|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil diecinueve (2019)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420160022100** |
| DEMANDANTE | **NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA y otros** |
| DEMANDADO | **NACION-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-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 NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA, YULLY PALOMINO GARCIA, BREYLYN JIBETH MOSQUERA PALOMINO, AGNY JULIETH MOSQUERA PALOMINO, MARIA ELIZABETH MOSQUERA PALOMINO, MARIA ENELIA VALENZUELA VALENCIA y NICOLAS MOSQUERA, FERNANDO MOSQUERA VALENZUELA, LUCY MOSQUERA VALENZUELA y MARIA IRIS MOSQUERA VALENZUELA en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJERCITO NACIONAL.

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

“

* + - 1. *Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL de los daños y perjuicios sufridos por los demandantes, con ocasión daño especial producto de la falla estratégica y táctica de la operación No.89 "LA LLANADA" de fecha 31 de mayo 2004, adelantada en la vereda Las Peñas, Municipio de San Pablo, Nariño. por el Batallón de Infantería No. 9 Batalla de Boyacá.*
      2. *Como consecuencia de la anterior declaración, ordenar a LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL pagar a favor del demandante SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA las siguientes sumas de dinero:*

*a. DOSCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (200 S.M.L.M.V.) por concepto de* ***DAÑOS A LA SALUD****.*

*b. DOSCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (200 S.M.L.M.V.) por concepto de* ***DAÑOS A LA MORALES.***

* + - 1. *Como consecuencia de la anterior declaración, ordenar a LA NACION-MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL pagar a favor de los demás demandantes, por concepto de daños morales, las siguientes sumas de dinero*

*a. A favor de MARIA ENELIA VALENZUELA. en calidad de madre de SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA, DOSCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (200 S.M.L.M.V.)*

*b. A favor de NICOLAS MOSQUERA, en calidad de padre de SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA, DOSCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (200 S.M.L.M.V.)*

*c. A favor de FERNANDO MOSQUERA VALENZUELA, en calidad de hermano de SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA.*

*CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (50 S.M.L.M.V.)*

*d. A favor de LUCY MOSQUERA VALENZUELA, en calidad de hermana de SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (50 S.M.L.M.V.)*

*e. A favor de MARIS IRIS MOSQUERA VALENZUELA, en calidad de hermana de SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA*

*CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (50 S.M.L.M.V.)*

*f. A favor de YULLY PALOMINO GARCIA en calidad de cónyuge de SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA, DOSCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (200 S.M.L.M.V.)*

*g. A favor de AGNY JULIETH MOSQUERA PALOMINO, en calidad de hija de SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA, representada por su madre, DOSCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (200 S.M.L.M.V.)*

*h. A favor de MARIA ELIZABETH MOSQUERA PALOMINO, en calidad de hija de SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA. representada por su madre, DOSCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (200 S.M.L.M.V.)*

*i. A favor de BREYLYN JIBETH MOSQUERA PALOMINO, en calidad de hija de SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA representada por su madre, DOSCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (200 S.M.L.M.V.)*

* + - 1. *Ordenar el pago del ajuste de valor preceptuado por el artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*
      2. *Ordenar el pago de los intereses previstos en el artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo a partir de la fecha de ejecutoria de la Sentencia y hasta la fecha de su pago efectivo.*
      3. *Condenar a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho que se causen dentro del proceso (…)”*
    1. Los **HECHOS** sobre los cuales basa su petición son en síntesis los siguientes:

|  |
| --- |
| * + - 1. Los demandantes, la señora MARIA ENELIA VALENZUELA VALENCIA y el señor NICOLAS MOSQUERAS procrearon al convocante SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA y a sus hermanos FERNANDO MOSQUERA VALENZUELA, LUCY MOSQUERA VALENZUELA, y MARIA IRIS MOSQUERA VALENZUELA. |
| * + - 1. El demandante, señor SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA prestó sus servicios como soldado profesional en Ejército Nacional desde el día 21 de mayo de 1999 y hasta el 10 de octubre de 2014. |
| * + - 1. El demandante, señor SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA contrajo matrimonio con la señora demandante YULLY PALOMINO GARCIA el día 04 de agosto de 2008. |
| * + - 1. De la anterior unión matrimonial procrearon 3 niñas, AGNY JULIETH, MARIA ELIZABETH y BREYLYN JIBETH MOSQUERA PALOMINO, también convocantes, a través de la representación de su madre, YULLY PALOMINO GARCIA. |
| * + - 1. El 17 de junio de 2004 según el Informativo Administrativo por Lesiones No. 019, el señor SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA fue herido el 31 de mayo de 2004 con fusil en la cara lo que le ocasionó un trauma facial con fractura mandibular, destrucción del paladar, múltiples heridas en la cara y estallido de la lengua a causa de la detonación de una granada de fragmentación, cuando se encontraba cumpliendo la orden de operación No. 89 "LA LLANADA", en contra del grupo del ELN CAMILO CIEN". |
| * + - 1. De acuerdo al concepto médico de fecha 06 de octubre de 2004 proferido por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, se encontró que el SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA se le había realizado una reconstrucción mandibular con placa, con arcos de Erich y maloclusión con reconstrucción de lengua, para lo cual se sugiere cirugía oral, el retiro del material de osteosíntesis de la primera cirugía, y reconstrucción mandibular. |
| * + - 1. El 08 de noviembre de 2004 según la historia clínica expedida por el Hospital Militar Central, se le practicó al SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA nuevamente una cirugía maxilofacial con el fin de retirarle los arcos de Erich. |
| * + - 1. Mediante historia clínica de Junta Quirúrgica de fecha 28 de enero de 2005, se determinó que al SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA se le debía realizar una desfocalización de exodoncias restos radicales, una reconstrucción de piso orbitario con implante aloplastico y reconstrucción mandibular con placa y transporte óseo para manejo del defecto facial, manejo por oftalmología del estrabismo convergente, y cierre de la comunicación oronasal con posterior reevaluación para rehabilitación con implantes oseintegrados. |
| * + - 1. El 09 de febrero de 2005 según historia clínica de consulta externa expedida por el Hospital Militar Central, al SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA se le practicó cirugía maxifacial. |
| * + - 1. El 12 de abril de 2005 de acuerdo a la historia clínica de consulta externa expedida por el Hospital Militar Central, se ordenó realizar en tres etapas las cirugías pendientes, es decir, la colocación de los distractos mandibulares para el transporte óseo; la enucliación con injerto, colocación de implantes dentales y rehabilitación oral. |
| * + - 1. El 17 de mayo de 2005 de acuerdo con la historia clínica - hoja quirúrgica, SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA se le realizó una cirugía para la colocación de placa de reconstrucción mandibular y osteotomía cuerpo mandibular. |
| * + - 1. El 02 de noviembre de 2005 según historia clínica expedida por el Hospital Militar Central, al SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA se le efectuó valoración por oftalmología y posteriormente se le solicitó a esa especialidad informar el manejo de la prótesis ocular. |
| * + - 1. El 17 de diciembre de 2007 de acuerdo a la epicrisis expedida por el Hospital Militar Central, el SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA se le practicó una nueva cirugía maxilofacial de remoldeado óseo en el cuerpo óseo mandibular izquierdo. |
| * + - 1. El 17 de agosto de 2010 según historia clínica - evolución de enfermería expedida por el Hospital Militar Central, SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA se le realizó un implante de oseointegración y realizó un nuevo concepto médico por cirugía maxilofacial. |
| * + - 1. El 24 de noviembre de 2011 al SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA se le realizó concepto médico por la espacialidad de maxilofacial. |
| * + - 1. El 01 de agosto de 2013 según la epicrisis parcial, al SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA se le practicó una cirugía oral y maxilofacial. |
| * + - 1. De acuerdo a la historia clínica del 26 de febrero de 2014 expedida por el Hospital Militar Central, al SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA se le realizó un nuevo concepto médico de cirugía maxilofacial. |
| * + - 1. Con el Acta de Junta Médico Laboral No. 67651 del 22 de abril de 2014, al actor se le calificó por la lesión maxilofacial y oral, la cual arrojó una disminución de la capacidad laboral del CIEN POR CIENTO (100%). |
| * + - 1. El Acta de Junta Médico Laboral No. 67651 del 22 de abril de 2014, en el acápite de calificación de capacidad psicofísica para el servicio, conceptuó respecto del señor MOSQUERA VALENZUELA como NO APTO PARA ACTIVIDAD MILITAR, NO SE RECOMIENDA REUBICACION LABORAL, por tal situación fue retirado del servicio activo. |
| * + - 1. El SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA, al ser retirado del Ejército Nacional por disminución de la capacidad laboral, se le reconoció la pensión de invalidez mediante la Resolución No. 296 del 22 de enero de 2015 *“Por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual de invalidez, con fundamento en el Expediente MDN No. 156 de 2015”*. |
| * + - 1. Las aflicciones a la salud del demandante SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA generan dolor y zozobra a su núcleo familiar conformado por su cónyuge e hijas menores, quienes han visto padecer las dolencias de las cirugías que se le han practicado en el rostro a fin de mejorar su aspecto y funcionalidad, pues a raíz de la lesión sufrida, prácticamente el actor tiene desfiguración facial. |
| * + - 1. La señora YULLY PALOMINO GARCIA, en calidad de cónyuge del demandante SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA, es quién lo ha atendido durante los post operatorios y quien vela porque asista a los controles médicos. |
| * + - 1. La familia extensa del demandante SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA, señora MARIA ENELIA VALENZUELA VALENCIA (madre), el señor NICOLAS MOSQUERA (padre), el señor FERNANDO MOSQUERA VALENZUELA (hermano), y las señoras LUCY MOSQUERA VALENZUELA y MARIA IRIS MOSQUERA VALENZUELA (hermanas), han sufrido dolor y zozobra por las cirugías y tratamientos a que se ha visto sometido el señor SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA, a fin de que mejore la desfiguración facial y funcional que padece. |
| * + - 1. Para el cumplimiento de las Leyes 1285 de 2009, 270 de 1996 y 1395 de 2010, y al artículo 161 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, se solicitó y tramitó la audiencia de conciliación extrajudicial, sin que se haya llegado a acuerdo alguno. |

* 1. **LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:** 
     1. El apoderado de la **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL** se manifestó en los siguientes términos:

*“(…) ME OPONGO a todas y cada una de las pretensiones solicitadas por la parte actora, por lo cual solícito respetuosamente a su Señoría que las mismas sean negadas por los siguientes motivos:*

*Me opongo a la declaratoria de responsabilidad administrativa de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejercito Nacional, pues como se demostrará en el curso del proceso, bajo los hechos acaecidos el día 12 de abril de 2013 no encontramos ante la figura de un soldado profesional el cual se encuentra sometido al RIESGO PROPIO DEL SERVICIO por la voluntariedad del mismo; y se observa a mas que para el caso que ha imperado la EXISTENCIA DE CAUSAL DE AUSENCIA DE RESPONSABILIDAD, como lo es HECHO DE UN TERCERO lo cual rompe el nexo de causalidad y en nada toca la esfera de responsabilidad de la Administración, pues ninguna actuación suya, positiva o negativa por acción u omisión (falla del servicio o riesgo excepcional) ha generado el daño sufrido por el actor en el caso de marras,*

*Me opongo en todo y en parte al pago de suma alguna por concepto de perjuicios a favor de los demandantes, así:*

*a. Me opongo al pago de suma alguna por concepto de Perjuicios Morales.*

*Esta pretensión procederá en los casos en los cuales se demuestre plenamente que la institución fue generadora de un daño que ocasiona la aflicción, acongoja, sufrimiento e intenso dolor de sus peticionarios. Para e! caso está claro que no ha existido por parte de la institución una generación de un perjuicio de tipo Moral, pues en primer lugar encontramos que se trata de un soldado profesional que por efecto de la voluntariedad accedió a correr los riesgos propios de la profesión; en segundo lugar, los soldados profesionales se preparan para su movimiento en área teniendo en cuenta que los grupos al margen de la ley siempre procuran causar el mayor daño posible a los orgánicos de las fuerzas militares.*

*Por lo anterior, estamos ante una falencia probatoria en términos de solicitar perjuicios toda vez que nos encontramos ante unos hechos generados por grupos al margen de la ley.*

*Curiosamente cuando se presentan acciones de reparación directa contra el Estado dando lugar al producto de una indemnización estatal, la víctima siempre mantenía una estrecha relación con su núcleo familiar, la familia era muy unida, las relaciones de amor y de afecto han sido una característica, se llaman casi todos los días, nunca falta la visita del familiar; con el advenimiento de casos particulares, se ha desatado una oleada de demandas vía acción de reparación directa, buscando el resarcimiento de perjuicios que a la postre y basados en un pobre material probatorio, no son ajustados a la realidad, lo que se traduce en erogaciones al patrimonio de la Institución y en últimas de la Nación.*

*b. Me opongo al reconocimiento de suma alguna por concepto de Perjuicio Material especial, teniendo en cuenta los argumentos de responsabilidad que es esbozaran y así mismo por falta de material probatorio que soporte la presente pretensión.*

*c. Así mismo, no debe existir reconocimiento alguno por un perjuicio o daño a la salud*

*Esta pretensión procederá en los casos en los cuales se demuestre plenamente que la institución fue generadora de un daño que ocasiona las secuelas sufridas por el actor y que le ocasionan dificultad en el desarrollo de su vida diaria, acervo probatorio que brilla por su ausencia. (…)”*

Propuso como **excepciones** las siguientes:

|  |  |
| --- | --- |
| ***TITULO / CONTENIDO*** | ***PRONUNCIAMIENTO DE LA PARTE ACTORA*** |
| ***CADUCIDAD:*** *La caducidad de la acción es un fenómeno que tiene por objeto consolidad situaciones jurídicas que de lo contrario permanecerían indeterminadas en el tiempo, creando con ello inseguridad jurídica, ya que una vez configurada impide acudir ante la Jurisdicción para que sea definida por ella determinada controversia. [[1]](#footnote-1) Según el Artículo 164 del CPACA. [[2]](#footnote-2) En ese sentido, en sentencia C-832 de 2001, sobre la constitucionalidad del precepto que consagraba la caducidad de los medios de control en vigencia del C.C.A, señaló: [[3]](#footnote-3)*  *LA CADUCIDAD DEBE CONTARSE DESDE EL MOMENTO EN EL QUE SE TUVO CONOCIMIENTO DEL HECHO ALEGADO: Se interpone excepción de CADUCIDAD DE LA ACCIÓN en el medio de control de Reparación Directa, puesto que de conformidad con lo previsto en el literal í del numeral 2° contenido en el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el Actor debió presentar la demanda 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.*  *La Sala Plena del Consejo de Estado, sobre el tema de la caducidad para el ejercicio de las acciones Contencioso Administrativas, ha sostenido: [[4]](#footnote-4)*  *Descendiendo al caso en concreto, de acuerdo con el Informativo Administrativo por Lesión No. 019 de 17 de Junio de 2004 que obra en el plenario, tenemos que el hecho dañino que sustenta la presente demanda ocurrió el día 31 DE MAYO DE 2004 fecha en la cual el señor NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA, fue herido por impacto de fusil en su cara y sufrió estallido de lengua como consecuencia de estallido de granada de fragmentación, y fue tal la magnitud de la lesión que el demandante tuvo PLENO CONOCIMIENTO de la lesión sufrida que afectó su estado de salud en la misma data pues a partir del momento en que ocurrieron estos hechos el demandante fue consciente de la concreción del daño que aquí se alega.*  *Distinto sería el panorama sí el día del accidente el señor MOSQUERA VALENZUELA, no hubiera tenido ninguna sintomatología y sólo tiempo después hubiera empezado a sentir dolencias como consecuencia de ese hecho, PERO COMO EN REALIDAD LOS SÍNTOMAS DE UN IMPACTO DE PROYECTIL SON INMEDIATOS, VISIBLES, DIÁFANOS, PALPABLES, ES ESE MOMENTO EL QUE NOS PERMITE COMENZAR A CONTAR LA CADUCIDAD.*  *Con ocasión de los hechos en mención, se surtió el siguiente trámite:*  *-El término de CADUCIDAD comenzó a contarse a partir del 31 DE MAYO DE 2004. (FECHA DE OCURRENCIA DE LOS HECHOS Y DE CONOCIMIENTO DE OCURRENCIA DE LOS MISMOS).*  *-La solicitud de conciliación extrajudicial se presentó el día 09 DE JUNIO DE 2016 y la constancia fue expedida por la Procuraduría el día 07 DE SEPTIEMBRE DE 2014.*  *-De conformidad con la información contenida en la página de la Rama Judicial, la demanda fue presentada el día 26 DE NOVIEMBRE DE 2016.*  *Así las cosas, es evidente que la caducidad opera en este caso desde 31 DE MAYO DE 2006, sin embargo observa la suscrita que se admite la demanda en razón a que se computa el termino de caducidad desde la fecha en que se expide la calificación de invalidez del demandante, esta fecha es 08 DE JULIO DE 2014, sin embargo si lo cálculos se hacen partiendo de esta fecha también encontramos que se configura el fenómeno de la caducidad así:*  *-El término de CADUCIDAD comenzó a contarse a partir del 08 DE JULIO DE 2014. (FECHA DE EXPEDICIÓN DE CALIFICACIÓN DE LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL DEL DEMANDANTE)*  *-La solicitud de conciliación extrajudicial se presentó el día 09 DE JUNIO DE 2016 y la constancia fue expedida por la Procuraduría el día 07 DE SEPTIEMBRE DE 2014.*  *-De conformidad con la información contenida en la página de la Rama Judicial, la demanda fue presentada el día 26 DE NOVIEMBRE DE 2016.*  *Por lo tanto, el demandante sin excepción debía haber incoado el medio de control de Reparación Directa máximo el NUEVE DE SEPTIEMBRE DE 2016, y fue solo hasta el día 26 de noviembre de 2016, que radicó la demanda situación que dio lugar a que operara el fenómeno de la CADUCIDAD, toda vez ya habían transcurrido más de 2 meses, desde que había*  *Consecuente con lo esbozado, aceptar otra tesis, sería como PERPETUAR LOS TÉRMINOS PREVISTOS PARA LA OPORTUNIDAD DE INCOAR EL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA.*  *En relación con este tema es importante tener en cuenta lo ha manifestado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección B, en providencia de fecha 18 de febrero de 2015 con ponencia del DR. LEONARDO AUGUSTO TORRES CALDERÓN, cuando sostiene: [[5]](#footnote-5)*  *El mismo órgano colegiado en providencia del 6 de mayo de 2015, Sección Tercera Subsección B con ponencia del Dr. Leonardo Augusto Torres.*  *En consecuencia solicito a su señoría tener en cuenta los anteriores argumentos para que prospere la excepción previa de caducidad del medio de control, como ya se explicó.* | *La excepción previa denominada caducidad del medio de control” la presenta la accionada al amparo del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en virtud del cual manifiesta que el demandante debía presentar acción de reparación directa dentro de los dos 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.*  *Así las cosas, la demandada aduce que dicho término se empezaba a contar desde el día en que el demandante sufrió el daño fundamento de la presente demanda como consecuencia del impacto de fúsil sufrido en su cara el día 31 de mayo de 2004 debido a que tuvo pleno conocimiento del mismo. Sin embargo, realiza un segundo cálculo del término de caducidad teniendo como fecha de referencia el día siguiente a la notificación del acta de junta médica laboral notificada el 07 de julio de 2016 manifestando que en tal evento también operaría el fenómeno de caducidad de la acción.*  *Dicho lo anterior, es válido aclarar que en la demanda se determinó que la oportunidad para la presentación de ésta se daba en virtud del Acta de Junta Medica Laboral No. 67651 de 22 de abril de 2014, notificada personalmente el día 07 de julio de 2016, toda vez que solamente desde ese instante se pudo llegar a determinar la certeza de la irreversibilidad del daño sufrido, y por lo tanto, el inicio del término de la caducidad de la acción.*  *Ahora bien, respecto del segundo cálculo realizado por la accionada, en cuanto a la fecha de notificación del Acta de Junta Médica Laboral No. 67651 el día 07 de julio de 2016, es pertinente aclarar que la demandada aduce como fecha de presentación de la demanda el día 26 de noviembre de 2016, cuando en realidad ésta fue radicada el día 5 de octubre de 2016 ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Quien mediante Auto del 15 de noviembre de 2016 remitió el proceso por competencia a los Juzgados Administrativos de Bogotá.*  *Así las cosas, la fecha en que la accionada señala el inicio del término de la caducidad no es consecuente con la fecha en que realmente se presentó la demanda, la cual fue radicada en tiempo de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.*  *Adicionalmente, solicito a su Despacho tener en cuenta que durante el tiempo transcurrido desde la notificación de la Junta Médico Laboral (7 de julio de 2014).*  *Hasta la presentación de la demanda, dicho tiempo estuvo sujeto a paro judicial desde el 09 de octubre al 19 de diciembre de 2014, términos que no deben ser tenidos en cuenta al momento del cómputo de términos por encontrarse Contados los juzgados de acuerdo con lo preceptuado en los incisos 7 y 8 del artículo 118 del Código General del Proceso.*  *Con base en todo lo anteriormente expuesto, solicito al Despacho desechar la excepción previa propuesta por la pasiva, y continuar el trámite del proceso.* |

* 1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**
     1. La apoderada de la **PARTE DEMANDANTE** hizo un recuento de los hechos motivos de la presente demanda y de las pruebas que obran en el expediente solicitando se acceda a las pretensiones de la demanda.
     2. La apoderada de la demandada **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL**  solicitó se nieguen las pretensiones de la demanda.
     3. El **MINISTERIO PÚBLICO** representada por la procuraduría judicial 82-1 no conceptúo.
  2. **CONSIDERACIONES**
  3. **ESTUDIO DE LAS EXCEPCIONES:**

En cuando a la excepción de CADUCIDAD propuesta por la parte demandada el Despacho se remite a lo decidido por el acápite respectivo de la audiencia inicial confirmada mediante providencia de 21 de junio de 2018 el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA-SECCIÓN TERCERA-SUBSECCIÓN “A” MP. ALFONSO SARMIENTO CATASTRO confirmó la decisión tomada en audiencia inicial del 24 de mayo de 2018.

* 1. **LA RAZÓN DE LA CONTROVERSIA:**

Conforme a lo establecido en la FIJACIÓN DEL LITIGIO, se busca establecer si la NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL debe responder por las lesiones y posterior pérdida de la capacidad laboral sufridas por el Soldado Profesional (SLP) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA, en hechos ocurridos el día 31 de mayo 2004 en la vereda Las Peñas, Municipio de San Pablo, Nariño, siendo soldado profesional presuntamente desde mayo 31 de 1999.

Surgen entonces los siguientes problemas jurídicos:

**¿Debe responder la demandada NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL por las lesiones sufridas por el soldado profesional NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA en hechos ocurridos el 31 de mayo 2004 en la vereda Las Peñas, Municipio de San Pablo, Nariño cuando accidentalmente activó un artefacto explosivo improvisado (A.E.I) tipo mina antipersonal?**

Para dar respuesta a este interrogante es necesario tener en cuenta que cuando se trata de personal que voluntaria o profesionalmente ingresa a las fuerzas de seguridad del Estado, el régimen aplicable es el de falla del servicio, debiéndose comprobar entonces la existencia de tres elementos fundamentales:

1) el daño antijurídico sufrido por el interesado,

2) la falla del servicio propiamente dicha, que consiste en el deficiente funcionamiento del servicio, porque no funcionó cuando ha debido hacerlo, o lo hizo de manera tardía o equivocada, y finalmente,

3) una relación de causalidad entre estos dos elementos, es decir, la comprobación de que el daño se produjo como consecuencia de la falla del servicio.

Sea preciso traer a colación la sentencia de unificación EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑOS CAUSADOS EN ACCIDENTES CON MINA ANTIPERSONA, MAP, MUSE, AEI proferida por el CONSEJO DE ESTADO así: *“(…) La Sala Plena de Sección Tercera unificará su jurisprudencia en el sentido de afirmar que; i) habrá lugar a declarar la responsabilidad del Estado por los daños causados con MAP/MUSE/AEI en casos en los que la proximidad evidente a un órgano representativo del Estado, permita afirmar que el artefacto explosivo iba dirigido contra agentes de esa entidad, o suceda en una base militar con artefactos instalados por el mismo Ejército Nacional, ii) el Estado de Colombia no ha infringido su deber de prevenir y respetar los derechos de las víctimas de MAP/MUSE/AEI, en los términos del artículo 1.1. de la Convención Americana de Derechos Humanos, teniendo en cuenta el análisis acerca del alcance y naturaleza de la obligación de prevenir las violaciones a los derechos a la vida e integridad personal de estas víctimas, y en atención a las particularidades del fenómeno y la dinámica del conflicto armado en Colombia, al marco legislativo dispuesto por el Estado para adelantar labores de desminado humanitario y de ERM, a las disposiciones adoptadas en materia de indemnización mediante la ley de víctimas y sus decretos reglamentarios, y recordando que el mero hecho de que se presente la violación de un derecho contemplado en la Convención Americana no constituye un incumplimiento de las obligaciones convencionales adquiridas por el Estado, iii) no obstante, será deber del juez de daños solicitar la inclusión de los actores en la ruta de atención integral para víctimas de minas antipersonal ofrecida por el Gobierno, a través de las distintas entidades que prestan los servicios requeridos según sus necesidades para asistir a las personas que hayan tenido este tipo de lesiones así como a los familiares de una víctima mortal (…)”*”

* 1. **ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS:**
     1. Conforme al material probatorio aportado se **encuentran PROBADOS los siguientes hechos**:
* NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA[[6]](#footnote-6) es esposo de YULLY PALOMINO GARCIA[[7]](#footnote-7), padre de BREYLYN JIBETH MOSQUERA PALOMINO[[8]](#footnote-8), AGNY JULIETH MOSQUERA PALOMINO[[9]](#footnote-9), MARIA ELIZABETH MOSQUERA PALOMINO[[10]](#footnote-10) hijo de MARIA ENELIA VALENZUELA VALENCIA y NICOLAS MOSQUERA [[11]](#footnote-11) y hermano de FERNANDO MOSQUERA VALENZUELA[[12]](#footnote-12), LUCY MOSQUERA VALENZUELA [[13]](#footnote-13) y MARIA IRIS MOSQUERA VALENZUELA[[14]](#footnote-14) -[[15]](#footnote-15)
* El 17 de junio de 2004 se levantó el Informativo Administrativo por Lesiones No. 019, en donde se anotó: *“el 31 de mayo de 2004[[16]](#footnote-16) en la vereda las Peñas Municipio de San pablo (NARIÑO) cuando un personal del tercer pelotón de la compañía “A” del batallón de infantería Nº 9 “La Llamada” ordenada por el comando de la unidad táctica. Consistente en operación ofensiva contra grupos ilegales del ELN “camilo cien fuegos” aproximadamente a las 06:30 horas el personal del tercer pelotón inicia el ataque por lo cual el enemigo se replegó a las posiciones, trincheras y zanjas de arrastre las cuales utilizaron para retener el avance de la tropa. Acuerdo a informe del comandante del pelotón durante el enfrentamiento armado con el enemigo y el desarrollo de la maniobra aproximadamente a las 07:10 horas resulto herido por impacto de fusil el* ***SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA*** *por lo cual se le prestan los primeros auxilios y fue evacuado en helicóptero a la ciudad de POPAYAN (CAUCA) ALA FUNDACION CLINICA VALLE DELLILI DONDE LE FUE DIAGNOSTICADO trauma facial múltiple con fractura mandibular, destrucción del paladar, heridas múltiples en la cara y estallido de la lengua que de acuerdo con el dictamen médico a causa de la detonación de una granada de fragmentación”*,
* El señor NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA ha recibido atención médica por parte del HOSPITAL MILITAR CENTRAL[[17]](#footnote-17)
* El **22 de abril de 2014** se levantó Acta de Junta Médico Laboral No. 67651 determinándole al señor NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA 100% de pérdida de capacidad laboral[[18]](#footnote-18)
* Mediante la Resolución No. 296 del 22 de enero de 2015 se reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual de invalidez, con fundamento en el Expediente MDN No. 156 de 2015**[[19]](#footnote-19)**
  + 1. Respondamos ahora el interrogante planteado:

**¿Debe responder la demandada NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NACIONAL por las lesiones sufridas por el soldado profesional NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA en hechos ocurridos el 31 de mayo 2004 en la vereda Las Peñas, Municipio de San Pablo, Nariño cuando accidentalmente activó un artefacto explosivo improvisado (A.E.I) tipo mina antipersonal?**

Aduce el apoderado de la parte actora que la **falla** en el servicio consistió en que el día 31 de mayo de 2004, cuando el personal del tercer pelotón de la compañía "A" del Batallón de Infanteria No. 9 Batallón de Infantería Batalla de Boyacá, al cual pertenecía SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA, en cumplimiento de la orden operacional No. 89 "LA LLANADA", ordenada por el Comando de la Unidad Táctica, consistente en operación ofensiva contra grupos ilegales del ELN "CAMILO CIEN FUEGOS. Aproximadamente a las 5:30 a.m., el pelotón fue enviado por el comandante en busca insurgentes montaña arriba, en donde estos últimos tenían mayor visibilidad y además ya estaban listos para emboscarlos, y con muchos más hombres en comparación con los del pelotón, por lo que fueron emboscados y atacados indiscriminadamente con morteros lanza granadas. En el enfrentamiento y luego de casi dos horas de combate fue donde resultó gravemente herido el demandante porque fue alcanzado por una granada, viéndose comprometida su integridad física y en especial la facial y mandibular.

Aduce además que indudablemente, se evidencia que a causa de la indebida planeación de la operación por parte del comandante, los soldados entre los que estaba el demandante, fueron enviados sin que se dieran cuenta ni advertirles que se encontraban emboscados antes de comenzaran a atacar, y no siendo suficiente esto, los comandantes que estaban al mando de dicha operación, abandonaron a su suerte a los soldados, motivo por el cual, posteriormente resultaron unos muertos y los otros lesionados gravemente, como efectivamente le sucedió al SLP (R) NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA, ya que fue alcanzado por artefacto explosivo y le ocasionó trauma facial con fractura mandibular, destrucción del paladar, estallido de la lengua, perdida de un ojo y múltiples lesiones en la cara.

Revisado el material probatorio que obra en el expediente observa el despacho que el **daño** consistente en las lesiones sufridas por el señor **NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA** se encuentra demostrado con el informativo administrativo por lesiones, la historia clínica y la valoración de la junta médico militar.

En relación con la **imputación**, corresponde determinar si la lesión sufrida por el uniformado puede ser atribuida a la entidad demandada, no se dan los supuestos de la sentencia de unificación para declarar la responsabilidad del Estado POR DAÑOS CAUSADOS EN ACCIDENTES CON MINA ANTIPERSONA, MAP, MUSE, AEI. Por otro lado tampoco se encuentra demostrada la falla pues ninguna de las pruebas están dirigidas a demostrarla; los años de experiencia del soldado no son argumento suficiente para entender configurada la falla en cabeza de la demanda y tampoco se recaudaron más pruebas que dieran detalles de las circunstancia de tiempo, modo y lugar en que sucedieron los hechos.

Debe precisarse además que la existencia y acompañamiento de los llamados grupos EXDE, es una medida encaminada a mitigar los riesgos asociados a la existencia de artefactos explosivos irregulares, pero como medida tendiente a mitigar un riesgo, no puede ser concebida como razón suficiente para imputar responsabilidad al Estado cuando a pesar de la existencia y uso del grupo EXDE un hecho dañino se presente. Y es que no se puede perder de vista que estos artefactos explosivos irregulares son creados con el propósito de evadir precisamente su detección, de manera pues que no existe una medida de mitigación cien por ciento efectiva, menos aun si se tiene en cuenta el escenario hostil en el que se desarrolla el conflicto armado colombiano.

Así las cosas, es claro que no hay lugar a la declaratoria de responsabilidad del Estado por las lesiones sufridas por el soldado NICOLAS MOSQUERA VALENZUELA, ya que el hecho ocurrió como consecuencia de la materialización de los riesgos propios de la actividad castrense, riesgos a los que voluntariamente se sometió el señor MOSQUERA VALENZUELA al momento de incorporarse al Ejercito Nacional.

* 1. No se **CONDENARÁ EN COSTAS** a la parte demandante 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[[20]](#footnote-20)

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: Declárense** no probadas las excepciones propuesta por las demandadas

**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

NNC

1. Al respecto la doctrina ha manifestado que dicha institución se ha creado 'por la necesidad que tiene el Estado de estabilizar situaciones jurídicas, la caducidad que juega ese respecto un decisivo papel, cierra toda posibilidad al debate jurisdiccional y acaba así con la incertidumbre que representa para la administración la eventualidad de la revocación o anulación de sus actos en cualquier tiempo posterior a su expedición. De allí que para evitar esa incertidumbre se haya señalado por el legislador un plazo perentorio, más allá del cual el derecho no podrá ejercerse, dándole aplicación al principio de que el interés general de ¡a colectividad debe prevalecer sobre el individual de la persona afectada... "BENTACUR Jaramillo, Carlos. Derecho Procesal Administrativo, Medellín. Ed. Señal Editorial quinta edición. 2000 Pagina 151 [↑](#footnote-ref-1)
2. REZA "(....) inciso i) 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". (Negrilla fuera de texto). [↑](#footnote-ref-2)
3. La caducidad es una institución jurídica procesal a través del cual el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso. Esta es una figura de orden público lo que explica su carácter irrenunciable, y la posibilidad de ser declarada de oficio por parte del juez, cuando se verifique su ocurrencia. [↑](#footnote-ref-3)
4. "(...) Para que se dé el fenómeno jurídico de la caducidad, solo bastan dos supuestos: el transcurso del tiempo y el no ejercicio de la acción. Iniciado el termino con la publicación, notificación o comunicación. Lo que ocurra de ahí en adelante no tiene virtualidad alguna para modificar el plazo perentorio y de orden público señalado por la Ley. El término se cumple inexorablemente (...)". [↑](#footnote-ref-4)
5. "(...) en virtud de la magnitud de ¡a lesión sufrida por el señor Andrés Fabián Cortes Parra, pues se está hablando del impacto de bala con un arma de fuego, en el miembro inferior izquierdo a la altura de la rodilla, hecho que genero una clara perturbación en una de sus extremidades, no es viable considerar que la fecha de la concreción del daño o las secuelas que pueda dejar la misma, puedan quedar al arbitrio de las partes, quienes en cualquier tiempo podrían solicitar la respectiva valoración ante la Junta Medico Laboral, y prolongar a su gusto el termino de caducidad. (,,.)" [↑](#footnote-ref-5)
6. FOLIOS 134-144 DEL CUADERNO PRINCIPAL [↑](#footnote-ref-6)
7. (folio 163 del cuaderno 2) [↑](#footnote-ref-7)
8. (folio 166 del cuaderno 2) [↑](#footnote-ref-8)
9. (folio 164 del cuaderno 2) [↑](#footnote-ref-9)
10. (folio 165 del cuaderno 2). [↑](#footnote-ref-10)
11. (folio 160 del cuaderno 2). [↑](#footnote-ref-11)
12. (folio 159 del cuaderno 2). [↑](#footnote-ref-12)
13. (folio 161 del cuaderno 2). [↑](#footnote-ref-13)
14. (folio 162 del cuaderno 2). [↑](#footnote-ref-14)
15. El 30 de enero de 2019 el apoderado de la parte actora aportó copia auténtica de los registros civiles de nacimiento y matrimonio solicitados. FOLIOS 134-144 DEL CUADERNO PRINCIPAL [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 152 del c2 [↑](#footnote-ref-16)
17. FOLIO 1- 151, 157 y 158 DEL C2 [↑](#footnote-ref-17)
18. Folio 153-154 del c2 [↑](#footnote-ref-18)
19. Folio 155- 156 del c2 [↑](#footnote-ref-19)
20. *“(…). 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-20)