|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá D.C., veintinueve (29) de abril de dos mil diecinueve (2019)** |
| REFERENCIA | **Expediente No.11001333603420160023600** |
| DEMANDANTE | **JULIO LORENZO JIMENEZ HERNMANDEZ** |
| DEMANDADO | **LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL** |
| MEDIO DE CONTROL | **REPARACION 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 **JULIO LORENZO JIMENEZ HERNANDEZ y RONALD ALBERTO JIMENEZ ESTRADA** en contra **LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL.**

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

***“(…) 1.1.1.1*** *Se declare que la* ***NACIÓN COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL****, es administrativamente responsable por los daños ocasionados a mis mandantes, a través de las lesiones causadas a su hijo, y hermano, el señor* ***ALEXANDER JOSÉ JIMENEZ ESTRADA*** *durante su permanencia en las filas de la* ***INSTITUCIÓN****, para la* ***PRESTACION DEL SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO****.*

***1.1.1.2*** *Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la* ***NACIÓN COLOMBIANA - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL****, a indemnizar de manera integral los perjuicios padecidos por mis poderdantes, de conformidad con lo que se pruebe en el proceso.*

***1.1.1.3*** *Condenar en consecuencia, a* ***LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL****, a pagar, como reparación del daño ocasionado, a favor de los actores, por los perjuicios morales, materiales y de vida de relación, las siguientes sumas de dinero:*

**

*Los daños morales son los infligidos a las creencias, los sentimientos, la dignidad, la estima social, a la salud física o psíquica, es decir, a los que la doctrina mayoritaria ha denominado derechos de personalidad o extra-patrimoniales, o bien, el menoscabo o lesión a un interés no patrimonial provocado por el hecho dañoso, es decir, por el acto antijurídico****.***

*La noción de daño moral se desarrolla en base a dos presupuestos: la naturaleza del interés lesionado y la extra-patrimonialidad del bien jurídico afectado.*

*Estos perjuicios morales o subjetivos que se reclaman corresponden a la aflicción o quebrantamiento moral padecidos por la víctima y sus familiares, consecuencia del daño infringido, los cuales son ciertos y reales, y que, según la doctrina y la jurisprudencia, se presumen e infieren, dada la relación vinculante entre el actor y el daño ocasionado. Su intensidad resulta difícil o imposible de calcular; sin embargo, su existencia no se cuestiona y así lo reconocen las legislaciones modernas.*

***2.) PERJUICIOS MATERIALES:***

***2.1 Lucro cesante presentes consolidados, equivalente a:***

*El lucro cesante presente consolidado, obedece al valor periódico de salarios y prestaciones sociales, dejados de percibir por el familiar de mis poderdantes y con ello ayudas dejadas de recibir por, debido a la incapacidad laboral padecida y se determina en razón a la misma, por el tiempo transcurrido desde su licénciamiento y hasta la fecha de la sentencia, para el caso que nos ocupa, no teniendo certeza de la fecha de sentencia, el perjuicio se liquida hasta la presentación de la demanda.*

*A favor de* ***JULIO LORENZO JIMENEZ HERNANDEZ,*** *padre del lesionado y quien recibía ayuda económicamente de él; la suma de* ***CINCUENTA Y SEIS MILLONES VEINTICINCO MIL PESOS ($56.025.000),*** *estimación razonada que a la presentación de esta demanda, corresponde a la aplicación de:*

**

*Donde:*

***S=*** *Es la indemnización a obtener.*

***Ra*** *= Es la base de liquidación, que para el caso que nos ocupa, corresponde al porcentaje del salario devengado por un cabo tercero* ***($950.225)*** *y aplicables en este caso por asimilación[[1]](#footnote-1), más un incremento del 25% por factor prestacional toda vez que su reconocimiento opera en adición por disposición de la ley, menos el* ***25%*** *correspondientes a gastos propios de manutención, lo cual arroja un monto de* ***($890.836)*** *por la discapacidad laboral del señor* ***ALEXANDER JOSÉ JIMENEZ ESTRADA,*** *que* ***corresponde*** *del* ***100%,*** *de conformidad con el informe técnico allegado con la presente.*

***i*** *= Interés puro o técnico, 0.004867*

***n*** *= Número de meses que comprende el periodo indemnizable, que para el presente caso serán* ***55*** *meses, tiempo transcurrido desde el retiro de* ***ALEXANDER JOSÉ JIMENEZ ESTRADA*** *y hasta la presentación de esta demanda.*

***2.2 Por Lucro cesante futuro:***

*Conforme a la aplicación de:*

**

*Donde:*

***S*** *= Es la indemnización a obtener:*

***Ra*** *= Es la base de liquidación, que para el caso que nos ocupa, corresponde al porcentaje del salario devengado por un cabo tercero* ***($950.225)*** *y aplicables en este caso por asimilación2, más un incremento del 25% por factor prestacional toda vez que su reconocimiento opera en adición por disposición de la ley, menos el* ***25%*** *correspondientes a gastos propios de manutención, lo cual arroja un monto de* ***($890.836)*** *por la discapacidad laboral del señor* ***ALEXANDER JOSÉ JIMENEZ ESTRADA,*** *que se presume del* ***100% o más,*** *como ya se mencionó.*

***I*** *= Interés puro o técnico, 0.004867*

***N*** *= Número de meses que comprende el periodo indemnizable, que corresponderá al número de meses de expectativa de vida de cada uno de los reclamantes, conforme a los estipulado por la* ***SUPERINTENDENCIA FINANCIERA.***

*Ahora, teniendo en cuenta la disminución de la capacidad laboral del señor* ***ALEXANDER JOSÉ JIMENEZ ESTRADA,*** *resulta de manifiesto cuanto ha sido la intensidad del daño, aún más si tenemos en cuenta que la gravedad de las lesiones que presenta han ido en aumento progresivo, con la consecuencia de encontrarse cada vez más discapacitado y con menos posibilidades de acceso al campo laboral y, desde luego, privado del disfrute cabal de su calidad de vida anterior, recibiendo, por lo tanto, perjuicios de orden moral, material, fisiológicos y de vida de relación que, también han afectado de manera indirecta a los miembros de su familia, en especial sus padres quienes antes, recibían ayuda económica por parte de él.*

*Así, para el señor* ***JULIO LORENZO JIMENEZ HERNANDEZ,*** *quien actualmente cuenta* ***51 años,*** *su expectativa de vida, se extiende hasta* ***29*** *años más* ***(348 meses),*** *por lo que el monto del perjuicio por lucro cesante se estima en la suma de la suma de* ***CIENTO CUARENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL PESOS ($149.249.000).***

***De manera subsidiaria, solicito liquidar los perjuicios anteriores sobre un salario mínimo legal mensual vigente.***

***3. Daños a la Salud.***

*Nuestro* ***H. Consejo de Estado*** *manifestó: "En los casos de* ***daño a la salud,*** *la Sala estableció que no se puede limitar su reconocimiento y liquidación al porcentaje certificado de incapacidad, sino que se deben considerarse las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima, como por ejemplo los casos estéticos o lesiones a la función sexual, que difícilmente se consideran constitutivos de incapacidad."*

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| ***A FAVOR DE*** | ***No. SML*** | ***VALOR*** | ***VALOR TOTAL*** |
| *1 JULIO LORENZO JIMENEZ HERNANDEZ (PADRE)* | *100* | *$689,455* | *$68,945,500.00* |
| *2 ROÑAL ALBERTO JIMENEZ ESTRADA (HERMANO)* | *50* | *$689,455* | *$34,472,750.00* |
| ***TOTAL*** | | | ***$103,418,250.00*** |

*Para la Corte Suprema de Justicia este perjuicio está contenido en el* ***"daño a la vida en relación que se traduce en afecciones que inciden en forma negativa sobre su vida exterior, concretamente alrededor de su ACTIVIDAD SOCIAL NO PATRIMONIAL" (...)***

*De esta manera, la Corte afirma que el daño a la vida de relación es un* ***derecho a la persona,*** *el cual debe ser reconocido por el ordenamiento. Sobre el tema la Corte hace referencia a aspectos determinantes como su distinción del daño moral, al afirmar que "a diferencia del daño moral que corresponde a la órbita subjetiva, intima o interna del individuo, el daño a la vida de relación constituye una afección a la esfera exterior de la persona que puede verse alterada en mayor o menor grado, a causa de una lesión infligida a los bienes de la personalidad o a otro tipo de intereses jurídicos, en desmedro de lo que la Corte en su momento denominó "actividad social no patrimonial"*

***En síntesis el daño a la vida en relación es un daño autónomo, que se refleja en la vida social de una persona, lo cual no excluye la posibilidad de que sean reconocidos otro tipo de perjuicios.***

*De esta manera, y acudiendo al desarrollo existente, la Corte Suprema advierte la importancia de esta figura al amparar su reconocimiento, el cual se debe dar acudiendo a los principios de equidad y justicia que inspiran nuestro ordenamiento jurídico.*

*La vida de relación que en este caso se subraya como perjuicio causado a mis mandantes, resulta evidente, por cuanto que la lesión no solamente perjudica de alguna forma, el desenvolvimiento de la vida externa del afectado dentro de lo que constituye su discapacidad médico laboral y demás condiciones o circunstancias de tipo social y recreativas, que lo privan de ciertas satisfacciones, sino que también tal situación afecta indirectamente a sus familiares.*

***1.1.1.4*** *La condena respectiva será actualizada aplicando los ajustes del IPC, de conformidad con lo previsto en el art. 187 del CPACA (Ley 1437 de 2011).*

***1.1.1.5*** *Se reconozcan los intereses moratorios desde la fecha de la ejecutoria de la sentencia hasta su pago, conforme a lo contemplado en el artículo 192 del CPACA.*

***1.1.1.6*** *La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia que se dicte a instancias de esta demanda, en los términos del art. 192 y siguientes del CPACA (Ley 1437 de 2011).*

***1.1.1.7*** *Que para los efectos y cumplimiento de esta sentencia se me reconozca personería jurídica y la entidad demandada dé cumplimiento a lo establecido por la ley, suministrando "Nombre, documento de identificación, número de tarjeta profesional y datos de dirección y teléfono" del suscrito apoderado, a la Subsecretaría Jurídica del EJERCITO NACIONAL o a la autoridad que para el momento de producirse la sentencia haga sus veces.*

***1.1.1.8*** *Disponer igualmente que por secretaría de ese Despacho Judicial, se expida al suscrito apoderado FOTOCOPIA AUTENTICA DE LA SENTENCIA, CON CERTIFICACIÓN DE SU FECHA DE EJECUTORIA, SER PRIMERA COPIA Y PRESTAR MERITO EJECUTIVO, COMO DEL PODER CONFERIDO INFORMANDO QUE AUN SE ENCUENTRA VIGENTE. (…)”*

* + 1. Los **HECHOS** sobre los cuales basa su petición son en síntesis los siguientes:

**1.1.2.1** El señor SLR. ALEXANDER JOSÉ JIMENEZ ESTRADA fue vinculado a la institución - EJERCITO NACIONAL el 7 de SEPTIEMBRE de 2010 para la prestación del servicio militar obligatorio, habiéndolo hecho en buenas condiciones, lo cual se presume, porque de lo contrario, no hubiese sido declarado apto para el servicio

**1.1.2.2** Durante la jornada militar, ALEXANDER JOSÉ JIMENEZ ESTRADA debido a los pesados ejercicios de instrucción y operativos que le fueron impuestos, en las distintas etapas que cubrieron toda su permanencia, sufrió en su integridad psicofísica periódicos quebrantos de salud que han deteriorado de manera considerable su calidad de vida. Y es ello así que, tales lesiones sobrevinieron EN EL SERVICIO POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO.

**1.1.2.3** De conformidad con la certificación de tiempo, emitida por la División Administración de Personal, ALEXANDER JOSÉ JIMENEZ ESTRADA, fue retirado del servicio el 8 de junio de 2012, por tiempo de servicio militar cumplido, regresando a su seno familiar con condiciones de salud disímiles a las que presentaba al momento de su incorporación.

**1.1.2.4** Las lesiones padecidas por el actor han venido presentando un deterioro continúo en su estado de salud, que son conocidos por él con la última evaluación o peritaje realizado, es decir, el 12 de noviembre de 2015, cuando el Dr. Enrique Ayala Pérez, médico cirujano, especialista en Salud Ocupacional y Administración de Salud y Seguridad Social, consultor en peritajes médico laborales y Administrativos, le realiza evaluación a sus patologías actuales y determina que la discapacidad médico laboral actual de mi poderdante, corresponde al 100%.

En mencionado medio probatorio, se determinó que padece "SINDROME CONVULSIVO EPILEPTICO, RETARDO SICOMOTOR ASOCIADO A EPILEPSIO, SICOSIS REACTIVA y CICATRICES POR LEISHMANIASIS"

**1.1.2.5** Antes de ingresar a la Institución ALEXANDER JOSÉ JIMENEZ ESTRADA, gozaba de muy buen estado de salud, y se desempeñaba en labores varias, devengando algunos ingresos que le permitían su propia manutención y aportar económicamente a su hogar para llevar, en condiciones normales y dignas, una buena calidad de vida, la cual ya no disfrutan, como consecuencia del daño recibido.

**1.1.2.6** Finalmente, los demandantes se han visto en la obligación de abandonar algunas de sus actividades cotidianas para poder acompañar y apoyar tanto económica como sicológicamente al señor ALEXANDER JOSÉ JIMENEZ ESTRADA, lo que genera un constante detrimento de sus patrimonios.

* 1. **LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

La apoderada de LA NACION – MINISERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL se opuso a todas y cada una de las pretensiones consignadas en el escrito de la demanda por no advertirse responsabilidad patrimonial alguna por un daño que no puede ser imputable bajo ninguna circunstancia a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, ante la existencia de un eximente de responsabilidad.

Propuso como **excepciones** las siguientes:

|  |  |
| --- | --- |
| **TITULO** | **CONTENIDO** |
| **INEXISTENCIA DE UN DAÑO ANTIJURÍDICO - HECHO SUPERADO:** | De acuerdo al ordenamiento jurídico vigente, y con el fin de que se declare la responsabilidad de la administración pública, se hace imperioso verificar la configuración de los dos elementos o presupuestos de la misma, según la disposición constitucional que consagra la institución jurídica, esto es, el artículo 90 superior.  En consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como su imputación táctica y jurídica a la administración pública.  De acuerdo con lo anterior nos encontramos entonces frente a una INEXISTENCIA DEL DAÑO en atención a que el daño antijurídico a efectos de que sea resarcible, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, se torna imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama:   1. debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; 2. que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente -que no se limite a una mera conjetura-, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido en el ordenamiento jurídico, 3. y que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.   Se afirma entonces que dentro del sub lite no logra configurarse un daño antijurídico aun cuando exista un Acta de Junta Médica mediante la cual se valora la aptitud psicofísica del señor Alexander José Jiménez Estrada, pues la única secuela generada es una cicatriz, frente a la cual se pregunta esta defensa si la misma tiene la envergadura y la trascendencia para configurar un daño antijurídico.  Lo anterior, teniendo en cuenta que si bien el ex soldado adquirió una enfermedad estando bajo el cuidado y protección de la entidad demandada, no se evidencia que dicha afección hubiera tenido secuelas o consecuencias que hubieran modificado las condiciones de existencia del ex soldado, pues la leishmaniasis fue objeto de tratamiento y puede afirmarse que en la actualidad es un **HECHO SUPERADO** que a pesar de haber ocurrido no representa daño alguno ni moral, ni material ni mucho menos en la salud de los demandantes.  Ahora y teniendo en cuanta las demás afecciones y/o patologías alegadas en los hechos de la demanda y que según peritaje realizado el día 12 de Noviembre de 2015 realizada por el Dr. Enrique Ayala Pérez, médico cirujano especialista en Salud Ocupacional y Administración de salud y seguridad social, consultor en peritajes médicos laborales y administrativos realizado al joven Alexander José Jiménez Estrada, con evaluación a las patologías actuales en la que le determina una pérdida de la capacidad laboral correspondiente al 100%. |

* 1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**
     1. El apoderado de la **PARTE ACTORA** indica que en el proceso está debidamente acreditado que durante la permanencia del servicio militar obligatorio el soldado regular sufrió daños integrales hacia su salud que va desde que se incorporó hasta que terminó de prestar el servicio militar obligatorio, patologías que fueron debidamente analizados y estudiadas; según la jurisprudencia no se debe dar prevalencia al dictamen de la Junta Medica Militar pues no aparece controvertido. Reunidos todos estos presupuestos, calidad de militar, las condiciones de salud o por lo menos así se presumen toda vez que entró a prestar el servicio militar obligatorio, de todas maneras la entidad debe responder por las lesiones causadas. La gravedad de las lesiones extracontractualmente y los parámetros que indican la teoría del depósito llevarían a realizar una condena en contra de la demandada. Son suficientes elementos que podrían permitirle a la señora juez concluir que realmente la entidad demandada es responsable.
     2. El apoderado de la **NACION – INSTITUTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC** señala que en el presente asunto se determinó por parte de la Junta Medica Militar que el muchacho padeció de leishmaniosis y se le diagnostica que es apto para prestar el servicio militar obligatorio, por lo cual el mismo comité de conciliación señala que no se efectuó reconocimiento por los perjuicios materiales, lo que permite concluir que puede realizar cualquier otra actividad. Además fue indemnizado por está perdida de capacidad laboral. Si bien es cierto se allego un dictamen pericial como apoderado sigo insistiendo que la prueba reina es la Junta Medica Laboral aportada ya la cual se le aporto en su respectivo momento, por lo que solicita se haga un respectivo análisis a las pruebas allegadas reiterando que el documento a la cual se debe hacer alusión es al dictamen. En caso de que la sentencia es desfavorable solicito que solamente se reconozca perjuicios morales pues no hay lugar a otro reconocimiento según las pruebas allegadas. Tampoco se condene en costas
     3. La agente del **MINISTERIO PUBLICO** no conceptuó.
  2. **CONSIDERACIONES**
  3. **ESTUDIO DE LAS EXCEPCIONES**

En relación con la excepción **INEXISTENCIA DE UN DAÑO ANTIJURÍDICO - HECHO SUPERADO** no goza de esta calidad, 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, 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 excluir, enervar o dilatar las pretensiones.

**2.2 LA RAZÓN DE LA CONTROVERSIA:**

Conforme a lo establecido en la **FIJACIÓN DEL LITIGIO**, su causa busca establecer si la demandada NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL debe responder o no por las lesiones causadas al señor ALEXANDER JOSÉ JIMENEZ ESTRADA durante la prestación de su servicio militar obligatorio.

Surge entonces el siguiente problema jurídico:

***¿Debe responder la demandada NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de las lesiones sufridas por ALEXANDER JOSÉ JIMENEZ ESTRADA mientras 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)[[2]](#footnote-2) 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.

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, ha considerado la Sala que el régimen bajo el cual debe resolverse su situación es diferente del que se aplica frente a quienes voluntariamente ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares, agentes de policía o detectives del DAS, porque 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[[3]](#footnote-3).

Entonces, es deber del Estado que se beneficia con la prestación de ese servicio, 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.

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[[4]](#footnote-4)

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[[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.

**2.3. ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS:**

* + 1. Conforme al material probatorio aportado se **encuentran PROBADOS los siguientes hechos**:
* El señor JIMENEZ ESTRADA ALEXANDER JOSE prestó su servicio militar obligatorio como soldado regular del 7 de septiembre de 2010 al 8 de junio de 2012[[6]](#footnote-6).
* En el acta de la Junta Medica Laboral No. 81975 se indicó en diagnostico positivo de las lesiones o afecciones que tuvo Leishmaniasis cutánea, que fue valorado y tratado por dermatología con glucantime, que le deja como secuela cicatriz con leve defecto estético en economía corporal sin limitación funcional, que le produce una disminución de la capacidad del 10% y cuya imputabilidad del servicio se considera enfermedad profesional[[7]](#footnote-7).
* Si bien es cierto en la historia clínica se anotó el 26 de diciembre de 2012 que presentó reacción alérgica al iniciar el tratamiento con glucantime, en enero 3 de 2013 se indicó que el paciente asiste a consulta porque trae FA pendiente, el cual se revisa y el médico considera que el paciente puede continuar con el tratamiento, inclusive, en la anotación del 25 de enero de 2013 se señala que el paciente terminó ese día tratamiento con glucantime[[8]](#footnote-8).
* En la ficha epidemiológica para el manejo de la leishmaniasis de fecha 13 de diciembre de 2012 el demandante manifestó que ya tomaba ácido valproico 2 veces al día[[9]](#footnote-9).

* + 1. Entramos entonces a dar respuesta al interrogante planteado

***¿Debe responder la demandada NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de las lesiones sufridas por ALEXANDER JOSÉ JIMENEZ ESTRADA mientras prestaba su servicio militar obligatorio?***

La respuesta a este interrogante es negativa por cuanto aunque está demostrado el daño antijurídico, la demanda fue presentada fuera de tiempo.

Es que, la caducidad de la acción se produce cuando el término concedido por la ley para entablar la demanda ha vencido., y está edificado sobre la conveniencia de señalar un plazo objetivo, invariable y sin consideración a situaciones personales, para que quien se pretenda titular de un derecho opte por accionar o no.

Es por lo anterior, que se da aplicación a la máxima latina "contra non volenten agere non currit prescriptio", es decir, que el término de caducidad no puede ser materia de convención, antes de que se cumpla, ni después de transcurrido, puede renunciarse. Dicho de otro modo, el término para accionar no es susceptible de interrupción, ni de renuncia por parte de la Administración. Tan es así, que el término prefijado por la ley, obra independientemente y aún contra voluntad del beneficiario del medio de control. La caducidad es la consecuencia de la expiración del término perentorio fijado, para el ejercicio del medio de control.

El literal i) del artículo 164 del CPACA dispone que *“(…) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia (…)”*

En el presente caso si bien es cierto en auto admisorio del 30 de enero de 2017 se había indicado que la caducidad se contaría a partir del día siguiente de la valoración del acta de Junta Medica Laboral No. 81975 de la Dirección de Sanidad del Ejercito, teniendo en cuenta que la jurisprudencia había establecido que para los casos de los conscriptos se tomaría a partir del día siguiente de la fecha de estructuración de invalidez determinada por la Junta de Calificación de Invalidez, y que por ende, la demanda no se encontraba caducada, lo cierto es que posteriormente mediante Sentencia de Unificación del 29 de noviembre de 2018, el Consejo de Estado dentro del proceso con Radicación número: 54001-23-31-000-2003-01282-02 (47308), Consejera ponente: MARTA NUBlA VELÁZQUEZ RICO, Actor: JESÚS APARICIO VERA Y OTROS, señaló:

*“(…) el juez puede encontrarse con diversos escenarios, a saber:*

1. *ocurrido el hecho dañoso, inmediatamente se conoce del daño, esto porque es evidente, es decir, el hecho y el conocimiento del daño son concomitantes, y desde allí se debe contar el término de caducidad;*
2. *cuando se causa el daño, pero no se tiene conocimiento sobre ello, en este caso el término se cuenta desde que se conoce el daño.*

*La Sala reitera, además, que es una carga de la parte demandante demostrar cuándo conoció el daño, y, si es pertinente, la imposibilidad de haberlo conocido en el momento de su causación, por lo que juez debe estudiar lo ocurrido en cada caso y determinar la fecha en la cual comenzó a correr el término para demandar.*

***En estas condiciones, la fecha de conocimiento sobre la magnitud del daño, a través de la notificación del dictamen proferido por una Junta de Calificación de Invalidez no puede constituirse, en ningún caso, como parámetro para contabilizar el término de caducidad, por cuanto:***

***El dictamen proferido por una junta de calificación de invalidez no comporta un diagnóstico de la enfermedad o de la lesión padecida por una persona****,* ***pues la junta se limita a calificar una situación preexistente*** *con base en las pruebas aportadas, entre las cuales se destaca la historia clínica del interesado; además, la junta puede ordenar la práctica de exámenes complementarios para determinar aspectos necesarios que inciden en la valoración de cada caso concreto.*

*Su función es la de calificar la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez*

*y determinar su origen, es decir, establecer la magnitud de una lesión respecto de la cual el afectado directo tiene conocimiento previo, en función de la capacidad laboral de la víctima, por tanto,* ***no constituye criterio que determine el conocimiento del daño, elemento que importa para el cómputo del término de la caducidad, pues se resalta que debe diferenciarse el daño de su magnitud, porque la caducidad tiene relación y punto de partida con el conocimiento del primero.***

*(…)*

*Adicionalmente,* ***la calificación de invalidez no constituye un requisito de procedíbilidad para demandar y, por ello, el afectado puede acudir ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en sede de reparación directa, aunque no se le hubiere valorado la magnitud de la lesión****, por* ***cuanto la exigencia de tal requisito para el cómputo de la caducidad implicaría la creación de un requerimiento que la ley no contempla****. En este tema no existe tarifa probatoria y el demandante bien puede aportar o solicitar las pruebas periciales que estime pertinentes para probar el grado de afectación en el transcurso del proceso.”* (negrilla fuera de texto)

Así las cosas, es evidente que en el presente caso se configuró el fenómeno de la caducidad pues el señor ALEXANDER JIMENEZ ESTRADA firmó la autorización para la administración de tratamiento para la leishmaniasis (Glucantime y/o Pentademina) el **26 de diciembre de 2012**[[10]](#footnote-10), es decir, que para esta fecha no solo tenía pleno conocimiento de su enfermedad sino del tratamiento que le iban a aplicar, por lo que los demandantes tenían hasta el **27 de diciembre de 2014** para radicar solicitud de conciliación prejudicial o demandar; sin embargo, ambas fueron presentadas fuera de tiempo, pues la solicitud de la conciliación extrajudicial la presentó el **14 de octubre de 2016**[[11]](#footnote-11) y la demanda fue presentada el **6 de diciembre de 2016**[[12]](#footnote-12), por ende, la demanda esta caducada, lo que trae de suyo la negativa de las pretensiones.

Pero aún en el caso de que la demanda no se encontrara caducada, las pretensiones de la demanda tampoco estarían llamadas a prosperar pues no se demostró el nexo causal, esto es, que los síndromes convulsivos que ahora padece el demandante fueran consecuencia de la prestación del servicio militar obligatorio, menos de una presunta reacción al tratamiento efectuado para la leishmaniasis, pues de acuerdo a la **ficha epidemiológica para el manejo de la leishmaniasis de fecha** **13 de diciembre de 2012**, antes de empezar con el tratamiento para la leishmaniasis el **26 de diciembre de 2012**, el demandante manifestó que ya tomaba ácido valproico 2 veces al día[[13]](#footnote-13).

Además, según el resumen de la historia clínica del médico psiquiatra Oswaldo Matta Santacruz[[14]](#footnote-14), el paciente manifiesta que al salir de la institución, **a los veinte días, se dio cuenta de que tenía leishmaniasis**, razón por la cual fue enviado al Basan para iniciarle el tratamiento con 72 dosis inyectables de glucantime; **que se curó pero que a los dos días de haber finalizado empezó a convulsionar.** Teniendo en cuenta que el tratamiento finalizó el 25 de enero de 2013, las convulsiones habrían iniciado el **28 de enero de 2013**, por lo que nuevamente se contradice con lo señalado en la ficha epidemiológica.

Por último, no se explica este despacho por qué durante el tiempo que prestó su servicio militar obligatorio del **7 de septiembre de 2010** al **8 de junio de 2012[[15]](#footnote-15)**, el demandante no presentó ningún episodio convulsivo o no hay registro del mismo, pues estos se relacionan en la historia clínica a partir del **9 de agosto de 2016[[16]](#footnote-16)** y el demandante lo señala en la ficha epidemiológica el **13 de diciembre de 2012[[17]](#footnote-17)**.

Así las cosas, como quiera que no se logró demostrar la presunta responsabilidad de la entidad demandante las pretensiones también deberían negarse.

En consecuencia, como quiera que la caducidad es una excepción que de encontrarse comprobada por el operador judicial debe declararse de oficio, procederá el despacho a declararla probada de oficio y a negar las pretensiones de la demanda.

**2.4** Citando la posición del TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN “C” No habrá lugar a condenar en costas, por cuanto no se observa que las partes hayan actuado con temeridad o mala fe en las actuaciones procesales.

La condena en costas la adopta el juez teniendo en cuenta la conducta de la parte vencida en el proceso, pues no es una regla de aplicación forzosa y general.

El artículo 188 del CPACA no obliga al juzgador a condenar en costas indefectiblemente sin que medie una valoración de la conducta de la parte vencida en el proceso, dicha norma señala que se debe disponer sobre dicha condena solo en la sentencia que decida el mérito del asunto sometido a debate en el proceso.

Analizado dicho aspecto, este despacho estima que en esta oportunidad no hay lugar a imponer condena en costas, debido a que no se aprecia temeridad o abuso de las atribuciones o derechos procesales por las partes Además, las costas deben aparecer comprobadas, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del C.G.P, según el cual "Sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación," situación que no se ha presentado en el caso estudiado.

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: Declárese PROBADA la excepción de CADUCIDAD,** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO:** **Niéguense** las pretensiones de la demanda

**TERCERO:** **Sin condena** en costas.

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

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**OLGA CECILIA HENAO MARIN**

Juez

MSGB

1. Decreto 1796 de 2000, Capítulo II, artículo 39, Parágrafo 1 "La base de liquidación de la pensión del personal [↑](#footnote-ref-1)
2. *“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-2)
3. 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-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. Folio 043 del c2. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folios 41 y 42 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folios 62 a 6+4 del c2. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 68 y 69 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folio 65 del cuaderno 2.  [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 70 a 72 del cuaderno 2.  [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 11 reverso y 12 del cuaderno principal. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folios 68 y 69 del cuaderno 2. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folios 46 y 47 del c2. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folio 43 del c2. [↑](#footnote-ref-15)
16. Folios 50 a 52 del c2. [↑](#footnote-ref-16)
17. Folios 68 y 69 del c2. [↑](#footnote-ref-17)