|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá D.C., veintiséis (26) de junio de dos mil diecinueve (2019)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420170026800** |
| DEMANDANTE | **JHOR FAVER CANABAL** |
| DEMANDADO | **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO 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 **REPARACIÓN DIRECTA** iniciado por **JHOR FAVER CANABAL AVENDAÑO, LILIANA AVENDAÑO RAVELO, WILMAR CANABAL ARRIETA, WILMAR YESID CANABAL AVENDAÑO, LAURA VANESSA CANABAL AVENDAÑO, ELIDA MARIA RAVELO ORTEGA, GUILLERMO SEGUNDO CANABAL GARCÍA y DIGNO EMERITO AVENDAÑO SIMANCA** en contra de la **NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA.**

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

***“PRIMERA:*** *Declarar que LA NACION COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL), es administrativa y patrimonialmente responsable de los daños antijurídicos ocasionados a los demandantes con ocasión de los hechos en que resulto con incapacidad permanente el joven JHON FAVER CANABAL AVENDAÑO, mientras se desempeñaba como soldado regular del Ejército Nacional de la República de Colombia.*

***SEGUNDA:*** *Como consecuencia de la anterior declaración condénese a LA NACION COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL), a pagar como perjuicio material en favor del actor JHON FAVER CANABAL AVENDAÑO, las siguientes cantidades de dinero:*

***A.*** *POR LUCRO CESANTE DE SUMAS CONSOLIDADAS, La cantidad de TREINTA MILLONES,SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS CINCUENTA PESOS M, L, C, ($30.666.250), que corresponde al porcentaje de la disminución sicofísica, que el actor se hubiera ganado, tomando en cuenta lo que devengaría ya que su incapacidad física que es de un 50% aproximadamente, y tomando como base el salario mínimo actual vigente más un 25% de prestaciones sociales, desde la fecha en que ocurrieron los hechos hasta la presentación de esta solicitud, Esta cantidad deberá ser ajustada o actualizada al salario mínimo mensual vigente que exista al momento de producirse la providencia que ponga fin al proceso. Esta suma deberá ser reajustada teniendo en cuenta la incapacidad real del actor y el salario mínimo de la época del fallo.*

***B****. POR LUCRO CESANTE DE SUMAS FUTURAS NO CONSOLIDADAS la suma de CIENTO CUATRO MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS M, L, C, ($104.500.000) Esta suma corresponde a lo que el actor ganaría desde la presentación de la demanda y durante toda su vida probable de 65 años de edad, teniendo en cuenta la edad que tiene en el momento que es de 21 años, le restarían 44 años. Esta cantidad asciende a la suma antes señalada, que equivale a lo que devengaría teniendo en cuenta su incapacidad física permanente del 50% aproximadamente y el salario mínimo mensual vigente. Esta suma deberá ser reajustada teniendo en cuenta la incapacidad real del actor que determine la Junta Médica y el salario mínimo mensual vigente a la época del fallo.*

***C.*** *POR DAÑO EMERGENTE: aunque el joven JHON FAVER CANABAL AVENDAÑO, tiene daño irreversible debido a las secuelas dejadas por su lesión, no obstante los médicos particulares que ha consultado le informaron que su situación puede mejorar un poco con tratamientos. Por ello hacemos la siguiente petición: • Ordénese a la demandada continuar los tratamientos médicos, y demás procedimientos que sean necesarios para la recuperación de esta incapacidad.*

***TERCERA:*** *Condénese a LA NACION COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL), por concepto de daño o perjuicios fisiológicos y/o salud ocasionados al joven soldado JHON FAVER CANABAL AVENDAÑO, la cantidad de trescientos (300) salarios mínimos mensuales vigentes, que en la actualidad ascienden a la suma de Doscientos Veintiún Millones Trescientos Quince Mil Cien Pesos M, L, C, ($221.315.100).*

***CUARTA:*** *Condénese a LA NACION COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL), a pagar por concepto de perjuicios morales, es decir, por la tristeza, aflicción y congoja, que el hechos les o causado a los actores, las siguientes sumas de dinero, representadas en salarios mínimos mensuales vigentes, al momento de producirse el fallo de primera o segunda instancia o cualquier otra providencia que ponga fin al proceso y contenga sumas de dinero. Las cantidades solicitadas por personas son:*

***A.*** *JHON FAVER CANABAL AVENDAÑO, quien actúa en calidad de víctima directa, la cantidad de trescientos (300) salarios mínimos mensuales vigentes, que en la actualidad ascienden a la suma de Doscientos Veintiún Millones Trescientos Quince Mil Cien Pesos M, L, C, ($221.315.100).*

***B.*** *LILIANA AVENDAÑO RAVELO, quien actúa en calidad de madre de la víctima, la cantidad de cien (100) salarios mínimos mensuales vigentes, que en la actualidad ascienden a la suma de Setenta Y Tres Millones Setecientos Setenta Y Un Mil Setecientos Pesos M, L, C, ($73.771.700).*

***C.*** *WILMAR CANABAL ARRIETA, quien actúa en calidad de padre de la víctima, la cantidad de cien (100) salarios mínimos mensuales vigentes, que en la actualidad ascienden a la suma de Setenta Y Tres Millones Setecientos Setenta Y Un Mil Setecientos Pesos M, L, C, ($73.771.700).*

***D.*** *ELIDA MARIA RAVELO ORTEGA, quien actúa en calidad de abuela materna de la víctima, la cantidad de setenta (70) salarios mínimos mensuales vigentes, que en la actualidad asciende a la suma de Cincuenta Y Un Millones Seiscientos Cuarenta Mil Ciento Noventa Pesos M, L, C, ($51.640.190).*

***E.*** *GUILLERMO SEGUNDO CANABAL GARCIA, quien actúa en calidad de abuelo paterna de la víctima, la cantidad de setenta (70) salarios mínimos mensuales vigentes, que en la actualidad asciende a la suma de Cincuenta Y Un Millones Seiscientos Cuarenta Mil Ciento Noventa Pesos M,L, C, ($51.640.190 ).*

***F****. DIGNO EMERITO AVENDAÑO SIMANCA, quien actúa en calidad de abuelo materna de la víctima, la cantidad de setenta (70) salarios mínimos mensuales vigentes, que en la actualidad asciende a la suma de Cincuenta Y Un Millones Seiscientos Cuarenta Mil Ciento Noventa Pesos M, L, C, ($51.640.190).*

***G****. WILMAR YESID CANABAL AVENDAÑO, quien actúa en calidad de hermano de la víctima, la cantidad de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales vigentes, que en la actualidad asciende a la suma de Treinta Y Seis Millones Ochocientos Ochenta Y Cinco Mil Ochocientos Cincuenta Pesos ($36.885.850).*

***H.*** *LAURA VANESSA CANABAL AVENDAÑO, quien actúa en calidad de hermana de la víctima directa, la cantidad de cincuenta (50) salarios mínimos mensuales vigentes, que en la actualidad asciende a la suma de Treinta Y Seis Millones Ochocientos Ochenta Y Cinco Mil Ochocientos Cincuenta Pesos M, L, C, ($36.885.850).*

***QUINTA:*** *Condénese a LA NACION COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL), en costas y agencias de derecho de conformidad al art. 188 del C.C. A (ley 1437 de 2011)*

***SEXTA:*** *Condénese a LA NACION COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL), al pago de intereses moratorios de conformidad al art. 192 del C.C. A (ley 1437 de 2011)*

***SÉPTIMO:*** *Ordénese a LA NACION COLOMBIANA (MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICIA NACIONAL), a cumplir la sentencia a cumplir la sentencia de conformidad al art. 192 del C.C. A (ley 1437 de 2011) y demás normas que le sean pertinentes”*

* + 1. Los **HECHOS** sobre los cuales basa su petición son en síntesis los siguientes:
       1. JHON FAVER CANABAL AVENDAÑO[[1]](#footnote-1), se incorporó para prestar el servicio militar obligatorio el día 27 de julio de 2015 en el Departamento de Policía del Magdalena Medio, en la modalidad de Auxiliar Bachiller, y fue asignado a realizar su servicio en la Estación de Policía de Puerto Wilches (Santander).
       2. Mientras se hallaba prestando su servicio, el actor se desempeñaba en las actividades de vigilancia en este municipio.

El día **07 de febrero de 2016**, 15:00 horas salieron a cumplir sus obligaciones, y se les asignó, a cubrir el desfile de carrozas con personal profesional de la Estación, IT. Atención Dagoberto como Comandante encargado del personal de Auxiliares Bachilleres. Dicho desfile comenzó en donde termina el Barrio Arenal llegando al Parque Infantil ubicado en el Barrio La Ciénaga a la altura de la Cra 9 con calle 6 del municipio.

A eso de las **18:30** aproximadamente, retiraron el personal profesional de la Estación, para que fueran a tomar la comida o cena, quedando los Auxiliares Bachilleres al frente servicio.

A las **19:30** horas, fueron requeridos por la comunidad, quienes informaban que en la parte de la tarima, estaban unos delincuentes con arma blanca y estaban atracando, dentro del evento.

* + - 1. Los Auxiliares Bachilleres Yoimer Martínez, Jhonathan Ospino, Yefer Ospino, Eugenio Guzmán y Faver Canabal que estaban en servicio y ejerciendo labores de vigilancia y control, fueron a atender el caso inicialmente
      2. Los policiales hicieron una requisa, ubicaron a los muchachos de los que les dijeron estaban armados y delinquiendo, pero en ese instante otras personas de la comunidad, evitaron que realizaran el procedimiento, momento que aprovecharon los delincuentes para salir huyendo.
      3. Los policiales salieron en persecución de ellos y les dieron alcance a la altura del costado lateral del Colegio Oficial Integrado ubicado en la carrera 8 con calle 5ª, hicieron el procedimiento de la requisa y encontraron en poder de un joven un cuchillo y artículos robados como un par de chanclas, una cadena y unos relojes.
      4. Cuando estaban en el procedimiento de requisar a este joven, repentinamente mucha gente se les vino encima con la intención de no dejarlos hacer el procedimiento; cuando estaban en ese forcejeo llegó la patrulla al mando del Teniente Lenis Urueña, IT. Atención y PT Álvarez, la cual los apoyó en el momento en que los tenían rodeado. El AB Canabal tenía reducido en el suelo al sujeto, y al levantarlo para montarlo a la patrulla miró hacia atrás y fue cuando recibió una pedrada a la altura de la frente, que le causó una herida abierta y pérdida de sangre.
      5. Fue trasladado en la patrulla, hacia el Hospital E.S.E Edmundo German Arias en el cual le atendió el médico de turno, y le dieron 4 días de incapacidad.
      6. Aunque el hecho de las heridas al policial en su servicio fue notorio, ya que estaban varios de sus compañeros, tanto auxiliares como patrulleros y un intendente, el joven Jhon Faver Canabal Avendaño le dirigió un oficio el 16 de febrero de 2016 al señor Intendente Dagoberto Atención Calero, Comandante (E) de la Estación Puerto Wilches, distinguido con el No. DISPOI-ESTPW-DEMAM-29, informando la novedad. Sin embargo, al parecer el Comandante de Estación, nunca dio trámite al informe inicial de lo sucedido, pese a haber testigos presenciales de los hechos y constancia de la atención médica recibida, para que se elaborara el informe administrativo por lesiones.
      7. Le dieron cita médica para revisión en la Cínica San José, ya que el dolor de cabeza no se le quitaba, lo remitieron a un especialista y éste ordenó un T.A.C cerebral, el que no le han autorizado hasta la fecha; siempre surgía alguna excusa como que no había contrato.
      8. Terminó de prestar servicio militar obligatorio, el día el día 27 de julio de 2016. Se le realizaron los exámenes de licenciamiento en Barrancabermeja; sin embargo, el médico que lo atendió pese a ser advertido por el joven Faver Canabal de sus dolores de cabeza y mareos, dijo que él no podía anotar eso, que él solo estaba viendo si tenía hernia inguinal. Luego, en la Estación de Puerto Wilches les pusieron a firmar un documento, que no les permitieron leer, dizque porque tenían prisa para enviarlo a Bucaramanga. No recuerda haber leído su acta de licenciamiento, en cuanto a que decía, sobre sus condiciones de salud.
      9. A la fecha sigue con fuertes dolores de cabeza, mareos. No obstante, le suspendieron los servicios médicos porque ya no pertenecía a la institución. Sin embargo, las dolencias siguen y no se ha hecho nada por averiguar qué tiene, qué secuelas le han quedado y cuál es el tratamiento a seguir.
  1. **LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

El demandado se opuso el demandante a todas y cada una de las pretensiones consignadas en el escrito de la demanda en los siguientes términos: “Me opongo, teniendo en cuenta que igualmente no se encuentra demostrado que, como consecuencia de las presuntas lesiones que dice padecer, cuando estaba prestando servicio militar obligatorio, éste padezca de una disminución de la capacidad laboral”.

Propuso las siguientes **EXCEPCIONES:**

|  |  |
| --- | --- |
| **CARENCIA PROBATORIA PARA DEMOSTRAR LA MERMA O DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD FÍSICA Y/O LABORAL** | Teniendo en cuenta, que en la actualidad al señor Auxiliar de Policía (L) JHOAN FAVER CANABAL AVENDANO, no se le ha practicado Junta Médico Laboral de Policía, procedimiento pendiente a cargo de la Regional de Medicina Laboral, es evidente que se configura en el presente caso se configura la excepción planteada; toda vez, que no se tiene certeza de la existencia o no de algún porcentaje de disminución de la capacidad física o laboral en la humanidad del conscripto, ahora licenciado del servicio militar obligatorio por tiempo cumplido, y sin mencionada valoración se torna imprecisa la tasación de los topes indemnizatorios en salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto siempre y cuando les asista derechos a los demandantes[[2]](#footnote-2). |
| **HECHO EXCLUSIVO Y DETERMINANTE DE UN TERCERO** | Dentro de la defensa, se desvirtúan las pretensiones de la parte actora en su totalidad, toda vez, que estamos frente a un hecho de un tercero, situación que de pleno prueba que no fue la Policía Nacional como Institución el agente causante o generador del daño, por lo que se establece que corresponde como exoneración de responsabilidad el hecho exclusivo y determinante de un tercero, para ello y el debido sustento de lo planteado, el Honorable Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Tercera - Subsección "A" - Consejero ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez - Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de marzo de dos mil once (2011), [[3]](#footnote-3)  En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que dichas causales eximentes de responsabilidad puedan tener plenos efectos liberadores respecto de la responsabilidad estatal, resulta necesario que la conducta desplegada por la víctima o por un tercero sea tanto causa del daño, como la raíz determinante del mismo, es decir, que se trate de la causa adecuada o determinante, pues en el evento de resultar catalogable como una concausa en la producción del daño no eximirá al demandado de su responsabilidad y, por ende, del deber de indemnizar, aunque, eso sí, habrá lugar a rebajar su reparación en proporción a la participación de la víctima. (...). |
| **IMPROCEDENTE UNA FALLA DEL SERVICIO** | En el caso que nos ocupa, es improcedente la falla del servicio pretendida por la parte activa, y para ello se hace mención al Concepto No. 0001/2012 de la Procuraduría General de la Nación en concordancia con lo expuesto en varias oportunidades por el Consejo de Estado, donde se afirma que:[[4]](#footnote-4) |
| **EXCEPCIÓN GENÉRICA** | Solicito al H. Juez de la República, se decreten de oficio las excepciones que se establezcan y haya lugar dentro de este proceso, de conformidad con lo establecido en los artículos 175 núm. 3 y 180 núm. 6 de la Ley 1437 de 2011 [[5]](#footnote-5) |

**1.3. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

**1.3.1.** El apoderado de la parte **DEMANDANTE** decidió no alegar de conclusión.

**1.3.2.** El apoderado de la parte **DEMANDADA NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL** manifestó que en este tipo de casos a la entidad la asiste ánimo conciliatorio siempre y cuando se demuestre el daño, parentesco y que esté cuantificado, pero en el plenario si bien está demostrado que el joven prestó su servicio obligatorio en la institución, solo obra una incapacidad por 4 días en el año 2016, pero no se hicieron las gestiones para que se hiciera la junta médico laboral, por lo que solicita se nieguen las pretensiones.

**1.3.3** El **MINISTERIO PUBLICO** representado por la PROCURADURIA JUDICIAL 82-1 no conceptuó.

**2. CONSIDERACIONES**

* 1. **ESTUDIO DE LAS EXCEPCIONES:**

La excepción **CARENCIA PROBATORIA PARA DEMOSTRAR LA MERMA O DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD FÍSICA Y/O LABORAL** y **IMPROCEDENTE UNA FALLA DEL SERVICIO** propuesta por la demandada 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.

En relación con la excepción **HECHO EXCLUSIVO Y DETERMINANTE DE UN TERCERO** 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.

En cuanto a la excepción **GENÉRICA o LA INNOMINADA** planteada por la demandada, sólo puede considerarse como un llamado al Despacho para que en caso de encontrar una causal que pudiera enervar las pretensiones de la demanda, así lo indique, por lo que se tendrá en cuenta, advirtiendo que a la fecha no encuentra ningún motivo que impida proferir una decisión de fondo en este asunto.

* 1. **LA RAZÓN DE LA CONTROVERSIA:**

Conforme a lo establecido en la FIJACION DEL LITIGIO, se busca establecer si la demandada NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICIA NACIONAL debe responder o no por las presuntas lesiones causadas al señor JHON FAVER CANABAL AVENDAÑO en hechos ocurridos el día 07 de febrero de 2016 en PUERTO WILCHES (SANTANDER), mientras prestaba su servicio militar obligatorio.

Surge entonces el siguiente problema jurídico:

**¿*Debe responder la demandada NACION-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL por los por las lesiones sufridas por el* JHON FAVER CANABAL AVENDAÑO *durante la prestación del servicio militar obligatorio?***

Para dar respuesta a esta pregunta debemos tener en cuenta lo siguiente:

El servicio militar es una obligación constitucional (art. 216)[[6]](#footnote-6) 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.

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.

El sometimiento de los conscriptos 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”*.

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

Así mismo, las labores o misiones que se les encomienden, deben ser proporcionales a ese grado básico de instrucción, además de representar un mínimo riesgo para su vida e integridad personal, salvo que la situación específica de necesidad de defensa del Estado exija algo distinto[[7]](#footnote-7), estableciéndose por regla general, que ante cualquier daño que sufra, se presume que su causa está vinculada con la prestación del servicio y libertades inherentes a la condición de militar.

Por eso, 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[[8]](#footnote-8).

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[[9]](#footnote-9), 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[[10]](#footnote-10).

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

**2.3.1** Conforme al material probatorio aportado, se encuentran **probados los siguientes hechos**:

* JHON FAVER CANABAL AVENDAÑO es hijo de LILIANA AVENDAÑO RAVELO y WILMAR CANABAL ARRIETA[[11]](#footnote-11) hermano de WILMAR YESID CANABAL AVENDAÑO[[12]](#footnote-12) y LAURA VANESSA CANABAL AVENDAÑO[[13]](#footnote-13) y nieto de ELIDA MARIA RAVELO ORTEGA, GUILLERMO SEGUNDO CANABAL GARCÍA y DIGNO EMÉRITO AVENDAÑO SIMANCA[[14]](#footnote-14).
* JHON FAVER CANABAL AVENDAÑO prestó su servicio militar obligatorio como auxiliar de policía en la estación de policía de PUERTO WILCHES DEPARTAMENTO DE POLICA DEL MAGDALENA MEDIO del 27 de julio de 2015 al 27 de julio de 2016[[15]](#footnote-15).
* Mediante acta 029 DEMAM GINCO 2.21 del **27 de julio de 2015** se hizo entrega de 20 expedientes de aspirantes que superaron el proceso de selección para prestar el servicio militar en la Policía Nacional En Los Municipios De Puerto Wilches (Santander) y Puerto Berrio Antioquia entre ellos JHON FAVER CANABAL AVENDAÑO[[16]](#footnote-16)
* El **16 de febrero de 2016**[[17]](#footnote-17) el joven JHON FAVER CANABAL AVENDAÑO informó de lo sucedido con su persona el 7 de febrero de 2016 al intendente SAGOBERTO ATENCIO CALERO.
* El joven JHON FAVER CANABAL AVENDAÑO fue atendido por trauma cráneo encefálico por el servicio de sanidad de la policía nacional desde el 8 de febrero de 2016 y el 14 de marzo de 2016[[18]](#footnote-18)
* El **20 de junio de 2016** al joven JHON FAVER CANABAL AVENDAÑO se le realizó una calificación de aptitud psicofísica encontrándolo pendiente acta de juta médico laboral[[19]](#footnote-19)
* El **30 de mayo de 2016** el señor JHON FAVER CANABAL AVENDAÑO mediante resolución 00050 fue licenciado[[20]](#footnote-20)

**2.3.2.** Entremos ahora a resolver el interrogante planteado:

**¿*Debe responder la demandada NACION-MINISTERIO DE DEFENSA- POLICIA NACIONAL por los por las lesiones sufridas por el* JHON FAVER CANABAL AVENDAÑO *durante la prestación del servicio militar obligatorio?***

Si se tuviera en cuenta que el señor JHON FAVER CANABAL AVENDAÑO entró a prestar el servicio militar obligatorio en buenas condiciones de salud y presentó una lesión durante el servicio, el régimen de responsabilidad aplicable en el caso concreto sería el de responsabilidad objetiva por daño especial, donde sólo restaría al actor probar el daño antijurídico.

No obstante, ante la ausencia del daño, que es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falla del servicio, presunción de falla, daño especial, trabajos públicos, etc.), se imposibilita el surgimiento de ésta y haría llegar a concluir que no puede haber responsabilidad si falta el daño.

Por ello, respecto de este punto, si bien es cierto el señor JHON FAVER CANABAL AVENDAÑO el día 07 de febrero de 2016 en PUERTO WILCHES (SANTANDER), en cumplimiento de una orden recibió una pedrada a la altura de la frente, que le causó una herida abierta y pérdida de sangre por lo que fue trasladado al Hospital E.S.E Edmundo German Arias en donde le dieron 4 días de incapacidad, lo cierto es que no está demostrado que dicha lesión le hubiera dejado secuelas y mucho menos disminución de la capacidad para realizar sus labores cotidianas, razón por la cual no se puede evidenciar la existencia de un daño ocasionado al demandante que sea imputable a la entidad demandada.

Por tanto, al no evidenciarse uno de los de los elementos de la responsabilidad, no hay lugar a acceder a las pretensiones de la demanda.

* 1. **CONDENA EN COSTAS:**

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 ORAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y, por autoridad de la Ley,**

**FALLA:**

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

**SEGUNDO: Niéguense** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

**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 MARÍN**

Juez

NNC

1. nació el 11 de septiembre 1995 [↑](#footnote-ref-1)
2. (Consejo de Estado, Sentencia del 28 de agosto de 2014, Sección Tercera, Sala de lo Contencioso Administrativo). [↑](#footnote-ref-2)
3. "2.2- El hecho de la víctima y/o de un tercero como eximentes de responsabilidad o causal excluyente de imputación.

   Las tradicionalmente denominadas causales eximentes de responsabilidad - fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima - constituyen diversos eventos que dan lugar a que devenga imposible imputar, desde el punto de vista jurídico, la responsabilidad por los daños cuya causación da lugar a la iniciación del litigio, a la persona o entidad que obra como demandada dentro del mismo.

   En relación con todas ellas, tres son los elementos cuya concurrencia tradicionalmente se ha señalado como necesaria para que sea procedente admitir su configuración:

   (i) Su irresistibilidad; (ii) su imprevisibilidad y (iii) su exterioridad respecto el demandado, extremos en relación con los cuales la jurisprudencia de esta Sección ha sostenido lo siguiente:

   En cuanto tiene que ver con (i) la irresistibilidad como elemento de la causa extraña, la misma consiste en la imposibilidad del obligado a determinado comportamiento o actividad para desplegarlo o para llevarla a cabo; en otros términos, el daño debe resultar inevitable para que pueda sostenerse la ocurrencia de una causa extraña, teniendo en cuenta que lo irresistible o inevitable deben ser los efectos del fenómeno y no el fenómeno mismo - pues el demandado podría, en determinadas circunstancias, llegar a evitar o impedir los efectos dañinos del fenómeno, (...)

   En lo referente a (ii) la imprevisibilidad, suele entenderse por tal aquella circunstancia respecto de la cual "no sea posible contemplar por anticipado su ocurrencia ", toda vez que "[P]rever, en el lenguaje usual, significa ver con anticipación", entendimiento de acuerdo con el cual el agente causante del daño sólo podría invocar la configuración de la causa extraña cuando el hecho alegado no resulte imaginable antes de su ocurrencia, cuestión de suyo improbable si se tiene en cuenta que el demandado podría prefigurarse, aunque fuese de manera completamente eventual, la gran mayoría de eventos catalogables como causa extraña antes de su ocurrencia, más allá de que se sostenga que la imposibilidad de imaginar el hecho aluda a que el mismo jamás hubiera podido pasar por la mente del demandado o a que éste deba prever la ocurrencia de las circunstancias que resulten de más o menos probable configuración o a que se entienda que lo imprevisible está relacionado con el conocimiento previo de un hecho de acaecimiento cierto.

   (...) Y, por otra parte, en lo relacionado con (iii) la exterioridad de la causa extraña, si bien se ha señalado que dicho rasgo característico se contrae a determinar que aquella no puede ser imputable a la culpa del agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad, quizás sea lo más acertado sostener que la referida exterioridad se concreta en que el acontecimiento y circunstancia que el demandado invoca como causa extraña debe resultarle ajeno jurídicamente, pues más allá de sostener que la causa extraña no debe poder imputarse a la culpa del agente resulta, hasta cierto punto, tautológico en la medida en que si hay culpa del citado agente mal podría predicarse la configuración al menos con efecto liberatorio pleno de causal de exoneración alguna, tampoco puede perderse de vista que existen supuestos en los cuales, a pesar de no existir culpa por parte del agente o del ente estatal demandado, tal consideración no es suficiente para eximirle de responsabilidad, como ocurre en los casos en los cuales el régimen de responsabilidad aplicable es de naturaleza objetiva, razón por la cual la exterioridad que se exige de la causa del daño para que pueda ser considerada extraña a la entidad demandada es una exterioridad jurídica, en el sentido de que ha de tratarse de un suceso o acaecimiento por el cual no tenga el deber jurídico de responder la accionada". [↑](#footnote-ref-3)
4. "La responsabilidad en materia contractual del Estado, encuentra su sustento en el artículo 90 de la Constitución Política.

   Frente al tema, para que proceda la declaratoria de responsabilidad estatal, el Consejo de Estado, varias décadas atrás, ha señalado que se den los siguientes presupuestos:

   "a) Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta de que se trata no es la del agente administrativo, sino la del servicio o anónima a la administración.

   b) Lo anterior implica que la administración ha actuado o dejado de actuar, por lo que se excluye los actos del agente, ajenos al servicio, ejecutados como simple ciudadano

   c) Un daño que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho bien sea civil, administrativo, etc. Con características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc.

   d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño, sin la cual, aún demostradas la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización..." [↑](#footnote-ref-4)
5. (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo). [↑](#footnote-ref-5)
6. *“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-6)
7. 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-7)
8. 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-8)
9. *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-9)
10. En relación con la responsabilidad patrimonial del Estado frente a quienes se encuentren prestando el servicio militar ha considerado el Consejo de Estado que si el daño se produce respecto de quienes les ha sido impuesta la obligación de prestar ese servicio (conscriptos), el Estado debe responder por:

    (i)Falla del servicio: si la acción u omisión del Estado es ilegítima y el daño ocasionado tiene vocación de ser imputado a este.

    (ii)Riesgo excepcional: si la actividad del Estado es, por el contrario, legítima y riesgosa, y el daño es producto de la concreción del riesgo que ella conscientemente crea para el cumplimiento de ciertos deberes legales y constitucionales asignados.

    (iii)Daño especial: si la acción del Estado es legítima, no es riesgosa y se ha desarrollado en cumplimiento de un encargo o mandato legal en beneficio del interés general, pero con ella se ha producido un perjuicio concreto, anormal y particular que impone un sacrificio mayor a una persona o a un grupo de personas (Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 18001233100019980000301 (28223) (AC), Ago. 31/17) [↑](#footnote-ref-10)
11. Folio 9 del c2. [↑](#footnote-ref-11)
12. Folio 12 del c2. [↑](#footnote-ref-12)
13. Folio 11 del c2. [↑](#footnote-ref-13)
14. Folio 10 y 13 del c2. [↑](#footnote-ref-14)
15. Folio 89 -91 del cuaderno principal [↑](#footnote-ref-15)
16. Folio 97 y 98 del cuaderno principal y 100 y 101 del cuaderno principal [↑](#footnote-ref-16)
17. FOLIO 14 DEL C2 [↑](#footnote-ref-17)
18. Folios 24-354 del c2 [↑](#footnote-ref-18)
19. Folio 102 y 103 del cuaderno principal [↑](#footnote-ref-19)
20. Folio 104-106 del cuaderno principal [↑](#footnote-ref-20)