo 28 literal G de la Ley 48 de 1993 dispone:

“ARTICULO 28. Exención en tiempo de paz. Están exentos del servicio militar en tiempo de paz, con la obligación de inscribirse y pagar cuota de compensación militar:

...

g) Los casados que hagan vida conyugal; Literal declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-755 de 2008, en el entendido de que la exención allí establecida se extiende a quienes convivan en unión permanente, de acuerdo con la ley.”

Efectuadas las anteriores consideraciones y conforme a las conclusiones probatorias expuestas, para el Despacho es evidente que se debe acceder a las pretensiones de la demanda declarando administrativamente responsable a la entidad demandada.

8. Liquidación de perjuicios

8.1. Perjuicio moral

Ahora bien, respecto a los **perjuicios morales**, estos se refieren a la aflicción, congoja, padecimiento o angustia que se causa a la persona directamente afectada, y/o a sus familiares o personas cercanas.

En la demanda se solicitó por este perjuicio el equivalente a setenta (70) SMLV para cada uno de los demandantes.

No obstante, dicho reconocimiento, en la cuantía pretendida con la demanda resulta improcedente, toda vez que la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó la jurisprudencia en torno a los perjuicios morales a reconocer en caso de lesiones²⁸, estableciendo que estos dependen de la gravedad o levedad de la lesión de conformidad con lo probado en el proceso. Para el efecto fijó como referente para la liquidación de dicho perjuicio, así:

“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:

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 28 de agosto de 2014, radicado número: 66001-23-31-000-2001-00731-01(26251), C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

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
	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.	S.M.L.M.V.
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 cuadro.

La gravedad o levedad de la lesión y los correspondientes niveles se determinarán y motivarán de conformidad con lo probado en el proceso.

Nivel No. 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno- filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. Grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes). Tendrán derecho al reconocimiento de 100 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 80 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 60 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 40 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 20 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 10 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1% e inferior al 10%.

...”

De conformidad con lo anterior, para efectos de efectuar la liquidación del perjuicio moral en casos de lesiones personales, como el que hoy nos ocupa, deberá tenerse en cuenta un nivel referente a la persona que solicita el pago del perjuicio y la gravedad de la lesión causada, ambos criterios determinarán según la tabla transcrita, el valor en salarios mínimos a pagar por concepto de perjuicio moral.

Igualmente, debe tenerse en cuenta que la gravedad o levedad de la lesión, será determinada por el juez al momento de liquidar el perjuicio, y para ello, deberá ceñirse al material probatorio existente en el proceso.

Así pues, con relación a la gravedad de la lesión encuentra el Despacho que el apoderado de la parte demandante no aportó prueba que permitiera determinar el porcentaje de capacidad laboral del actor, pues si bien en el escrito de demanda solicitó el decreto de pruebas periciales con la Junta Regional de Calificación de Invalidez y el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, las cuales

fueron decretadas por este recinto judicial, lo cierto es que de las mismas desistió mediante memorial visible a folio 108 del expediente.

Por lo anterior, considera el Despacho que para efectos de establecer el monto de los perjuicios morales se debe acudir a las anotaciones consignadas en la historia clínica de las cuales se extrae que el señor Luis Arturo Jiménez Herrera sufrió una lesión que le generó "*fractura de falange proximal del 1er artejo*", la cual si bien no ameritó una cirugía, si conllevó a que el demandante se viera sometido a tratamiento ortopédico y fisioterapéutico, así como al uso de férula²⁹, razón por la cual se procederá al reconocimiento de una indemnización a título de resarcimiento del perjuicio moral, teniendo en cuenta que no todas las lesiones tiene que derivar de una pérdida de la calidad laboral y habiéndose causado el daño la víctima debe ser reparada.

En este orden, de las pruebas obrantes en el expediente se puede determinar que la lesión padecida por el demandante fue leve desde el punto de vista funcional, ubicándola por ello en el último eslabón de la tabla y fijando de esta manera el perjuicio moral en 10 SMLMV para el señor Luis Arturo Jiménez Herrera.

En relación con las demás demandantes, se encuentra probado con el registro civil de nacimiento (fol. 2) que la menor Salomé Jiménez Quintero es hija del señor Luis Arturo Jiménez Herrera y la señora Angie Daniela Quintero Quintero quien a su vez acreditó que convive con el padre de la menor desde el mes de marzo de 2011 (fol. 3), convivencia que no fue desvirtuada por parte de la entidad demandada, razón por la cual hay lugar a reconocer por concepto de perjuicios morales la suma de 10 SMLMV para cada una de ellas.

8.2. Daño a la salud

Con las pretensiones de la demanda se reclama indemnización por concepto de daño a la salud en una cuantía equivalente a 80 SMLMV.

Para resolver la pretensión referenciada es necesario traer a colación lo dispuesto por la Sección Tercera del Consejo de Estado mediante sentencia de 28 de agosto de 2014³⁰, mediante la cual se unificó jurisprudencia respecto del reconocimiento del denominado perjuicio por daño a la Salud.

Este pronunciamiento implicó un replanteamiento de los perjuicios denominados "*alteración a las condiciones de existencia*" y "*vida de relación*" y se limitó su contenido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de una persona.

Los parámetros estructurados en el precedente de unificación han sido ratificados en los siguientes términos³¹:

²⁹ Folio 68 del expediente.

³⁰ Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 31170, M.P. Enrique Gil Botero. Actor: Luis Ferney Isaza Córdoba y otros. Demandada: La Nación, Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

³¹ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 27001-23-31-000-2011-10226-01(50776)

*(...) Sea lo primero manifestar que esta Sección, siguiendo los lineamientos planteados en sus sentencias de unificación, formuló una nueva tipología de perjuicio inmaterial diferente a los denominados perjuicio fisiológico, daño a la vida en relación y alteración a las condiciones de existencia, para en su lugar reconocer las categorías de **daño a la salud**³² (cuando estos provengan de una lesión a la integridad sicofísica de la persona) y de **afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados**³³, estos últimos que se reconocerán siempre y cuando su concreción se encuentre acreditada dentro del proceso y se precise su reparación integral, teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos.*

En relación con el daño a la salud, la Sección Tercera estableció que aquella no estaba encaminada al restablecimiento de la aflicción o del padecimiento que se genera con aquel, sino que se dirigía 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”³⁴, razón por la cual procedía únicamente en favor de la víctima directa del daño, dependiendo de la gravedad o levedad de la lesión, con base en el porcentaje de disminución de capacidad sicofísica que se hubiere causado (...)

Sobre las características y las reglas aplicables para el reconocimiento del daño a la Salud la Jurisprudencia del Consejo de Estado ha desarrollado los criterios de unificación bajo los siguientes parámetros³⁵:

*(...) Sobre esta particular tipología de daño, oportuno es precisar que a partir de los fallos de unificación del 28 de agosto de 2014 de la Sala Plena de esta Sección, en los cuales se estableció una nueva clasificación de los perjuicios inmateriales, la denominación de “daño o perjuicio fisiológico” fue superada “Por lo tanto, se reitera que los daños inmateriales o extra patrimoniales se reducen a tres: i) aquellos que afectan directamente la esfera interna y espiritual del individuo, es decir, los morales; ii) **los derivados de la afectación psicofísica de la salud, o sea, el daño a la salud;** iii) y los relacionados con la afectación directa de bienes convencional y constitucionalmente protegidos”³⁶.*

³² “(...) se recuerda que, desde las sentencias de la Sala Plena de la Sección Tercera de 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222 (...) se adoptó el criterio según el cual, cuando se demanda la indemnización de daños inmateriales provenientes de la lesión a la integridad psicofísica de una persona, ya no es procedente referirse al perjuicio fisiológico o al daño a la vida en relación o incluso a las alteraciones graves de las condiciones de existencia, sino que es pertinente hacer referencia a una nueva tipología de perjuicio, denominada daño a la salud (...)” (se destaca). Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, exp. 28832, M.P. Danilo Rojas Betancourth y exp. 31170. M.P. Enrique Gil Botero.

³³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, exp. 32988 M.P. Ramiro Pazos Guerrero y exp. 26251. M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

³⁴ “Así las cosas, el daño a la salud posibilita su reparación considerado en sí mismo, sin concentrarse de manera exclusiva y principal en las manifestaciones externas, relacionales o sociales que desencadene, circunstancia por la cual este daño, se itera, gana concreción y objetividad en donde las categorías abiertas la pierden y, por lo tanto, permite garantizar los principios constitucionales de dignidad humana y de igualdad material”. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, exp. 31170. M.P. Enrique Gil Botero.

³⁵ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN A Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO Bogotá D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018). Radicación número: 05001-23-31-000-2005-03174-01(42810).

³⁶ Consejo de Estado Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 20 de octubre de 2014, expediente 05001-23-31-000-2004-04210-01 (40.060), CP: Enrique Gil Botero.

Se observa que la fuente del perjuicio reclamado consiste en la afectación sicofísica de la salud del señor León Darío Grisales Flores.

Específicamente, la jurisprudencia de unificación de esta Sala³⁷ precisó que la indemnización del daño a la salud, en los términos de las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, expedientes Nos. 19.031 y 38.222 está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa (...)

(...) No se reconocerá monto alguno por este concepto en favor del resto de los demandantes, pues, como antes se precisó, esta modalidad de perjuicio solo se indemniza a la víctima directa y, además, no se demostró afectación de su núcleo familiar o tercero damnificados, distinta al sufrimiento o aflicción moral cuya indemnización ya fue reconocida. (...)

Conforme a lo expuesto se tiene que a partir de la expedición del precedente de unificación se formuló una nueva tipología de perjuicio inmaterial denominado “daño a la salud” el cual reemplaza a las categorías de los denominados perjuicio fisiológico, daño a la vida en relación y alteración a las condiciones de existencia, el cual se reconoce únicamente a favor de la víctima directa del daño.

En este orden de ideas, se considera que en el caso sub examine no resulta procedente el reconocimiento de una indemnización por concepto de este daño, porque la afectación a la integridad psicofísica de la víctima deviene en un daño a la salud debidamente acreditado y en el caso de autos no se allegó prueba alguna que permita su reconocimiento.

En efecto, no se demostró que el demandante en la actualidad posea algún tipo de secuela que lo afecte en su desarrollo laboral o calidad de vida, que amerite el reconocimiento de una indemnización adicional a aquella que se reconoce por el perjuicio moral.

8.3. Perjuicios Materiales:

8.3.1. LUCRO CESANTE.

Por concepto de lucro cesante el apoderado de la parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de este perjuicio, partiendo de la base de un salario mínimo legal mensual vigente para la época en que acaecieron los hechos, la pérdida de la capacidad laboral del lesionado que supera el 45% y su expectativa de vida que es de más de 45 años.

Respecto a este perjuicio el H. Consejo de Estado³⁸ ha sostenido que este no constituye una sanción, sino es el restablecimiento del equilibrio económico

³⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencias de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, exp. 31172, CP: Olga Mélida Valle de De la Hoz, exp. 31.170 CP: Enrique Gil Botero, exp. 28832, CP: Danilo Rojas Betancourth.

³⁸ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C, CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, 16 de febrero de 2017, Radicación:

derivado del daño, determinado por la mengua que sufrió la persona y que la limita total o parcialmente para el ejercicio de actividades productivas, así:

“En cualquier caso, 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 hechos”¹¹⁶.

(...)

*8.2.6.- En este sentido, cabe precisar que la indemnización por lucro cesante puede provenir bien sea por un daño causado a una persona (bien sea una lesión o la muerte), caso en el cual **el rubro indemnizatorio estará determinado por la mengua que sufrió el sujeto y que le limita total o parcialmente para el ejercicio de actividades productivas**¹²⁹; como también puede derivarse este perjuicio cuando los daños son sufridos por cosas muebles o inmuebles de las cuales se genera para la víctima un beneficio lucrativo; en este, y para no entrar en confusión con el daño emergente, la indemnización no pretende reparar los daños de los bienes sino verificar la utilidad líquida que dejó de ganar la víctima¹³⁰. **En todo caso, siempre se hace énfasis en la capacidad productiva o de explotación económica para determinar la existencia de tal perjuicio material.**”*

En el presente caso, no se demostró que el demandante en la actualidad posea algún tipo de restricción del rol laboral, ni la autosuficiencia económica, ni limitación de tipo funcional, o incapacidad que lo afecte en su desarrollo laboral, pues en el plenario no obra dictamen sobre pérdida de la capacidad laboral, ni dictamen de Medicina Legal sobre el padecimiento de alguna secuela producto de la lesión, que le afecte su capacidad productiva, razón por la cual no es procedente el reconocimiento de los perjuicios deprecados en esta modalidad.

9. De las costas

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre **dispondrá** sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso.

Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.³⁹, entre otras cosas, establece que “se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”.

Así las cosas, el referido artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación⁴⁰:

*“(...) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la **errónea** interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma **objetiva**, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en*

68001231500019990233001 (34928), Actor: Martha Cecilia Jaimes Jerez y Otros. Demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional –Policía Nacional, Asunto: Acción de reparación directa.

³⁹ Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.

todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales (...)” (Se resalta).

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineludiblemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas.

En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8° del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

“(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial del Cali, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLÁRASE a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA –EJÉRCITO NACIONAL, administrativamente responsable por los daños causados a la parte demandante como consecuencia de las lesiones padecidas por el señor Luis Arturo Jiménez Herrera el día 15 de julio de 2016, cuando prestaba el servicio militar obligatorio a órdenes del Batallón de Ingenieros No. 3 “Cr. Agustín Codazzi”.

SEGUNDO: CONDÉNASE a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, al pago de los perjuicios morales a los demandantes de la siguiente manera:

LUIS ARTURO JIMENZ HERRERA	Lesionado	10 SMMLV
ANGIE DANIELA QUINTERO QUINTERO	Compañera permanente	10 SMMLV
SALOME JIMENEZ QUINTERO	Hija	10 MLV

TERCERO: NIEGASE las demás pretensiones de la demanda.

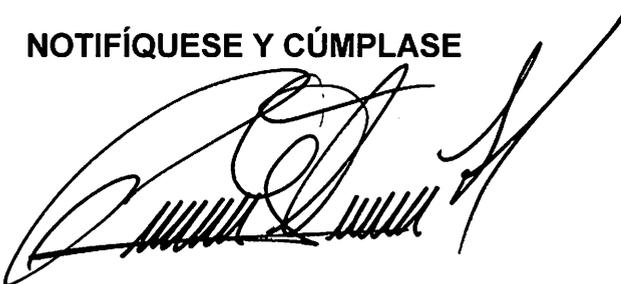
CUARTO: NIEGASE la condena en costas por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: ORDENASE a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 concordante con el 195 ibídem.

SEXTO: COMUNÍQUESE a la entidad demandada, en firme la presente sentencia, adjuntando copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el artículo 203 del CPACA.

SÉPTIMO: LIQUÍDENSE los gastos del proceso en firme esta providencia, devolver los remanentes si los hubiere y archivar las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el programa Justicia XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



PAOLA ANDREA GARTNER HENAO

Juez