|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá D.C., ocho (8) de agosto de dos mil diecinueve (2019)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420180007800** |
| DEMANDANTE | **BRAYAN DE JESUS HIGUERA COMBARIZA, LUCINA COMBARIZA, ANDRE YOLETE HIGUERA COMBARIZA, JOSE LIBARDO HIGUERA COMBARIZA, SANDRA ESPERANZA HIGUERA COMBARIZA, BERNARDO HIGUERA COMBARIZA** |
| DEMANDADO | **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL** |
| MEDIO DE CONTROL | **REPARACIÓN DIRECTA** |
| ASUNTO | **FALLO DE PRIMERA INSTANCIA** |

Agotado el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a dictar sentencia en el proceso de **REPARACIÓN DIRECTA** iniciado por **BRAYAN DE JESUS HIGUERA COMBARIZA, LUCINA COMBARIZA, ANDRE YOLETE HIGUERA COMBARIZA, JOSE LIBARDO HIGUERA COMBARIZA, SANDRA ESPERANZA HIGUERA COMBARIZA, BERNARDO HIGUERA COMBARIZA** contra **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL.**

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

***“(…) PRIMERO:*** *Que se declare la responsabilidad de LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL, de los perjuicios causados a BRAYAN DE JESUS HIGUERA COMBARIZA, quien obra en propio nombre por ser el directamente (Afectado), víctima y/o tercero civilmente damnificado; LUCINA COMBARIZA, quien obra en propio nombre por ser la (madre del afectado BRAYAN DE JESUS HIGUERA COMBARIZA) afectada directamente, víctima y/o tercera civilmente damnificado; la menor ANDREA YOLETE HIGUERA COMBARIZA, quien obra representada por su madre la señora LUCINA COMBARIZA, por ser ella (hermana del afectado BRAYAN DE JESUS HIGUERA COMBARIZA) afectada directamente, víctima y/o tercero civilmente damnificado; JOSE LIBARDO HIGUERA COMBARIZA, quien obra en propio nombre por ser el (hermano (a) del afectado BRAYAN DE JESUS HIGUERA COMBARIZA) afectado directamente, víctima y/o tercero civilmente damnificado; SANDRA ESPERANZA HIGUERA COMBARIZA, quien obra en propio nombre por ser el (hermano (a) del afectado BRAYAN DE JESUS HIGUERA COMBARIZA) afectado directamente, víctima y/o tercero civilmente damnificado; BERNARDO HIGUERA COMBARIZA, quien obra en propio nombre por ser el (hermano (a) del afectado BRAYAN DE JESUS HIGUERA COMBARIZA) afectado directamente, víctima y/o tercero civilmente damnificado, por no atender con la seriedad debida sus manifestaciones y problemas de salud que ocurrieron el día 22 de mayo de^-2017, "Cuando siendo aproximadamente las 8:00 am, se encontraba recogiendo una basura cuando se le acerca el Slp. Piñeros y le dice que cuando acabe le informe para disponerse a quemar una basura; pasados unos minutos se le presento para cumplir la orden en la cual ocurre el accidente causándole quemaduras en el cara y el brazo, el accidente ocurre después de regar gasolina en la basura, después procedió a lanzar un papel encendido causando una pequeña explosión en la cual no se le prestó los primeros auxilios", Situación Está Que Ocurrió Dentro De Las Instalaciones Del Batallón Especial Energético Y Vial 21, Con Sede actualmente en Cúcuta - Norte De Santander y durante la prestación del servicio militar obligatorio, colocando en peligro su integridad personal, su salud y su vida, hechos que le causaron y le siguen causando perjuicios antijurídicos morales y económicos.*

***SEGUNDO:*** *Condénese a LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL -EJERCITO NACIONAL, a pagar a cada uno de los demandantes a título de perjuicios morales, el equivalente en salarios mínimos legales vigentes las siguientes cantidades, según el monto del salario mínimo legal vigente a la fecha de la ejecutoria de la conciliación y/o en la sentencia de I Instancia y/o sentencia de II Instancia: RELACIÓN DE LOS DAÑOS A LOS DEMANDANTES:*

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| *N°* | *DEMANDANTE* | *PARENTESCO* | *DANOS MORALES* | *% SENTENCIA UNIFICACIÓN CONSEJO DE ESTADO* |
| *1* | BRAYAN DE JESUS HIGUERA COMBARIZA | *Lesionado* | *$ 78.124.200* | *100%* |
| *2* | LUCINA COMBARIZA | *Mama Del Lesionado* | *$ 78.124.200* | *100%* |
| *3* | ANDREA YOLETE HIGUERA COMBARIZA | *Hermana Del Lesionado* | *$ 39.062.100* | *50%* |
| *4* | JOSE LIBARDO HIGUERA COMBARIZA | *Hermano (a) Del Lesionado* | *$ 39.062.100* | *50%* |
| *5* | SANDRA ESPERANZA HIGUERA COMBARIZA | *Hermana Del Lesionado* | *$ 39.062.100* | *50%* |
| *6* | BERNARDO HIGUERA COMBARIZA | *Hermano (a) Del Lesionado* | *$ 39.062.100* | *50%* |
|  |  | *TOTAL* | *$ 312.496.800* | *300%* |

***TERCERO:*** *Condénese a LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL -EJERCITO NACIONAL a pagar por concepto de lucro cesante consolidado el valor de CIENTO CUARENTA MILLONES CIENTO SESENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS ($140.163.453,oo); y por concepto de lucro cesante futuro la suma de NOVENTA Y DOS MILLONES SEISCIENTOS SESENTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS ($92.665.267), para un total por LUCRO CESANTE de DOSCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES OCHOCIENTOS VEINTIOCHO MIL SETECIENTOS VEINTE PESOS ($232.828.720).*

***CUARTO:*** *Condénese a LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL -EJERCITO NACIONAL a pagar, por concepto de perjuicio fisiológico y daños a la salud a favor de BRAYAN DE JESUS HIGUERA COMBARIZA (lesionado), el equivalente en pesos a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.*

***QUINTO:*** *Condenar a LA NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, por medio de los funcionarios a quienes corresponda la ejecución de la conciliación y / o la sentencia, dictarán dentro de los treinta (30) días siguientes a la comunicación de la misma, la resolución correspondiente en la cual se adoptarán las medidas necesarias para su cumplimiento y pagaran intereses moratorios a partir de la ejecutoria (Dispóngase se dé cumplimiento al fallo que haya de proferirse, en los términos de lo previsto en los artículos 187, 188, 189, 192, del CPACA.*

***SEXTO:*** *Reconózcaseme personería. (…)”*

* + 1. Los **HECHOS** sobre los cuales basa su petición son en síntesis los siguientes:
       1. La señora LUCINA COMBARIZA, es la progenitora de BRAYAN DE JESUS HIGUERA COMBARIZA, ANDREA YOLETE HIGUERA COMBARIZA, JOSE LIBARDO HIGUERA COMBARIZA, SANDRA ESPERANZA HIGUERA COMBARIZA, y de BERNARDO HIGUERA COMBARIZA.
       2. El día/ 2 de mayo de 2017, "Cuando Siendo Aproximadamente Las 8:00 Am, Se Encontraba Recogiendo Una Basura Cuando Se Le Acerca El Slp. Pineros Y Le Dice Que Cuando Acabe Le Informe Para Disponerse A Quemar Una Basura; Pasados Unos Minutos Se Le Presento Para Cumplir La Orden En La Cual Ocurre El Accidente Causándole Quemaduras En El Cara Y El Brazo, El Accidente Ocurre Después De Regar Gasolina En La Basura, Después Procedió A Lanzar Un Papel Encendido Causando Una Pequeña Explosión En La Cual No Se Le Presto Los Primeros Auxilios', Situación Está Que Ocurrió Dentro De Las Instalaciones Del Batallón Especial Energético Y Vial 21, Con Sede actualmente el Cúcuta - norte de Santander
       3. BRAYAN DE JESUS HIGUERA COMBARIZA fue ingresado a la Clínica Medical Duarte, en donde se le diagnosticó "quemadura de la cabeza y del cuello, de segundo grado".
       4. Posteriormente BRAYAN DE JESUS HIGUERA COMBARIZA fue llevado a control al E.S.E. HOSPITAL UNIVERSITARIOS ERASMO MEOZ en donde se le diagnosticó "quemadura del hombro y miembro superior, de segundo grado, excepto de la muñeca y de la mano".
       5. BRAYAN DE JESUS HIGUERA COMBARIZA solicitó al Comandante Del\ Batallón Especial Energético Y Vial 21, con sede actualmente en Cúcuta - Norte De Santander, se expidiera el informativo de lesión por los hechos antes narrados sin que a la fecha se haya expedido tal documento, violentado así el Decreto 1796 de 2000 en sus Arts. 14,21,22,25; artículo 3o Ley 48 de 1993, anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993" en su artículo 8, 15 y 16.
       6. A la fecha de ocurrido los hechos no se le ha practicado su Junta Medica Laboral en aplicabilidad al Decreto Ley 094 de 1989, modificado y adicionado por el Decreto 1796 de 2000 en sus Arts. 14,21,22,25; artículo 3o Ley 48 de 1993, anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993" en su artículo 8, 15 y 16.
       7. BRAYAN DE JESUS HIGUERA COMBARIZA como no se la ha practicado la Junta Médica Laboral Ni De Activo, Ni De Retiro, se solicitará al INSTITUTO NACIONAL DE MÉDICA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES y/o a la JUNTA NACIONAL y/o REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ, a fin determine el grado de invalidez que suprimió por orden legal y Constitucional el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL -EJERCITO NACIONAL - DIRECCION DE SANIDAD.
  1. **LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

El apoderado de la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL** se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por falta de los requisitos legales y probatorios que permitan establecer la responsabilidad del Estado de conformidad con los parámetros jurisprudenciales, Constitucionales, legales y probatorios.

Así mismo, se solicita una serie de perjuicios a los que no puede haber lugar por no probarse que el Ejército Nacional, ocasionó en los demandantes un daño antijurídico, que no deban soportar, requisito sine qua non, bajo las premisas Constitucionales y Jurisprudenciales.

Y propuso como **EXCEPCIONES** las siguientes:

|  |
| --- |
| DAÑO NO IMPUTABLE AL ESTADO |
| La demanda carece de fundamento jurídico si se tiene en cuenta que al señor BRAYAN DE JESUS HIGUERA, a la fecha no se le ha elaborado informativo por lesión PRESUNTAMENTE que debería ser de fecha 02 de Mayo de 2017, mientras se encontraba quemando al parecer basura con gasolina ; además la lesión no está calificada por un acto administrativo (junta médico laboral), con el fin de valorarse médicamente, cuantificar el daño, y determinar si se amerita o no otorgar un porcentaje de disminución de la capacidad laboral; lo anterior en vista que, no todas las lesiones, generan como tal disminución de la capacidad laboral, puesto que son valoradas y tratadas médicamente. De tal manera que la recuperación puede ser total; empero también se puede observar que dentro del informe administrativo por lesión, no se especifica las circunstancias específicas de cómo fue el desarrollo causal, que dio origen a la lesión que se certifica.  Ahora bien, es importarte mencionar lo señalado por el Decreto 1796 de 2000, mediante el cual se regula la evaluación de la capacidad sicofísica y de la disminución de la capacidad laboral, y aspectos sobre incapacidades, indemnizaciones, pensión por invalidez e informes administrativos por lesiones, de los miembros de la Fuerza Pública, Alumnos de las Escuelas de Formación y sus equivalentes en la Policía Nacional; en razón a que cualquier daño por mínimo que sea, si está cuantificado en una junta médico laboral, a título de indemnización no de responsabilidad, es reconocido y pagado por el Ministerio de Defensa- Ejército Nacional.  Aunado a lo anterior, la demanda carece de fundamento jurídico si se tiene en cuenta que, dentro de las pretensiones de la demanda, sólo se considere la existencia del daño como único presupuesto de la responsabilidad extracontractual del Estado; en razón que no se está considerando el segundo presupuesto que es la imputación objetiva del mismo; como lo predica el artículo 90 de la Constitución Política de 1991; en vista que este presupuesto normativo amerita un estudio de fondo, sobre la estructuración de la imputación táctica, que es un análisis de la causalidad del hecho, más los elementos de la imputación objetiva (posición de garante- principio de confianza y riesgo permitido); para posteriormente considerar el segundo elemento normativo que es la imputación jurídica, que es un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios a partir de la verificación de una falla del servicio; o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas.  Lo anterior es fundamental, si se considera que cualquier actividad militar (operacional o administrativa) no podría realizarse, si cada hombre que hace parte del engranaje institucional no tiene muy claro su rol y funciones a desarrollar, además que sería imposible para los comandantes en todos los niveles (oficiales y suboficiales), verificar que cada hombre va a cumplir con su función, más aun cuando la actividad que realizaba el señor BRAYAN DE JESUS HIGUERA para el día de los hechos era simple solo debía tener sentido y común y autocuidado; tampoco puede decirse que el señor BRAYAN DE JESUS HIGUERA tuvo un desequilibrio en sus cargas públicas, pues a pesar de que estaba prestando el servicio militar obligatorio, una actividad domestica, no es óbice para que se genere un desequilibrio; empero menos aún podemos hablar de falla en el servicio en razón que no está probado el incumplimiento de una obligación constitucional o legal, en los términos como se ha referido ampliamente la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado, en la cual ha manifestado, que la falla en el servicio infiere un incumplimiento de una obligación a cargo del Estado (administración), motivo por el cual por ser un título de imputación, de carácter inminentemente subjetivo, debe mirarse el caso en concreto y que esté probado dentro del proceso, que una trasgresión grosera de las obligaciones constitucionales y legales impuestas, generaron la falla en el servicio. Tal y como en sentencia Consejo de Estado, del 19 de junio de 2008, Radicado 1998-00500-01(15752), MR Doctora MYRIAM GUERRERO DE ESCOBAR, se señaló que:  "Es que las obligaciones que están a cargo del Estado (por lo tanto la falla del sen/icio que constituye su transgresión), han de mirarse en concreto, frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo. Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá la obligación resarcitoria; si el daño ocurre, a pesar de su diligencia, no podrá quedar comprometida su responsabilidad".  De igual manera se debe resaltar, que aunque el señor BRAYAN DE JESUS HIGUERA, se encontraba prestando el servicio militar obligatorio, situación que por desarrollo jurisprudencial, lo ubica en un estado de protección especial por parte del Estado. Esta defensa no comparte que con ello surja de ipso facto una presunción de derecho de imputación del daño, cuando el conscripto tiene cualquier tipo lesión, por más mínima que sea.  Es así que debe ponderarse la obligación contenida en el artículo 2° de la Constitución Política de 1991, la cual impone al Estado el deber de protección de las personas y garantía de sus derechos así: "Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares", fin superior desarrollado en el artículo 217 de la Carta Política de 1991.  Las Fuerzas Militares en su totalidad (oficiales- suboficiales- soldados profesionales- soldados regulares conscriptos); tienen como fin principal la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, así el riesgo que asume el personal militar, no esté en el mismo nivel; sin embargo, el conflicto interno que se afronta es el mismo para todos (oficiales- suboficiales- soldados profesionales- soldados regulares conscriptos).  En consecuencia, en juicio constitucional de ponderación, se debería hacer un test de proporcionalidad, si el mandato consagrado en el artículo 216 de la Constitución Política, está en armonía con la Carta, esto quiere decir, que es necesario y esta adecuado, con el fin constitucional impuesto, en virtud que el Estado está asumiendo costos muy altos, primero con el sacrificio de muchas vidas de hombres y mujeres que integran las Fuerzas Militares, dentro de un conflicto inmerso dentro del Derecho Internacional Humanitario que no distingue entre oficiales- suboficiales- soldados profesionales y soldados regulares; por otro lado, la responsabilidad patrimonial del Estado, se volvió objetiva para el personal conscriptos, por el hecho que están cumpliendo con un mandato constitucional, en forma no voluntaria; haciendo muy oneroso el costo para un Estado que se encuentra en conflicto interno; cuando hay una presunción de riesgo en cabeza de los conscriptos, probándose por ese solo hecho el daño antijurídico.  Se concluye entonces que del acervo probatorio se desprende que la lesión sufrida por el señor BRAYAN DE JESUS HIGUERA, pudo haberse presentado durante la prestación del servicio militar, sin embargo no existe dentro del plenario, el sustento médico científico que certifique el tipo de lesión, ni el porcentaje de diminución de la capacidad laboral, evento que se acredita mediante la junta médica laboral, acto administrativo que no reposa dentro del expediente.  EN CUANTO A LA IMPUTABILIDAD  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 de la Constitución Política de Colombia, en consecuencia, es necesario que esté demostrado el daño antijurídico, así como su imputación fáctica y jurídica a la administración pública.  Por lo anterior, además de constatarse en un primer momento la antijuridicidad del daño, el operador jurídico debe elaborar un "juicio de imputabilidad" que le permita encontrar un título jurídico diferente de la simple causalidad material que justifique la decisión a tomar. Ahora bien, dentro del nuevo modelo en que se desarrolla la responsabilidad patrimonial del Estado, se parte de un concepto objetivo de acción y, por ende, la atribución fáctica de la misma ostenta igual naturaleza (imputación objetiva).  Respecto de la imputabilidad del daño el Honorable Consejo de Estado- Sección Tercera en sentencia 18 de febrero de 2010, expediente 18274, señala que: "Los ingredientes normativos (imputación fáctica e imputación jurídica) tienen como propósito controlar la incertidumbre que genera el empleo de las teorías causales propias de las ciencias naturales, frente a la asignación de resultados de las ciencias sociales. Por lo tanto, la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuando un resultado en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano táctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios a partir de la verificación de una culpa (falla); o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas."  Por otro lado, se ha pronunciado la Corte Constitucional, en sentencia SU- 1184 de 2001, donde manifiesta que "La imputación de una conducta o un resultado en el derecho penal (o en general en cualquier derecho de responsabilidad), (...)con el fin de concretar el juicio de imputación se debe considerar 1) el riesgo permitido que autoriza la creación de peligros dentro de los límites que la sociedad va tolerando en virtud de las necesidades de desarrollo 2) el principio de confianza indispensable para que pueda darse una división del trabajo y que permite al sujeto delegar ciertas tareas sobre la base que las demás personas son autoresponsables que cumplirán con las expectativas que surgen de una determinada función; 3) las acciones a propio riesgo, las cuales se imputa a la víctima, las conductas que son producto de la violación de sus deberes de auto protección y la 4) las prohibición de regreso. Por último se constata la realización del riesgo. Es decir que el mismo riesgo creado para el sujeto sea el que se concrete en la producción del resultado (....)"  En consecuencia, hasta este punto se puede inferir con certeza que está siendo desarrollada la teoría de la imputación objetiva, por parte de la jurisprudencia del Consejo de Estado, en sus presupuestos del riesgo permitido, y principio de confianza, cuando se entra a examinar si un daño es imputable o no a la administración pública, lo cual pone en evidencia la insuficiencia del dogma causal para la resolución de las controversias que se suscitan con ocasión de la responsabilidad extracontractual del Estado.  EN CUANTO A LA CONFIGURACIÓN DE UN RIESGO PERMITIDO  No puede ser de recibo el argumento de la demanda en razón que no puede interpretarse en forma equivocada, el mandato constitucional del artículo 2° de la CP., prescrito para las Fuerzas Militares en el artículo 217 de la CP, en el entendido que el objetivo esencial del servicio militar obligatorio, es proteger a los soldados conscriptos y no propender por garantizar los fines constitucionales y la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional, contario sensu hoy es considerado como una carga excesiva del Estado, que ante cualquier tipo de daño por más mínimo que sea, de ipso facto se presume que este es antijurídico y por ende debe indemnizarse a título de riesgo excepcional, daño especial o falla del servicio.  De igual trascendencia, debe resaltarse que el servicio militar obligatorio, creado por mandato constitucional en el artículo 216, nace en el artículo 2° de la norma superior, lo cual de por si infiere un riesgo necesario, que se debe asumir en pro del bienestar del país, el cual hoy se encuentra inmerso en un conflicto interno; que el Estado ha aceptado dentro de los parámetros del derecho internacional humanitario, considerándose combatientes a los oficiales, suboficiales, soldados profesionales y soldados regulares de las Fuerzas Militares; con la excepción que el daño siempre es antijurídico y se presume para el personal que presta el servicio militar obligatorio; por la razón que su incorporación no es voluntaria, situación que de por si complica aún más el cumplimiento del mandato constitucional que para las Fuerzas Militares preceptúa el artículo 217 de la CP.  Lo anterior es fundamental, si se considera que las operaciones militares no podrían realizarse, sin el compromiso del personal de soldados regulares, que también participan en las operaciones ofensivas en contra de los actores generadores de violencia, para lo cual reciben una instrucción militar de acuerdo al plan de instrucción y entrenamiento, que los capacita en los campos técnico, táctico, psicológico y operacional; con el fin de que se puedan desarrollar el rol asignado que es la defensa del orden político, económico y social justo, inscrito en el preámbulo de la Carta Política; todo con el propósito de cumplir el fin constitucional impuesto en su artículo 2° desarrollado en el artículo 217 para la Fuerzas Militares y no como de manera ligera sin ningún soporte probatorio afirma el apoderado del demandante, que presenta a los soldados regulares del Ejército Nacional, como hombres sin ningún tipo de instrucción, ni entrenamiento, abandonados en el área de operaciones, sin ningún tipo de apoyo técnico, táctico o logístico; afirmación que se aleja totalmente de la realidad. |
| **EXCEPCIÓN DE AUSENCIA DE MATERIAL PROBATORIO Y FALTA DE INTERES DE LA PARTE ACTORA PARA SOLUCIONAR SU SITUACION**  **MÉDICA** |
| Por lo anteriormente expuesto y por no existir el sustento probatorio suficiente a pesar de que se trata de una carga de que desde siempre ha caracterizado el derecho probatorio, deberá también desestimarse cualquier posibilidad para acceder a las pretensiones del demandante.  Al respecto debe observarse que el derecho a presentar pruebas y a controvertirlas se traduce, en un derecho a la prueba, mejor aún, en un derecho a probar los hechos que determinan la consecuencia jurídica a cuyo reconocimiento, en el caso litigado, aspira cada una de las partes.  Se trata de una aquilatada garantía de acceso real y efectivo a los diferentes medios probatorios, que le permita a las partes acreditar los hechos alegados y, desde luego, generarle convencimiento al juez en torno a la pretensión o a la excepción. Al fin y al cabo, de antiguo se sabe que el juez debe sentenciar conforme a lo alegado y probado (iuxta allegata et probata iudex iudicare debet), razón por la cual, quienes concurren a su estrado deben gozar de la sacrosanta prerrogativa a probar los supuestos de hecho del derecho que reclaman, la que debe materializarse en términos reales y no simplemente formales, lo cual implica, en primer lugar y de manera plena, hacer efectivas las oportunidades para pedir y aportar pruebas.  Desde esa órbita no existe por un lado una prueba consolidada - JUNTA MÉDICA-que determine la pérdida de un porcentaje de la capacidad psicofísica, por lo menos en lo que a la vida militar hace referencia, y tampoco se observa por otro lado, interés directo del demandante o su apoderado para que su situación médica sea definida, pues si se mira con atención no existe si quiera una solicitud ni una prueba que permita probar la diligencia de quien se supone es el interesado para que se practique tal calificación.  Por todo lo expuesto anteriormente, sírvase señor Juez, declarar probados los fundamentos jurídicos de la defensa, y como consecuencia de ello, negar las pretensiones de la demanda. |

* 1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN:**
     1. La apoderada de la parte **DEMANDANTE** no presentó alegatos.
     2. La apoderada de la parte demandada **NACION-MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL** señaló que a pesar de que dentro de la demanda se hace la narración de unos hechos ocurridos el pasado 2 de mayo de 2017 donde al parecer el señor JESUS HIGUERA sufrió unas lesiones, no obra dentro del expediente documento que haya sido expedido por las fuerzas militares que dé cuenta de estos hechos, no hay un informativo administrativo, que por lo que no tenemos claridad de tiempo, modo y lugar donde ocurrieron los hechos; aunado a lo anterior, tal y como se manifestó en etapa de pruebas no hay interés en demostrar cual fue la realidad del daño, no hubo la intensión de ser valorado, no se encuentra el motivo por el cual puedan ser imputadas a la demandada. Ante la falta de interés para probar los hechos, solicita que las pretensiones sean denegadas.
     3. El **MINISTERIO DE DEFENSA** representado por la Procuraduría Judicial 82-1 no presentó alegatos de conclusión.
  2. **CONSIDERACIONES**
  3. **ESTUDIO DE LAS EXCEPCIONES:**

Las excepcionesDAÑO NO IMPUTABLE AL ESTADO, **AUSENCIA DE MATERIAL PROBATORIO Y FALTA DE INTERES DE LA PARTE ACTORA PARA SOLUCIONAR SU SITUACION MÉDICA** propuestas por la demandada NACION – MINISTERIO NDE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, no gozan 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.

* 1. **LA RAZÓN DE LA CONTROVERSIA:**

Conforme a lo determinado en la FIJACION DEL LITIGIO, se busca establecer si la demandada NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL debe responder o no por los presuntos perjuicios causados a los aquí actores con ocasión de las lesiones sufridas por el señor BRAYAN DE JESUS HIGUERA COMBARIZA el día 2 de mayo de 2017, según afirma en la demanda.

Surge entonces el siguiente problema jurídico:

***¿Debe responder la demandada por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de las presuntas lesiones sufridas por el señor BRAYAN DE JESUS HIGUERA COMBARIZA el día 2 de mayo de 2017?***

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

El servicio militar es una obligación constitucional (art. 216) 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:

a) soldado regular: quien no terminó sus estudios de bachillerato y debe permanecer en filas un período entre 18 y 24 meses;

b) 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;

c) auxiliar de policía bachiller, quien debe prestar el servicio por 12 meses, y

d) soldado campesino, quien es asignado para prestar el servicio militar obligatorio en la zona geográfica donde reside, por un período de 12 a 18 meses.

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

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, estableciéndose por regla general, que ante cualquier daño que sufra, se presume que su causa está vinculada con la prestación del servicio y libertades inherentes a la condición de militar.

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

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

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

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 , 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, se ha decidido la responsabilidad del Estado bajo el régimen de daño especial cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas; el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y, el de riesgo cuando éste proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos; pero, en todo caso, se ha considerado que el daño no será imputable al Estado cuando se haya producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero.

Ha sido reiterada la jurisprudencia en que los eventos en que el daño es producido por actividades peligrosas (armas de dotación oficial, vehículos automotores, conducción de energía eléctrica, etc.), donde el factor de imputación es el riesgo grave y anormal a que el Estado expone a los administrados. De tal manera, que basta la realización del riesgo creado por la administración para que el daño resulte imputable a ella.

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

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

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

* BRAYAN DE JESÚS HIGUERA COMBARIZA es **hijo** de LUCILA COMBARIZA[[1]](#footnote-1) y **hermano** de ANDREA YOLETTE HIGUERA COMBARIZA[[2]](#footnote-2), JOSÉ LIBARDO HIGUERA COMBARIZA[[3]](#footnote-3), SANDRA ESPERANZA HIGUERA COMBARIZA[[4]](#footnote-4) y BERNANRDO HIGUERA COMBARIZA[[5]](#footnote-5).
* Para el 5 de mayo de 2017 el señor HIGUERA COMBARIZA BRAYAN DE JESUS era soldado regular integrante del 8C/2015 del Batallón Especial Energético y Vial No. 21, incorporado el 1 de agosto de 2015[[6]](#footnote-6).
* El 22 de mayo de 2017 el Soldado Regular BRAYAN DE JESUS HIGUERA COMBARIZA informa al SP Duarte Gómez Osney los hechos ocurridos el día 02/05/2017 así: “(…) siendo aproximadamente 8:00 am yo SLR Higuera Combariza Brayan de Jesús identificado con numero de cc. 1024580033 me encontraba recogiendo una basura cuando se me acerca el SLP Piñero y me dice que cuando acabe le informe para disponernos a quemar la basura. Pasados 10 minutos me le presente para cumplir la orden en la cual ocurre el accidente causándome quemaduras en la cara y el brazo, el accidente ocurre después de regar gasolina en la basura después procedía lanzar un papel encendido causando una pequeña explosión en la cual no fueron prestados los primeros auxilios paso el siguiente informe al fin que este comando estime conveniente[[7]](#footnote-7).
* El 6 de mayo de 2017 el Dispensario Médico – BR 30 de Sanidad Militar autoriza el Servicio de Urgencias y en el motivo de remisión señala “Atención inicial de urgencia por quemadura de 1º y 2º grado”[[8]](#footnote-8)
* En la epicrisis de la Clínica Medical Duarte se anotó en consulta del 6 de mayo de 2017: *“ESTADO GENERAL Y ENFERMEDAD ACTUAL: Paciente masculino de 20 años de edad, quien refiere inicio de enfermedad actual de 4 días de evolución posterior a contacto directo con gasolina presentado quemadura de 1er y 2do grado sangrado en cara, antebrazo derecho.(…)”*[[9]](#footnote-9)
* El comando de la unidad autorizó a BRAYAN DE JESÚS HIGUERA COMBARIZA para salir a permiso los días 3, 10 y 16 de mayo de 2017 a Cúcuta, con motivo de citas médicas[[10]](#footnote-10).
* En la respuesta de la Dirección de Sanidad informa que una vez consultada la base de datos del Sistema Integrado de Medicina Laboral no se evidencia expediente médico laboral del señor BRAYAN DE JESUS HIGUERA entendiéndose que esta situación se presenta por la omisión propia del accionante, pues el señor HIGUERA no inició ni se practicó ningún trámite para calificación por la Junta Médica, carga que le corresponde únicamente al interesado y no a la entidad, porque la Direccion de Sanidad Militar Ejercito – Medicina Laboral desconoce qué afecciones médicas puede tener un miembro del Ejército, a no ser que sea informado por el mismo usuario, para el caso particular el señor HIGUERA no informó de ningún trámite médico, situación que deja ver que se retiró del servicio militar en óptimas condiciones médicas y sin novedades de sanidad militar[[11]](#footnote-11)

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

***¿Debe responder la demandada por los perjuicios causados a los demandantes con ocasión de las presuntas lesiones sufridas por el señor BRAYAN DE JESUS HIGUERA COMBARIZA el día 2 de mayo de 2017?***

En el presente caso el **daño** consistente en las lesiones sufridas por el señor BRAYAN DE JESUS HIGUERA COMBARIZA, se encuentra demostrado con las historias clínicas allegadas y el informe presentado por el mismo soldado regular en el que relata cómo sucedieron los hechos.

En relación con la **imputación** considera el despacho que el señor BRAYAN DE JESUS HIGUERA COMBARIZA sufrió la lesión durante la prestación del servicio militar cuando se encontraba recogiendo una basura y el SLP Piñeros le indicó que cuando terminara le informara para quemar la basura y cuando se disponían a quemarla, ocurrió el accidente, después de regar gasolina en la basura y proceder a lanzar un papel encendido causando una pequeña explosión.

Ahora, aunque la parte demandada manifiesta en sus alegatos que no se encuentran demostrados los hechos pues no hay informativo administrativo por lesión, lo cierto es que obran atenciones médicas y autorizaciones por parte del comando de la unidad, de lo que se puede concluir que, aunque el señor HIGUERA informó los hechos sucedidos el 22 de mayo de 2017, no se realizó informativo administrativo por lesión.

Así las cosas, está probada la **antijuridicidad** del daño, y por ende la responsabilidad de la entidad demandada.

Con todo, observa el despacho que se encuentra igualmente demostrado el eximente de responsabilidad CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA pues el mismo Soldado Regular Higuera relata que le regaron gasolina a la basura y él le lanzó un papel encendido, lo que causó la explosión, de lo que se puede concluir que él asumió su propio riesgo sabiendo lo peligroso que era realizar esta actividad, esto sin tener en cuenta que de acuerdo al Decreto 948 de 1995 la quema de residuos sólidos como medida de tratamiento está totalmente prohibida.

En consecuencia, comoquiera que se logró demostrar el eximente de responsabilidad culpa exclusiva de la víctima, las pretensiones deberán negarse.

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

**FALLA:**

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

**SEGUNDO: 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 MARÍN**

Juez

MSGB

1. Folio 28 C2. [↑](#footnote-ref-1)
2. Folio 32 C2. [↑](#footnote-ref-2)
3. Folio 30 C2. [↑](#footnote-ref-3)
4. Folio 29 C2. [↑](#footnote-ref-4)
5. Folio 31 C2. [↑](#footnote-ref-5)
6. Folio 20 del c2. [↑](#footnote-ref-6)
7. Folio 21 del c2. [↑](#footnote-ref-7)
8. Folio 17 del c2. [↑](#footnote-ref-8)
9. Folios 18 y 19 del c2. [↑](#footnote-ref-9)
10. Folios 5 a 7 del c2. [↑](#footnote-ref-10)
11. Folios 70 a 72 del c2. [↑](#footnote-ref-11)