



JUZGADO SEGUNDO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
SECCIÓN PRIMERA

Bogotá, D.C., veinticinco (25) de abril dos mil dieciocho (2018)

Expediente: 11001-33-36-032-2015-00410-00
Demandante: Reynalda Peña Gamboa y otros
Demandado: Nación, Ministerio de Defensa, Ejército Nacional
REPARACIÓN DIRECTA

Corresponde al Despacho decidir la demanda presentada por la señora REYNALDA PEÑA GAMBOA, VALENTINA PEÑA GAMBOA, LUISA FERNANDA PEÑA GAMBOA, FLORAIDA PEÑA GAMBOA, OLGA LUCIA PEÑA GAMBOA y JHOANA PEÑA GAMBOA, a través de apoderado y en ejercicio del medio de control de reparación directa consagrado en el artículo 140 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la que solicitó que se declare responsable a la NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA, EJERCITO NACIONAL, por los perjuicios morales y materiales derivados de la muerte del señor WALTHER PEÑA GAMBOA, el día 13 de enero de 2015.

Lo anterior, con base en los siguientes

I ANTECEDENTES

1. Pretensiones

Las pretensiones expuestas en la demanda son las que a continuación se sintetizan:

Perjuicios morales

A favor de la señora REYNALDA PEÑA GAMBOA, la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes –smlmv-. A favor de Valentina, Luisa

Fernanda, Floraida, Olga Lucia y Jhoana Peña Gamboa, la suma de 50 smlmv para cada una de ellas.

Perjuicios materiales

Por concepto de lucro cesante vencido o consolidado a favor de la señora REYNALDA PEÑA GAMBOA la suma de \$3.020.390,60.

Por concepto de lucro futuro o anticipado a favor de la señora REYNALDA PEÑA GAMBOA la suma de \$25.371.281,00.

Por los intereses de conformidad con el artículo 195 y 192 del CPACA.

2. Hechos

Los hechos expuestos en la demanda son los que a continuación se sintetizan:

El 13 de enero de 2015 y mientras prestaba el servicio militar en el Batallón de Ingenieros No 12, en el Municipio de Pajill en el Departamento del Caquetá, el señor Walther Peña Gamboa, perdió la vida como consecuencia de los disparos propinados por el soldado regular JHONATAN SMITH GAITÁN LUGO, con su arma de dotación oficial.

3. Contestación de la Demanda

En audiencia inicial del 11 de julio de 2017, se tuvo por no contestada la demanda, por cuanto el doctor Leonardo Melo Melo, no allegó el poder ni suscribió la demanda dentro del término otorgado por el despacho –folio 121-.

4. Actuación Procesal

La presente demanda tuvo sus inicios en el Juzgado Treinta y Dos Administrativo de Oralidad del Circuito de Bogotá, siendo remitido a este despacho en virtud del artículo 22 del Acuerdo PSAA15-10385, quien procedió a su admisión mediante auto interlocutorio No 522. (fl. 78 del expediente).

El 11 de julio de 2017 se llevó a cabo la **audiencia inicial** de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011¹.

¹ Véase folios 119 a 130

Dentro de dicha diligencia se estableció que no había vicios ni causales de nulidad que impidieran continuar con el trámite del proceso; se determinó que no había excepciones previas que resolver; se fijó el litigio conforme los argumentos esgrimidos en la demanda y su contestación y se decretaron las pruebas aportadas y solicitadas oportunamente por las partes que reunían los requisitos legales.

El 18 de octubre de 2017 se celebró la audiencia de pruebas prevista en el artículo 181 del CPACA y se corrió traslado para alegar de conclusión.

5. Alegatos de Conclusión

5.1 Parte demandante, luego de referirse brevemente a las pruebas obrantes al proceso, señala *"las conclusiones son muy contundentes, un conscripto militar causó la muerte a otro –Walther Peña Gamboa-, en un acto de intemperancia, utilizando para el efecto un arma de dotación oficial, cuando se encontraban en el interior de una Base Militar, configurándose de manera contundente el nexo causal"*². – Negrilla y subrayado del original–.

5.1 La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, considera que el deceso del señor Walther Peña Gamboa fueron consecuencia directa del actuar de un tercero, por lo que se configura una causal eximente de responsabilidad (folios 160 a 165).

6. Concepto del Ministerio Público

El señor agente del Ministerio Público no rindió concepto dentro de este asunto.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

El Despacho es competente para conocer en primera instancia de la presente demanda de reparación directa de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 155 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo³ y lo dispuesto por el

² Folios 154 a 159.

³ **Artículo 155. Competencia de los jueces administrativos en primera instancia.** "Los jueces administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos:
(...)"

Acuerdo CSBTA15-430 del 1 de octubre de 2015 de la Sala Administrativa del Consejo Seccional de la Judicatura de Bogotá⁴.

2. Problema jurídico a resolver

Conforme se estableció en la fijación del litigio efectuada dentro de la audiencia inicial celebrada dentro de este asunto, el problema jurídico se contrae a determinar si la Nación, Ministerio de Defensa, Policía Nacional, debe ser declarada patrimonialmente responsable por la muerte del señor **WALTHER PEÑA GAMBOA**.

3. Tesis

El despacho considera que se deberá acceder a las pretensiones de la demanda, toda vez que cuando la persona reclutada para prestar el servicio militar obligatorio por el deber impuesto en la Constitución sufre un menoscabo en su integridad personal o psicológica, por hechos que ocurran durante el servicio y con ocasión del mismo, la posición de garante que adquiere el Estado y la obligación de custodia permiten atribuirle responsabilidad, pues debe mantener y devolver al conscripto en el mismo estado en que se encontraba antes de ingresar a las filas. Con mayor razón, cuando se demuestra falla del servicio materializada en la actividad de un compañero de armas.

Responsabilidad del Estado por daños derivados del servicio militar obligatorio

El artículo 216 Superior señala como obligación que le asiste a todos los colombianos la de *"tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas..."*

En lo atinente al servicio militar obligatorio, el artículo 10 de la Ley 48 de 1993⁵, vigente para la época, preceptuaba: *"Todo varón colombiano está obligado a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller. La obligación militar de los colombianos termina el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad."*

6. De los reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía no exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes..."

⁴ A través del cual se ordenó la remisión de algunos procesos de la Sección Tercera de los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Bogotá a los Despachos de la Sección Primera.

⁵ Derogado por el artículo 81 de la Ley 1861 de 2017.

A su turno, el artículo 13 de la misma ley señalaba que el servicio militar obligatorio puede prestarse como *soldado regular* (de 18 a 24 meses), *soldado bachiller* (durante 12 meses), *auxiliar de policía bachiller* (durante 12 meses) y *soldado campesino* (de 12 hasta 18 meses).

Se trata por consiguiente, de una imposición originada en la voluntad del Constituyente y justificada en el principio de solidaridad; en Sentencia T-409 del 8 de junio de 1992, la H. Corte Constitucional dejó en claro que el aporte de todo nacional al sostenimiento de las instituciones, mediante su forzosa vinculación temporal a los cuerpos armados y su disposición a tomar las armas cuando las necesidades lo exijan para mantener la legitimidad democrática, la independencia y la integridad del Estado, encuentra sustento en los artículos 95, numeral 3, y 216 de la Constitución Política, de lo cual resulta que "*no se trata de tiránica imposición sino de la natural y equitativa consecuencia del principio general de prevalencia del interés social sobre el privado, así como de las justas prestaciones que la vida en comunidad exige de cada uno de sus miembros para hacerla posible*".

Como quiera que se trata de una imposición *de lege*, impone por contrapartida una especial consideración frente a la situación de quienes por esa vía –y no por voluntad propia– deben tomar las armas, pues sin duda se trata de una carga superior y extraordinaria, sobre todo si se tiene en cuenta la especial circunstancia que presenta el Estado Colombiano en materia de orden público, que ha valido para que se reconozca la existencia de un conflicto armado.

En este orden de ideas, se tiene que el artículo 90 de la Carta, 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*"⁶.

Con base en esta disposición, se ha establecido jurisprudencialmente que sin perjuicio de las prestaciones establecidas en los ordenamientos especiales, el Estado debe responder por los daños causados a los soldados conscriptos vinculados en cualquiera de la modalidades establecidas en la Ley 48 de 1993, señalando al efecto que, los criterios de imputación a partir de los cuales se justifica la declaratoria de

⁶ La jurisprudencia ha precisado que si bien en esta disposición no se establece una definición de daño antijurídico, ni en la ley, éste hace relación a "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". Sobre el particular, ver: Consejo de Estado, Sección tercera, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Sentencia de 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

responsabilidad oscilan entre aquellos i) de naturaleza objetiva –tales como el daño especial o el riesgo excepcional–, y la ii) falla del servicio, siempre y cuando el supuesto fáctico permita tener por acreditada ésta.

Sobre el particular, el Consejo de Estado puntualizó:

“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 peligrosos; 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. En providencia de 2 de marzo de 2000, dijo la Sala:

“... 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"⁷ –Se resalta–.

Se tiene entonces, que en lo relativo a los perjuicios ocasionados a soldados conscriptos, en la medida que la voluntad se ve doblegada por el *imperium* del Estado, cuando se someten 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, cuando respecto de 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 todo caso, en este tipo de procesos la reivindicación del principio *iura novit curia* se impone de oficio, pues siempre deberá verificarse si el daño alegado -y probado- le resulta imputable o atribuible al Estado con fundamento en uno cualquiera de los títulos de imputación a que se ha hecho referencia; ello en razón a que si es el Establecimiento el que impone el deber de prestar el servicio militar, al mismo le incumbe per se la obligación de garantizar la integridad del soldado sometido a esa condición de sujeción, pues estará así a su custodia y cuidado; obligación que será mayor en las situaciones en que resulte puesto en posición de riesgo, lo cual, en términos de imputabilidad, significa que deberá responder por los daños que le sean irrogados en relación con la ejecución de la carga pública envuelta en dicho servicio.

La administración excluirá su responsabilidad en los casos que se demuestre la ocurrencia de una causal extraña, caso en el cual será imprescindible analizar los detalles de tiempo, modo y lugar en que se produjo el daño, por cuanto "*...es posible que el Estado haya contribuido co-causalmente a la generación del mismo, de manera específica al poner al conscripto en la situación de riesgo, o bien por una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas o por una falla del servicio*"⁸.

De ahí que aun cuando aparezca demostrado que la causa directa, inmediata y material del daño haya sido el actuar de un tercero o de la propia víctima, inclusive, si el resultado puede tener una relación

⁷ Expediente 11401

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, CP. Enrique gli Botero, sentencia del 14 de septiembre de 2011, expediente 19.031.

mediata con el servicio que estaba desplegando el soldado, la entidad no podrá desprenderse de su responsabilidad, toda vez que también podría serle atribuible jurídicamente.

En este orden, se observa que la parte demandante pretende se declare la responsabilidad estatal por la muerte del señor Walther Peña Gamboa, mientras prestaba el servicio militar obligatorio en el Ejército Nacional. Así las cosas, la responsabilidad del Estado en este caso deberá edificarse a través del título de imputación denominado "daño especial".

HECHOS PROBADOS

1. Sobre el vínculo del señor Walther Peña Gamboa y el Ejército Nacional

Obra en el expediente la constancia expedida por el Jefe de Personal Batallón de Ingenieros No 12 "General Liborio Mejía", en la que se señala que *"el extinto SLR. PEÑA GAMBOA WALTER, identificado con la Cedula de Ciudadanía No. 1193466456, fue incorporado para prestar el servicio militar en el Batallón de Ingenieros No. 12..."*. (Fl. 12 C. 2 Pruebas).

2. El daño

Con el Registro Civil de Defunción, Indicativo Serial No 9023479 obrante al plenario⁹, el Juzgado encuentra acreditado el daño sufrido por los demandantes cuya indemnización se reclama.

3. La imputabilidad del daño

Establecida la existencia de un daño antijurídico, cierto, e indemnizable, sufrido por los demandantes, que constituye el primero de los elementos de la responsabilidad patrimonial del Estado, es preciso verificar el segundo: la imputación de ese daño al Estado.

En cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar como ocurrieron los hechos, se tiene que con el oficio No. JA02-017-0444 de 13 de julio de 2017, la Fiscalía Tercera Especializada – Subdirección Seccional de Fiscalías y Seguridad Ciudadana remitió "fotocopias del proceso NUNC 180016000553201500070, por el delito de homicidio agravado por hechos terroristas, hechos ocurridos el 13/01/2015 en la

⁹ Folio 7 C. 2

Vereda la Florida, jurisdicción del Municipio de Paujil Caquetá en tres cuadernos.

Como quiera que la prueba trasladada no fue coadyuvada por el Ejército Nacional, a quien se le tuvo por no contestada la demanda, tal como se señalará en líneas anteriores, deberá el despacho previamente referirse a su valor probatorio, para lo cual se trae a colación lo expuesto por el Consejo de Estado en providencia del 19 de octubre de 2011¹⁰, así:

“En lo que se refiere a la prueba trasladada, debe reiterarse lo expuesto por la Sala en el sentido de que aquellos medios que no cumplan con los requisitos previstos en el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil, es decir, que en el proceso primitivo se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con su audiencia, o que en su defecto no hubieren sido solicitadas en el proceso contencioso administrativo por la parte contra quien se aducen, no podrán ser valoradas en éste. También ha establecido la Sala que en los eventos en los cuales el traslado de las pruebas rendidas dentro de otro proceso hubiere sido solicitado por ambas partes, dichas pruebas pueden ser tenidas en cuenta en el proceso contencioso administrativo sin limitaciones, aun cuando hayan sido practicadas sin citación o intervención de alguna de ellas en el proceso original y no hayan sido ratificadas en el contencioso administrativo, considerando que, en tales casos, resulta contrario a la lealtad procesal que las partes soliciten que la prueba haga parte del acervo probatorio, pero que en el evento de resultar desfavorable a sus intereses invoquen las formalidades legales para su inadmisión.

Si no se cumple alguno de los mencionados requisitos, la posibilidad de apreciar tales pruebas dependerá si en el proceso al cual se trasladan se atienden las formalidades que la ley ha

¹⁰ Radicación número: 68001-23-15-000-1999-00606-01(20861) MP: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. Actor: GUSTAVO CUELLO DÍAZ Y OTROS. Demandado: NACIÓN - INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO.

establecido respecto de cada una de éstas, asunto que precisó la Sala en los siguientes términos:

"Conforme a lo anterior, se tiene que los testimonios practicados en un proceso diferente de aquél en el que se pretende su valoración sólo pueden ser tenidos en cuenta por el juzgador cuando son trasladados en copia auténtica, y siempre que hayan sido practicados con audiencia de la parte contra la cual se aducen, o cuando, sin cumplimiento de este último requisito, son ratificados en el nuevo proceso, siguiendo el procedimiento previsto en el artículo 229 del C. de P. C. Si no se dan estas condiciones, las pruebas aludidas no podrán apreciarse válidamente...

"En cuanto a los documentos, públicos o privados autenticados, podrán ser valorados en el proceso contencioso administrativo al cual son trasladados, siempre que se haya cumplido el trámite previsto en el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil. En efecto, una vez allegado el documento, deberá expedirse un auto que ordene tenerlo como prueba; la parte contra la cual se aduce podrá tacharlo de falso dentro de los cinco días siguientes a su notificación..."^{11,12}

La Sala al revisar los documentos que proceden, como prueba trasladada, del proceso penal, observa que pueden ser valorados en esta oportunidad, porque tales medios de prueba han permanecido a disposición de las partes durante el curso del proceso y ninguna de ellas ha controvertido la autenticidad de los mismos (ejercicio positivo y negativo del derecho de contradicción de la prueba¹³), razones por las cuales tales pruebas

¹¹ Ver sentencias proferidas por la Sección Tercera el 18 de septiembre de 1997, expediente: 9666 y sentencia del 8 de febrero de 2001, expediente 13.254.

¹² Posición reiterada en sentencia del 9 de mayo de 2011, expediente: 17608.

¹³ El precedente jurisprudencial constitucional señala: "El derecho de contradicción apunta a dos

serán apreciadas en el *sub lite* con el valor legal que les corresponde¹⁴". –Subrayado y cursiva del original–.

En este orden de ideas, se tiene que en la audiencia de pruebas celebrada el 18 de octubre de 2017, se ordenó tener como prueba la documental trasladada por el proceso penal sin que en aquella oportunidad o en una posterior se controvirtiera su autenticidad por las partes, por lo que el Despacho procederá a su valoración.

Recapitulando, en lo atinente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar como ocurrieron los hechos, los cuales dieron lugar a la patología presentada por el demandante, obran en el expediente las siguientes pruebas:

Oficio Emitido por el Comandante Tercera Escuadra Albán 2, en el cual se consigna¹⁵:

"...siendo las 08:30 am (sic) aproximadamente cuando me encontraba realizando unas actividades en el container cuando de repente escuche un disparo y al instante otros dos disparos de inmediato reaccione y cuando iba (sic) saliendo del container escuché un último disparo cuando llegue (sic) al lugar en donde se avian (sic) escuchado los disparos ya se encontraban los cuerpos sin vida de los soldados regulares peña gamboa Walter y Gaitán Lugo Jonatán. Según la versión del soldado regular franco Pérez Diego dijo a ver (sic) observado que después de hacerse unas señas ambos soldados se acercaron y el soldado Gaitán Lugo Jhonatan presuntamente le disparó al soldado Peña Gamboa Walter quitándole la vida y al instante procedió a quitarse la vida"¹⁶

fenómenos distintos. De una parte, a la posibilidad de oponer pruebas a aquellas presentadas en su contra. Desde esta perspectiva, el derecho de contradicción aparece como un mecanismo directo de defensa, dirigido a que las razones propias sean presentadas y consideradas en el proceso. Su vulneración se presentaría cuando se impide o niega la práctica de pruebas pertinentes, conducentes y oportunas en el proceso. Por otro lado, se refiere a la facultad que tiene la persona para (i) participar efectivamente en la producción de la prueba, por ejemplo interrogando a los testigos presentados por la otra parte o por el funcionario investigador y (ii) exponer sus argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba". Corte Constitucional, sentencia T-461 de 5 de junio de 2003, expediente: T-696038.

¹⁴ Este criterio fue expuesto por la Sala en sentencia del 26 de marzo de 2008, expediente: 34038.

¹⁵ Folio 1 C 2.

¹⁶ Lo anterior es reproducido en el informe administrativo por muerte No 001/2015, emitido por el Comandante del Batallón de Ingenieros No 12, visible a folios 36 y 49 C. 2 de 3.

Declaración juramentada rendida por el Soldado Regular Ilder Guzmán Cortez, dentro de la indagación preliminar 002-2015, donde manifiesta¹⁷:

"...estaba con el SLR. CRISTANCHO quien era el centinela cuando de un momento a otro se nos acercó (sic) el SLR. GAITÁN (...) estaba recochando con nosotros y de un momento a otro, yo estaba conectado al internet y escuche que el SLR. GAITÁN dijo quiere cinco y disparo al estar más o menos a una distancia de 7 metros y fue donde el remato al SLR. PEÑA y después de un momento se quitó la vida..."

Declaración juramentada rendida por el Soldado Regular Diego Fernando Franco Pérez, dentro de la indagación preliminar 002-2015, donde manifiesta¹⁸:

"...Yo la verdad me encontraba al lado de Peña, se hacían señas con Gaitán, Peña le manifestaba a Gaitán por señales que se fueran para otro lado y le hacía con las manos empuñadas, entonces fue cuando Peña se terció el fusil en la espalda y se le fue a Gaitán y Gaitán también se le vino y ahí cargo el fusil y ahí mismo le disparo le pegó un tiro y Peña siguió caminando voltio como a los baños y hay (sic) callo (sic) en el piso y hay (sic) Gaitán le pego otros dos tiros y Gaitán se devolvió para el baño y ahí se pegó el tiro..."

Declaración juramentada rendida por el Soldado Regular Arnulfo Cristancho Lozada, dentro de la indagación preliminar 002-2015, en los siguientes términos¹⁹:

"...siendo más o menos las 08:15 am hace presencia el SLR. GAITÁN LUGO JHONATHAN, él se acercó donde nosotros y comenzamos a hablar donde él comentaba que quería que lo cambiaran de pelotón

¹⁷ Folios 44 a 46 C 2

¹⁸ Folios 48 a 49 C 2

¹⁹ Folios 51 a 53 C 2

por el motivo de que el SLR. PEÑA le había pegado y que el de pronto la embarraba, nosotros le dijimos que no se preocupara que eso no pasaba nada, y entonces se sentó en una pesa que había y comenzamos a bromear entre nosotros tres, ya cuando eso en la garita 3 estaba el SLR. PEÑA, y entonces comenzó a hacerle señas de que los dos solitos se fueran a pelear, y le indicaba con el dedo tomar la dirección hacia atrás. Entonces yo le dije a Gaitán que no le pusiera cuidado, entonces él dijo ese man es más cansón, y seguí diciéndole que no le pusiera atención. Ya estando ahí yo mire hacia la garita 3 y se acercaba con rapidez el SLR. PEÑA venia rápido y bravo – molesto y entonces yo mire que estaba cerquita de un momento a otro se levantó el SLR. GAITÁN, y se fue hacia el SLR. PEÑA contra él, rápido; en cuestión de segundos se acercó y le dijo que quiere 5 y le propino los disparos, a lo que le propino el primer disparo y cayo y le propino dos disparos más al estar tendido, y entonces el inmediatamente se aleja dando cuatro pasos y se dispara el mismo...”

En el mismo sentido declaró el soldado regular Luis Alberto Suarez Pino (folios 167 a 168.

De conformidad con lo hasta aquí expuesto, el Despacho puede concluir que la muerte de WALTHER PEÑA GAMBOA ocurrió cuando prestaba servicio militar obligatorio como fusilero de la base a la cual estaba adscrito y otro de sus compañeros, también soldado regular de la compañía, le disparó, con el arma de dotación que le había sido asignada ese día para la prestación del servicio de guardia.

Resulta evidente para el Juzgado que si bien el soldado WALTHER PEÑA GAMBOA debía soportar la carga que implicaba la prestación del servicio militar, consistente en ver limitada su libertad, lo cierto es que esa carga se desbordó en la medida en que, perdió vida por uno de sus compañeros, quien empleó para ello el arma de dotación oficial de que lo había dotado la propia administración para el servicio.

Resulta palmaria la responsabilidad del Estado, toda vez que ese daño se produjo dentro de las instalaciones del batallón en el que se encontraban adscritos los soldados y se causó con arma de dotación oficial, aunado al hecho del estado de conscripción de la víctima, que

obliga al Estado a devolverlo sano a la sociedad al final del servicio, por lo que se impone en consecuencia declararar administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por la muerte de WALTHER PEÑA GAMBOA.

Los perjuicios demostrados y el monto de la indemnización

Para el reconocimiento de perjuicios se requiere el cumplimiento de los siguientes requisitos: 1. La legitimación para reclamar; 2. La demostración del perjuicio; 3. La relación de causalidad entre el perjuicio y la indemnización solicitada.

Legitimación en la causa

Con los registros civiles obrantes al plenario, queda acreditado que el hoy occiso WALTHER PEÑA GAMBOA, era hijo de REYNALDA PEÑA GAMBOA²⁰ y que VALENTINA, LUISA FERNANDA, FLORAIDA, OLGA LUCIA y JHOANA PEÑA GAMBOA eran sus hermanas²¹, por lo que se encuentran legitimados en la causa por activa.

La demostración del perjuicio

Acerca de los daños causados por la muerte de una persona, el Despacho haciendo suyo el pensamiento del Consejo de Estado, debe señalar que con la simple acreditación de la relación de parentesco mediante los respectivos registros civiles de nacimiento, se presume que los parientes cercanos de una víctima fatal han sufrido un perjuicio de orden moral; en efecto, la simple acreditación de tal circunstancia, para eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos, cuando alguno de estos hubiere fallecido o sufrido una lesión, a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política y de las máximas de la experiencia, resulta posible inferir que el peticionario ha sufrido el perjuicio por cuya reparación demanda.

Agréguese a lo anterior que, es lo común, lo esperable y comprensible, que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras afecciones cuando se produce la muerte de una persona; asimismo, la tasación de este perjuicio, de carácter extrapatrimonial, dada su especial naturaleza, no puede ser sino compensatoria, por lo cual, corresponde al juzgador, quien con fundamento en su prudente juicio debe establecer, en la situación concreta, el valor que

²⁰ Folio 1 c 2

²¹ Folios 2 al 6 c 2

corresponda, para cuyo propósito debe tener en cuenta la naturaleza y la gravedad de la aflicción y de sus secuelas, de conformidad con lo que se encuentre demostrado en el proceso.

En el caso que hoy ocupa al Despacho, según lo ya expresado, puede inferirse que el daño moral sufrido por los familiares del señor Walther PEÑA Gamboa fue de gran intensidad, en atención a las circunstancias en que se produjo la muerte de la referida persona y que quedaron establecidas en esta sentencia y que se corrobora con los testimonios rendidos por las señoras JESSICA MARIA GARCES IBARGUEN y MARIA DOLLY LOPEZ CHICA, quienes dan fe de las buenas relaciones existentes entre los integrantes del grupo familiar, razón por la cual se impone acceder al reconocimiento de una indemnización equivalente al valor de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la ejecutoria de esta providencia, a favor de la madre, y cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de sus hermanas.²²

Perjuicios materiales

Debe primero establecerse las pautas fijadas por la jurisprudencia del H. Consejo de Estado respecto a los eventos en que, previa declaratoria de responsabilidad administrativa de la entidad, hay lugar a reconocer lucro cesante en favor **de los padres** de los conscriptos cuando estos han fallecido. Así, el Tribunal Supremo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, ha reiterado²³:

"[D]e tiempo atrás la Sala ha estimado que si bien no percibía remuneración por encontrarse prestando el servicio militar se presume que una vez cumplido el mismo se reintegraría a la vida productiva, donde devengaría al menos el salario mínimo.

Así lo ha considerado la Sala en anterior oportunidad:

²² De conformidad con lo señalado por el Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de septiembre 6 de 2001, Rad 13232, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; Radicación número: 19001-23-31-000-2000-03226-01(26855). Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON.

²³ Ver sentencia de veinticinco (25) de abril de dos mil doce (2012), radicación: 44001233100019990029-01 (22737), y sentencia de catorce (14) de marzo de dos mil doce (2012), radicación: 25000-23-26-000-1999-01532-01(22632), ambas de la Subsección C de la Sección Tercera con Ponencia de la Dra. Olga Melida Valle De De La Hoz entre otras.

sentencia

No existe prueba de que el soldado lesionado realizara una actividad lucrativa antes de ingresar al Ejército a prestar su servicio militar obligatorio, a pesar de que en la demanda se informó que trabajaba en la construcción. Pero habida cuenta que al momento de los hechos se encontraba prestando el servicio militar, se presume que una vez cumplido el mismo o dado de baja, habría de reintegrarse a la vida productiva, en la que por lo menos percibiría un salario legal mínimo. La liquidación del lucro cesante se hará con base en el salario mínimo legal mensual vigente, por ser superior a la suma actualizada del salario mínimo legal mensual vigente de la época de los hechos, calculado desde el momento en el cual fue dado de baja del servicio militar obligatorio. Para la liquidación del perjuicio material se mantendrá el porcentaje señalado como pérdida de la capacidad laboral (60%), porque en relación con ese aspecto la sentencia no fue objeto de apelación, pero la Sala advierte que, de acuerdo con la jurisprudencia adoptada, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, se condena al 100% del pago del lucro cesante cuando una persona ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral "entendida ésta como el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten desempeñarse en su trabajo habitual (Decreto 917 de 1999, art. 2, lit. c)". Nota de Relatoría: Ver sentencia de 29 de enero de 2004, expediente 18.273 y de 5 de diciembre de 2005, exp: 13.339 Fuente formal: artículo 38 de la Ley 100 de 1993. Decreto 917 de 1999, art. 2, lit. C"²⁴

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de marzo 1 de 2006, rad. 13887, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

Ahora bien, las mismas declaraciones ya reseñadas fueron unánimes en manifestar que antes de ingresar al Ejército, el joven Gamba Ramírez vivía con sus padres y sus hermanos y se dedicaba a sembrar papa, actividad de la cual percibía ingresos aproximados de \$700.000 pesos mensuales.

Al respecto se precisa que los testimonios acreditan que en efecto existía una actividad económica antes de ingresar a prestar el servicio militar pero como al no estar probado por otro medio el monto de lo percibido, se liquidará tomando como base el salario mínimo actual, es decir la suma de \$566.700.

Para ese efecto se tendrá en cuenta la fecha en que culminaría el servicio militar obligatorio y el cumplimiento de los 25 años, ya que la jurisprudencia de esta Corporación ha entendido que el hijo soltero contribuye al sostenimiento de su casa materna hasta esa edad, pues se presume que a partir de la misma forma su propio hogar.

“En los términos solicitados en la demanda, y como quiera que se trata de la muerte de un soldado conscripto, la Sala decretará a título de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante, las sumas que Marín Gil ha debido percibir durante el período comprendido entre la fecha en que terminaría la prestación del servicio militar obligatorio y el momento en que cumpliría 25 años de edad, como quiera que se entiende, conforme a las reglas de la experiencia, que un hijo ayuda a sus padres hasta que cumple la mencionada edad, oportunidad en la cual se presume inicia una vida independiente”²⁵. (Se destaca)

²⁵ Nota original de la sentencia en cita: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de octubre 15 de 2008, rad 18586 C.P. Enrique Gil Botero.

Según el razonamiento que se cita, ha de entenderse -en principio- que es a partir del momento en que se hubiera retirado del servicio el hoy occiso, que iniciaría su vida productiva; significando con lo anterior que será desde esa fecha y no a partir de la ocurrencia de los hechos, que debe liquidarse el lucro cesante a favor de los familiares de la víctima²⁶. Incluso, se desprende que así no exista prueba de que el soldado realizara una actividad lucrativa antes de ingresar al Ejército a prestar su servicio militar obligatorio, "se presume que una vez cumplido el mismo o dado de baja, habría de reintegrarse a la vida productiva, en la que por lo menos percibiría un salario legal mínimo".

Así también, el criterio jurisprudencial nacido de la experiencia humana, refiere que el hijo soltero contribuye al sostenimiento de su casa paterna hasta los 25 años, pues se presume que a esa edad la abandona para formar su hogar, realidad que normalmente impide atender las necesidades económicas de otros frentes familiares.

Como quiera que no se tiene certeza acerca de la fecha en que el señor WALTHER PEÑA GAMBOA cumpliría el servicio militar obligatorio, no es posible proceder a la liquidación en concreto de la indemnización por lucro cesante consolidado a favor de la señora REYNALDA PEÑA GAMBOA, por lo que se ordenará su reconocimiento en forma genérica, señalándose para ello por parte del Despacho las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental según los artículos 193 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y 135 a 139 del Código de Procedimiento Civil, por el periodo comprendido entre el día siguiente a la fecha en que este cumpliría el servicio militar hasta el 25 de abril de 2018, fecha de expedición de la presente providencia.

²⁶ Así lo ha sostenido el H. Consejo de Estado en sentencia de febrero 4 de 2010, expedientes acumulados 15.061 y 15.527: "(...) la Sala adoptará dentro de este proveído el salario mínimo legal vigente para la fecha de la presente providencia, toda vez que por tratarse precisamente de un soldado amparado bajo el régimen de conscripción, no existen en el proceso pruebas que determinen que el soldado Ibáñez Méndez percibía un ingreso como contraprestación por el servicio prestado de manera obligatoria, pero que en consideración al criterio de la Corporación según el cual se entiende que a partir del retiro del servicio el demandante iniciaría su vida productiva, se accederá a la referida indemnización. De igual manera se precisa que la indemnización que dentro de esta sentencia se reconocerá será cuantificada desde la fecha en la cual el actor se retiró de la entidad a causa de su lesión, hasta su vida probable -con base, claro está, en su incapacidad física- y no a partir de la ocurrencia de los hechos".

De igual manera ver sentencia de julio dieciocho (18) de dos mil doce (2012), con ponencia del Dr. Mauricio Fajardo Gómez, radicación número: 52001-23-31-000-2001-00559-01 (20079), en la que se precisó: "...Lo anterior cobra mayor fundamento si se tiene en cuenta que por tratarse de un soldado regular, la víctima no percibía remuneración alguna, dado que el vínculo para con el Estado surgió del cumplimiento del deber constitucional de defensa de la independencia, de la soberanía nacional y de las instituciones públicas y, por lo mismo, tal relación no revistió de carácter laboral alguno."

Al momento de liquidar los perjuicios materiales a favor de la señora PEÑA GAMBOA, madre del occiso, se tendrá como salario base de liquidación el salario mínimo mensual legal vigente, como quiera que las reglas de la sana crítica enseñan que una persona laboralmente activa, no podría devengar menos de este monto. A esa suma se adicionará el 25% por prestaciones sociales y, de otra parte, se deducirá de dicho valor el 50%, correspondiente al valor aproximado que Walther Peña Gamboa destinaría para su propio sostenimiento.

Para la liquidación del lucro cesante consolidado se recurrirá a la fórmula matemático – actuarial utilizada por la jurisprudencia para tal efecto, la cual se expresa en los siguientes términos:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i}$$

Donde,

S: es la indemnización a obtener.

Ra: renta actualizada

n: número de meses que comprende el período indemnizable (desde el día siguiente al cumplimiento del servicio militar y hasta la fecha de la presente sentencia 25 abril de 2018).

i: interés puro o técnico que corresponde a 0,004867

El incidente deberá ser promovido por el interesado mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada en su cuantía, estimada bajo juramento, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia o al de la fecha de notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Dicho incidente se resolverá mediante auto. Vencido dicho término caducará el derecho y se rechazará de plano la liquidación extemporánea.

Liquidación por concepto de lucro cesante futuro.

Indemnización que corre desde el día siguiente a la fecha en que se profiere esta sentencia (25 de abril de 2018) hasta el momento en que el señor Walther Peña Gamboa cumpliría la edad de veinticinco (25) años, es decir el 6 de julio de 2018, conforme la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1+i)^n - 1}{i(1+i)^n}$$

S=indemnización futura

Ra= Renta actualizada;

n= número de meses comprendidos entre el mes de la sentencia y la fecha en que Walther Peña Gamboa cumpliría los 25 años de edad, para un total de 2.10 meses

i= interés legal.

$$S = \frac{488.276 (1 + 0.004867)^{2,10} - 1}{0.004867 (1+0.004867)^{2,10}}$$

$$S = 488.276 \frac{0.01024}{0.00491}$$

$$S = 1.018.318,98$$

Costas y agencias en derecho

Por último, el despacho señala que de acuerdo con lo establecido en el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, se condenará a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional al pago de costas, cuya liquidación se realizará por la Secretaría de este Despacho.

Respecto de las denominadas agencias en derecho, su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2 del mencionado acuerdo, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicarán gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se evidencia que el apoderado de la parte actora presentó la demanda, se hizo presente en la audiencia de inicial ejerciendo su derecho a la defensa y presentó alegatos de conclusión.

Es por lo anterior, que el Despacho fija como agencias en derecho el uno por ciento (1%) del valor de las pretensiones reconocidas en el fallo.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: DECLÁRASE patrimonialmente responsable a la **Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional**, por la muerte del señor WALTHER PEÑA GAMBOA, ocurrida el 13 de enero de 2015.

SEGUNDO: CONDENASE a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional-, a pagar, a las personas que se relacionan a continuación, las siguientes sumas de dinero, **por concepto de perjuicios morales**, ocasionados con la muerte del señor WALTHER PEÑA GAMBOA:

A REYNALDA PEÑA GAMBOA, en su calidad de madre, el equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A VALENTINA PEÑA GAMBOA, LUISA FERNANDA PEÑA GAMBOA, FLORAIDA PEÑA GAMBOA, OLGA LUCIA PEÑA GAMBOA y JHOANA PEÑA GAMBOA, hermanas del occiso, el equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de cada una de ellas.

TERCERO: Condenar a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a pagar a título de indemnización de perjuicios materiales, en modalidad de lucro cesante consolidado a favor de la señora REYNALDA PEÑA GAMBOA, liquidados de acuerdo con el artículo 193 de la Ley 1437 de 2011 y los lineamientos de este Despacho, por incidente que deberá promover el interesado mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, estimada bajo juramento, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia o al de notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Dicho incidente se resolverá mediante auto. Vencido dicho término caducará el derecho y se rechazará de plano la liquidación extemporánea.

CUARTO: Condenar a La Nación - Ministerio de Defensa, Ejército Nacional a pagar, la suma de **\$1.018.318,98** a favor de REYNALDA PEÑA

GAMBOA, por concepto de perjuicios materiales, en la modalidad de lucro cesante futuro.

QUINTO: Se condena en costas a la entidad demanda, y a favor de la parte demandante, según lo expuesto, Las costas se liquidaran en secretaria.

SEXTO: Fíjense el 1% del valor de las pretensiones reconocidas en el fallo, por concepto de agencias en derecho, de conformidad con lo establecido numeral 3.1.2 del artículo 6 del Acuerdo 1887 del 26 de junio de 2003 de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

SÉPTIMO: Dar cumplimiento a la sentencia en los términos previstos en los artículo 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011.

OCTAVO: En firme la presente providencia, procédase por Secretaría al archivo del expediente y devolver, si a ello hay lugar, los excedentes de gastos del proceso, dejando expresa constancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LARRY YESID CUESTA PALACIOS
Juez