|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá D. C.,** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420150064300** |
| DEMANDANTE | **LEMIS ENRIQUE OLIVEROS ÁVILA; ZOYLA VELÁSQUEZ CARPIO; EVANGELINA BADILLO MEDINA; ROMARIO ENRIQUE OLIVERO ÁVILA; LORAINE VANESA OLIVERO GRANADO; LEMIS ENRIQUE OLIVEROS VELÁSQUEZ quien actúa en nombre propio y en representación de ÉRIKA YELIS OLIVERO GRANADO; DARITZA ÁVILA BADILLO; LUIS FELIPE OLIVEROS ÁVILA.** |
| DEMANDADO | **LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL** |
| MEDIO DE CONTROL | **REPARACIÓN DIRECTA** |
| ASUNTO | **FALLO 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 LEMIS ENRIQUE OLIVEROS AVILA, DARITZA AVILA BADILLO, LEMIS ENRIQUE OLIVEROS VELASQUEZ quien actúa en nombre propio y en representación de ÉRIKA YELIS OLIVERO GRANADO, ROMARIO ENRIQUE OLIVERO GRANADO, LORAYNE VANESSA OLIVERO GRANADO y LUIS FELIPE OLIVERO AVILA, VANGELINA BADILLO MEDINA Y ZOYLA VELASQUEZ en contra de la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA -ARMADA NACIONAL.

* 1. **ANTECEDENTES:**
  2. **LA DEMANDA**
     1. **PRETENSIONES**

*“(…)1.1.- Que se declare al convocado LA NACION, MINISTERIO DE DEFENSA, (ARMADA NACIONAL) administrativamente y patrimonialmente responsable por las lesiones físicas, psicológicas y perjuicios y quebrantos en la salud padecidos por mi mandante LEMIS ENRIQUE OLIVEROS AVILA, con ocasión de la prestación del servicio militar obligatorio como infante de Marina regular en la hechos ocurridos el 21 de febrero del 2014 y por los perjuicios causados a los demás actores con ocasión del mencionado suceso.*

*1.2. - Que como consecuencia de la anterior declaración y de los principios de verdad, justicia y reparación, así como de las normas sustanciales aplicables, se condene a las entidades accionadas a pagar a los demandantes, a título de PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS, la suma equivalente a 900 SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, o la suma equivalente, o mayor que al momento de la sentencia sea permitida en favor de los actores, familiares y demás perjudicados, o la superior que como daño resultare probada dentro del proceso de conformidad con el acápite de estimación razonada de la cuantía en favor de los convocantes a saber:*

*1.2.1 Daño moral estimado para el señor, LEMIS ENRIQUE OLIVEROS AVILA la suma de 100 SMLMV (Victima directa)*

*1.2.2 Daño moral estimado para la señora ZOYLA VELASQUEZ CARPIO, La suma de 100 SMLMV. (Abuela de la Victima directa)*

*1.2.3 Daño moral estimado para la señora EVANGELINA BADILLO MEDINA, La suma de 100 SMLMV. (Abuela de la Victima directa)*

*1.2.4 Daño moral estimado para el señor ROMARIO ENRIQUE OLIVERO AVILA, La suma de 10C SMLMV. (Hermano de la víctima directa)*

*1.2.5 Daño moral estimado para el señora LORAINE VANESSA OLIVERO GRANADO, La suma de 100 SMLMV. (Hermana de la víctima directa)*

*1.2.6 Daño moral estimado para^el señora ERIKA YELIS OLIVERO GRANADO, La suma de 100 SMLMV. (Hermana de la víctima directa)*

*1.2.7 Daño moral estimado para la señora, DARITZA AVILA BADILLO, | La suma de 100 SMLMV. (Madre de la víctima directa)*

*1.2.8 Daño moral estimado para el señor, LUIS FELIPE OLIVERO AVILA La suma de 100 SMLMV. (Hermano de la víctima directa)*

*1.2.9 Daño moral estimado para el señor, LEMIS ENRIQUE OLIVEROS | VELASQUEZ la suma de 100 SMLMV (padre de la Victima directa)*

*1.3.- Que se condene a los demandados la NACION MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- ARMADA NACIONAL a pagar la suma equivalente en favor de $ 254.202.000 a título de daño material en favor de LEMIS ENRIQUE OLIVEROS AVILA (víctima directa.)*

*1.4- Que se condene a la entidad demandada a pagar en favor de LEMIS ENRIQUE OLIVERO AVILA la suma equivalente a 200 SMLMV a título del denominado derecho a la salud incluyendo allí como tal LA SALUD PROPIAMENTE DICHO, VARIACION A LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA y DAÑO A LA VIDA DE RELACION de conformidad con las sentencia unificadoras del consejo de estado sobre la materia.*

*1.5. - Que se ordene al demandado a dar aplicación del artículo 189 del CPACA.*

*1.6. -Que se de aplicación a lo contemplado en el artículo 192 del CPACA.*

*1.7. -Que la entidad demandada sea condenada en costas. (…)”*

* + 1. Los **HECHOS** sobre los cuales basa su petición son en síntesis los siguientes:
       1. LEMIS ENRIQUE OLIVEROS AVILA conforma una familia muy unida que está integrada por las siguientes personas:

1. ZOYLA VELASQUEZ CARPIO, (Abuela de la víctima directa)
2. EVANGELINA BADILLO MEDINA, (abuela de la víctima directa)
3. ROMARIO ENRIQUE OLIVERO AVILA, (hermano de la víctima directa)
4. LORAINE VANESSA OLIVERO GRANADO (hermana de la víctima; directa)
5. ERIKA YELIS OLIVERO GRANADO, (hermana de la víctima directa)
6. DARITZA AVILA BADILLO, (madre de la víctima directa)
7. LUIS FELIPE OLIVERO AVILA (hermano de la víctima directa)
8. LEMIS ENRIQUE OLIVEROS VELASQUEZ (Padre de la víctima directa)

Vale; la pena decir, que el señor Lemis Enrique Olivero se profesa mucho amor con toda su familia además de ser unas personas totalmente unidas.

* + - 1. El día 21 de Febrero del 2014, siendo las 10:30R, en el cumplimiento de una orden impuesta por el señor Sargento Primero Arroyave Agudelo John, mi mandante, el señor LEMIS ENRIQUE OLIVERO AVILA se encontraba en la cancha principal arreglando el polisombra para la actividad de recreación de aeróbicos cuando de repente el poste que soportaba el Polisombra se cae, golpeándole el hombro izquierdo de mi mandante causándole así una luxación articular. El señor Lemis Olivero fue intervenido quirúrgicamente en el hospital Divina misericordia de Magangué Bolívar.
      2. El señor, LEMIS ENRIQUE OLIVEROS AVILA con ocasión del servicio militar en calidad de Infante de Marina regular perteneciente al BATALLON FLUVIAL DE INFANTERIA DE MARINA NUMERO 17, dentro del servicio militar le diagnosticaron varicocele grado 2 testículo izquierdo y un quiste en el testículo derecho.
      3. Mi mandante fue intervenido quirúrgicamente en el hospital naval de Cartagena el 23 de julio del 2013.
      4. Al momento de los exámenes para el licenciamiento en el examen médico final; se detectó que a pesar de la cirugía practicada a mi mandante el señor LEMIS ENRIQUE OLIVEROS AVILA cuando se encontraba prestando su servicio militar obligatorio el varicocele no desapareció.
      5. El señor LEMIS ENRIQUE OLIVEROS AVILA ha sufrido quebrantos en su salud, en su integridad física debido a que en ocasión del servicio militar sufrió distintas lesiones lo cual le ha ocasionado distintos padecimientos en su salud y detrimento de la misma.
      6. EL día 28 de mayo de 2015 se radico solicitud de conciliación ante la procuraduría, en la cual la parte convocante es el señor LEMIS ENRIQUE OLIVEROS AVILA, ZOYLA VELASQUEZ CARPIO, EVANGELINA BADILLO MEDÍ NA, ROMARIO ENRIQUE OLIVERO AVILA, LORAINE VANESA OLIVERO GRANADO, LEMIS ENRIQUE OLIVEROS VELASQUEZ quien actúa en nombre propib y en representación de ERIKA YELIS OLIVERO GRANADO, DARITZA AVILA BADILLO, LUIS FELIPE OLIVERO AVILA, y por otro lado la parte convocante es LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-ARMADA NACIONAL.
      7. Se fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia de conciliación extrajudicial comq requisito previo a la demanda de reparación directa, el día 02de julio de 2015
      8. La procuraduría 136 Judicial II para asuntos administrativos, expide constancia No 131 con fecha de 8 de julio de 2015, en la cual se evidencia la falta de ánimo conciliatorio entre las partes, concluyendo así que el requisito de procedibilidad quedo debidamente agotado.
      9. LA NACION por conducto del Ministerio de Defensa Nacional- Armada Nacional es responsable Administrativa y patrimonialmente por los perjuicios Y lesiones causados a mi poderdante por lo que debe responder e indemnizar de conformidad con lo contemplado en el artículo 90 de la CP, toda vez que no opera ningún de los tres eximentes de responsabilidad del estado, y si en cambio, en tratándose de un régimen de responsabilidad objetivo, el estado debe responder por los daños causados a la víctima directa y a su familia.

**1.1.3 LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

**1.1.3.1.** El apoderado de **LA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL** se opuso atodas y cada una de las pretensiones declarativas y de condenas deprecadas por la parte demandante en contra de su representada con fundamento en las razones sustanciales y legales, señala que carece de veracidad pues el daño alegado no le es imputable, primero porque se encuentra probada una causal eximente de responsabilidad (fuerza mayor) en relación a la lesión del hombro y segundo porque no es imputable al Estado la enfermedad de origen común padecida por el IMAR demandante.

Y propuso como excepciones:

|  |  |
| --- | --- |
| **INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO.** | No existe claridad respecto de la presencia de los elementos que permiten atribuir o imputar táctica o jurídicamente la responsabilidad de los daños causados a quien se demanda.  No existe prueba de que se haya causado un daño, entendiendo como tal la lesión o puesta en peligro de derecho individual y su consecuente efecto adverso tanto desde el punto de vista material como inmaterial que afecte el patrimonio de quien demanda.  Si bien se plantea que se presentó un hecho dañino el 21 de febrero de 2014, debo mencionar que las circunstancias en las que se produjo el hecho denotan que obedeció a una fuerza mayor producida por la naturaleza, de la cual no se observan a la fecha efectos adversos que puedan producir perjuicios de orden material o inmaterial.  De otro lado la patología referida como varicocele grado 2, que padece el demandante, no es consecuencia de la actividad militar que desarrolló sino que corresponde a una enfermedad de origen común que obviamente no tiene ninguna relación con el trabajo, ergo no es imputable al servicio tampoco.  Así las cosas, debo señalar que no se cumple con los requisitos, elementos o características del daño o perjuicio, que han sido determinados por la jurisprudencia y la doctrina como: cierto, actual y personal.  Por sustracción de materia, al no estar debidamente acreditado el daño generador del perjuicio de manera cierta, se llega forzosamente a la conclusión de que no existe el deber de reparar por parte del Estado.  Ergo, solicito se declare probada esta excepción. |
| **CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD-FUERZA MAYOR** | Se plantea como hecho generador del perjuicio el evento acaecido el 21 febrero de 2014, que fue descrito así:    “SIENDO APROXIMADAMENTE LAS 10:30R DEL DIA 21 FEBRERO DEL 2014 EL ÍMAR OLIVERO AVILA LEIMIS ENRIQUE SE ENCONTRABA EN LA CANCHA PRINCIPAL ARREGLANDO EL POLISOMBRA PARA LA ACTIVIDAD DE RECREACIÓN AERÓGtCOS DIRIGIDO CUANDO DE FORMA REPENTINA SE VINO UN FUERTE VÍENTO EL CUAL HIZO CAER EL POSTE QUE SOPORTABA EL POLISOMBRA GOLPEANDOLE EN EL HOMBRO IZQUIERDO CAUSÁNDOLE UNA LUXACIÓN ARTICULAR”  En dicho acto administrativo se consignó que el evento dañoso estuvo precedido de un fuerte viento el cual hizo caer un poste, acto que no ha sido objeto de reproche y del cual se concluye que nos encontramos ante la causal eximente de responsabilidad propuesta, pues corresponde a un hecho de la naturaleza, que reviste las características propias de la figura; imprevisibilidad, irresistibilidad y de origen externo a la guarda material del soldado y de la carga obligacional el Estado Colombiano frente a este. |

* 1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN** 
     1. El apoderado de la parte **DEMANDANTE** no presentó alegatos de conclusión.

* + 1. El apoderado de la parte demandada **NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - ARMADA NACIONAL** señala que para que exista un daño antijurídico debe haber una afectación al accionante en sus intereses legítimos patrimoniales o extramatrimoniales. Lo cual, en el caso objeto del presente debate jurídico no se puede establecer, pues de la documentación parte del expediente no se extrae información alguna que acredite la existencia de un perjuicio en cabeza del accionante y su familia.

Adicionalmente, si la parte actora considera que existen pruebas conducentes, pertinentes y útiles para atribuir responsabilidad a la entidad, es preciso señalar que de la precaria sustentación fáctica y jurídica presente en el escrito de demanda, no encuentra sentido la defensa de la forma como el apoderado de los accionantes estableció un porcentaje de disminución de perdida de capacidad laboral mayor al 50% y de ello presumió unos montos a indemnizar sin aportar o realizar los trámites para allegar las pruebas decretadas por el despacho, siendo imposible acreditar el daño y la imputación del mismo al Estado.

De otra parte, a pesar de que ya se expuso en el escrito de contestación, resulta pertinente reiterar que los hechos ocurridos el 21 de febrero de 2014 se generaron en el marco de un evento de fuerza mayor debido a que se determinó que el evento dañoso estuvo precedido de un fuerte viento, que hizo caer un poste. Correspondiendo evento este, a un hecho de la naturaleza que reviste las características propias de la figura; imprevisibilidad, irresistibilidad y origen externo a la guarda material del soldado y de la carga obligacional del Estado Colombiano frente a éste.

* + 1. El **ministerio público** representado por la procuraduría judicial 82-1 no conceptuó.

1. **CONSIDERACIONES**
   1. **ESTUDIO DE LAS EXCEPCIONES:**
      1. La excepción **INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS CONFIGURADORES DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO,** propuestas por la demandada, no está llamada 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 acreditación 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 CPACA (Artículo 164 CCA), como el Código General del Proceso, aplicable a la materia.

* + 1. En cuanto a la excepción de **CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD-FUERZA MAYOR** propuesta por la parte demandada, por tratarse de un eximente de responsabilidad, se estudiará 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. **ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS:**

Conforme a lo establecido en la FIJACIÓN DEL LITIGIO, se busca **establecer si la demandada NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-ARMADA NACIONAL debe responder por las presuntas lesiones causadas a LEMIS ENRIQUE OLIVEROS AVILA durante la prestación de su servicio militar obligatorio**.

Surge entonces el siguiente problema jurídico:

**¿*Debe responder la demandada NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL por las presuntas lesiones causadas a LEMIS ENRIQUE OLIVEROS AVILA durante la prestación del servicio militar obligatorio?***

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

El servicio militar es una obligación constitucional (art. 216)[[1]](#footnote-1) 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.

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, 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.

Por tanto, el conscripto, según lo establecido en el artículo 48 del decreto 2048 de 1993, es el joven que se ha inscrito para definir su situación militar dentro de los términos, plazos y edad establecidos en la Ley 48 de 1993.

En relación con la responsabilidad patrimonial del Estado frente a quienes se encuentren prestando el servicio militar obligatorio, se ha considerado que si bien la Constitución impone el cumplimiento de ese deber a los particulares, “derivado de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social”, para “defender la independencia nacional y las instituciones públicas”, el Estado debe garantizar que no haya menoscabo con ocasión del mismo, puesto que se beneficia con la prestación de ese servicio. 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 establece 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[[2]](#footnote-2).

Entonces, es deber del Estado ofrecer al conscripto las medidas de protección que se requieran para reintegrarlo a su familia en las mismas condiciones en que ingresó y por ello debe 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, sino también 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[[3]](#footnote-3); por lo que por regla general, 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 una persona retenida 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[[4]](#footnote-4)

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[[5]](#footnote-5), 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.

* 1. **ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS:**
     1. Conforme al material probatorio aportado se **encuentran PROBADOS los siguientes hechos**:
* Se encuentra demostrada la legitimación en la causa por activa de los señores LEMIS ENRIQUE OLIVEROS AVILA en su calidad de víctima[[6]](#footnote-6), la señora DARITZA AVILA BOBADILLO en su condición de madre de la víctima[[7]](#footnote-7), el señor ROMARIO ENRIQUE OLIVEROS GRANADO[[8]](#footnote-8) y LORAYNE VANESSA OLIVERO GRANADO[[9]](#footnote-9) en calidad de hermanos de la víctima y las señoras ZOYLA VELASQUEZ CARPIO[[10]](#footnote-10) Y EVANGELINA BADILLO MEDINA[[11]](#footnote-11) en su condición de abuelas de la víctima.
* No se encuentran legitimados en la causa por activa el señor LEMIS ENRIQUE OLIVERO VELASQUEZ pues aunque se allegó el registro civil que demuestra la condición de padre de la víctima[[12]](#footnote-12), no otorgó poder pues el que estaba a su nombre fue firmado por el señor LEMIS ENRIQUE OLIVEROS AVILA[[13]](#footnote-13).
* Tampoco se encuentra legitimada en la causa por activa la menor ERIKA YELISS OLIVERO GRANADO pues aunque allegó registro civil en el que demuestra su condición de hermana de la víctima[[14]](#footnote-14), el padre estaba actuando representación de la menor y no otorgó poder[[15]](#footnote-15).
* De igual forma el señor LUIS FELIPE OLIVERO AVILA, en su calidad de hermano pues nunca firmó el poder[[16]](#footnote-16) y el registro civil fue allegado en copia simple[[17]](#footnote-17)
* El señor OLIVEROS AVILA LEMIS ENRIQUE prestó su servicio militar obligatorio como soldado regular en la Armada Nacional del 27 de agosto de 2012 al 27 de febrero de 2014[[18]](#footnote-18).
* Según el informativo administrativo por lesiones número 009 del 22 de febrero de 2014 se indicó “…SIENDO APROXIMADAMENTE LAS 10:30R DEL DIA 21 FEBRERO DEL 2014 EL IMAR OLIVERO AVILA LEIMIS ENRIQUE SE ENCONTRABA EN LA CANCHA PRINCIPAL ARREGLANDO EL POLISOMBRA PARA LA ACTIVIDAD DE RECREACION AEROBICOS DIRIGIDO CUANDO DE FORMA REPENTINA SE VINO UN FUERTE VIENTO EL CUAL HIZO CAER EL POSTE QUE SOPORTABA EL POLISOMBRA GOLPEANDOLE EN EL HOMBRO IZQUIERDO CAUSANDOLE UNA LUXACION ARTICULAR (…) CALIFICACION DE LAS CIRCUNSTANCIAS “EN EL SERVICIO POR CAUSA Y RAZON DEL MISMO …”*[[19]](#footnote-19)*.
* La atención médica prestada al señor LENIS ENRIQUE OLIVEROS AVILA[[20]](#footnote-20).
* La orden administrativa 022 del 31 d enero de 2014 por medio de la cual se retira por tiempo de servicio militar cumplido a un personal de infantes de marina regular[[21]](#footnote-21).
* Por los hechos en que resultó lesionado el señor LEMIS ENRIQUE OLIVEROS AVILA no se inició ninguna investigación disciplinaria[[22]](#footnote-22).
* Mediante oficio del 4 de mayo de 2018, recibido en este despacho el 9 de mayo de 2018 el Jefe de Medicina Laboral de la Armada Nacional señaló “… el señor OLIVERO se encuentra en proceso medico laboral de licenciamiento y se encuentra aplazado por las especialidades de:

|  |  |
| --- | --- |
| **Nombre Especialidad** | **Dx. Descripción Orden** |
| UROLOGIA | VARICOCELE IZQ |
| ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA | LUXACION HOMBRO IZQUIERDO |

En vista de lo anterior, nos encontramos imposibilitados para hacer envío del acta de la Junta Medica Laboral toda vez que la misma no existe en la vida jurídica, encontrándonos también en una imposibilidad jurídica y fáctica de realizarle Junta Medica Laboral y su correspondiente acta **puesto que no se realizó los conceptos médicos definitivos ordenados**, los cuales son determinantes para realizar la calificación estipulada en el Decreto 1796 del año 2000 con los soportes contemplados en el artículo 16 de la citada norma, **recordando que este es un proceso dinámico que requiere de la voluntad y de acciones por parte del interesado, lo cual como se puede evidenciar no se ha realizado**, sin que lo anterior sea una negativa por parte de esta Dirección a la realización de la Junta Medica Laboral, por lo que respetuosamente **se le solicita al despacho se tome en cuenta que el señor LEMIS ENRIQUE OLIVEROS no ha realizado las gestiones pertinentes para agilizar su proceso medico laboral**, a pesar que esta Dirección ha realizado las gestiones correspondientes para garantizarle su proceso en aras de darle agilidad y buen término al proceso médico laboral por retiro del demandante; así mismo **se le solicita que conmine al demandante para que acuda al Establecimiento de Sanidad Militar más cercano a su domicilio y gestione las citas concernientes para la obtención del concepto definitivo por las especialidades referidas anteriormente**; para que una vez sea recepcionados por esta Dirección y previa revisión de todo el expediente médico laboral, se proceda a fijar fecha y hora de la Junta Medica Laboral, lo anterior acorde al Decreto 1796 del año 2000 …*”[[23]](#footnote-23)*

* + 1. Procederemos entonces a dar respuesta al interrogante planteado **¿*Debe responder la demandada NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL por las presuntas lesiones causadas a LEMIS ENRIQUE OLIVEROS AVILA durante la prestación del servicio militar obligatorio?***

Para este operador judicial es claro que el daño antijurídico le resulta atribuible a la entidad demandada bajo el régimen de daño especial, ya que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo y que le es imputable a la administración, en virtud de las relaciones de especial sujeción que existen entre el Estado y los soldados conscriptos.

En efecto, está demostrado que el señor **JUAN DIEGO CORREA CORREA** entró a prestar el servicio militar obligatorio en buenas condiciones de salud y sufrió un accidente durante la prestación del servicio militar, cuando en cumplimiento de la orden se encontraba en la cancha principal arreglando el polisombra para la actividad de recreación aeróbicos dirigido y de forma repentina se cayó el poste que soportaba el polisombra golpeándole en el hombro izquierdo causándole una luxación articular.

Así que, el **daño antijurídico** se encuentra demostrado con el informe administrativo por lesión y la historia clínica, luego está probada la responsabilidad de la demandada.

Ahora, aunque la parte demandada manifiesta que existió el eximente de responsabilidad **CAUSAL EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD-FUERZA MAYOR** en razón a que en el mismo informativo administrativo por lesión se indicó que el evento dañoso estuvo precedido de un fuerte viento el cual hizo caer un poste y que corresponde a un hecho de la naturaleza, no lo demostró.

En efecto, no se demostró que el poste estuviera bien colocado y que cumpliera con todas las normas de seguridad y que pese a ello el viento haya sido tan fuerte que haya causado la caída del poste.

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

Demostrada como está la responsabilidad de la Administración es necesario tener en cuenta que conforme a la sentencia de unificación del Consejo de Estado, es necesario tener en cuenta el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral para fijar el quantum de los perjuicios. No obstante, en el presente caso no fue posible obtener un dictamen pericial.

De una parte porque decretándose el acta de la Junta Medica Laboral, el Jefe de Medicina Laboral de la Armada Nacional informó que no era posible remitir copia del acta toda vez que el señor OLIVERO no se había realizado los conceptos médicos definitivos por las especialidades de UROLOGIA, ORTOPEDIA Y TRAUMATOLOGIA, razón por la cual se encontraba aplazado. Advierte que este es un proceso dinámico que requiere de la voluntad y de acciones por parte del interesado, el cual no se ha realizado.

Así mismo, solicita se conmine al demandante para que acuda al Establecimiento de Sanidad Militar más cercano a su domicilio y gestione las citas concernientes para la obtención del concepto definitivo por las especialidades referidas anteriormente; para que una vez sea recepcionados por esta Dirección y previa revisión de todo el expediente médico laboral, se proceda a fijar fecha y hora de la Junta Medica Laboral

De otra parte, porque habiéndose decretado en subsidio de esta prueba el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, esta se tuvo que tener por desistida, primero, porque la suerte de lo principal la corre lo accesorio y el dictamen de la Junta Medica Laboral se había tenido por desistido por desinterés de la parte demandante y, segundo, porque se le había advertido a la parte demandante que si al vencimiento del plazo dado a la parte demandada para que allegara el acta de la Junta Medico Militar (17 de mayo de 2018), ésta no había sido allegada, debía realizar todas las gestiones pertinentes para que el joven LEMIS ENRIQUE OLIVEROS AVILA fuera valorado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez. No obstante, el apoderado de la parte demandante ni allegó el dictamen, ni la constancia de que se estuviera realizando el trámite; de hecho, ni siquiera asistió a la audiencia de pruebas y no presentó excusa dentro de los tres días siguientes.

Así las cosas, no fue posible obtener una pérdida de capacidad laboral del señor LEMIS ENRIQUE OLIVEROS AVILA.

Ahora, si bien se logró demostrar el **daño** con las lesiones sufridas por el señor LEMIS ENRIQUE OLIVEROS AVILA de las cuales dan cuenta el informe administrativo por lesión y la historia clínica, ello no quiere decir que con este se encuentre demostrados los perjuicios, y es que una cosa es **el** **daño**, entendido como el hecho que se constata, la lesión, la herida, la enfermedad, el dolor, el detrimento ocasionado a una persona en su cuerpo, en su espíritu o en su patrimonio y **el perjuicio** como la consecuencia que se deriva del daño, esto es, el menoscabo patrimonial que resulta como consecuencia del daño.

En el presente caso como quiera que no se demostró que la lesión sufrida por el señor OLIVEROS consistente en luxación articular en el hombro izquierdo le haya dejado algún tipo de discapacidad laboral, pues pudo ocurrir que se recuperara totalmente de la lesión, no se encuentra demostrado el menoscabo patrimonial y en consecuencia no habrá lugar a realizar ningún tipo de reconocimiento por perjuicios materiales o inmateriales.

* 1. 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 señala que la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil [[24]](#footnote-24)

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, 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, un parámetro entre el 3 y el 7,5% de lo pedido.

De conformidad con lo anterior, teniendo en cuenta que en el presente caso pese a existir una declaración de responsabilidad no hay una condena por no demostrarse los perjuicios, no se condenará en costas.

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

**FALLA:**

**PRIMERO: Declárese** no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

**SEGUNDO:** **Declárase** administrativamente responsable a la NACION- MINISTERIO DE DEFENSA- ARMADA NACIONAL de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: Niéguense** las demás pretensiones de la demanda.

**CUARTO:** **No se** **condenará** en costas a la parte demandada.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**OLGA CECILIA HENAO MARÍN**

Juez

MSGB

1. *“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-1)
2. 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-2)
3. 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-3)
4. 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-4)
5. *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-5)
6. Folios 1 y 7 del cuaderno 2 y 26 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 6 y 10 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 3 y 8 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 9 y 4 del c2 [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 27 y 50 del cuaderno principal [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 2 del cuaderno 2 y 28 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 10 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 5 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 11 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folio 5 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 6 del c2. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folio 29 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-17)
18. folio 110 del c1 [↑](#footnote-ref-18)
19. folio 12 del c2 [↑](#footnote-ref-19)
20. folios 16 a 23 del c2 [↑](#footnote-ref-20)
21. folios 106 a 108 del c1 [↑](#footnote-ref-21)
22. folio 119 del c1 [↑](#footnote-ref-22)
23. folios 121 a 124 del c1 [↑](#footnote-ref-23)
24. *“(…). 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-24)