|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá D.C., veintidós (22) de noviembre de dos mil dieciocho (2018)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420170001800** |
| DEMANDANTE | **BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE Y OTROS** |
| DEMANDADO | **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL** |
| MEDIO DE CONTROL | **REPARACIÓN DIRECTA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia en el proceso de REPARACION DIRECTA iniciado por BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE, FERNANDA IVONI SANCLEMENTE RODRÍGUEZ, HOJAN DANIEL VALENCIA SANCLEMENTE, ERIK DUBAN VALENCIA SANCLEMENTE, JURANNY MICHEL VALENCIA SANCLEMENTE, STELLA MARÍA RODRÍGUEZ ORDOÑEZ, ABRAHAM FERNANDO SANCLEMENTE GARNICA en contra de NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL.

* 1. **ANTECEDENTES:**
	2. **La DEMANDA**
		1. **PRETENSIONES**
			1. *.Que mediante sentencia que haga tránsito a cosa juzgada, previos los tramites consagrados en los artículos 140, 171, 187 y subsiguientes del CPACA, en armonía con lo dispuesto en el artículo 90 de nuestra Constitución Nacional y demás normas concordantes vigentes aplicables al presente caso, se declare administrativamente responsables de forma solidaria a las entidades aquí demandadas LA NACION- MINISTERIO DE DEFENSA y EJERCITO NACIONAL de la totalidad de los daños y perjuicios de todo orden causados y futuros al soldado BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE por su compañero de pelotón, producto del disparo con el arma de fuego de dotación oficial en su fémur y pierna derecha en hechos ocurridos el día* ***08 de septiembre de 2015*** *durante la prestación de su servicio militar obligatorio en la BASE MARQUETALIA - Sur del Tolima de la Unidad Móvil No. 8 adscrita al Batallón Tenerife de la Novena Brigada con sede en Neiva-Huila y además se impongan las correspondientes condenas indemnizatorias derivadas del régimen y/o título de imputación que el despacho encuentre probados en aplicación del principio IURA NOVIT CURIA.*
			2. ***POR CONCEPTO DE PERJUICIO MORAL:***
1. *La suma equivalente a CIEN (100) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES actualizados al momento del fallo y/o acuerdo conciliatorio para el directo lesionado y perjudicado, soldado BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE.*
2. *La suma equivalente a CIEN (100) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES actualizados al momento del fallo y/o acuerdo conciliatorio para la madre del lesionado, señora FERNANDA IVONI SANCLEMENTE RODRIGUEZ.*
3. *La suma equivalente a CINCUENTA (50) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES actualizados al momento del fallo y/o acuerdo conciliatorio para el hermano del lesionado, el menor de edad HOJAN DANIEL VALENCIA SANCLEMENTE.*
4. *La suma equivalente a CINCUENTA (50) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES actualizados al momento del fallo y/o acuerdo conciliatorio para el hermano del lesionado, el menor de edad ERIK DUBAN VALENCIA SANCLEMENTE.*
5. *La suma equivalente a CINCUENTA (50) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES actualizados al momento del fallo y/o acuerdo conciliatorio para la hermana del lesionado, la menor de edad JURANNY MICHEL VALENCIA SANCLEMENTE.*
6. *La suma equivalente a CINCUENTA (50) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES actualizados al momento del fallo y/o acuerdo conciliatorio para la abuela materna del lesionado, señora STELLA MARIA RODRIGUEZ ORDOÑEZ.*
7. *La suma equivalente a CINCUENTA (50) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES actualizados al momento del fallo y/o acuerdo conciliatorio para el abuelo materno del lesionado, señor ABRAHAM FERNANDO SANCLEMENTE GARNICA.*

*Los anteriores rubros guardan consonancia con los parámetros establecidos por el Consejo de Estado en la sentencia mediante la cual unificó su jurisprudencia en materia de reconocimiento y liquidación de perjuicios morales en caso de lesiones personales, según se transcribe a continuación:[[1]](#footnote-1)*

*Aun cuando en el presente asunto no se ha determinado la merma en la capacidad laboral del lesionado, ello no implica la renuncia a solicitar indemnización por este concreto aspecto, pues el daño antijurídico cuya reparación se solicita es cierto. En ese entendido, se eleva petición de indemnización por concepto de perjuicios morales teniendo como base una discapacidad estimada del 50% atendiendo a las condiciones actuales de salud del exsoldado, quien en el momento todavía se encuentra incapacitado.*

*Aunado al porcentaje de pérdida de capacidad laboral, en este asunto debe tenerse en cuenta que el perjuicio moral ocasionado a BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE desborda la cuantía establecida por el Consejo de Estado como pauta para indemnizar este daño, en tanto no debe perderse de vista su corta edad -20 años- y las actividades que con seguridad no podrá volver a realizar, como jugar fútbol o practicar ningún deporte de impacto, y que antes de su accidente le producían gran placer, razón que lleva a solicitar como medida de reparación 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

*La solicitud que en esta ocasión se eleva, está calculada sobre un valor estimado de incapacidad laboral, por tanto no constituye un tope para la indemnización, la cual deberá atender a las concretas circunstancias de vida de BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE, y por ello desde ya solicito otorgar la medida de reparación que corresponda, que podrá ser superior a lo consignado, en consideración al principio de reparación integral.*

*Ahora bien, según la jurisprudencia trazada por el Consejo de Estado, el perjuicio moral puede inferirse a partir de los lazos de consanguinidad que unen a los parientes cercanos como lo son padres e hijos, abuelos, hermanos y cónyuge, por lo que es suficiente aportar prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros.*

*Sin embargo, comoquiera que la presunción de daño moral ha sido definida por la jurisprudencia actual pero no se encuentra consignada en disposición legal alguna, como establece el artículo 166 del Código General del Proceso para que el hecho se tenga por cierto, en esta ocasión el perjuicio solicitado quedará acreditado, además, con las declaraciones juramentadas que se aportan en la presente demanda respecto de la convivencia y/o dependencia económica del lesionado con sus abuelos maternos*

* + - 1. ***POR CONCEPTO DE PERJUICIO MATERIAL***

*1. Por concepto de perjuicio material en la modalidad de LUCRO CESANTE que resulte de aplicar a la fecha al momento del fallo y/o acuerdo conciliatorio, si a él se llegare, las fórmulas utilizadas por el Consejo de Estado con el pago de los correspondientes intereses.*

*Para el efecto, el despacho deberá tener en cuenta que BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE se encuentra en edad productiva, por lo que la liquidación se hará sobre el salario mínimo legal mensual vigente esto es, $737.717.oo, valor que se aumentará en un 25% correspondiente a prestaciones sociales ($ 922.146,25) y a ese nuevo valor se aplicará el porcentaje de incapacidad laboral que se presume dada la gravedad de las lesiones recibidas corresponde a un 50% ( $ 461.073,12) y/o el porcentaje que arroje la calificación de la Junta Médica.*

*A ese ingreso base de liquidación se aplicará la fórmula establecida para la liquidación del lucro cesante debido o consolidado desde la fecha de los hechos (08 de septiembre de 2015) hasta el momento del fallo y/o acuerdo conciliatorio aplicando la siguiente fórmula:*

 *S = RA (1+i)n-1/1*

*Posteriormente, se liquidará el lucro cesante futuro teniendo en cuenta la expectativa de vida de BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE, aplicando la siguiente fórmula:*

*S = Ra x (1+ i) n-1/ i (1+ i)n*

*En donde,*

*S = Es la indemnización a obtener*

*Ra = Ingreso base de liquidación.*

*I = Interés puro o técnico: 0.004867*

*N= meses desde los hechos hasta la expectativa de vida descontando el tiempo del periodo consolidado*

*Únicamente para efectos de determinar la cuantía de las pretensiones materiales en esta demanda, el cálculo se hará con la información vigente al momento de la presentación de este escrito introductorio, utilizando las fórmulas antes mencionadas, de lo cual se obtienen las siguientes sumas:*

***Lucro cesante consolidado:*** *Con el salario mínimo legal mensual vigente para el año 2017, con el aumento del 25% por concepto de prestaciones sociales y descontando el 50% que se presume, es la pérdida de capacidad laboral de BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE se halla el ingreso base de liquidación $461.073,12.*

*Desde la fecha de los hechos -08 de septiembre de 2015- hasta la fecha de la demanda, han transcurrido 16,5 meses.*

*S = $461.073,12 ((1.004867)16,5-1/ 0.004867)*

*S = $7'901.526;oo*

***Lucro cesante futuro:*** *Desde la fecha de los hechos hasta la expectativa de vida de BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE, restando el término correspondiente a la indemnización debida ÜJ, descontando el tiempo tenido en cuenta en el periodo consolidado.*

*S= $461.073,12 (1.004867)714, 3 – 1/ 0.004867 (1+0.004867) 714,3*

*S = $91780.997*

*Total perjuicios materiales al momento de presentación de la demanda: NOVENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIETNOS OCHENTA Y DOS MIL QUINIENTOS VEINTITRES PESOS M/CTE ( 99' 685.528) tuvo en cuenta la tabla de rentistas establecida en la Resolución 1555 de 2010 de la Superintendencia Financiera que tomó como base la experiencia obtenida para el periodo 2005-2008. Para la época de los hechos BRAYAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE tenía 19 años por lo que su expectativa de vida a ese momento era de 60,9 años, es decir, 730,8 meses.*

*Cabe mencionar que la cuantía de esta petición refleja la liquidación de perjuicios materiales para el momento de presentación de la demanda y no constituye un tope a la indemnización que deberá reconocerse, pues lo cierto es que al momento de proferirse el fallo, el juez haciendo uso de las fórmulas utilizadas por el Consejo de Estado, transcritas anteriormente, deberá efectuar nueva liquidación de acuerdo con los valores que para ese momento existan.*

* + - 1. ***POR CONCEPTO DE DAÑO A LA SALUD***

*La suma equivalente a CIEN (100) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSULAES VIGENTES en favor de BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE al momento del pago en efectivo.*

*Dicho perjuicio tiene respaldo en la evolución jurisprudencial que se ha gestado al interior del Consejo de Estado en cuanto a la indemnización del daño inmaterial, cabe hacer alusión a la sentencia de unificación de 14 de septiembre de 2011, a través de la cual se definió como categoría autónoma el concepto de "daño a la salud' referido a todo perjuicio inmaterial causado a la integridad psicofísica de una persona. La Sala Plena de la Sección Tercera acogió tal posición en las sentencias 19.031 y 38.222, ambas del 14 de septiembre 2011, bajo el siguiente fundamento:[[2]](#footnote-2)*

*Posteriormente, se han definido criterios de unificación en lo relacionado con el monto máximo de indemnización y la valoración cualitativa de las pruebas en que se fundamenta el daño a la salud. En efecto, a través de la sentencia de 28 de agosto de 2014 dentro del proceso Rad. N° 1997-01172-01 (31170) , la Sección Tercera del Alto Tribunal Contencioso Administrativo reiteró la regla de tasación acogida en las sentencias de unificación del 14 de septiembre de 2011, expedientes 19031 y 38222 según la cual el rango de indemnización oscila entre 10 y 100 SMLMV hasta 400 SMLMV en casos de extrema gravedad previa motivación, e introdujo ciertos parámetros en atención a la gravedad y naturaleza de la lesión padecida, para ser tenidos en cuenta en ejercicio del arbitrio iudice, como pasa a exponerse:*

*PORCENTAJE DE INCAPACIDAD INDEMNIZACION*

*Igual o superior al 50% = 100 SMLMV*

*Igual o superior al 40% = 80 SMLMV*

*Igual o superior al 30% = 60 SMLMV*

*Igual o superior al 20% = 40 SMLMV*

*Igual o superior al 10% = 20 SMLMV*

*Igual o superior al 1% = 10SMLMV*

*No obstante lo anterior, en sentencia de 28 de agosto de 2014 proferida dentro del proceso Rad. N° 2001-00278-01 (28804) se unificó el criterio de liquidación del daño a la salud en el sentido de abandonar la concepción cuantitativa que se venía empleando, y en su lugar reconocer un criterio cualitativo del daño objetivo con libertad probatoria en el que no será requisito demostrar un porcentaje de incapacidad laboral; también se aceptó en esa ocasión el derecho de reparación en casos de alteración de carácter temporal, con lo cual se eliminó la condición de permanencia o secuela que se exigía para el reconocimiento de este perjuicio. Así discurrió en esa ocasión la Sección Tercera del Consejo de Estado:[[3]](#footnote-3)*

*Ahora bien, aun cuando la jurisprudencia administrativa reconoció en un primer momento el resarcimiento del perjuicio a la salud únicamente a la víctima directa, lo cierto es que el Consejo de Estado ha venido morigerando esa determinación, para sostener que esta medida de reparación procede también de manera excepcional a favor de perjudicados diferentes a la víctima directa, cuando se encuentre acreditada una afectación en la salud psicofísica del solicitante.*

*En el presente asunto, es dable afirmar que la lesión en su fémur y pie derecho ocasionada a BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE le causó una alteración en su bienestar psicofísico que no estaba en la obligación de soportar, al tener que abandonar permanentemente actividades que disfrutaba como practicar deportes, correr o saltar, ello aunado a las demás implicaciones que las secuelas del traumatismo le acarrerará en su forma de caminar, lo cual incidirá directamente en su seguridad y autoestima.*

* + - 1. *Las entidades demandadas pagarán a los aquí demandantes la totalidad de los daños y perjuicios de todo orden, cuya existencia emerja de este asunto sin limitaciones de ninguna índole, tal y como lo ordena el artículo 16 de la ley 446 de 1998, que a la letra dice: "Dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de* ***reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales****". (Énfasis Mío)*
			2. *Las entidades demandadas deberán dar cumplimiento al fallo condenatorio que en su contra llegaré aprobarse en los términos de los Artículos 189, 192 y 195 del CPACA, es decir, todas las sumas se actualizarán y causaran intereses de mora.*
			3. *Que las demandadas pagaran a los demandantes la totalidad de los intereses al momento del fallo y/o acuerdo conciliatorio desde la fecha de la celebración del mismo hasta cuando se produzca su efectivo cumplimiento. Con fundamento en lo dispuesto por el artículo 1653 del Código Civil, todo pago se imputará primero a intereses. Se pagarán intereses moratorios desde el momento de la ejecutoria del fallo y/o auto que apruebe el acuerdo conciliatorio, tal y como lo estableció la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-188 de fecha 24 de Marzo de 1.999, Magistrado Ponente, Dr. JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO.*
			4. *Que se condene a las aquí demandadas al pago de los gastos, costas y agencias en derecho que se causen en ejercicio del presente medio de control, en los términos del artículo 188 y 306 del CPACA de conformidad con lo dispuesto en los artículos 361, 365 y 366 de la ley 1564 de 2015 -CGP, en armonía con lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 declarado inexequible mediante sentencia C-114 de 1999. (…)*
		1. Los **HECHOS** sobre los cuales basa su petición son en síntesis los siguientes:
			1. BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE, fue incorporado para prestar el servicio militar obligatorio a partir del día 08 de abril del año dos mil catorce (2014) en el Batallón de Artillería número 9 TENERIFE con sede en la ciudad de Neiva- Huila
			2. El día 08 de septiembre de 2015, mientras se encontraba ejerciendo su labor como soldado regular y preparándose para la formación, el señor Brayhan Aliño Oñate Sanclemente recibió un disparo en sus miembros inferiores, siendo el más afectado el derecho, el cual fue propinado por uno de sus compañeros, el soldado PUENTES MOTA JEFFERSON.
			3. El 12 de septiembre de 2015, el comandante de la unidad, elaboró el INFORMATIVO ADMINISTRATIVO POR LESIONES con ocasión de los hechos, el cual describió así:

*"De acuerdo al informe rendido por el Señor CP PEREZ BOLAÑO JORGE LUIS comandante de la pieza de mortero 120mm ubicada en la Base Militar Marquetalia, sobre los hechos ocurridos el día 08 de septiembre de 2015, siendo aproximadamente a las 18:00 horas mientras se encontraban en formación se escucha un disparo y de repente cae al suelo el SLR OÑATE SANCLEMENTE BRAYHAN ALIRIO CC 1111807058 quien fue impactado por disparo de arma de fuego calibre 5.56mm accidentalmente por el SLR PUENTE MOTA JEFFERSON CC 1075302257 donde acciona el disparador de su arma de dotación por accidente, el cual causa herida por arma de fuego en miembro inferior derecho y miembro inferior izquierdo, inmediatamente es atendido por el enfermero que se encuentra en la base le presta los primeros auxilios, posteriormente es evacuado hasta el puesto de mando atrasado donde es atendido en el dispensario de la Novena Brigada y remitido al Hospital Universitario de Neiva donde le diagnostican fractura abierta de la epífisis inferior del fémur derecho, como parte del tratamiento.* ***IMPUTABILIDAD:*** *De acuerdo al artículo 24 del decreto 1796 del 14 de septiembre de 2000 literales (A, B, C, D) En el servicio pero por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad profesional y/o Accidente trabajo literal B* ***Literal b.*** *XXXXXXX/ En el servicio pero por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad profesional y/o Accidente trabajo literal b, articulo 24 del decreto 1796 de 2000*

* + - 1. El soldado Oñate Sanclemente fue trasladado el 19 de Septiembre de 2015 del hospital universitario de Neiva al Hospital Militar Central con sede en Bogotá, lugar donde le fue prestada la atención médica hasta el 30 de diciembre del mismo año, fecha en la cual se le dio de alta para que continuará su tratamiento ambulatorio y por consulta externa en el dispensario de la unidad militar más cercana al municipio de Buenaventura-Valle.
			2. Producto del impacto en su pierna derecha con proyectil de arma de fuego, el equipo médico le diagnóstico: *S724 - Fractura de la epífisis inferior del fémur, T131- Herida de miembro inferior, nivel no especificado*
			3. Mediante acta número 0232 registrada a folio No. 10 del nueve (09) de enero de 2016, en compañía del Jefe de recursos humanos, el director del dispensario médico BR09 y el comandante del batallón de artillería No. 9 Tenerife con sede en Neiva- Huila determinaron Licenciar al soldado Brayhan Aliño Oñate Sanclemente por término del servicio militar cumplido de acuerdo a la CIRCULAR No. 001 No. 254594 CE- JEDEH-DIPER-SL- 746 DE FECHA MARZO DE 2006 POR INTERMEDIO S-1 DE LA UNIDAD y le informaron de las prestaciones asistenciales a las cuales tiene derecho una vez se le defina su situación de SANIDAD.
			4. El 13 de enero de 2016, en cumplimiento a las órdenes impartidas en dicha acta de licénciamiento, el ex soldado Oñate Sanclemente en compañía de su señora madre Fernanda Sanclemente, de forma inmediata, pese a su precario estado económico y de salud, con dineros prestados compró los pasajes en la empresa transportadora COOMOTOR para trasladarse de Neiva a Bogotá para diligenciar los formularios y radicar los mencionados documentos al día siguiente (14-01-16) ante sanidad militar del ejército con tan mala suerte que a su llegada le informaron que había medico disponible para realizar dichos trámites, ante lo cual le fijaron la fecha más próxima.
			5. La misma posición desconsiderada y ausencia de respeto por la dignidad del soldado lesionado mantuvo la oficina de medicina laboral de la Dirección de Sanidad el Ejército durante las siguientes citas programas para el 01 y 08 de febrero de 2016 para brindarle la atención médica y la definición de su situación de SANIDAD, fechas en las cuales se frustraron las mismas por causas imputables a dicha dirección de sanidad.
			6. Ante dicho comportamiento irresponsable, el ex - soldado Oñate Sanclemente, radicó el 10 de febrero de 2016 ante Sanidad una petición para que le suministraran recursos económicos para trasladarse de Buenaventura a Bogotá y otro para que fuese convocado a junta médica laboral sin obtener respuesta alguna.
			7. El 03 de junio de 2016 y ante la falta de respuesta y su precario estado de salud, el señor Oñate Sanclemente reiteró ante Sanidad del Ejercito Nacional la petición de ser convocado a junta médica laboral, sin que hasta la fecha se le haya definido su situación de SANIDAD.
			8. En respuesta a un derecho de petición, el Hospital Militar Central expidió la respectiva Historia Clínica de la atención prestada al ex soldado Oñate Sanclemente
			9. Mediante oficios números 1756/ 57 / 58 MDN-CGFM-CE-DIV5-FUTZE-BRIM8-CJM-1.9 del 11 de marzo de 2016, el oficial de operaciones de la Brigada Móvil No. 8 "CR. JOSE ALBERTO SALAZAR ARANA", *coronel KEVIN FIGUEREDO IBAÑEZ, en respuesta a un derecho de petición, en el cual el soldado solicitó la expedición de: "copia de la investigación administrativa y disciplinaria adelantada hasta la fecha, al igual que el número de radicación y autoridad que conoció de la eventual investigación penal con ocasión del impacto de proyectil con arma de fuego (fusil) de dotación oficial que recibí de un compañero en hechos ocurridos el día 08 de septiembre de 2015 durante la prestación de mi servicio militar obligatorio en la BASE MARQUETALIA - Sur del Tolima de la Unidad Móvil No. 8 adscrita al Batallón Tenerife de la Novena Brigada con sede en Neiva-Huila*", dicha entidad contestó: "*De acuerdo a lo requerido se informa que verificadas las Investigaciones Disciplinarias de esta Unidad Operativa Menor y sus Unidades Tácticas no reposa Investigación por los hechos informados por el peticionario, por lo que se remite mediante oficio No 1757 solicitud al señor Comandante del Batallón de Combate Terrestre No 68 quien para el mes de Septiembre de 2015 tenía el mando operacional de la Base Militar de Marquetalia del Sur del Tolima, con el fin de que comunique los hechos acaecidos el día 8 de Septiembre de 2015 y que acciones se tomaron con relación a los mismos"*
			10. Conforme a la información suministrada a este apoderado por el mismo ex - soldado, desde que fue dado de alta por parte del Hospital Militar (30-12-2015) ha sido abandonado a su suerte por la institución, se le retiró el poco servicio médico asistencial que ocasionalmente se le prestaba en el dispensario de la base naval de una guarnición militar en Buenaventura, no le han retirado el TUTOR EXTERNO (tornillos anclados en fémur y miembro inferior derecho), situación que ha agravado aún más su precaria situación económica y médica a tal punto de ha tenido que sufragar los costos de radiografías.
			11. Hasta la fecha de presentación de la presente demanda, la Dirección de Sanidad Militar del Ejército, no ha definido la situación de SANIDAD del ex soldado Oñafe Sanclemente mediante la convocatoria de Junta Medica Laboral para determinar su grado y porcentaje de discapacidad, la cual, dada su dificultad para valerse por sí mismo, se considera cercana al cincuenta (50%) por ciento.
			12. Dicha lesión y su precario estado de salud le ha producido mucho pesar y congoja a todo su grupo familiar, especialmente a sus abuelos maternos Stella María Rodríguez Ordoñez y Abrahán Fernando Sanclemente Garnica, quienes desde muy temprana edad le han prodigado amor y ayuda económica ya que han convivido bajo el mismo techo durante todo este tiempo.
			13. El día 13 de diciembre del año 2016, en la hora programa para llevar a cabo la audiencia de conciliación prejudicial, las aquí demandadas no asistieron, ante lo cual, una vez concedido el término legal para justificar su insistencia, el señor Procurador 132 Judicial II expido la constancia que trata el artículo 2 de la ley 640 de 2001 con fecha 20 de diciembre de 2016.
	1. **La CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

La **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL** manifiesto: (…) Me opongo a las pretensiones solicitadas por el actor

Propone además, las siguientes excepciones:

|  |
| --- |
| **EXCEPCIONES** |
| **TITULO** | **CONTENIDO** | **CONTESTACIÓN A LAS EXCEPCIONES** |
| **EXCEPCIÓN -DE CAUSA LÍCITA ART. 2 Y 216 DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA** | De la anterior normatividad y jurisprudencia citada se puede fundar que la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad, al margen de cualquier conducta culposa, licita e ilícita, significando lo anterior, obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo, como en el presente caso, en donde lo cierto es que la hora del suceso el actor cumplía con su cometido constitucional lo cual, lo traslada al ámbito de la licitud, además del deber constitucional en cuento al restablecimiento del orden público se refiere, aceptando la posibilidad de que sobrevengan tales eventualidades debiéndolas asumir como una característica propia de su propia imprudencia .De otro lado, cabe recabar sobre lo manifestado por el H. Consejo de Estado, y la afectación de los derechos a la vida y a la integridad personal de los agentes de la fuerza pública así:[[4]](#footnote-4)De modo que el régimen que se establezca en el presente caso, debe fundarse en las razones tanto tácticas como jurídicas que constituyen el fundamento de las pretensiones, exonerando así a la entidad demandada, por falta de prueba como ha bien lo manifestó el H. Consejo de Estado así:[[5]](#footnote-5)Sobre el daño antijurídico la Corte Constitucional en sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996 manifestó que:[[6]](#footnote-6)De suerte, que esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades ese órgano de cierre ha definido el daño antijurídico como:[[7]](#footnote-7)Causa licita, como es el deber constitucional en cumplimiento del orden público y preservación del orden nacional. | Solicito al despacho declarar un probadas las excepciones de mérito denominadas CAUSA LICITA – FUERZA MAYOR O CAUSA EXTRAÑA – HECHO DE UN TERCERO y RIESGO PERMITIDO por carecer de sustento factico y jurídico, ya que los conscriptos OÑATE SANCLEMENTE (lesionado) y el compañero de pelotón a quien se le disparó el arma accidentalmente PUENTES MOTTA, son soldados reclutados para prestar servicio militar obligatorio y se encontraban bajo un régimen especial de sujeción y custodia por parte del Ejercito Nacional.Las teorías que respaldan dichas excepciones, difieren abismalmente de la pacífica y reiterada posición de la jurisprudencia del Consejo de Estado respecto del titulo de responsabilidad que se debe aplicar al presente asunto, que no es otro que el régimen objetivo de daño especial, sin perjuicio de que resulto probada una falla en el servicio, caso en el cual se analizaría bajo el titulo de imputación subjetivo, el cual aquí no se evidencia. |
| **EXCEPCIÓN- FUERZA MAYOR O CAUSA EXTRAÑA** | La situación constitutiva de la fuerza mayor debe ser un hecho extraño a quien la alega, totalmente imprevisible e irresistible, capaz de determinar y justificar el incumplimiento o inejecución de determinado deber u obligación por parte de éste.En razón de su carácter imprevisible e irresistible, la fuerza mayor es considerada en nuestro ordenamiento jurídico como causa eximente de responsabilidad, por cuanto viene a justificar el incumplimiento de la correspondiente obligación, así lo manifestó el H. consejo de estado respecto de los elementos que lo configuran:[[8]](#footnote-8)Se puede derivar entonces, que la herida producida en la humanidad del señor SLR® BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE, era imposible de predecir, pues no se podía predecir con antelación que ello pasaría, más aún con la imprudencia de su compañero quien no tuvo los cuidados necesarios para evitar el accidente que produjo la lesión.Su señoría, para el momento en que ocurre el accidente, dice el informe administrativo por lesión, el personal de soldados se encontraban en formación, siendo las 18:00 horas. Las formaciones militares consisten en precisamente poner en conocimiento de los jóvenes las órdenes que emiten los superiores a fin de que se cumplan, de dar instrucciones a los soldados sobre diferentes asuntos sin que en ese momento se esté desarrollando operación y/o actuar diferente que pueda ponerlos en riesgo. Luego para el caso sub examine se tiene que los hechos se producen como consecuencia del actuar negligente y omisivo de un tercero que ocasionó el accidente en el que desafortunadamente es lesionado el señor SLR® BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE. Sin embargo, aunque el hecho acaeció, el mismo no puede ser imputable a mi representada en tanto que no tuvo participación activa y/o omisiva en la realización del hecho, y mal podría condenársele cuando simplemente se encontraban participando de una formación que en ningún momento genera peligrosidad para los jóvenes que prestan su servicio militar obligatorio.De manera similar el H. Consejo de Estado también señalo al respecto que:*[[9]](#footnote-9)* Por lo anterior, se debe relacionar el caso en cuestión como un hecho extraño o una fuerza mayor, ya que fue un accidente ocasionado por un compañero, el cual produjo el resultado |
| **EXCEPCIÓN -HECHO DE UN TERCERO** | A efectos de que opere el eximente de responsabilidad propuesto, es necesario aclarar, en cada caso concreto, si el proceder activo u omisivo de aquellos tuvo, o no, injerencia y en qué medida, en la producción del daño. En ese orden de ideas, resulta acertado concluir que para que dichas causales eximentes de responsabilidad puedan tener plenos efectos liberadores respecto de la responsabilidad estatal, resulta necesario que la conducta desplegada por la víctima o por un tercero sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada o determinante.Del informe administrativo por lesiones No. 070707 se puede extraer el siguiente relato con el cual se puede demostrar la participación de un tercero en la concreción del daño así:*[[10]](#footnote-10)* Del relato anterior, se puede establecer que la acción de este tercero, fue la única causa determinante del daño producido al señor SLR® BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE, pues es acto subjetivo, que se sale de la órbita del control de la entidad demandada, pues ésta no tuvo injerencia en la producción del hecho ni del daño.Dice el actor en el libelo de la demanda que no se realiza la instrucción adecuada en el manejo de armas el personal de soldado que prestan su servicio militar obligatorio, lo cual es totalmente distante a lo que realmente ocurre pues existen diversas fases de entrenamiento y reentrenamiento que son realizados con éstos jóvenes en los Batallones de Instrucción, Entrenamiento y Reentrenamiento de cada una de las unidades militares a donde éstos pertenecen. Allí son entrenados para prevenir los accidentes con armas de fuego e incluso éstas mismas tienen en su interior un elemento denominado el cartucho de la vida con el cual se busca prevenir y reducir en un alto nivel éstos accidentes |
| **EXCEPCIÓN -DEL RIESGO PERMITIDO** | Es hacedero afirmar que cualquier actividad militar ya sea (operacional o administrativa) no podría realizarse, si cada hombre que hace parte del engranaje institucional no tuviera muy claro su rol y/o funciones a desarrollar, además que sería imposible para los comandantes en todos los niveles (oficiales y suboficiales), verificar que cada hombre cumpliera con su función en forma adecuada (falla relativa), actividades estas que hacen parte de su rol como miembros de la Institución Castrense; tampoco puede decirse que la organización Estatal debe responder por el daño pues este no provino de i) un rompimiento de las cargas públicas que no tenga la obligación jurídica de soportar; ii) de un riesgo excepcional que desborda aquel al que normalmente estaría sometido, y que puede tener origen en el riesgo actividad o en el riesgo de la cosa, o ¡ii) de una falla del servicio, toda vez que está probado conforme el informativo administrativo por lesión de marras, que la producción del hecho se origina en una actividad lícita (formación), sin que ello genere carga antijurídica alguna pues el mismo no se habría originado sin la acción omisiva de un tercero.De modo que, el régimen que se establezca en el presente caso, debe fundarse en las razones tanto tácticas como jurídicas que constituyen el fundamento de las pretensiones, como ha bien lo manifestó el H. Consejo de Estado así:*[[11]](#footnote-11)* |

* 1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**
		1. La apoderada de la **PARTE DEMANDANTE**

Solicito al despacho acceder a todas y cada una de las pretensiones porque se encuentra demostrada la responsabilidad del estado conforme a lo allí planteado y los elementos de la responsabilidad, sumado a ello se acredito a través acta junta medico laboral practicada al soldado aquí demandante la calificación de perdida de capacidad laboral que fue definida que la misma ocurrió en el servicio por causa y razón del mismo de acu4erdo al informativo rendido por el comandante y la se encuentra demostrada la pérdida de capacidad laboral en un 63.89%. En ese orden de ideas está probado que el accidente laboral fue con ocasión del servicio por causa y razón del mismo, esta situación resulta incontrovertible, por lo que solicita acceder a las pretensiones económicas causadas a la salud del exsoldado también por concepto de lucro cesante, perjuicios morales para él y su grupo familiar. En términos generales solicita acceder a las pretensiones en los términos de la demanda.

* + 1. El apoderado de la **PARTE DEMANDADA**

Esta defensa a haya especial énfasis en las pretensiones, una vez verificada el acta de la Junta Medica laboral se le otorgo 63.89% por lo que solicita que en caso de existir condena el reconocimiento de perjuicios morales y materiales sea proporcional a la pérdida de capacidad laboral. Además, debe tenerse en cuenta para efectos de lucro cesante, que si bien por la premura del tiempo aún no ha sido pensionado, si se pensionará teniendo en cuenta que la pérdida de capacidad laboral supera el 50%. Al respecto el Consejo de Estado se ha pronunciado en el que señala que al reconocer la pensión y el lucro cesante se presenta un enriquecimiento sin causa, por lo que hace la solicitud con el fin de que no haya detrimento patrimonial.

* 1. *El MINISTERIO PUBLICO representado por la PROCURADURIA JUDICIAL 82-1 no conceptuó*
	2. **CONSIDERACIONES**
	3. ESTUDIO DE LAS EXCEPCIONES

Las excepciones **DE CAUSA LÍCITA ART. 2 Y 216 DE LA CONSTITUCIÓN POLITICA DE COLOMBIA** y **DEL RIESGO PERMITIDO** propuestas por la demandada, no están llamadas a prosperar ya que no gozan de esta calidad. Lo anterior, en atención a que los hechos que se aducen como fundamento de la misma, no la conforman, limitándose simplemente a negar o contradecir los supuestos de hecho en que los demandantes sustentan su acción.

En este sentido, es claro que la sola negación o contradicción de los supuestos fácticos y/o jurídicos en que se apoyan las pretensiones formuladas en la demanda, constituyen una simple no aceptación de éstos, pero no excepciones en el sentido propio, estricto y restringido del término.

En efecto, si bien en sentido amplio, cualquier actividad que desarrolle el demandado tendiente a obtener decisión total o parcialmente contraria a las pretensiones formuladas, constituye genéricamente un medio de defensa, en el referido sentido restringido, el término “excepción”, está reservado para aquéllos únicos casos en que tal instrumento de defensa, se traduce en la adución de hechos y razones distintos, encaminados a excluirlas, enervarlas o dilatarlas. Es esta última la acepción que, en derecho colombiano, tal y como se desprende de las normas que regulan la antedicha institución, acogen tanto el PCPACA (Artículo 164 CCA), como el Código General del Proceso, aplicable a la materia.

En relación con las excepciones de **FUERZA MAYOR O CAUSA EXTRAÑA** y **HECHO DE UN TERCERO** propuestas igualmente por la demandada NACION-MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL, por tratarse de eximentes de responsabilidad, se estudiarán sólo en el evento en que aquella se configure. Por ende, se procederá a determinar si en el sub examine si se verifican todos y cada uno de los presupuestos que permitan la responsabilidad de las demandadas.

* 1. **LA RAZÓN DE LA CONTROVERSIA:**

Conforme a lo establecido en la FIJACION DEL LITIGIO, su causa busca establecer si la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL es responsable de los perjuicios ocasionados a los demandantes con las lesiones causadas al entonces soldado regular BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE, en hechos ocurridos el día 08 de septiembre de 2015.

Sea preciso indicar que en la fijación del litigio no se hizo mención a la deficiente atención médica del que ha sido objeto, además tampoco se probó que la demandada le hubiese negado el servicio médico y en dado caso hubiese una falta de legitimación en la causa por pasiva pues el posible llamada hubiese sido el Hospital Militar.

Surge entonces el siguiente problema jurídico:

**¿*Debe responder la demandada por los perjuicios ocasionados a los demandantes con las lesiones causadas al señor* BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE*, cuando prestaba su servicio militar obligatorio?***

Para dar respuesta a este interrogante deben tenerse en cuenta estos puntos:

El servicio militar es una obligación constitucional (art. 216)[[12]](#footnote-12) que surge como contraprestación de los derechos que se reconocen a las personas y que se hace necesario para la eficaz garantía de los mismos. Como lo menciona la apoderada de la parte demandada.

En relación con los militares al servicio del Estado, la jurisprudencia ha diferenciado entre los soldados que voluntariamente ingresan a las filas o profesionales y los que prestan el servicio militar obligatorio, conscriptos, destacando que mientras que el soldado voluntario se vincula laboralmente al Ejército, el conscripto es llamado a prestar el servicio militar obligatorio, que de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la ley 48 de 1993, y puede hacerlo a través de distintas modalidades de incorporación:

1. soldado regular: quien no terminó sus estudios de bachillerato y debe permanecer en filas un período entre 18 y 24 meses;
2. soldado bachiller, quien debe prestar el servicio por 12 meses y, además de su formación militar, y demás obligaciones inherentes a su calidad de soldado, deberá ser instruido y dedicado a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y en especial a tareas para la preservación del medio ambiente y conservación ecológica;
3. auxiliar de policía bachiller, quien debe prestar el servicio por 12 meses, y
4. soldado campesino, quien es asignado para prestar el servicio militar obligatorio en la zona geográfica donde reside, por un período de 12 a 18 meses.

En relación con la responsabilidad patrimonial del Estado frente a quienes se encuentren prestando el servicio militar obligatorio, ha considerado el Consejo de Estado que el sometimiento de aquéllos a los riesgos inherentes a la actividad militar no se realiza de manera voluntaria, sino que corresponde al cumplimiento de los deberes que la Constitución impone a las personas, “derivados de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social”, para “defender la independencia nacional y las instituciones públicas”. Por eso, cuando una persona ingresa al servicio militar obligatorio en buenas condiciones de salud debe dejar el servicio en condiciones similares, criterio a partir del cual se estableció la obligación de reparación a cargo de la entidad demandada, frente a los daños cuya causa esté vinculada con la prestación del servicio y excedan la restricción de los derechos y libertades inherentes a la condición de militar[[13]](#footnote-13).

Surge entonces el deber del Estado que se beneficia con la prestación de ese servicio, de ofrecer al conscripto las medidas de protección que se requieran para reintegrarlo a su familia en las mismas condiciones en que ingresó y brindarle no sólo la preparación y adiestramiento en el aspecto militar y de defensa personal que precisa para enfrentar los peligros que comporta el ejercicio de su actividad, y la atención médica y sicológica que requiera.

Así mismo, las labores o misiones que se les encomienden, deben ser proporcionales a ese grado básico de instrucción, además de representar un mínimo riesgo para su vida e integridad personal, salvo que la situación específica de necesidad de defensa del Estado exija algo distinto[[14]](#footnote-14), estableciéndose por regla general, que ante cualquier daño que sufra, se presume que su causa está vinculada con la prestación del servicio y libertades inherentes a la condición de militar.

Por eso se ha dicho que frente a quien se halla en una situación de especial sujeción como la de los conscriptos, el Estado tiene dos tipos de obligaciones:

1) De hacer, esto es, de prever y controlar los peligros que pueda sufrir desde el momento mismo en que se recluta, hasta el momento en que ella es devuelta a la sociedad, y

2) De no hacer, referida a la abstención de cualquier conducta que pueda vulnerar o poner en peligro los derechos que no estén limitados por su situación especial[[15]](#footnote-15)

En otros términos, el reclutamiento como ejercicio legítimo del poder del Estado que afecta algunos derechos de las personas llamadas, en sí mismo no genera responsabilidad patrimonial derivada de los perjuicios consustanciales a esa actividad, dado que esta es una carga que los ciudadanos deben soportar. Pero así como el ciudadano debe asumir la carga derivada de la restricción de sus derechos, en la medida en que el reclutamiento es una actividad que redunda en beneficio de la comunidad, el Estado se obliga a garantizarle una eficaz protección y seguridad para lo cual éste goza de posibilidades reales, pues posee también el monopolio de la fuerza y los poderes de coerción que le permiten afrontar tales riesgos.

Sin embargo, no debe perderse de vista que para que surja el deber del Estado de reparar el daño sufrido por un conscripto es necesario acreditar que el mismo tuvo alguna vinculación con el servicio, porque se produjo por causa o con ocasión del mismo.

Por otro lado, es importante no olvidar que en los casos de accidente o lesiones, de conformidad con el Decreto Ley 0094 de 1989 en el artículo 35[[16]](#footnote-16), el Comandante o Jefe respectivo debe rendir un informe administrativo donde serán calificadas las condiciones de modo, tiempo y lugar en las que sucedieron los hechos de conformidad con la siguiente calificación:

* En el servicio, pero no por causa y razón del mismo.
* En el servicio por causa y razón del mismo.
* En el servicio por causa de heridas en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público.
* En actos contra la Ley, el Reglamento o la orden Superior.

Atendiendo a las condiciones concretas en las que se produjo el hecho, se ha dado aplicación a 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, se 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.

*Ha sido reiterada la tesis de la Sala, según la cual en los eventos en que el daño es producido por las cosas o* ***actividades peligrosas*** *(armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.), el régimen aplicable es de carácter objetivo, porque el factor de imputación es el riesgo grave y anormal a que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella. Es ésta la razón por la cual la Corporación ha seguido refiriéndose al régimen de responsabilidad del Estado fundado en el riesgo excepcional, en pronunciamientos posteriores a la expedición de la nueva Carta Política.*

*Como lo ha expresado recientemente la Sala, es oportuno precisar que no existe, en ningún caso, la llamada “presunción de responsabilidad”, expresión que resulta desafortunada, en la medida en que sugiere la presunción de todos los elementos que permiten configurar la obligación de indemnizar. Es claro, en efecto, que, salvo en contadas excepciones, generalmente previstas en la ley, en relación con el daño, siempre se requiere su demostración, además de la del hecho dañoso y la relación de causalidad existente entre uno y otro. El régimen así denominado por esta Corporación en varias oportunidades tenía, sin duda, todas las características del* ***régimen objetivo de responsabilidad****, en el que si bien no tiene ninguna injerencia la calificación subjetiva de la conducta -por lo cual no se requiere probar la falla del servicio ni se acepta al demandado como prueba para exonerarse la demostración de que su actuación fue diligente-, los demás elementos de la responsabilidad permanecen y deben ser acreditados por la parte demandante. Recaerá sobre la parte demandada la carga de la prueba de los hechos objetivos que permitan romper el nexo de causalidad, únicos con vocación para exonerarlo de responsabilidad[[17]](#footnote-17).*

*En dichos eventos (daños producidos por las cosas o las actividades peligrosas), al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de una actividad riesgosa. Y la entidad demandada, para exculparse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, que el daño se produjo por fuerza mayor, culpa exclusiva y determinante de la víctima o hecho exclusivo y determinante de un tercero*”[[18]](#footnote-18).

No se trata, en consecuencia, de un régimen de falla del servicio probada, ni de falla presunta, en el que el Estado podría exonerarse demostrando que actuó en forma prudente y diligente. Al actor le bastará probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración, realizado en desarrollo de la actividad riesgosa. Y de nada le servirá al demandado demostrar la ausencia de falla; para exonerarse, deberá probar la existencia de una causa extraña, esto es, fuerza mayor, hecho exclusivo de un tercero o de la víctima[[19]](#footnote-19)

* 1. **ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS:**
		1. Conforme al material probatorio aportado se **encuentran PROBADOS los siguientes hechos**:
* BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE identificado con Cédula de Ciudadanía 1.111.807.058[[20]](#footnote-20) nació el 2 de enero de 1996 y es **hijo** de FERNANDA IVONI SANCLEMENTE RODRIGUEZ Y DIEGO YAMIL OÑATE CAMACHO [[21]](#footnote-21), es **nieto** de STELLA MARIA RODRIGUEZ ORDOÑEZ y ABRAHAM SANCELMENTE GARNICA[[22]](#footnote-22), **hermano** de HOJAN DANIEL VALENCIA SANCLEMENTE[[23]](#footnote-23), ERIK DURAN VALENCIA SANCLEMENTE[[24]](#footnote-24), JURANNY MICHEL VALENCIA SANCLEMENTE[[25]](#footnote-25)
* SLR OÑATE SANCLEMENTE BRAYHAN ALIRIO fue incorporado en buenas condiciones de salud[[26]](#footnote-26)
* El 21 de mayo de 2014[[27]](#footnote-27) SLR OÑATE SANCLEMENTE BRAYHAN ALIRIO le fue realizado el tercer examen médico encontrándose apto, el 24 de mayo de 2014 en el tercer examen médico aun es considerado apto para prestar el servicio *[[28]](#footnote-28)*
* *El* **08 de septiembre de 2015[[29]](#footnote-29)** SLR OÑATE SANCLEMENTE BRAYHAN ALIRIO fue atendido en sanidad con la siguiente descripción (…) paciente de 19 años con herida por proyectil de arma de fuego en miembros inferiores mientras patrullaba, con orificio de entrada en cara lateral pierna derecha tercio distal con salida en rodilla cara anterior, otro orificio de entrada en cara interna rodilla izquierda son orificio de salida (…) realiza lavado + desloridamientoa de herida en (...) transfusión de sangre, plaquetas, terapia (…)
* El 12 de septiembre de 2015[[30]](#footnote-30) se levantó el informativo por lesiones: "De acuerdo al informe rendido por el Señor CP PEREZ BOLAÑO JORGE LUIS comandante de la pieza de mortero 120mm ubicada en la Base Militar Marquetalia, sobre los hechos ocurridos el **día 08 de septiembre de 2015**, siendo aproximadamente a las 18:00 horas mientras se encontraban en formación se escucha un disparo y de repente cae al suelo el SLR OÑATE SANCLEMENTE BRAYHAN ALIRIO CC 1111807058 quien fue impactado por disparo de arma de fuego calibre 5.56mm accidentalmente por el SLR PUENTE MOTA JEFFERSON CC 1075302257 donde acciona el disparador de su arma de dotación por accidente, el cual causa herida por arma de fuego en miembro inferior derecho y miembro inferior izquierdo, inmediatamente es atendido por el enfermero que se encuentra en la base le presta los primeros auxilios, posteriormente es evacuado hasta el puesto de mando atrasado donde es atendido en el dispensario de la Novena Brigada y remitido al Hospital Universitario de Neiva donde le diagnostican fractura abierta de la epífisis inferior del fémur derecho, como parte del tratamiento. IMPUTABILIDAD: De acuerdo al artículo 24 del decreto 1796 del 14 de septiembre de 2000 literales (A, B, C, D) En el servicio pero por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad profesional y/o Accidente trabajo literal B Literal b. XXXXXXX/ En el servicio pero por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad profesional y/o Accidente trabajo literal b, articulo 24 del decreto 1796 de 2000.

Dicho informativo fue elaborado con base en lo manifestado por dos soldados así:

(…)Respetuosamente me permito informar al señor BAUTISTA BELTRAN JHONY HERNANDEZ, comandante batallón de artillería M.9 De acuerdo. a los hechos ocurridos el día 08 de septiembre del 2015 del año en curso siendo las 18:00 horas, se ordena la formación de la base ordenado por el señor ST Pino Berna! juan David con cédula . Ciudadanía 1144147935 verificando .personal y armamento, dando como inicio a la formación prefiere corno parte al señor MY Suarez Celis Carlos Daniel comandante del Bacot Nº 68 donde preside la formación al personal de soldados profesionales y soldados regulares, en este orden de Ideas de la formación manifiesta una información de presencia de 7 sujetos armados, entre mujeres utilizando el uniforme de uso privativo en el sector conocido como Villanueva. Realizando este énfasis en la formación y enterándonos la situación dada por el señor mayor. De una manera previa, o imprevista e! soldado regular puentes mola Jefferson identificado con ce. 1075302257, acciona de repente y presente su arma de dotación terciada al pecho: por ende y por consecuencia impacta a su compañero que se encontraba a su izquierda de la formación de la escuadra al sír. Oñate san clemente Brayhan identificado con ce. 1.111807058; donde se pensó en la reacción de! hecho que-habíamos sido hostigados por el enemigo, retomo el control para verificar lo sucedido y de manera sorpresiva vemos que todos que nos encontrábamos en formación ver caer al suelo al soldado regular Dilate san demerite posteriormente a esto el soldado regular puentes mota Jefferson, varío gritar y desesperadamente que lo " mate" y en sus palabras diciendo porque me pasa esto a mí, según el soldado quien realiza el disparo en su apariencia o estado demuestra ser consumidor de sustancia alucinógenas medio acierto B mariguana medio dicho por el mismo que ese día por la mañana habría*[[31]](#footnote-31)* (….)

Respetuosamente me permito informar al señor teniente Avella Sánchez Edgar comandante batería deriva de acuerdo a los hechos ocurridos el día 08 de septiembre del 2015 del año en curso siendo las 18:00 horas se ordena la formación de la base Boi maqueta lía Tolima, ordenado por el señor st. Pino Bernal juan David con ce 1144147935 verificando de tal manera personal y constatación de armamento, dando como inicio a la formación requerida por el señor mayor Suarez Celis Carlos Daniel comandante del bacot N° 68 donde se preside la formación al personal de soldados regulares y profesionales para manifestarles una claridad al personal de la base una información de presencia enemiga.

En este orden de ideas durante el lapso de tiempo de la formación de una manera previa o imprevista el soldado regular puentes Motta Jefferson con ce 1075302257 acciona de repente y presente su arma de dotación terciado al pecho , por ende y por consecuencia impacta a su compañero que se encontraba a su izquierda de la formación de la escuadra y de manera sorpresiva vemos caer al soldado Oñate san clemente brayan ocasionándole una lesión grave quien sufre el mayor daño travesándole la bala por el músculo de la pierna izquierda rompiéndole tejidos blandos y saliéndole la bala por detrás de la misma pierna diagonalmente. Así mismo hace la trayectoria de la bala saliéndole y terminándole el recorrido del impacto al siguiente soldado regular mejía Méndez duvan identificado con cc1083918073 que se encontraba a su izquierda del soldado slr. Oñate sanclemente brayan, quien es el más afectado, en efecto a esto rociándole la bala unos de sus dedos del pie izquierdo como consecuencia de quemadura leve por fricción del rozamiento del proyectil ( bala) que pronostica en la atención el *[[32]](#footnote-32)*(…)

* El **9 de enero de 2016***[[33]](#footnote-33)* se le entrego al señor OÑATE SANCLEMENTE BRAYHAN ALIRIO la entrega de los derechos médicos a los que tiene derecho y mediante acta 0083 de evacuación se anotó que el soldado salía con la observación 5724[[34]](#footnote-34) con tarjeta de conducto excelente[[35]](#footnote-35)
* Al señor OÑATE SANCLEMENTE BRAYHAN ALIRIO se le prestaron los servicios médicos en el HOSPITAL CENTRAL MILITAR por el daño que sufrió[[36]](#footnote-36)
* El señor OÑATE SANCLEMENTE BRAYHAN ALIRIO dice que debió sufragar los siguientes gastos en trasporte $331.000 en las siguientes fechas 29,30 de enero de 2016, 13 y 14 de enero y 9 de febrero de 2016[[37]](#footnote-37)
* El 6 de junio de 2018 le fue realizada junta medico laboral provisional al señor OÑATE SANCLEMENTE BRAYHAN ALIRIO*[[38]](#footnote-38)*
* El 4 de octubre de 2018 le fue realizada junta medico laboral Nº 103424 al señor OÑATE SANCLEMENTE BRAYHAN ALIRIO determinándole el 63.89 % de pérdida de capacidad laboral con la siguiente anotación: en actos del servicio sufre herida por arma de fuego en miembro inferior derecho y rodilla izquierda de manera accidental en formación, ocasionando fractura de fémur derecho que requirió de procedimiento quirúrgico osteosíntesis y colgajos, valorado y tratado por ortopedia que deja como secuela A) anquilosis postraumática rodilla derecha B) cicatrices en economía corporal con moderado defescto estético sin limitación funcional.*[[39]](#footnote-39)*
	+ 1. La respuesta al interrogante planteado **¿*Debe responder la demandada por los perjuicios ocasionados a los demandantes con las lesiones causadas al señor* BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE*, cuando prestaba su servicio militar obligatorio?***

La jurisprudencia ha establecido que la responsabilidad del Estado surge cuando se configura un daño, el cual debe ser antijurídico, esto es, que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo y que le sea imputable a la administración.

En el presente caso el **daño antijurídico** consistente en las lesiones sufridas por el señor **BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE** se encuentra demostrado con el informe administrativo por lesión, la atención médica prestada y el acta de la Junta médica Laboral generándole una pérdida de capacidad laboral del 63.89%

En relación con la **imputación** corresponde determinar si la lesión sufrida por el uniformado puede ser atribuida a la entidad demandada.

Visto lo anterior, considera el Despacho que el régimen de responsabilidad aplicable en el caso concreto es objetiva por riesgo excepcional, pues el manejo o uso de armas de fuego ha sido tradicionalmente considerada una actividad peligrosa[[40]](#footnote-40), lo que es suficiente para imputar responsabilidad por el perjuicio sufrido por los demandantes en desarrollo de aquella acción, pues con el material probatorio aportado al proceso se acreditó el daño y la causa del mismo, originada en el ejercicio de esa actividad peligrosa por cuenta de la Administración.

Ahora bien, no se presentan los eximentes de responsabilidad propuestos por la demandada, *fuerza mayor o causa extraña* y *hecho de un tercero*, en el primer caso, porque aunque se señala que era imposible predecir la herida producida en la humanidad del señor **BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE** y por lo tanto era irresistible para la administración, a renglón seguido la misma administración reconoce que este se produjo por una imprudencia por parte de su compañero quien no tuvo los cuidados necesarios para evitar el accidente. En el segundo caso, no se puede alegar el hecho de un tercero cuando la persona a la que se le disparó accidentalmente el arma era miembro de la misma entidad demandada, se encontraba en servicio y el arma era de dotación oficial.

En consecuencia, demostrada la responsabilidad de la demandada, procederá el despacho a tasar la correspondiente indemnización.

* 1. **DAÑOS E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS**

Demostrada como está la responsabilidad de la Administración procede el Despacho a estudiar las pretensiones de la demanda:

* + 1. **PERJUICIOS MORALES**

A propósito de los daños morales, la doctrina ha considerado que éstos son “*esos dolores, padecimientos, etc., que pueden presentarse solamente como secuela de los daños infligidos a la persona. Que no son entonces daños propiamente dichos, y que por otra parte, constituyen un sacrificio de intereses puramente morales, que justifican una extensión del resarcimiento, esta vez con función principalmente satisfactoria*”.

La indemnización que se reconoce a quienes sufran un daño antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria y no reparatoria del daño causado.

El Consejo de Estado mediante providencia proferida dentro del expediente No. 36149, unificó la jurisprudencia sobre elreconocimiento y liquidación de perjuicios morales en caso de lesiones, de acuerdo a la gravedad de la lesión por pérdida de capacidad laboral y al grado de parentesco de los perjudicados.

Agregó que respecto del quantum al cual deben ascender estos perjuicios, se encuentra suficientemente establecido que el juez debe valorar, según su prudente juicio, las circunstancias propias del caso concreto, para efectos de determinar la intensidad de esa afectación, con el fin de calcular las sumas que se deben reconocer por este concepto, sin que de manera alguna implique un parámetro inmodificable que deba aplicarse en todos los casos, puesto que se insiste en la necesidad de que en cada proceso se valoren las circunstancias particulares que emergen del respectivo expediente, a manera de sugerencia y como parámetro que pueda orientar la decisión del juez en estos eventos.

Teniendo en cuenta el porcentaje de incapacidad permanente parcial del 63.89**%[[41]](#footnote-41)**, se reconocerá a título de daño moral, en salarios mínimos legales mensuales vigentes[[42]](#footnote-42), así:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **PARTE** | **PARETENSCO** | **SMLMV** | **$** |
| Brayhan Alirio Oñate Sanclemente | victima | 100 | $78´124.200 |
| Fernanda Ivoni Sanclemente Rodriguez  | Madre | 100 | $78´124.200 |
| Diego Yamil Oñate Camacho | padre | 100 | $78´124.200 |
| Hojan Daniel Valencia Sanclemente | hermanos | 50 | $39´062.100 |
| Erik Duran Valencia Sanclemente | 50 | $39´062.100 |
| Juranny Michel Valencia Sanclemente | 50 | $39´062.100 |
| Stella María Rodriguez Ordoñez | Abuela | 50 | $39´062.100 |
| Abraham Sancelmente Garnica | abuelo | 50 | $39´062.100 |
| TOTAL | 550 | $491´683.100 |

* + 1. **DAÑO A LA SALUD**

La jurisprudencia ha venido decantando el concepto de este tipo de perjuicio a través del tiempo, pasando del “daño fisiológico” al “daño a la vida de relación”, para luego acoger, el de “alteración grave a las condiciones de existencia” y llegar al hoy denominado “daño a la salud”, el cual abarca todas las categorías dispersas que se indemnizaban por separado en el anterior concepto, tales como, el perjuicio fisiológico y daños externos como el estético, el daño a las relaciones sexuales, familiares y sociales, evitando el subjetivismo judicial que conllevaba al enriquecimiento sin causa de las víctimas.

Como su nombre lo indica, esta clase de daño implica que la víctima no ha fallecido, pues el perjuicio está directamente relacionado con las secuelas que le haya dejado la lesión física sufrida por ella, y la alteración tanto de las condiciones en que se desarrollaba en su vida familiar y laboral, como en la pérdida de goce y disfrute de los placeres de vida y la imposibilidad de relacionarse normalmente con sus semejantes[[43]](#footnote-43).

En el presente caso no se demostró que la secuela de la lesión que sufrió el señor Brayhan Alirio Oñate Sanclemente le haya afectado su relación familiar y social o haya perdido la posibilidad de disfrutar los placeres de la vida por ende no habrá lugar a reconocimiento alguno por este tipo de perjuicio, más si se tiene en cuenta que se le han venido prestando los servicios de salud para su recuperación.

* + 1. **PERJUICIOS MATERIALES:**

El perjuicio material en la modalidad de **lucro cesante** es la ganancia o provecho que el actor dejó de percibir como consecuencia del evento dañoso.

Según el Código Civil es la ganancia o el provecho que deja de reportarse (art. 1614). Este daño como cualquiera otro debe indemnizarse, si se prueba, y en lo causado. La explicación que se da a esa regla se apoya en otro principio general del derecho: si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima; por ello el daño es la medida del resarcimiento.

Para que haya lugar a la reparación de un perjuicio es necesario que la existencia del mismo se encuentre debidamente probada en el proceso y que el mismo sea cierto, es decir, que no sea meramente eventual o hipotético[[44]](#footnote-44). Cuando el perjuicio aún no se ha consolidado puede realizarse un cálculo de probabilidad de su existencia a partir de las condiciones que se presentan en el momento en que se causó el daño[[45]](#footnote-45).

Por regla general el perjuicio con sus cualidades, como cualquier otro hecho procesal, es materia de prueba. La ley establece que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran los efectos jurídicos que ellas persiguen (art. 177 del C de P.C). En consecuencia, quien pretende judicialmente la reparación de un daño, debe probarlo toda vez que este elemento, como quedó explicado, es presupuesto indispensable de la obligación de indemnizar.

Aunque el despacho comparte los argumentos expuestos por la apoderada de la parte demandada en el sentido de que en consideración al porcentaje de pérdida de capacidad laboral se le efectuara un reconocimiento pensional por invalidez el cual corresponde igualmente a lo que se debe liquidar por lucro cesante, lo cierto es que a la fecha dicho reconocimiento no existe por lo que el Despacho ordenará que se efectué el trámite correspondiente dentro del menor tiempo posible.

* 1. Se **CONDENARÁ EN COSTAS** a la parte demandada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del Código de Procedimientos Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que remite al Código de Procedimiento Civil hoy Código General del Proceso[[46]](#footnote-46)

Sobre este punto los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso establecen que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso y para la fijación de las agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

En el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016[[47]](#footnote-47), la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura establece las tarifas de agencias en derecho, señalando en los asuntos de primera instancia de mayor cuantía[[48]](#footnote-48), un parámetro entre el **3 y el 7,5% de lo pedido**.

De conformidad con lo anterior, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado de la parte actora, así como la cuantía del proceso, se fijará como agencias en derecho el **3%** **de las pretensiones reconocidas** en la presente sentencia.

En mérito de lo expuesto, **el JUZGADO TREINTA Y CUATRO (34) ADMINISTRATIVO DEL CIRCUÍTO DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y, por autoridad de la Ley,**

**FALLA:**

**PRIMERO: Declárense no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada por los motivos antes expuestos.**

**SEGUNDO: Declárese administrativamente responsable** al NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL de los perjuicios causados a la parte actora por las razones expuestas en la parte motiva.

**TERCERO: Condénese** a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL a indemnizar los perjuicios causados así:

1. Para **BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE** en calidad de **victima** el equivalente a 100 smlmv la suma de $78´124.200 por daño moral.
2. Para **FERNANDA IVONI SANCLEMENTE RODRIGUEZ** en calidad de madre de la **víctima** el equivalente a 100 smlmv la suma de $78´124.200 por daño moral
3. Para **DIEGO YAMIL OÑATE CAMACHO** en calidad de padre de la **víctima** el equivalente a 100 smlmv la suma de $78´124.200 por daño moral
4. Para **HOJAN DANIEL VALENCIA SANCLEMENTE** en calidad de **hermano de la** **víctima** el equivalente a 50 smlmv la suma de $39´062.100 por daño moral
5. Para **ERIK DURAN VALENCIA SANCLEMENTE** en calidad de **hermano de la** **víctima** el equivalente a 50 smlmv la suma de $39´062.100 por daño moral
6. Para **JURANNY MICHEL VALENCIA SANCLEMENTE** en calidad de **hermana de la** **víctima** el equivalente a 50 smlmv la suma de $39´062.100 por daño moral
7. Para **STELLA MARÍA RODRIGUEZ ORDOÑEZ** en calidad de **abuela de la** **víctima** el equivalente a 50 smlmv la suma de $39´062.100 por daño moral
8. Para **ABRAHAM SANCELMENTE GARNICA** en calidad de **abuelo de la** **víctima** el equivalente a 50 smlmv la suma de $39´062.100 por daño moral

**CUARTO:** Ordénese a la demandada NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCTIO NACIONAL a efectuar dentro del término de 2 meses contados a partir de la ejecutoria de la presente providecia los tramites pertinentes para el reconocimiento de la pension por invalidez al joven **BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE.**

**QUINTO:** Niéguense las demás pretensiones de la demanda por los motivos antes expuestos.

**SEXTO:** Se **condena en costas** a la parte demandada NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL, liquídense por secretaria.

**SEPTIMO: Fíjense** como agencias en derecho del apoderado de la parte actora la suma de **$14´750.493**[[49]](#footnote-49)

**OCTAVO:** **Notifíquese** a las partes del contenido de esta decisión en los términos del artículo 203 del CPACA.

**NOVENO: Expídanse** por la Secretaría copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso.

**DECIMO:** Por secretaria **líbrense las comunicaciones** necesarias para el cumplimiento de este fallo, de acuerdo con lo previsto en los artículos 203 del C.P.A.C.A y 329 del C.G.P.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**OLGA CECILIA HENAO MARÍN**

Juez

MPBO/NNC

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

La reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.

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

GRAFICO No. 2 REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES

 NIVEL 1 NIVEL 2 NIVEL 3 NIVEL 4 NIVEL 5

GRAVEDAD DE LA LESION Víctima directa y relaciones

afectivas conyugales y paterno-fi líales relación afectiva

del 2o de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos) Relación afectiva

del 3o de consanguinidad o civil Relación afectiva del 4o de

consanguinidad o civil. Relaciones afectivas no familiares -terceros damnificados

 SMLMV SMLMV SMLMV SMLMV SMLMV

Igual o superior al 50% 100 50 35 25 15

Igual o superior al 40% e inferior al 50% 80 40 28 20 12

Igual o superior al 30% e inferior al 40% 60 30 21 15 9

Igual o superior al 20% e inferior al 30% 40 20 14 10 6

Igual o superior al 10% e inferior al 20% 20 10 7 5 3

Igual o superior al 1% e inferior al 10% 10 5 3,5 2,5 1,5

carse 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%.

Nivel No. 2. Donde se ubica la relación afectiva, propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos), obtendrán el 50% del valor adjudicado al lesionado o víctima directa, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se describe: tendrán derecho al reconocimiento de 50 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 40 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 30 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 20 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 10 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1%e inferior al 10%.

Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. Adquirirán el 35%> de lo correspondiente a la víctima, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se indica: tendrán derecho

 al reconocimiento de 35 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%; a 28 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40%o e inferior al 50%; a 21 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 14 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%>; a 7 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 3,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1%> e inferior al 10%.

Nivel No. 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. Se reconocerá el 25%> de la indemnización tasada para el lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se señala: tendrán derecho al reconocimiento de 25 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%>; a 20 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 10 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%>; a 5 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 2,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior a 1%> e inferior al 10%.

Nivel No. 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). Se concederá el 15% del valor adjudicado al lesionado, de acuerdo con el porcentaje de gravedad de la lesión, como se presenta: tendrán derecho al reconocimiento de 15 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 50%>; a 12 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 40% e inferior al 50%; a 9 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 30% e inferior al 40%; a 6 SMLMV si la gravedad de la lesión es igual o superior al 20% e inferior al 30%; a 3 SMLMV cuando la gravedad de la lesión sea igual o superior al 10% e inferior al 20% y, por último, a 1,5 SMLMV en los eventos en que la gravedad de la lesión sea igual o superior al 1% e inferior al 10%". [↑](#footnote-ref-1)
2. "De modo que, el "daño a la salud" -esto es el que se reconoce como proveniente de una afectación a la integridad psicofísica- ha permitido solucionar o aliviar la discusión, toda vez que reduce a una categoría los ámbitos físico, psicológico, sexual, etc., de tal forma que siempre que el daño consista en una lesión a la salud, será procedente determinar el grado de afectación del derecho constitucional y fundamental (artículo 49 CP.) para determinar una indemnización por ese aspecto, sin que sea procedente el reconocimiento de otro tipo de daños (v.gr. la alteración de las condiciones de existencia), en esta clase o naturaleza de supuestos.

"Se reconoce de este modo una valoración del daño a la persona estructurado sobre la idea del daño corporal, sin tener en cuenta categorías abiertas que distorsionen el modelo de reparación integral. Es decir, cuando la víctima sufra un daño a la integridad psicofísica sólo podrá reclamar los daños materiales que se generen de esa situación y que estén probados, los perjuicios morales de conformidad con los parámetros jurisprudenciales de la Sala y, por último, el daño a la salud por la afectación de este derecho constitucional.

"Lo anterior, refuerza aún más la necesidad de readoptar la noción de daño a la salud, fisiológico o biológico, como lo hace ahora la Sala, pero con su contenido y alcance primigenio, esto es, referido a la afectación o limitación a la integridad psicofísica de la persona, como quiera que al haberlo subsumido en unas categorías o denominaciones que sirven para identificar perjuicios autónomos y que han sido reconocidos en diferentes latitudes, como por ejemplo la alteración a las condiciones de existencia (v.gr. Francia), se modificó su propósito que era delimitar un daño común (lesión a la integridad corporal) que pudiera ser tasado, en mayor o menor medida, a partir de parámetros objetivos y equitativos, con apego irrestricto a los principios constitucionales de dignidad humana e igualdad .

"En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación-precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmateriales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud. [↑](#footnote-ref-2)
3. "Básicamente, se cambia de una concepción primordialmente cuantitativa en donde el criterio de tasación consiste en un porcentaje, a una concepción cualitativa del daño objetivo, en la que lo que predomina es la noción de gravedad de la alteración psicofísica, frente a la cual existe libertad probatoria. Sobre este punto la Sala ha de insistir en que no hay en la Constitución o en la normatividad infraconstitucional fundamento alguno para constituir los dictámenes sobre porcentajes de invalidez de las juntas de calificación de invalidez en prueba única e incontestable de la gravedad del daño.

Por lo demás, se ha de notar que el concepto cualitativo de alteración psicofísica tiene una mayor extensión el relacionado con el mero porcentaje de incapacidad, especialmente cuando éste se entiende referido a lo meramente laboral. Esto es así porque existen circunstancias de afectación la integridad física o de limitación de funciones, cuya gravedad y aptitud para afectar la calidad de vida no se alcanzan a reflejar adecuadamente en la medición meramente cualitativa de la incapacidad. Este es el caso de lo que en algunas ocasiones se ha llamado daño estético (subsumido dentro de esta dimensión del daño a la salud) o la lesión de la función sexual, componentes del daño a la salud que muy difícilmente se consideran constitutivos de incapacidad.

También se unifica la jurisprudencia en lo relativo al tema espinoso del daño temporal. En efecto, al dejarse claro que la duración del daño es factor a tener en cuenta para la tasación del mismo, se aclara que el carácter permanente de la alteración o la secuela no es requisito esencial para el reconocimiento del perjuicio a la salud. Y es que, en efecto, la Sala no encuentra razones para estimar que el daño que se ha curado o mitigado jamás tuvo lugar (falseamiento de los hechos) o, lo que es aún más peligroso, que los sujetos están obligados a soportar la afectación del bien jurídico de la salud siempre y cuando ésta sea reversible. Según esta absurda hipótesis, en efecto, tendría sentido desestimar las pretensiones de alguien que padeció una incapacidad total durante varios años y luego se recuperó, bajo el argumento de que el daño fue revertido. En esta misma línea se ha de aclarar también, que la Sala abandona definitivamente la tesis de que solo se ha de indemnizar lo que constituya una alteración grave de las condiciones de existencia. En efecto, dado que no es razonable suponer que alguien tenga el deber de soportar la alteración psicofísica de menor entidad, no existe razón para desestimar su antijuridicidad y, por tanto, su mérito indemnizatorio.

En igual sentido, se entenderá aquí que, en tanto que el concepto de salud no se limita a la ausencia de enfermedad, cabe comprender dentro de éste la alteración del bienestar psicofísico debido a condiciones que, en estricto sentido, no representan una situación morbosa, como por ejemplo, la causación injustificada de dolor físico o psíquico (estados de duelo). Y es que, en efecto, el dolor físico o psíquico bien pueden constituirse, en un momento dado, en la respuesta fisiológica o psicológica normal a un evento o circunstancia que no tenía por qué padecerse.

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

Es menester aclarar que la apertura definitiva del espectro probatorio para la acreditación del daño a la salud puede generar circunstancias en las que, como en el caso sub lite, se pueda acreditar la existencia de un cierto tipo de alteración psicofísica, sin que ello comporte certeza sobre su naturaleza, intensidad y duración. En estos casos, bien puede el juez acudir a la literatura científica para complementar e interpretar las pruebas obrantes en el proceso. Esta afirmación debe ser cuidadosamente distinguida de la aceptación de que la literatura científica pueda ser tenida como reemplazo absoluto de las pruebas concernientes a los hechos singulares discutidos en el proceso, como lo son la historia clínica, o demás pruebas documentales o testimoniales. Lo que se afirma, más bien es que la literatura científica se acepta como criterio hermenéutico del material probatorio en aquellos casos en los que éste no resulta suficientemente conclusivo". [↑](#footnote-ref-3)
4. "(...) la actividad que dichos servidores públicos ordinariamente despliegan, riesgo que se concreta, por vía de ejemplo, en los eventos en los cuales tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones como consecuencia de combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de operaciones de inteligencia, entre otras actuaciones realizadas en cumplimiento de operaciones o de misiones orientadas a la consecución de los fines que constitucional y legalmente concierne perseguir a la fuerza pública; de allí que cuando el riesgo se concreta, en principio no resulte jurídicamente viable atribuirle al Estado responsabilidad extracontractual alguna en sede judicial (...j"4 (Negrilla Entidad Demandad) [↑](#footnote-ref-4)
5. "(...) Esta Sala, en sentencia de 19 de abril pasado5, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, e/ modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 7,99 7 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto tácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones tácticas -a manera de recetario- un específico título de imputación. Por ello se concluyó en la mencionada sentencia de la siguiente forma: " (...) 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 ta responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia (...) "6 [↑](#footnote-ref-5)
6. “(...) El daño antijurídico no tiene una definición constitucional expresa, por lo cual es un concepto constitucional parcialmente indeterminado, cuyos alcances pueden ser desarrollados, dentro de ciertos límites, por el Legislador. Sin embargo una interpretación sistemática de la Carta y de los antecedentes de la norma permiten determinar los elementos centrales de este concepto.

La doctrina española ha definido entonces el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo (...) [↑](#footnote-ref-6)
7. "(...) la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuricidad de la causa del daño al daño mismo.

(...) Por consiguiente, concluye esa Corporación, que "el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva (...)7 (Negrilla Entidad Demandada) [↑](#footnote-ref-7)
8. (...) la ¡mprevisibiíidad que es propia de la figura, se presenta cuando resulta totalmente imposible visualizar o contemplar el hecho con anterioridad a su ocurrencia. Para establecer qué es lo previsible, se hace necesario considerar las circunstancias particulares del caso concreto a fin de verificar cuáles son las previsiones normales que habrían de exigirse a quien alega en su beneficio ese fenómeno liberatorio (...)"s [↑](#footnote-ref-8)
9. "(•••) Resulta oportuno señalar que no todo daño causado a un soldado que presta el servicio militar obligatorio es imputable de manera automática al Estado; por el contrario, sólo lo serán aquellos que sean atribuibles a la administración pública en el plano táctico y jurídico. En consecuencia, habrá que reparar las lesiones antijurídicas que sean atribuibles en el plano táctico a la prestación del servicio militar -porque se derivan de su prestación directa o indirecta- y se puede constatar la existencia de un título jurídico de imputación que le brinda fundamento a la responsabilidad. Entonces, si opera una causa extraña o si la parte demandante no loara establecer la relación táctica (imputación] entre el daño y el servicio militar obligatorio, la responsabilidad se enerva y, por lo tanto, habrá lugar a absolver a la entidad demandada en esos eventos. (...)" [↑](#footnote-ref-9)
10. "(...) mientras se encontraban en formación se escucha un disparo y de repente cae al suelo el señor SLR® BRAYHAN ALIRIO OÑATE SANCLEMENTE (...), quien fue impactado por disparo de arma de fuego calibre 5.56mm accidentalmente por el SLR PUENTES MOTA JEFFERSON [...), donde acciona el disparador de su arma de dotación por accidente" [↑](#footnote-ref-10)
11. "(...) Esta Sala, en sentencia de 19 de abril pasado9, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, e[ modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de L99j no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto tácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos "títulos de imputación" para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones tácticas -a manera de recetario- un específico título de imputación. Por ello se concluyó en la mencionada sentencia de la siguiente forma:

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 (...) "10 (Subraya Entidad Demandada) [↑](#footnote-ref-11)
12. *“La fuerza pública estará integrada en forma exclusiva por las fuerzas militares y la Policía Nacional.*

*Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas. La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas por la prestación del mismo”.* [↑](#footnote-ref-12)
13. CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCION TERCERA. Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO. Bogotá, D.C., catorce (14) de abril de dos mil diez (2010). Radicación número: 76001-23-31-000-1995-02632-01(18717). Actor: HUGO LONDOÑO VELASQUEZ Y OTROS. Demandado: NACION- MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL. Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA [↑](#footnote-ref-13)
14. Sentencia del veinticinco (25) de mayo de dos mil once (2011), Radicación número: 52001-23-31-000-1997-08789-01(15838, 18075, 25212 acumulados), Actor: JOSE IGNACIO IBAÑEZ DIAZ Y OTROS, Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA. [↑](#footnote-ref-14)
15. Bogotá, D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil (2000)- CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCIÓN TERCERA - Consejero ponente: RICARDO HOYOS DUQUE - Radicación número: 13329 [↑](#footnote-ref-15)
16. *Artículo 35º. - Informe Administrativo. En los casos de accidentes o lesiones, las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que sucedieron los hechos serán calificadas por el Comandante o Jefe respectivo, según sea el caso, conforme a lo siguiente: En el servicio, pero no por causa y razón del mismo. En el servicio por causa y razón del mismo. En el servicio por causa de heridas en combate o como consecuencia de la acción del enemigo, en conflicto internacional o en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público. En actos contra la Ley, el Reglamento o la orden Superior*.” [↑](#footnote-ref-16)
17. Cf. Sentencia del 2 de marzo de 2000, Exp. 11.401, actor:: MARÍA NUBY LÓPEZ y otros. [↑](#footnote-ref-17)
18. Sentencia del 15 de marzo de 2001, exp: 52001-23-31-000-1994-6040-01(11222) [↑](#footnote-ref-18)
19. CONSEJO DE ESTADO -SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - Consejero ponente: ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ- Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil uno (2.001)Radicación número: 17001-23-31-000-1994-4021-01(13081) [↑](#footnote-ref-19)
20. Folio 7 del c2 [↑](#footnote-ref-20)
21. FOLIO 6 DEL C2 [↑](#footnote-ref-21)
22. FOLIO 8 DEL C2 [↑](#footnote-ref-22)
23. FOLIO 10 DEL C2 [↑](#footnote-ref-23)
24. FOLIO 11 DEL C2 [↑](#footnote-ref-24)
25. FOLIO 12 DEL C2 [↑](#footnote-ref-25)
26. Folios 69-73 del cuaderno principal [↑](#footnote-ref-26)
27. Folios 74-78 del c2 [↑](#footnote-ref-27)
28. Folio 74-78 del c2 [↑](#footnote-ref-28)
29. Folio 16 del c2 y 88 del c2 [↑](#footnote-ref-29)
30. Folio 15 del c2 y 87 del cuaderno principal [↑](#footnote-ref-30)
31. Folio 54 del cuaderno principal [↑](#footnote-ref-31)
32. Folio 85 del cuaderno principal [↑](#footnote-ref-32)
33. Folio 17 del c2 [↑](#footnote-ref-33)
34. Folio 18-20 del c2 y 79-83 del cuaderno principal [↑](#footnote-ref-34)
35. Folio 21 del c2 [↑](#footnote-ref-35)
36. Folio 31-46 del c2 y 89-93 del cuaderno principal [↑](#footnote-ref-36)
37. Folio 22 y 23 del cuaderno principal [↑](#footnote-ref-37)
38. Folio 105 y 106 del cuaderno principal [↑](#footnote-ref-38)
39. Folios 156-159 del cuaderno principal [↑](#footnote-ref-39)
40. Sentencia 3465(13465) del 02/07/18, Ponente: MARIA ELENA GIRALDO GÓMEZ, Actor: VIRGINIA PÉREZ VALENCIA Y OTROS, Demandado: NACIÓN (MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL) /CONSEJO DE ESTADO- SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO- SECCION TERCERA -Consejero ponente: RAMIRO SAAVEDRA BECERRA - Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil seis (2006 )- Radicación número: 19001 23-31-000-1994-14004-01(15441)- Actor: JAIME DE JESUS GONZALEZ RESTREPO Y OTROS -Demandada: NACION - MINDEFENSA -POLICIA NACIONAL [↑](#footnote-ref-40)
41. |  |
| --- |
| 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 relacionesafectivas conyugales y paterno-filiales | Relación afectivadel 2o de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos) | Relación afectivadel 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 |

 [↑](#footnote-ref-41)
42. El salario mínimo legal mensual para el 2018 es de $781.242 [↑](#footnote-ref-42)
43. Bogotá, D.C., primero (1) de marzo de dos mil seis (2006)- CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO- Radicación número: 52001-23-31-000-1995-06529-01(13887) [↑](#footnote-ref-43)
44. Así se ha considerado entre muchas otras, en sentencias del 19 de octubre de 1990, exp: 4333; del 17 de febrero de 1994; exp: 6783 y del 10 de agosto de 2001, exp: 12.555. [↑](#footnote-ref-44)
45. Se ha reconocido la existencia del perjuicio futuro, con fundamento en las condiciones existentes en el momento en el cual se causó el daño, entre otras, en sentencias de la Sección del 19 de junio de 1989, exp: 4678; 7 de mayo de 1993, exp: 7715 y del 5 de septiembre de 1994, exp: 8674. [↑](#footnote-ref-45)
46. *“(…). Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”* [↑](#footnote-ref-46)
47. ***ACUERDO No. PSAA16-10554 Agosto 5 de 2016 “Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho*** *ARTÍCULO 4º. Analogía. A los trámites no contemplados en este acuerdo se aplicarán las tarifas establecidas para asuntos similares. ARTÍCULO 5º.Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son: 1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL. En única instancia. a. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario, entre el 5% y el 15% de lo pedido. b. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 8 S.M.M.L.V. En primera instancia. a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario: (i) De menor cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido. (****ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.*** *b. Por la naturaleza del asunto. En aquellos asuntos que carezcan de cuantía o de pretensiones pecuniarias, entre 1 y 10 S.M.M.L.V. (…) En segunda instancia. Entre 1 y 6 S.M.M.L.V. (…) negrita fuera de texto.* [↑](#footnote-ref-47)
48. CGP. ARTÍCULO 25 Cuantía. *“(…) Son de menor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a cuarenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (40 smlmv) sin exceder el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv). Son de mayor cuantía cuando versen sobre pretensiones patrimoniales que excedan el equivalente a ciento cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (150 smlmv). (…)”* [↑](#footnote-ref-48)
49. 3% de la condena $491´683.100 [↑](#footnote-ref-49)