|  |  |
| --- | --- |
| CIUDAD Y FECHA | **Bogotá D.C., veintiséis (26) noviembre de dos mil diecinueve (2019)** |
| REFERENCIA | **Expediente No. 11001333603420180016500** |
| DEMANDANTE | **WILMER RINCON OLANO** |
| DEMANDADO | **NACION - 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 porWILMER RINCON OLANO contra la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL.

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

***“PRIMERA****: Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a La Nación -Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, de los perjuicios ocasionados al entonces soldado regular Wilmer Rincón Olano, en hechos ocurridos el día 07 de abril de 2016 en el Batallón de Instrucción, Entrenamiento y Reentrenamiento No. 28 ubicado en el municipio de Carimagua (Meta), quien, cumpliendo órdenes del servicio como ranchero, organizando unos víveres en el economato del Batallón, le cayeron encima varias pacas de arroz golpeándole la cintura y la espalda, y causándole lumbago no especificado.*

***SEGUNDA****: Como consecuencia de lo anterior, que La Nación - Ministerio de Defensa -Ejército Nacional, sea condenada a pagar a favor de Wilmer Rincón Olano por concepto de PERJUICIOS MATERIALES por lucro cesante el monto resultante de la aplicación de los siguientes criterios:*

***A.*** *Para el cálculo de la indemnización debe tenerse en cuenta el salario mínimo legal mensual a la fecha de los hechos ante la carencia de cualquier otro elemento de juicio que permita deducir suma distinta para efectuar la liquidación. El Consejo de Estado ha presumido que aunque para esa fecha los soldados no perciben renta alguna debido a su condición de conscriptos, una vez cumplido el servicio militar percibirán un ingreso por lo menos igual al salario mínimo mensual legal vigente y, como quiera que la lesión condujo a que el afectado abandone el servicio por resultar "no apto", la indemnización se debe calcular a partir de la fecha de la ocurrencia de los hechos.*

***B.*** *La actualización de la renta (salario mínimo legal mensual para la fecha del accidente) debe realizarse conforme a la ecuación establecida por el Consejo de Estado, y sus variables "Rh" (salario mínimo legal mensual a la fecha del accidente), "IPC(F)" (índice precios al consumidor certificado por el DAÑE de la fecha de la sentencia), e "IPC(I)" (índice precios al consumidor certificado por el DAÑE de la fecha del accidente)*

***C.*** *El resultado del procedimiento anterior no puede ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de la sentencia, el cual debe ser aumentado en un veinticinco por ciento (25%) de prestaciones sociales. Esto, con base en la aplicación del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, de los principios de reparación integral y equidad allí contenidos, y la jurisprudencia del Consejo de Estado .*

***D.*** *Del resultado de renta actualizada debe tomarse el porcentaje del grado de incapacidad laboral calificado a la víctima, según el Acta de Junta Médica Laboral expedida por la Dirección de Sanidad Ejército Nacional, reglamentada por el Decreto 1796 de 2000, la cual actualmente se encuentra en trámite.*

***E.*** *Debe darse aplicación a las fórmulas de matemática financiera aceptadas por el Honorable Consejo de Estado, teniendo en cuenta la indemnización de lucro cesante consolidado y futuro, y los términos que estos comprenden.*

***F.*** *La vida probable de la víctima a la fecha del accidente debe calcularse conforme a la tabla de supervivencia aprobada por la Superintendencia Bancada, Resolución No. 1555 de 30 de julio de 2010.*

***TERCERA:*** *Como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad, que La Nación -Ministerio de Defensa - Ejército Nacional sea condenado a pagar por PERJUICIOS MORALES las siguientes cantidades: Para Germán David Buitrago Rodríguez, el equivalente a CUARENTA (40) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a la fecha del pago de la sentencia, en su calidad de víctima directa.*

***CUARTO:*** *Como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad, que La Nación -Ministerio De Defensa - Ejército Nacional sea condenado a pagar por DAÑO A LA SALUD las siguientes cantidades: Para Germán David Buitrago Rodríguez, el equivalente a CUARENTA (40) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a la fecha del pago de la sentencia, en su calidad de víctima directa.*

***QUINTA:*** *Que se ordene a La Nación - Ministerio De Defensa - Ejército Nacional (i) a dar cumplimiento a la sentencia que ponga fin a la presente demanda dentro del término que ordena el artículo 192 CPACA y (ii) actualizar los valores condenados conforme a los ajustes del artículo 187 CPACA.*

***SEXTA:*** *Solicito se aplique el principio iura novit curia, si el régimen de responsabilidad que se aplica en la presente demanda no es compartido por el señor(a) Juez.*

***SEPTIMA:*** *Se condene en costas y agencias en derecho al demandado”*.

* + 1. Los **HECHOS** sobre los cuales basa su petición son en síntesis los siguientes:
       1. El señor Wilmer Rincón Olano fue reclutado para prestar su servicio militar obligatorio en el Ejército Nacional, con el grado de soldado regular siendo asignado al Batallón de Instrucción, Entrenamiento y Reentrenamiento No. 28 "Ignacio de Herrera y Vergara" ubicado en el municipio de Carimagua (Meta), al momento de sufrir el accidente, se encontraba adscrito al mismo.
       2. Cuando Wilmer Rincón Olano ingresó al Ejército Nacional a prestar el servicio militar obligatorio gozaba de excelente salud, no tenía ningún tipo de incapacidad, ni padecía enfermedad alguna, razón por la cual aprobó todos los exámenes y pruebas físicas practicadas para su ingreso, para obtener recursos económicos la victima utilizaba todo su potencial físico.
       3. El día **7 de abril de 2016** en el Batallón de Instrucción, Entrenamiento y Reentrenamiento No. 28 ubicado en el municipio de Carimagua (Meta), cuando el soldado regular Wilmer Rincón Olano cumplía órdenes del servicio como ranchero, organizando unos víveres en el economato del Batallón, le cayeron encima varias pacas de arroz golpeándole la cintura y la espalda, y causándole lumbago no especificado. Los hechos se encuentran detallados en el Informativo Administrativo por Lesión No. 002 de fecha 24 de agosto de 2016.
  1. **La CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:** la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL manifestó lo siguiente:

Me opongo a todas y cada una de las pretensiones consignadas en el escrito de la demanda por no advertirse responsabilidad patrimonial alguna por el daño alegado, pues este no puede ser imputable bajo ninguna circunstancia a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, ante la existencia de un eximente de responsabilidad.

Propuso como **excepciones** las siguientes:

|  |  |
| --- | --- |
| **EXCEPCION DE CADUCIDAD** | **POSICIÓN DE LA PARTE ACTORA** |
| Establece el artículo 164 de la Ley 1437 de 2011  De lo anteriormente expuesto, se tiene que es totalmente clara la normativa transcrita en señalar que el término empezará a contarse al día siguiente de la ocurrencia del hecho u omisión causante del daño, sin embargo, la otra posibilidad que plantea la norma es que sea al día siguiente cuando el demandante debió tener conocimiento del mismo, siempre y cuando se pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.  Así las cosas y de acuerdo a la Jurisprudencia se tiene que la institución jurídica de la caducidad tiene por finalidad otorgarle al Estado estabilidad en sus actuaciones jurídicas, cerrando así toda posibilidad de debate o controversia jurisdiccional respecto de las decisiones o relaciones contractuales que el mismo haya tomado, pues de no ser así se permanecería indefinidamente con la incertidumbre que representa para la administración la eventualidad de revocación o anulación de sus actos en cualquier tiempo posterior a su expedición, o de la eventual responsabilidad contractual o extracontractual de la cual pudiese ser objeto.  Además de ello, el fenómeno de la caducidad ha sido implantado como un medio de sanción para quienes pretenden ejercer el derecho de acción, en uso de alguno de los medios de control que consagra la ley; esto en el entendido de que quien pretenda le sea reconocido un derecho, que cree le pertenece, debe ejercitar el medio de control dentro del plazo fijado por la ley, es decir es una carga que le asiste, pues de ello depende que sus derecho se le sea reconocido, en caso de asistirle.  Por tal razón, ha de decirse que el efecto tajante e inequívoco de la caducidad, es que quien crea que le asiste un derecho que deba ser reconocido por la jurisdicción administrativa, pierda toda posibilidad de acudir a ella dado que se ha impetrado el medio de control tardíamente, lo que genera consecuencialmente la imposibilidad de seguir un proceso judicial con las garantías constitucionales y legales que nuestro ordenamiento jurídico consagra para ello.  En otras palabras, la caducidad consiste entonces, en la extinción del derecho a ejercer el medio de control, por vencimiento del término concedido para ello, institución que se justifica ante la conveniencia de señalar un plazo invariable, para que quien se pretende titular de un derecho opte por ejercitarlo o renunciar a él, fijado en forma objetiva, sin consideración a situaciones personales del interesado, no susceptible de interrupción ni de renuncia por parte de la administración.  Por ende, es dable concluir que el medio de control de reparación directa caduca luego de dos años, los cuales deben contarse a partir de la fecha en la cual ocurrió el hecho dañoso, esto es, aquel evento que afecta negativamente los derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a favor del asociado.  Esta regla general admite una excepción, la cual tiene que ver con aquellos eventos en los cuales el conocimiento del hecho dañoso resulta posterior a su ocurrencia, casos en los cuales el término para computar la caducidad de la acción de reparación directa comenzará a contarse cuando el afectado tenga conocimiento del mismo. Sobre este aspecto ha señalado el H. Consejo de Estado que:[[1]](#footnote-1)  No obstante lo anterior, en el caso que se estudia, la concreción del "daño" al cual se hace referencia, el intenso dolor de espalda y cintura que empezó a padecer el señor WILMER RINCON OLANO después del golpe, se concretó y se conoció en un mismo momento, por lo que el término se debe comenzar a contar desde el momento en que sucedió el hecho dañoso.  Es así como, es imperioso diferenciar dos conceptos, los cuales son EL DAÑO Y EL PERJUICIO; tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que el daño lo constituye el hecho que mengua bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico a favor de una determinada persona, mientras que el perjuicio es la consecuencia negativa del hecho dañoso para el sujeto pasivo del mismo. Así lo ha precisado la doctrina especializada cuando estableció que:[[2]](#footnote-2)  Así mismo, "no es viable considerar que la concreción del daño o las secuelas que puedan dejar la misma, al arbitrio de las partes, quienes en cualquier tiempo podrían solicitar la respectiva valoración ante la Junta Médica Laboral, y prolongar a su gusto el término de caducidad, valoración que en todo caso, puede ser practicada en el desarrollo del respectivo proceso de responsabilidad, con el fin de determinar las secuelas que pueda dejar la lesión, incluida en éstas, la pérdida de la capacidad laboral que corresponda" .  Por tanto, si se mira con detenimiento la fecha de los hechos, esto es el día 7 DE ABRIL DE 2016, se tiene que el demandante tenía hasta el día 08 DE ABRIL DE 2018, para interponer la demanda, no obstante lo anterior, se observa que la solicitud de conciliación, fue radicada en la Procuraduría hasta el 23 DE MARZO DE 2018 y de igual forma la demanda fue presentada sólo hasta el 21 DE MAYO DE 2018 esto es, después de haberse materializado el fenómeno jurídico de la caducidad, razón por la cual debe decretarse. | En el presente caso, la apoderada de la parte demandada incurre en un error al alegar la excepción de CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL, puesto que no tiene en cuenta el lapso de tiempo que fue suspendido el termino mientras se tramito el requisito de procedibilidad de conciliación prejudicial.  El medio de control se presentó dentro del término legal permitido de acuerdo a lo establecido en el artículo 164 numeral 2i del Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo, ya que para la fecha en que se radico el medio de control ante los Juzgados Administrativos del Circuito Judicial de Bogotá (21 de mayo de 2018), el término de los dos (2) años de caducidad, había sido suspendido en razón de que se encontraba en trámite de conciliación prejudicial.  Por ende, los cálculos realizados tanto por el despacho en el auto que admite la demanda como en el escrito de demanda presentado por esta parte, son correctos; y como consecuencia no ha operado el fenómeno de la caducidad alegado por la parte demandada, en tanto que a la fecha de presentación de la solicitud de conciliación ante las Procuradurías Judiciales para Asuntos Administrativos (23 de marzo de 2018) faltaban quince (15) días para la fecha de caducidad del medio de control (8 de abril de 2018), y este lapso se activó desde el día siguiente a la expedición de la constancia de audiencia de conciliación (18 de mayo de 2018), lo que permite comprender que sumando los quince (15) días que faltaban para que el medio de control caducara, la fecha límite para impetrar el medio de control era hasta el día 3 de junio de 2018.  Así fue establecido en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001, que reza: La suspensión del termino de caducidad ocurre desde la presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial hasta (i) lograrse un acuerdo conciliatorio; (ii) registrarse el acta de conciliación en los casos que este trámite sea exigido por la ley; (iii) expedirse las constancias a que se refiere el artículo 2° de la misma ley o (iv) vencerse el termino de tres (3) meses, lo que ocurra primero, siendo en este caso la fecha de expedición de la constancia el suceso hasta el cual se detiene la suspensión.  Conforme lo anterior, ruego a la señora Jueza desestimar la excepción propuesta por la parte demandada. |

* 1. **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**
     1. El apoderado de la parte **actora** se sostuvo en los hechos y pretensiones de la demanda, obra en el plenario el informativo por lesiones que da cuenta de hecho generador del daño y para cuantificarlo obra la junta medico laboral en donde se le diagnosticó una escoliosis de 10 grados y una lumbalgia mecánica y tienen un porcentaje del 9.5 % enfermedad de origen común pero que ocurrió en el servicio por causa y razón del mismo.

La lesión que sufrió ocurrió durante la prestación del servicio y no estaba en la obligación de soportarlo, motivo por el cual solicita se acceda a las prestaciones de la demanda.

* + 1. El apoderado de la **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL** manifestó que si bien el joven sufrió la lesión durante la prestación del servicio militar obligatorio considera se configura un eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de la víctima, pues el joven no tomo las medidas de autoprotección y cuidado necesarias y resbalo cuando organizaba los víveres en el estante, el joven es quien desplegaba la conducta y por lo tanto la demandada no debe responder.

Agrega que no está demostrada que después de su desincorporación hubiere tenido alguna limitación para desenvolverse en su diario vivir.

* + 1. **El MINISTERIO PUBLICO** representado por la **PROCURADURIA JUDICIL 82-1** no conceptuó.
  1. **CONSIDERACIONES**
  2. **LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS:**

En cuanto a la excepción de **CADUCIDAD** propuesta por la demandada NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL, el despacho se remite a lo decidido en la audiencia inicial en el acápite respectivo.

* 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 - EJÉRCITO NACIONAL debe responder por los presuntos perjuicios sufridos por el señor WILMER RINCÓN OLANO en hechos ocurridos el 07 de abril de 2016 mientras prestaba el servicio militar obligatorio.

Surge entonces el siguiente problema jurídico:

**¿*Debe responder la demandada NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL por las presuntas lesiones causadas a*** WILMER RINCÓN OLANO  ***durante la prestación del servicio militar obligatorio?***

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

El servicio militar es una obligación constitucional (art. 216)[[3]](#footnote-3) 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[[4]](#footnote-4), 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[[5]](#footnote-5).

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[[6]](#footnote-6), 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[[7]](#footnote-7).

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

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

* WILMER RINCON OLANOnació el 11 de noviembre de 1995**[[8]](#footnote-8)**
* El soldado regular RINCON OLANO WILMERpresto su servicio militar obligatorio del 6 de noviembre de 2014 al 30 de agosto de 2016[[9]](#footnote-9).
* El 24 de agosto de 2016 se elaboró el INFORME ADMINISTRATIVO POR LESIÓN[[10]](#footnote-10) en donde se indica lo siguiente:

**“CONCEPTO DEL COMANDANTE DE LA UNIDAD**

**DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS**

*De acuerdo a informe rendido por el señor Soldado Regular Rincón Olano Wilmer identificado con CC 1.024.572.881 de Bogotá D.C, quien se desempeñaba como Ranchero; siendo aproximadamente las 21:00 horas del día* ***7 Abril de 2016****, se encontraba organizando unos víveres en un estante al lado de la nevera del economato, cuando se resbaló y le cayeron encima varias pacas de arroz golpeándose la espalda y la cintura, ocasionándole intenso dolor al intentar levantarse; luego procedió a dirigirse hacia la enfermería de la Unidad, en la cual fue atendido por el SLP. Bejarano Ramírez Jhon Fredy, Enfermero disponible del BITER 28 quien le aplicó una inyección y le informo que tenía un poco inflamada la piel en el área de la cintura, cerca de la columna; le indico que guardara reposo.*

*A finales del mes de* ***mayo*** *se dispuso la salida del Soldado para la ciudad de Bogotá con el fin de ingresar en el vuelo de apoyo a Puerto Carreño, para desempeñarse como Dragoneante Distinguido del Pelotón de Instrucción y Reemplazos del 4C/2016. En cumplimiento de su nueva destinación, el dolor de la cintura persistió; siendo llevado al Dispensario del BASPC28, en el cual fue examinado por el doctor Edward Amaury Guzmán, Médico General, quien ordenó una radiografía. Tres días después cuando le entregaron los resultados se la presentó, y al revisarla le ordenó* ***10 sesiones de fisioterapia, las cuales las terminó el 18 de agosto de 2016.***

*El 19 de agosto de 2016 salió un vuelo de apoyo hacia la ciudad de Bogotá, para ser valorado por el médico especialista en* ***ortopedia.***

*TESTIGOS:*

***SS. BUSTOS PEÑA LUIS FERNANDO***

***SLP. MEJO BECERRA ELIAS SLP. BEJARANO RAMÍREZ JHON FREDY***

***SLP. GUALDRÓN CEDEÑO FREDYS***

*IMPUTABILIDAD: DE ACUERDO AL ARTÍCULO 24, DECRETO 1796 DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2000, LA LESIÓN OCURRIÓ:*

*Literal B X En el servicio por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad profesional y/o accidente de trabajo (AT)”*

* La junta medico laboral 110654 del 4 de septiembre de 2019 determinó que el señorWILMER RINCÓN OLANO de 9,5% de pérdida de capacidad laboral y presenta una escoliosis de 10 grados de **t11-l4** valorado y tratado por ortopedia susceptible de manejo médico y una lumbalgia mecánica valorado y tratado por ortopedia sintomático. La lesión ocurrió en el servicio por causa y razón del mismo.

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

**¿*Debe responder la demandada NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL por las presuntas lesiones causadas a*** WILMER RINCÓN OLANO ***durante la prestación del servicio militar obligatorio?***

La jurisprudencia ha establecido que la responsabilidad del Estado surge cuando se configura un daño, el cual debe ser antijurídico, esto es, que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo y que le sea imputable a la administración.

En el presente caso el **daño antijurídico** consistente en las lesiones sufridas por el señor WILMER RINCÓN OLANO se encuentra demostrado con el informe administrativo por lesión y la junta médico laboral.

En relación con la **imputación** corresponde determinar si la lesión sufrida por el uniformado puede ser atribuida a la entidad demandada.

Para este operador judicial es claro que el daño antijurídico le resulta atribuible a la entidad demandada en principio bajo el régimen de daño especial, teniendo en cuenta las relaciones de especial sujeción que existen entre el Estado y los soldados conscriptos, pues como ya se ha dicho, el vínculo que surge entre el soldado conscripto y el Estado deviene del cumplimiento de un deber constitucional, y como la voluntad del conscripto se ve doblegada por el imperium del Estado al someterlo a la prestación de un servicio que no es nada distinto a la imposición de una carga o un deber público, surge para el Estado la obligación de responder por los daños que pueda sufrir éste mientras esté bajo su protección.

La función de ser ranchero es parte de la actividad normal de un conscripto, es decir cocinar para muchas personas, pero no es parte de la actividad normal de una persona en su diario vivir máximo cocina para su núcleo familiar.

Así las cosas, considera el Despacho que el señor WILMER RINCÓN OLANO entró a prestar el servicio militar obligatorio en buenas condiciones de salud[[11]](#footnote-11) y sufrió una lesión durante la prestación del servicio militar que le genera una escoliosis y una lumbalgia, aunque se indica que son lesiones de origen común que le producen el 9.5 % de pérdida de capacidad laboral, el hecho de que el joven necesitara terapias después de un mes de haber sufrido la lesión y una atención de un especialista un mes más después de las mismas, ello es indicativo que quedo una secuela para el desarrollo normal de su vida.

Por último, no se encuentra acreditado eximente de responsabilidad **culpa exclusiva de la víctima** no está demostrado la falta de autocuidado o que el accidente hubieses sido ocasionado por el joven.

En conclusión, demostrada la responsabilidad de la entidad demandada, se procederá a tasar la correspondiente indemnización de acuerdo a lo probado y teniendo en cuenta los parámetros fijados por el H. Consejo de Estado.

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

En primer lugar, debe advertirse que no es posible realizar descuento alguno por el monto que la entidad le tenga pendiente de pagar por la pérdida de capacidad laboral, pues una es la indemnización que le paga la entidad por su relación laboral y otra la indemnización de reparación administrativa.

* + 1. **PERJUICIOS MORALES**

A propósito de los daños morales, la doctrina ha considerado que éstos son “(…) *esos dolores, padecimientos, etc., que pueden presentarse solamente como secuela de los daños infligidos a la persona. Que no son entonces daños propiamente dichos, y que por otra parte, constituyen un sacrificio de intereses puramente morales, que justifican una extensión del resarcimiento, esta vez con función principalmente satisfactoria (…)*”.

La indemnización que se reconoce a quienes sufran un daño antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria y no reparatoria del daño causado.

El Consejo de Estado mediante providencia proferida dentro del expediente No. 36149, unificó la jurisprudencia sobre elreconocimiento y liquidación de perjuicios morales en caso de lesiones, de acuerdo a la gravedad de la lesión por pérdida de capacidad laboral y al grado de parentesco de los perjudicados.

Agregó que respecto del quantum al cual deben ascender estos perjuicios, se encuentra suficientemente establecido que el juez debe valorar, según su prudente juicio, las circunstancias propias del caso concreto, para efectos de determinar la intensidad de esa afectación, con el fin de calcular las sumas que se deben reconocer por este concepto, sin que de manera alguna implique un parámetro inmodificable que deba aplicarse en todos los casos, puesto que se insiste en la necesidad de que en cada proceso se valoren las circunstancias particulares que emergen del respectivo expediente, a manera de sugerencia y como parámetro que pueda orientar la decisión del juez en estos eventos.

Teniendo en cuenta que el porcentaje de pérdida de capacidad laboral para el presente caso es del 9.5%[[12]](#footnote-12), se reconocerá en salarios mínimos legales mensuales vigentes[[13]](#footnote-13)

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| PERSONA | CALIDAD | SMLMV | $ |
| WILMER RINCÓN OLANO | victima | 10 | $8´281.160 |

* + 1. **A LA SALUD**

La jurisprudencia ha venido decantando el concepto de este tipo de perjuicio a través del tiempo, pasando del “daño fisiológico” al “daño a la vida de relación”, para luego acoger, el de “alteración grave a las condiciones de existencia” y llegar al hoy denominado “daño a la salud”, el cual abarca todas las categorías dispersas que se indemnizaban por separado en el anterior concepto, tales como, el perjuicio fisiológico y daños externos como el estético, el daño a las relaciones sexuales, familiares y sociales, evitando el subjetivismo judicial que conllevaba al enriquecimiento sin causa de las víctimas.

Como su nombre lo indica, esta clase de daño implica que la víctima no ha fallecido, pues el perjuicio está directamente relacionado con las secuelas que le haya dejado la lesión física sufrida por ella, y la alteración tanto de las condiciones en que se desarrollaba en su vida familiar y laboral, como en la pérdida de goce y disfrute de los placeres de vida y la imposibilidad de relacionarse normalmente con sus semejantes[[14]](#footnote-14).

Por ello deben estar debidamente probadas dentro del proceso las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones al nivel del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural que agraven la condición de la víctima, para determinar el porcentaje de la gravedad o levedad de la afectación corporal o psicofísica.

En el presente caso se demostró que la secuela de la lesión que sufrió el señor WILMER RINCÓN OLANO le ha afectado su relación familiar y social perdió la posibilidad de disfrutar los placeres de la vida, por lo que se le reconoce.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| PERSONA | CALIDAD | SMLMV | $ |
| WILMER RINCÓN OLANO | victima | 10 | $8´281.160 |

* + 1. **PERJUICIOS MATERIALES:**
       1. **LUCRO CESANTE:**

El perjuicio material en la modalidad de **lucro cesante** es la ganancia o provecho que el actor dejó de percibir como consecuencia del evento dañoso.

Según el Código Civil es la ganancia o el provecho que deja de reportarse (art. 1614). Este daño como cualquiera otro debe indemnizarse, si se prueba, y en lo causado. La explicación que se da a esa regla se apoya en otro principio general del derecho: si el daño se indemniza por encima del realmente causado, se produce un enriquecimiento sin justa causa a favor de la víctima; si el daño se indemniza por debajo del realmente causado, se genera un empobrecimiento sin justa causa para la víctima; por ello el daño es la medida del resarcimiento.

Para que haya lugar a la reparación de un perjuicio es necesario que la existencia del mismo se encuentre debidamente probada en el proceso y que el mismo sea cierto, es decir, que no sea meramente eventual o hipotético[[15]](#footnote-15). Cuando el perjuicio aún no se ha consolidado puede realizarse un cálculo de probabilidad de su existencia a partir de las condiciones que se presentan en el momento en que se causó el daño[[16]](#footnote-16).

La indemnización por lucro cesante se divide en vencida y futura. La primera abarca desde la fecha en que se causó el daño hasta la fecha de esta sentencia y la segunda desde el día siguiente de la sentencia hasta la fecha probable de vida de la víctima.

Aplicando la fórmula utilizada reiteradamente por la jurisprudencia, se tiene que la renta actualizada (Ra) es igual a la renta histórica, multiplicada por el índice de precios al consumidor del mes anterior a la sentencia, dividido por el índice de precios al consumidor vigente en el mes del hecho dañino, conforme a las certificaciones del DANE más el 25% de la misma como valor de las prestaciones sociales.

En el caso concreto, la renta base será el salario mínimo legal vigente a la fecha en que sufrió la lesión, pero en la proporción en la que se tuvo la pérdida de capacidad laboral, esto es, el **9.5**%, así:

Salario para la época de los hechos (7 **de abril de 2016**) = $689.454

**9.5** % del salario mínimo legal mensual vigente = $65.498,13

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| Ra = | R | Indice final |  |
| Indice incial |  |
|  |  |  |  |
| R = | | Suma a actualizar | $ 65.498,13 |
| Indice final = | | oct-19 | 103,48 |
| Indice inicial = | | abr-16 | 91,63460 |
|  |  |  |  |
|  | Ra = | **$ 73.964,93** | |
|  |
|  |  |  |  |
|  | 25%Ra= | **$ 18.491,23** | |
|  |  |
|  |  |  |  |
|  | Ra+25%Ra = | $ 92.456,16 |  |

|  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  |  | n |  |  |  |  |
| S= | Ra | (1+i) |  | -1 |  |  |  |
| i | | |  |  |  |
|  |  |  |  |  |  |  |  |
| En donde: | | | | | | |  |
| S = | suma buscada de la indemnización debida o consolidada | | | | | |  |
| Ra = | renta actualizada; | | | | | |  |
| i = | interés legal; | | | | | |  |
| n = | Número de meses transcurrido entre la fecha del hecho dañino y la fecha de la sentencia. | | | | | |  |

|  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  |  | n |  |  |  |  |
| S= | Ra | (1+i) |  | -1 |  |  |  |
| i | | |  |  |  |
|  |  |  |  |  |  |  |  |
| S = | suma buscada de la indemnización debida o consolidada | | | | | |  |
| Ra = | renta actualizada; | | | | | | $ 92.456,16 |
| i = | interés legal; | | | | | | 0,004867 |
| n = | número de meses transcurrido entre la fecha del hecho dañino y la fecha de la sentencia. | | | | | | 43,000000 |
|  |  |  |  |  |  |  |  |
|  | Ra = | $ 92.456,16 | | | |  |  |
|  | i = | 0,004867 | | | |  |  |
|  | n = | 43,000000 | | | |  |  |
|  | 1+i = | 1,004867 | | | |  |  |
|  | (1+i)ⁿ = | 1,232166 | | | |  |  |
|  | S = | **$ 4.410.345,13** | | | |  |  |

|  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  |  | n |  |  |  |  |
| S= | Ra | (1+i) |  | -1 |  |  |  |
|  | | | n |  |  |
|  |  |  | i | (1+i) | |  |  |
| En donde: | | | | | | |  |
| S = | suma buscada de la indemnización futura | | | | | |  |
| Ra = | renta actualizada; | | | | | |  |
| i = | interés legal; | | | | | |  |
| n = | número de meses entre el día siguiente de la fecha de la sentencia y los meses hasta la vida probable del joven | | | | | |  |

|  |  |  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  |  | n |  |  |  |  |
| S= | Ra | (1+i) |  | -1 |  |  |  |
|  | | | n |  |  |
|  |  |  | i | (1+i) |  |  |  |
| S = | suma buscada de la indemnización debida o consolidada | | | | | |  |
| Ra = | renta actualizada; | | | | | | $ 92.456,16 |
| i = | interés legal; | | | | | | 0,004867 |
| n = | número de meses entre el día siguiente de la fecha de la sentencia y la vida probable del joven | | | | | | 661,920000 |
|  |  |  |  |  |  |  |  |
|  | Ra = | $ 92.456,16 | | | |  |  |
|  | i = | 0,004867 | | | |  |  |
|  | n = | 661,920000 | | | |  |  |
|  | 1+i = | 1,004867 | | | |  |  |
|  | (1+i)ⁿ = | 24,872190 | | | |  |  |
|  | S = | **$ 18.232.773,42** | | | |  |  |

TOTAL LUCRO CESANTE $ 22.643.119

* 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:** Declárense no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada **NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL** por los motivos antes expuestos.

**SEGUNDO: Declárese administrativamente responsable** a LA **NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL** de los perjuicios causados a los demandantes de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia

**TERCERO: Condénese** a la **NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL** a indemnizar los perjuicios causados a **WILMER RINCÓN OLANO** en calidad de victima así:

* 1. El equivalente a 10 SMLMV que ascienden a la suma de $8´281.160 por daño moral.
  2. El equivalente a 10 SMLMV que ascienden a la suma de $8´281.160 por daño en la salud.
  3. La suma de $ 22.643.119 por lucro cesante.

**CUARTO:** Niéguense las demás pretensiones de la demanda

**QUINTO:** Sin condena en costas

**SEXTO:** **Expídanse** por la Secretaría copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 114 del Código General del Proceso.

**SEPTIMO:** Por secretaria líbrense las comunicaciones necesarias para el cumplimiento de este fallo, de acuerdo con lo previsto en los artículos 203 del C.P.A.C.A y 329 del C.G.P.

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

**NOVENO:** Una vez ejecutoriada la presente providencia, las sumas indemnizadas en la presente providencia devengaran intereses moratorios a una tasa equivalente al DTF hasta por el término de diez (10) meses de que trata el inciso segundo del artículo 192 del CPACA o el de los cinco (5) días establecidos en el numeral 3 del artículo 195 ibídem, lo que ocurra primero. No obstante, si trascurrido este tiempo, la entidad no ha realizado el pago efectivo del crédito judicialmente reconocido, las cantidades líquidas adeudadas causarán un interés moratorio a la tasa comercial.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE**

**OLGA CECILIA HENAO MARÍN**

Juez

NNC

1. "El numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo establece que la acción de reparación directa caduca al vencimiento del plazo de 2 años, (...). La aplicación de dicha regla general se exceptúa cuando el conocimiento del hecho sólo fue posible en un momento posterior a la ocurrencia del mismo, siempre y cuando que se observe que el interesado no pudo conocer el hecho dañoso en un momento anterior. En dichas situaciones el término de caducidad se cuenta a partir de que el interesado tiene conocimiento del daño cuya indemnización pretende, o desde la cesación del mismo cuando el daño es de tracto sucesivo o causación continuada" [↑](#footnote-ref-1)
2. "Hay que comprender por perjuicio todo incidente negativo (y se le verá avaluable en dinero) sobre los derechos, los intereses o las prerrogativas de una persona (física o moral). Este incidente deriva de un acontecimiento (acto o hecho jurídico) que es el hecho dañino, que produce el daño. Este, según las proposiciones decisivas de F.P. Benoit, "es un hecho: es todo atentado a la integridad de una cosa, de una persona, de una actividad o de una situación". (...) Si se toma el ejemplo de una operación quirúrgica que provoca la parálisis del enfermo, es claro que el hecho dañino lo constituye el acto médico que desemboca en ese resultado, y el daño la parálisis. El perjuicio se determinará de manera menos inmediata en razón de los gastos que deberán afrontarse para garantizar una asistencia continua al paciente, sumas que compensarán las pérdidas de las utilidades que este soporta si existiere una actividad profesional, de las perturbaciones en las condiciones de existencia, o aún los sufrimientos físicos que ha padecido. En una palabra, "el perjuicio son las consecuencias del daño". [↑](#footnote-ref-2)
3. *“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-3)
4. 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-4)
5. 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-5)
6. *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-6)
7. 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-7)
8. Copia autentica del registro civil de nacimiento de Wilmer Rincón Olano es hijo de CARMEN CAROLINA OLANO y OSCAR ENRIQUE RINCÓN AYALA folio 3 del c2 [↑](#footnote-ref-8)
9. Folio 54 del cuaderno principal [↑](#footnote-ref-9)
10. Copia del Informativo Administrativo por Lesión No. 002 con hoja de seguridad No. 065559, elaborado al soldado regular Wilmer Rincón Olano. [↑](#footnote-ref-10)
11. Pues la base de la incorporación al servicio militar obligatorio implica el lleno de ciertos requisitos para considerar al conscripto apto para prestar ese servicio y la parte demandada no demostró lo contrario. [↑](#footnote-ref-11)
12. |  |  |  |  |  |  |
    | --- | --- | --- | --- | --- | --- |
    | *REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES* | | | | | |
    |  | **NIVEL 1** | **NIVEL 2** | **NIVEL** 3 | **NIVEL** 4 | **NIVEL 5** |
    | **GRAVEDAD DE LA LESIÓN** | Víctima directa y relaciones  afectivas conyugales y paterno-filiales | Relación afectiva  del 2o de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos) | Relación afectiva  del 3o de consanguinidad o civil | Relación afectiva del 4o de consanguinidad o civil. | Relaciones afectivas no familiares -  terceros damnificados |
    |  | **S.M.L.M.V.** | **S.M.L.M.V.** | **S.M.L.M.V.** | **S.M.L.M.V.** | **S.M.L.M.V.** |
    | Igual o superior al 1% e inferior al 10% | 10 | 5 | 3.5 | 2.5 | 1.5 |

    [↑](#footnote-ref-12)
13. El salario mínimo legal mensual para el 2019 es de $828.116. [↑](#footnote-ref-13)
14. Bogotá, D.C., primero (1) de marzo de dos mil seis (2006)- CONSEJO DE ESTADO - SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - SECCION TERCERA - Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO- Radicación número: 52001-23-31-000-1995-06529-01(13887) [↑](#footnote-ref-14)
15. Así se ha considerado entre muchas otras, en sentencias del 19 de octubre de 1990, exp: 4333; del 17 de febrero de 1994; exp: 6783 y del 10 de agosto de 2001, exp: 12.555. [↑](#footnote-ref-15)
16. Se ha reconocido la existencia del perjuicio futuro, con fundamento en las condiciones existentes en el momento en el cual se causó el daño, entre otras, en sentencias de la Sección del 19 de junio de 1989, exp: 4678; 7 de mayo de 1993, exp: 7715 y del 5 de septiembre de 1994, exp: 8674. [↑](#footnote-ref-16)