

MEDIO DE CONTROL – Reparación directa / RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL DE LA NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL EJÉRCITO NACIONAL – Por las lesiones que sufrió soldado profesional por disparo con arma de fuego de dotación oficial de compañero / RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD APLICABLE – Objetivo / TÍTULO DE IMPUTACIÓN – Riesgo excepcional / RIESGO EXCEPCIONAL – Se debe probar que la víctima fue sometida a un riesgo superior a aquel que se considera como ordinario y propio de su actividad

(...) Para la Sala, procede la revocatoria de la decisión de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda, para en su lugar acceder a éstas, en atención a que el régimen de responsabilidad aplicable al caso es el objetivo por riesgo excepcional, en tanto del material probatorio aportado al proceso, en concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado, se puede establecer que cuando se trata de daños ocasionados a soldados profesionales o voluntarios, con arma de dotación oficial por fuera de los riesgos propios de tales actividades, como sucede en el caso concreto, debe aplicarse el régimen objetivo de riesgo excepcional. En ese sentido, del informe administrativo por lesiones, se logró corroborar que los daños al demandante fueron ocasionados por el disparo de uno de sus compañeros con una arma de dotación oficial, en el servicio y con ocasión del mismo; hechos que configuran el nexo causal entre el acto y el daño, lo que conduce a la declaratoria de responsabilidad por la entidad demandada y como consecuencia de ello, a reconocer la indemnización de los perjuicios. (...) En lo concerniente al riesgo excepcional, se debe probar que la víctima fue sometida a un riesgo superior a aquel que se considera como ordinario y propio de su actividad como integrante de la fuerza pública por el sólo hecho de pertenecer a ella. (...) para el caso, el régimen de responsabilidad aplicable es el objetivo por riesgo excepcional, en razón a que el daño derivó del uso de armas de fuego de dotación oficial, elemento peligroso en su estructura y por su finalidad. Tal como lo ha referido la jurisprudencia desarrollada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en los casos de daños ocasionados a los soldados profesionales por el uso de armas de dotación oficial, por fuera de los riesgos propios de tales actividades debe aplicarse el régimen objetivo de riesgo excepcional. (...)

NOTA DE RELATORÍA. Sobre la responsabilidad del Estado por riesgo excepcional en casos de daños causados a los soldados voluntarios y profesionales con armas de dotación oficial, consultar: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 30 de noviembre de 2006, expediente 15.783 (R-0080), Consejero Ponente: Dr. Alier E. Hernández Enríquez; Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, fallo del 22 de junio de 2011, expediente 25000-23-26-000-1996-02528- 01(20306), Consejero Ponente. Danilo Rojas Betancourth.

FUENTE FORMAL: Constitución Política (Art. 90).

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN C

Bogotá D.C., ocho (8) de septiembre de dos mil veintiuno (2021)

Magistrado Ponente: FERNANDO IREGUI CAMELO

MEDIO DE CONTROL-REPARACIÓN DIRECTA

Radicado:	11001 – 33 - 43 – 063 – 2016 – 00162 - 01
Actor:	FERNEY ALFONSO SUÁREZ MONTERO
Demandado:	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL
Instancia:	SEGUNDA
Tema:	RESPONSABILIDAD POR LESION DE SOLDADO PROFESIONAL POR ARMA DE FUEGO DE COMPAÑERO -
Sentencia No.	SC3 – 0921 - 2426
Sistema:	ORALIDAD

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Surtido el trámite de ley, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferida del 6 de julio de 2018 en la cual el Juzgado 63 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá negó las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

2.1. Pretensiones¹

El señor Ferney Alfonso Suárez Montero, a través de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional –Ejército Nacional, solicitando se le declarara administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios ocasionados con motivo de las lesiones sufridas durante la prestación del servicio en calidad de soldado profesional el 3 de marzo de 2014. En consecuencia, solicita por concepto de perjuicios morales 100 s.m.m.l.v; por concepto de perjuicios materiales y lucro cesante \$180.000.000, más el 25% por concepto de prestaciones sociales; por daño a la salud 100 s.m.m.l.v.

¹ Folios 3 y 4 cuaderno 1 principal.

2.2. Hechos²

Como sustento de las pretensiones, el apoderado judicial de la accionante indicó:

- Para la época de los hechos, el señor Ferney Alfonso Suárez Montero se encontraba vinculado al Ejército Nacional en condición de Soldado Profesional adscrito al Batallón Especial Energético Vial Nro. 3 en Caño Limón – Departamento de Arauca.
- El 3 de marzo de 2014, cuando se encontraba en desarrollo de la operación táctica Mesías 3, en el corregimiento de la Esmeralda en el Municipio de Arauquita – Departamento de Arauca, siendo aproximadamente las 17:53 horas, recibió un impacto de bala en la pierna derecha “accionada al parecer de manera accidental por el Soldado Profesional Jessi Antonio Rodríguez Valencia , razón por la cual fue evacuado al Hospital Regional de Arauca, para su atención médica.
- Los hechos de la lesión fueron consignados en el Informe Administrativo por Lesiones del 16 de marzo de 2014.
- De conformidad con la respuesta otorgada al demandante el 5 de febrero de 2016 por el comandante del Batallón Energético y Vial Nro. 1, por las lesiones que padeció el SLP Ferney Alfonso Suárez Montero, cursa investigación disciplinaria Nro. 002-2015.
- Debido a las lesiones, se le han practicado los tratamientos médicos, pues se ha visto incapacitado y afectado para ejercer sus actividades normales, así como su calidad de vida.

2.3. De los argumentos de la parte actora³

En criterio de la accionante, las lesiones sufridas se produjeron como consecuencia del desarrollo de una actividad peligrosa, es decir, el uso de armas de fuego; por lo tanto, se debe aplicar el régimen de responsabilidad objetiva, razón por la cual el Estado está en la obligación de responder si se causa un daño como consecuencia del desarrollo de dichas actividades.

Agregó que, si bien como miembro de las FFMM tiene una carga de soportar los riesgos propios de la actividad militar, dentro de estos no se encuentran incluidas las lesiones sufridas por el actuar negligente o falta de pericia de un compañero de la institución por el mal funcionamiento de las armas de dotación.

2.4. De la contestación de la demanda por la Nación-Ministerio de Defensa – Ejército Nacional⁴

Una vez notificada a la accionada el auto del 13 de abril de 2016 por medio del cual se admitió la demanda, constituyó apoderado judicial⁵, quien procedió a radicar

² Folios 3 y 4 cuaderno 1.

³ Folio 6 ib.

⁴ Folios 59 a 85 del cuaderno 1 ppal.

⁵ Folios 56 del c 1.

escrito de contestación, por medio del cual se opuso a las pretensiones de la demandante, por considerar que se trataba de un soldado profesional, sometido a riesgos propios del servicio por la voluntariedad del mismo.

Añadió que si bien el señor Ferney Alfonso Suárez Montero resultó lesionado en razón del servicio, este no es imputable al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, puesto que la causalidad está afectada por un eximente de responsabilidad, el cual consiste en una culpa exclusiva de la víctima, además de configurarse un elemento normativo de la imputación objetiva: una acción a propio riesgo.

Agregó que del material probatorio aportado, la lesión tuvo lugar como consecuencia del actuar accidental del soldado profesional Jessi Antonio Rodríguez Valencia, por los términos o forma de hablar en los que se refería a su victimario. Tales hechos son producto de una circunstancia especial, pues no resulta normal a las actividades que cumplen los militares, ya que ellos son instruidos en el manejo de armamento *“pero es difícil brindar esta instrucción en casos como el presente, lo cual se debe considerar como un riesgo propio del servicio”*.

III. DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En sentencia del 6 de julio de 2018, el Juzgado 63 Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá - Sección Tercera - resolvió negar las pretensiones de la demanda y condenar en costas a la parte demandante (fol. 187 . C2.).

Como fundamentos de decisión determinó:

- En relación con el daño antijurídico, que el mismo surge de la lesión padecida por el SLP. Ferney Alfonso Suárez Montero el 3 de marzo de 2014, cuando recibió una herida en su muslo derecho provocada por un proyectil disparado de manera accidental con arma de dotación lo cual le produjo una pérdida de la capacidad laboral del 23.07%.
- Respecto de la imputación del daño, estableció que la responsabilidad de la entidad bajo el régimen de riesgo excepcional, en razón a que se le causó un daño al accionante como consecuencia del ejercicio de una actividad peligrosa, no es aplicable al caso, en tanto al haberse incorporado el demandante en calidad de soldado profesional le son aplicables los parámetros establecidos por el Consejo de Estado sobre los riesgos propios del servicio, por lo que el daño causado por el uso de armas de dotación oficial debían ser analizados bajo el régimen excepcional de falla en el servicio.
- Del material probatorio. Manifestó que el mismo no es suficiente para demostrar la falla en el servicio de la demandada, al no haberse demostrado las circunstancias de tiempo , modo y lugar en los que resultó lesionado el SLP Ferney Alfonso Suárez Montero, tales como, si se tomaron las medidas de seguridad requeridas para la manipulación de armas de fuego, si el arma fue activada de forma accidental o, por el contrario, se realizó de manera voluntaria; no se aportó prueba técnica para establecer si el arma estaba en

óptimas condiciones para su uso y funcionamiento; o que los uniformados involucrados no hubieran sido instruidos en el manejo o manipulación de armas de fuego.

IV. DEL ESCRITO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la accionante dentro del término concedido, interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con los siguientes argumentos:

Reiteró lo argumentado en la demanda y los alegatos de conclusión relacionado con que las lesiones padecidas por el SLP Ferney Alfonso Suárez Montero, no fueron consecuencia de enfrentamientos con individuos al margen de la ley *“ni en medio de un operativo organizado como parte de las funciones a cargo de los uniformados, sino que se trató de una lesión causada por el SLP Rodríguez Valencia Jessi Antonio, con el arma de dotación asignada y a quien se le accionada impactando el muslo de la pierna derecha del señor SUÁREZ MONTERO”*.

Señaló que no es de recibo el argumento del *A quo*, que no se probó cuáles fueron las circunstancias en las que resultó lesionado el señor Ferney Alfonso Suárez Montero, pues no se supo si se trató de una falla del arma, o si el arma se accionó de manera voluntaria o accidental por el SLP Rodríguez Valencia Jessi Antonio; toda vez que del Informe Administrativo por Lesiones se estableció que la lesión *“ocurrió por causa y razón del mismo, lo que quiere decir que este no tuvo injerencia en su resultado, que sería la única circunstancia que eximiría a la Entidad demandada de responsabilidad, por lo demás sin importar si hubo o no responsabilidad en la persona que causó el daño, se entiende que le asiste responsabilidad a la Entidad demandada, pues es esta la que tiene bajo su custodia el elemento peligroso que en este caso sería las armas de uso oficial”*.

Insistió que en el caso es aplicable el régimen de responsabilidad objetiva por riesgo excepcional, en tanto el manejo de armas de fuego es considerado como una actividad peligrosa, lo que sería suficiente para imputar responsabilidad por el perjuicio sufrido. Además, que la falla en el servicio se demuestra en tanto los agentes del Estado que manejan armas reciben instrucción y preparación en el ejercicio de esta actividad, estando obligados a la observancia de las normas de seguridad mínimas aplicables a esta actividad

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

5.1. Reparto. Por acta individual de reparto del 24 de agosto de 2018, correspondió el conocimiento del recurso de la referencia al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección tercera, Subsección “C”⁶.

5.2. A través de auto de 28 de febrero de 2019, **se admitió el recurso de apelación**, se ordenó notificar a las partes y al Ministerio Público⁷.

⁶ Fl. 205 c 2.

⁷ Fl. 207 c 2.

5.3. Pruebas solicitadas en segunda instancia. En escrito del 6 de marzo de 2019 el apoderado de la parte actora solicitó al Despacho, requiriera a la Fiscalía 20 Penal Militar copia del proceso penal bajo el radicado Nro. 11001334306320160016200 – Rad. Nro. 1678, que cursa con ocasión a los hechos en los que resultó lesionado mi poderdante con arma de uso oficial *“lo anterior, teniendo en cuenta que aun cuando se solicitó como prueba en primera instancia, la cual fue decretada por el A-quo, esta no fue posible aportarla en etapa probatoria”*.

En auto del 29 de enero de 2020 (fol. 218 c.2.) **se resolvió rechazar por improcedente la solicitud** de requerir a la Fiscalía 20 Penal Militar la copia del referido proceso, al no encontrar el Despacho probada la configuración de la causal excepcional; pues si bien la prueba fue decretada en la audiencia inicial del 27 de octubre de 2016, la Directora Ejecutiva de la Justicia Penal Militar contestó que no obraban investigaciones penales en contra del SLP Ferney Alfonso Suárez Montero, pero que en el Juzgado 46 de instrucción Militar, se adelantaba la investigación penal Nro. 1227, por el presunto punible de lesiones personales en la que el SLP Ferney Alfonso Suárez Montero figuraba como víctima.

Además, el juez en primera instancia colocó en conocimiento de las partes la respuesta dada por la Directora de la Justicia Penal Militar, a través de auto de septiembre de 13 de septiembre de 2017 y el apoderado de la parte demandante en memorial del 21 de septiembre de 2017 señaló que ante la manifestación de la dirección *“se hace innecesario requerir nuevamente la prueba al Batallón Especial Energético Vial No. 3”*. Además en la audiencia de pruebas se dejó consignado que *“mediante auto del 13 de diciembre de 2017 se dio por terminada la prueba documental decretada”*.

En consecuencia, no encontró el Despacho la razón de las gestiones posteriores para obtener copia de la investigación penal, si a ello se renunció en el trámite de primera instancia.

5.4. En auto del 21 de mayo de 2021, se corrió traslado común a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo estimaba procedente, emitiera concepto (índice 11 Exp. SAMAI).

VI. DE LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

6.1. De la parte accionante

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda y en el recurso de apelación relacionados con el cumplimiento de la carga de la prueba que demuestra la existencia de falla en el servicio por parte de la entidad demandada.

Insistió en que el régimen de responsabilidad aplicable al caso es objetiva por riesgo excepcional, pues el manejo o uso de armas de fuego ha sido tradicionalmente considerada una actividad peligrosa, lo que es suficiente para imputar la responsabilidad de la demandada.

6.2. El Ministerio Público no rindió concepto en esta oportunidad.

VII. PRESUPUESTOS PROCESALES

7.1. Jurisdicción y competencia

Conforme al artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la competente para juzgar las controversias originadas en la acción u omisión de las entidades públicas, y dado el criterio orgánico establecido, en atención a la naturaleza jurídica de la demandada, es ésta la encargada de juzgar las actuaciones de la Nación- Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

Así mismo, esta Corporación es competente para conocer en segunda instancia del proceso de la referencia, de acuerdo al artículo 153 del CPACA, el cual dispone que los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

7.2. Caducidad

En tratándose del fenómeno jurídico de la caducidad del medio de control de reparación directa, el artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, dispone:

“[...] Artículo 164. Oportunidad para presentar la demanda. La demanda deberá ser presentada:

1. En cualquier tiempo, cuando:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

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

Sin embargo, el término para formular la pretensión de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que la demanda con tal pretensión pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición [...]” - Subrayado de la Sala -

La norma en cita determina que el fenómeno jurídico de la caducidad se contabiliza en dos (2) años a partir del día siguiente en que se presentó la acción u omisión que causó el daño o al conocimiento del daño que sirve de fundamento a la pretensión.

Teniendo en cuenta que el 3 de marzo de 2014, el soldado profesional Ferney Alfonso Suárez Montero, resultó herido por el disparo que realizó el SLP Jessi Antonio

Rodríguez Valencia en cumplimiento de la misión táctica “Mesías”; por lo que el término de caducidad se contabilizará desde el día siguiente a la ocurrencia de los hechos, es decir el 4 de marzo de 2014; en ese sentido la parte actora contaba hasta el 4 de marzo de 2016 para presentar la demanda de reparación directa.

La parte demandante presentó solicitud de conciliación prejudicial el 13 de enero de 2016, la cual se declaró fallida el 7 de marzo de 2016, misma fecha en la que se expidió la respectiva constancia Por la Procuradora 193 Judicial I para Asuntos Administrativos (fol. 38). Luego, radicó la demanda de reparación directa en la oficina de Apoyo de los Juzgados Administrativos el 14 de marzo de 2016 (fol. 40).

Al haberse suspendido el término de caducidad durante el tiempo que se tramitó la solicitud de conciliación prejudicial, esto es entre el 13 de enero y el 7 de marzo de 2016, se tiene que la presente demanda cumple con los términos de caducidad, al haberse interpuesto dentro del término establecido por la ley.

7.3. Legitimación de las partes

a. Por activa. Se encuentra legitimado en la causa por activa el demandante Ferney Alfonso Suárez Montero, al ser la persona que resultó herida por el disparo del arma de dotación de su compañero de campaña.

b. Por pasiva. El centro de imputación jurídica de la persona de derecho público Nación se reclama respecto del Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, que cuenta con personería jurídica, siendo señalado como el extremo pasivo de la *litis* en la demanda, se notificó del auto admisorio, dio contestación y en general ha participado en todas las instancias procesales y confirió poder en debida forma. Además, es la entidad respecto de la cual se reclaman los perjuicios generados con ocasión de las lesiones del soldado profesional Ferney Alfonso Suárez Montero.

7.4. Límites a la competencia del juez de segunda instancia y alcance del recurso de apelación.

El recurso de apelación le otorga la competencia funcional al Juez de Segunda Instancia para resolver lo planteado en la alzada, salvo algunas excepciones contempladas en la Ley, como los aspectos objeto de declaratoria de oficio, y bajo unos límites, como es el caso la *non reformatio in pejus*.

El artículo 320 del Código General del Proceso estatuye que el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Con antelación, el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil establecía:

“[...] La apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella [...]”

De la interpretación del artículo 357 del CPC, el Consejo de Estado ha extraído los siguientes contenidos: (i) la competencia del *Ad quem* **está limitada a los aspectos que expresamente señale el recurrente** y, (ii) la competencia del juez de segunda instancia comprende los **temas implícitos en aquellos aspectos que el recurrente propone expresamente en su escrito de apelación,** de manera que nada obsta para que el juez de segunda instancia corrija o modifique aquellos que, por su naturaleza, se encuentran comprendidos o son consustanciales a los asuntos mencionados. *(Subrayas y negrillas de la Sala).*

En el presente caso, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante hace reparos a la sentencia de primera instancia respecto a la valoración probatoria del juez, mediante la cual determinó que no se encontraba acreditada la imputación de responsabilidad a la entidad demandada y el régimen de responsabilidad aplicable al caso.

Por lo anterior, la Sala realizará el análisis de los medios de convicción obrantes en el expediente, para determinar y hay lugar a imputar responsabilidad a la Entidad demandada.

VIII. PROBLEMA JURÍDICO Y TESIS DE LA SALA

8.1 Problema jurídico

De conformidad con los argumentos de apelación expuestos, corresponde a la Sala determinar si el hecho dañoso derivado del disparo con arma de fuego que le fuera propinado al entonces soldado profesional Ferney Alfonso Suárez Montero, por otro soldado profesional mientras realizaban actos del servicio, le es imputable o no a la entidad demandada. En segundo lugar, y en caso de hallar corroborada la responsabilidad, se deberá establecer cuál es la indemnización a la que tiene derecho la parte actora.

8.2. Tesis

Para la Sala, procede la revocatoria de la decisión de primera instancia, que negó las pretensiones de la demanda, para en su lugar acceder a éstas, en atención a que el régimen de responsabilidad aplicable al caso es el objetivo por riesgo excepcional, en tanto del material probatorio aportado al proceso, en concordancia con la jurisprudencia del Consejo de Estado, se puede establecer que cuando se trata de daños ocasionados a soldados profesionales o voluntarios, con arma de dotación oficial por fuera de los riesgos propios de tales actividades, como sucede en el caso concreto, debe aplicarse el régimen objetivo de riesgo excepcional.

En ese sentido, del informe administrativo por lesiones, se logró corroborar que los daños al demandante fueron ocasionados por el disparo de uno de sus compañeros con una arma de dotación oficial, en el servicio y con ocasión del mismo; hechos que configuran el nexo causal entre el acto y el daño, lo que conduce a la declaratoria de responsabilidad por la entidad demandada y como consecuencia de ello, a reconocer la indemnización de los perjuicios.

IX. CONSIDERACIONES

9.1. De la responsabilidad del estado por daños causados a los soldados voluntarios y profesionales.

El artículo 90 de la Constitución Política, estatuye la cláusula general de responsabilidad contractual y extracontractual del Estado, de acuerdo con la cual, acogió la teoría del daño antijurídico, entendiéndolo no como “*aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado, sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo*”⁸, siempre y cuando exista título de imputación, por acción u omisión a una autoridad pública⁹.

En otras palabras, para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, se deben cumplir dos presupuestos básicos, a saber, que el daño sea antijurídico, y que este sea imputable al Estado. Una vez definido que se está frente a una obligación del Estado, debe establecerse el título a través del cual se atribuye el daño causado, ya sea la falla del servicio, o el riesgo creado o la ruptura del principio de igualdad de las personas frente a las cargas públicas.

De conformidad con los artículos 216 y 217 de la Constitución Política, la Fuerza Pública se integra por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, a su vez, la primera está constituida por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Por su parte, mediante Decreto N° 1793 de 2000 se expidió el Régimen de Carrera y Estatuto del Personal de Soldados Profesionales de las Fuerzas Militares, normatividad que contempla en su artículo 1°:

*[...] ARTÍCULO 1. SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la **finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas** [...]*. (Subrayas y negrillas de la Sala).

La Jurisprudencia del Consejo de Estado ha abordado la responsabilidad del Estado frente a los soldados profesionales a partir del criterio de imputación de la falla en el servicio y del riesgo excepcional, según la determinación fáctica de cada caso y la atribución jurídica que proceda.

Respecto del régimen de responsabilidad patrimonial aplicable al Estado por los daños sufridos por quienes prestan el servicio militar voluntaria o profesionalmente, la Corporación de lo Contencioso-Administrativo ha señalado:

“3.5. El régimen de responsabilidad aplicable. La indemnización de los daños sufridos por agentes de las fuerzas armadas del Estado.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sido reiterativa en indicar que por regla general no hay lugar a declarar la responsabilidad estatal por daños sufridos por los agentes de la fuerza pública que ingresan de manera voluntaria a las fuerzas armadas

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-333/96. Magistrado Ponente. Alejandro Martínez Caballero

⁹ *Ibídem*: “Son dos las condiciones indispensables para la procedencia de la declaración de la responsabilidad patrimonial con cargo del Estado y demás personas jurídicas de derecho público, a saber: el daño antijurídico y la imputabilidad del año a alguna de ellas:”

del Estado, excepto **i) cuando se incurre en una falla del servicio¹², debido a alguna conducta negligente e indiferente, que deja al personal en una situación de indefensión¹³, o ii) cuando el daño se origina en un riesgo excepcional, anormal, diferente al riesgo propio del servicio¹⁴.**

En otras palabras, cuando una persona ingresa libremente a las fuerzas militares y cuerpos de seguridad del Estado, está aceptando la posibilidad de que sobrevengan hechos que puedan afectar su integridad física o colocar en peligro su vida y los asume como una característica propia de las funciones que se apresta a cumplir¹⁵. Bajo este entendido, cuando se presenta una situación de dicha naturaleza, que se enmarca dentro del riesgo propio del servicio, surge el derecho al reconocimiento de las prestaciones y de los beneficios previstos en el régimen laboral especial, sin que en principio, como se dijo antes, resulte posible deducir responsabilidad adicional al Estado por razón de la producción de los consecuentes daños, **excepto cuando se demuestre que los mismos hubieren sido causados por una falla en el servicio o por la exposición de la víctima a un riesgo excepcional en comparación al que naturalmente debía enfrentar.** (Subrayas y negrillas de la Sala).

En efecto, la falla del servicio, como criterio principal para edificar la responsabilidad del Estado, tiene como presupuesto el reconocimiento de la existencia de mandatos de abstención, deberes y acciones a cargo del Estado; sin embargo, para que se forje responsabilidad con fundamento en ello es menester acreditar, i) el incumplimiento o deficiente cumplimiento de deberes normativos, ii) la omisión o inactividad de la administración pública, o iii) el desconocimiento de la posición de garante institucional que pueda asumir la administración.

En lo concerniente al **riesgo excepcional**, se debe probar que **la víctima fue sometida a un riesgo superior a aquel que se considera como ordinario y propio de su actividad como integrante de la fuerza pública por el sólo hecho de pertenecer a ella.**

Ahora bien, en la imputación del daño por falla del servicio o por riesgo excepcional, son causas liberadoras de responsabilidad del Estado, la causa extraña, como el hecho de un tercero, la culpa exclusiva de la víctima, el caso fortuito o la fuerza mayor. Sin embargo, si el daño tuvo su causa eficiente en la falta de diligencia de la administración o en el incremento anormal del riesgo, no habrá lugar a liberación de responsabilidad del Estado.

*[...] Ahora, cabe destacar **en el punto del nexo causal**, como elemento necesario para la configuración de la responsabilidad estatal, que **la intervención de un tercero en la producción del daño no configura per se una causa extraña, cuando hubiere sido precisamente la falta de diligencia de la administración la que dio lugar a esa intervención**, falta de diligencia que, claro está, debe ser demostrada por la parte que la invoca.*

*En consecuencia, se tiene que por regla general no hay lugar a declarar la responsabilidad estatal en casos de muerte o lesiones de miembros profesionales de las fuerzas armadas del Estado, toda vez que asumen el riesgo como una actividad inherente a la función militar y que **sólo por excepción se reconoce la***

¹² Sentencia del 18 de febrero de 2010, expediente 17127, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹³ Sentencia del 17 de marzo de 2010, expediente 17656, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁴ Sentencia del 26 de mayo de 2010, expediente 19158, M.P. Ruth Stella Correa.

responsabilidad estatal en casos en los que se ha demostrado que la muerte o las lesiones se han debido a una falla en la prestación del servicio militar, por acción o por omisión, o cuando se someten a los militares a un riesgo superior o excepcional al que deben asumir en cumplimiento y desarrollo de sus cometidos funcionales [...] (Subrayas y negrillas de la Sala).

En la misma línea, sobre el tema del daño antijurídico, de la responsabilidad del Estado y del deber de indemnizar tratándose de miembros de la Fuerza Pública, la citada Corporación ha sostenido¹⁶:

*"[...] 47. Como consecuencia de lo anterior, se **establece un régimen prestacional especial, que reconoce la circunstancia del particular riesgo a que se somete a todo aquel que ingresó voluntaria y profesionalmente, a lo que se agrega que dicho régimen se encuentra ligado a la presencia de una vinculación o relación laboral para con la institución armada. Esto llevará a que se active la denominada "indemnización a for-fait", lo que no excluye la posibilidad que pueda deducirse la responsabilidad y por tanto la obligación de reparar el daño causado, si se demuestra que el daño fue causado por falla del servicio o por exposición de la víctima a un riesgo excepcional.** En reciente precedente de la Sala se reiteró que debe haberse sometido a los miembros de la fuerza pública "a asumir riesgos superiores a los que normalmente deben afrontar como consecuencia de las acciones u omisiones imputables al Estado". Precisamente, y siguiendo el mismo precedente, la "asunción voluntaria de los riesgos propios de esas actividades modifica las condiciones en las cuales el Estado responde por los **daños** que éstos puedan llegar a sufrir".*

48. Sin embargo, la prestación voluntaria o profesional del servicio militar al no implicar la renuncia a los derechos de los miembros de las fuerzas militares que se encuentran en dicha condición, y no siendo excluyente la indemnización prestacional a fort-fait, lleva a la Sala a concluir que no es posible afirmar que todo riesgo inherente a la actividad militar puede liberar o eximir de su responsabilidad al Estado, ya que de hacerlo se estaría sacrificando el pleno ejercicio de los derechos, y se negaría la tutela eficaz de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario que puede hacerse radicar en cabeza de un soldado profesional como Servio Tulio Ceballos Palma. Afirmar en contra de este razonamiento implica, sin duda alguna, imponer como regla la inmolación absoluta de los miembros de las fuerzas militares, con el agravante que en hechos como los ocurridos el 15 de abril de 1996 el Estado desatendió grave y sistemáticamente deberes positivos que le exigía la protección debida, integral y eficaz de los miembros de la fuerza pública que defienden el orden [público], las libertades, las institucionales (sic) legítimamente constituidas y el sistema democrático para el pleno ejercicio de los derechos de todos los ciudadanos [...] (Subrayas y negrillas agregadas).

En el caso sub lite, se debe estudiar la responsabilidad de la entidad pública y el título de imputación que resulta aplicable, según las características del caso concreto.

X. CASO CONCRETO

La Sala procede a estudiar si debe declararse la responsabilidad de la Nación-Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, por las lesiones padecidas por el SLP Ferney Alfonso Suárez Montero el 3 de marzo de 2014, cuando recibió un disparo con arma

¹⁶ Sentencia del Consejo de Estado de 1 de julio de 2015. Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Radicado N° 52 001 23 31 000 1998 00182 01 (30385),

de fuego accionada por su compañero SLP Jessi Antonio Rodríguez Valencia, cuando se encontraban en la operación táctica Mesías 3 en el corregimiento de la Esmeralda – Municipio de Arauquita – Departamento de Arauca.

El *A quo* negó las pretensiones de la demanda, al considerar que no se demostró que el daño hubiere sido producto de una falla en el servicio o que el agente hubiese estado sometido a un riesgo excepcional diferente al que normalmente estaba obligado a sobrellevar como integrante de la fuerza pública, al cual se pudiera atribuir sus lesiones.

El apelante, al sustentar el recurso, indicó que el régimen de responsabilidad aplicable al caso es el de imputación objetiva por riesgo excepcional por el manejo de armas, y en caso que no fuera éste el aplicado por el juez de la causa, de lo probado en el proceso – en especial del informe administrativo por lesiones - se logra colegir la falla en el servicio, pues el disparo provino de un compañero de la misma institución, así como la exposición a un riesgo extraño, pues dentro de los actos que son propios al servicio, no se encuentra el posible disparo de un miembro de la institución.

De lo anterior, observa la Sala que el recurso de apelación interpuesto por la demandante se dirige a controvertir, no solo el régimen de responsabilidad aplicado en primera instancia, sino también las valoraciones probatorias del *A quo* que lo llevaron a concluir que no se encontraron elementos para acreditar la existencia de responsabilidad por falla del servicio, ni mucho menos la creación de un riesgo excepcional que le pudiera ser imputado a la entidad demandada.

En tanto que el recurso de apelación controvierte la valoración probatoria realizada por el Juzgador de primera instancia, la Sala procederá a realizar el análisis de los elementos incorporados al expediente con el fin de resolver el problema jurídico.

10.1. Pruebas obrantes en el expediente.

Las pruebas tendientes a esclarecer los hechos del 3 de marzo de 2014 y que fundan el estudio de responsabilidad de la demandada fueron:

- Registro Civil de Nacimiento del señor Ferney Alfonso Suárez Montero (fol. 17 c.1)
- Informe Administrativo por Lesiones Nro. 052239 del 10 de marzo de 2014 (fol. 22. c1) en el que se plasmó:

[...] 5. DESCRIPCIÓN DE LOS HECHOS: Teniendo en cuenta el informe presentado por el señor SS. LIZARAZO MONTAÑEZ GUSTAVO comandante del cuarto pelotón de la compañía "B", el día 03 de marzo de 2014 en cumplimiento de la misión táctica "Mesías 3" en coordenadas LN06°56'58 LW71°39'07, sector Vereda el Porvenir Corregimiento de la Esmeralda del Municipio de Arauquita, aproximadamente las 17:53 horas el SLP SUÁREZ MONTERO FERNEY ALFONSO resultó herido por proyectil de arma de fuego a la altura del muslo de la pierna derecha, producto del disparo que realizó el SLP. RODRÍGUEZ VALENCIA JESSI ANTONIO, al parecer de manera accidental, cuando este último estaba inspeccionando el arma de dotación por término del turno de centinela. De manera inmediata el enfermero de combate le presta los primeros auxilios y posteriormente es evacuado al hospital regional de Arauca.

6. TESTIGOS: SLP. TORRES BECERRA OSCAR DIMAR. SLP. RIVERA PAJOY DANIER ANDRÉS Y SLP. ROSALES PAZ ALEXIS ALEXANDER.

7. IMPUTABILIDAD: De acuerdo al artículo 24 del Decreto 1796 del 14 de septiembre de 2000, la lesión ocurrida al SLP. SUAREZ MONTERO FERNEY ALFONSO ocurrió:

8. LITERAL B __x__ / En el servicio por causa y razón del mismo [...]”.

- Historia clínica de urgencia del Hospital San Vicente de Arauca ESE en el que se describió como “*enfermedad actual: PACIENTE CON CUADRO CLÍNICO DE APROX 6 HORAS DE EVOLUCIÓN CONSISTENTE EN HERIDA EN REGIÓN POSTERIOR MUSLO TERCIO MEDIO, POR HERIDA DE ARMA DE FUEGO CON POSTERIOR SANGRADO, LIMITACIÓN FUNCIONAL Y DOLOR*” y “*DIAGNÓSTICO: FRACTURA DE LA DIÁFISIS DEL FEMUR... DISPARO DE RIFLE, ESCOPETA Y ARMA LARGA*”
- Junta Médica Laboral Nro. 96909 del 20 de septiembre de 2017 (fol. 162 c.1) en la que se consignó:

“[...] A- *DIAGNÓSTICO POSITIVO DE LAS LESIONES O AFECCIONES:*

- 1) *DURANTE ACTOS DEL SERVICIO RESULTA HERIDO POR PROYECTIL ARMA DE FUEGO DE FORMA ACCIDENTAL POR DISPARO DE COMPAÑERO DE AREA EN MUSLO DE PIERNA DERECHA ES ATENDIDO EN FORMA INMEDIATA POR ENFERMERO DE COMBATE Y TRASLADADO A HOSPITAL REGIONAL DE ARAUCA CON DIAGNÓSTICO DE FRACTURA COMPLETA TERCIO PROXIMAL FEMUR DERCHO QUIEN REQUIRIÓ REDUCCION DE FRACTURA CON TRACCION Y ROTACIÓN EXTERNA + OSTEOSÍNTESIS + FIJACIÓN PROXIMAL Y DISTAL (TUTOR EXTERNO) ACTUALMENTE CON FRACTURA CONSOLIDADA FEMUR DERECHO + QUISTE ANEURISICO FEMUR SOBRE TROCANTER MAYOR DERECHO VALORADO Y TRATADO POR ORTOPEDIA DERMATOLOGÍA Y FISIATRÍA QUE DEJA COMO SECUELA a. CALLO OSEO DOLOROSO EN MUSLO DERECHHECHO – B. CICATRIZ EN ECONOMÍA CORPORAL CON LEVE DEFECTO ESTÉTICO SIN LIMITACIÓN FUNCIONAL.*

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.

LE PRODUCE UNA DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL VEINTITRES PUNTO CERO SIETE POR CIENTO (23.07%)

D. Imputabilidad del Servicio.

LESION -1 OCURRIÓ EN EL SERVICIO POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO, LITERAL (B) (AT) DE ACUERDO A INFORMATIVO 4/2014 [...]”.

- De conformidad con la certificación proferida por la Jefatura de Desarrollo Humano de la Dirección de Personal del Ejército proferida el 2 de febrero de 2016, el SLP Ferney Alfonso Suárez Montero devengaba un salario de \$1.198.088.35 (fol. 19).
- Certificaciones de nómina por salario proferidas por la Jefatura de Desarrollo de Humano de la Dirección de Personal del Ejército Nacional, de los meses de mayo a diciembre de 2013; enero a diciembre de 2014; enero a diciembre de 2015; enero a septiembre de 2016 (fol. 98 a 118)

10.2. Del daño

En atención a lo transcrito, encuentra el Despacho que el documento que señala las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales resultó lesionado el SLP Ferney Alfonso Suárez Montero, es el Informe Administrativo por Lesiones del 10 de marzo de 2014, elaborado por el TC Néstor Adrián Guarnizo Rojas, 9° Comandante del Batallón Especial Energético Vial Nro. 1. A su vez, el mismo informe se tuvo en cuenta para la elaboración de la Junta Médico Laboral Nro. 96909 del 20 de septiembre de 2017.

Ahora, respecto a la naturaleza jurídica del informe administrativo por lesiones, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, conceptuó lo siguiente:

“[...] del Informe Administrativo por Lesiones, el cual es dictado por el Comandante o Jefe respectivo; el Informe Administrativo por Muerte, no tiene los recursos de la vía gubernativa, conforme a lo dispuesto por el artículo 49 del Código Contencioso Administrativo. Tampoco es susceptible de revocatoria directa, por las razones que se han expresado en este concepto. Sin embargo, es modificable, de oficio, en el caso de las Fuerzas Militares, por el Ministro de Defensa Nacional y en el de la Policía Nacional, por el Director General de esta institución. Si bien las normas no señalan por qué motivo, debe entenderse analógicamente con la norma del Informe Administrativo por Lesiones, que sea cuando la calificación resulte contraria a las pruebas allegadas sobre la forma como ocurrieron los hechos[...].”¹⁷

Por tanto, dicho informe administrativo es el documento idóneo para acreditar las lesiones del señor Ferney Alfonso Montero Suárez, por su carácter público, comoquiera que fue elaborado por una autoridad militar en ejercicio de sus funciones, en el cual se efectúa un relato de las circunstancias en las cuales se produjeron las lesiones del referido militar profesional, los cuales fueron reiterados en la Junta Médico Laboral. Con dicho Informe se acredita que el soldado Alfonso Suárez resultó herido en su muslo con arma de fuego accionada por otro compañero de pelotón, en desarrollo de actos del servicio.

10.3. Imputación del régimen de responsabilidad objetivo por riesgo excepcional

Teniendo en cuenta lo anterior y ante los argumentos de apelación propuestos, es preciso indicar que, para el caso, el régimen de responsabilidad aplicable es el objetivo por riesgo excepcional, en razón a que el daño derivó del uso de armas de fuego de dotación oficial, elemento peligroso en su estructura y por su finalidad. Tal como lo ha referido la jurisprudencia desarrollada por la Sección Tercera del Consejo de Estado, en los casos de daños ocasionados a los soldados profesionales por el uso de armas de dotación oficial, por fuera de los riesgos propios de tales actividades debe aplicarse el régimen objetivo de riesgo excepcional. En los términos de la referida Corporación:

*“[...] Debe precisarse, en primer lugar, el régimen de responsabilidad aplicable en el presente caso. El afectado Raúl Iván Correa Henao era soldado voluntario, y la jurisprudencia de esta corporación ha determinado que en estos eventos, se debe aplicar el régimen de falla del servicio, que se configura cuando a estos funcionarios se les somete a un riesgo superior al que normalmente deben soportar con ocasión de su actividad. **Sin embargo, la Sala ha considerado que cuando se trata de daños ocasionados, a estos servidores públicos, con arma de dotación oficial por fuera de los riesgos propios de tales actividades, como sucede en el caso concreto, debe aplicarse el régimen objetivo de riesgo excepcional.***

¹⁷ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto de 22 de abril de 2004. Expediente No. 1558. Consejero Ponente: Dr. Gustavo Aponte Santos.

En efecto, con ocasión de la muerte de un soldado profesional del Ejército Nacional, quien falleció por el estallido de una granada que portaba un compañero en el morral, la Sala, en sentencia del 19 de julio de 2001 señaló:

“La jurisprudencia de esta Sala ha entendido que la afectación de los derechos a la vida e integridad personal del militar profesional es un riesgo propio del servicio que prestan, como es el caso de las lesiones o muerte que se causan, por ejemplo, en combate, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de operaciones de inteligencia, es decir, en cumplimiento de operaciones o misiones militares. De allí que, cuando ese riesgo se concreta, al Estado no se le puede atribuir responsabilidad alguna, a menos que se demuestre que la lesión o muerte deviene de una falla del servicio o de un riesgo excepcional que indique el sometimiento del afectado a un riesgo mayor que el de sus demás compañeros, con quienes desarrolló la misión encomendada.

“En este caso, de acuerdo con la prueba obrante en el proceso, se concluye que, efectivamente, el día 17 de marzo de 1992, el Soldado Voluntario Uriel Jiménez Preciado murió como consecuencia de las heridas que le produjo la explosión de una granada para mortero de 60 mm., hecho ocurrido cuando otro soldado colocó en el suelo el equipo de campaña en el cual se hallaba dicho artefacto. En estas condiciones no es posible considerar que la muerte del Soldado resulta inherente al riesgo asumido debido a su vinculación voluntaria a las fuerzas armadas, puesto que se trata de una situación que no corresponde a las condiciones normales de prestación del servicio.

“De allí que, el daño resulta imputable a la entidad demandada a título de riesgo excepcional, teniendo en cuenta que fue causado por la acción de un arma explosiva de dotación oficial; ésta circunstancia supone la aplicación de un régimen objetivo de responsabilidad, en virtud del cual, una vez demostrado el daño y la relación causal por parte del demandante, la entidad pública demandada solo puede exonerarse acreditando la existencia de una causa extraña”¹⁸ (Se destaca).

Sosteniendo la anterior postura la misma Sección Tercera del Máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo indicó:

“[...] Cuando el daño por el cual se reclama proviene de la utilización de armas de dotación oficial, la jurisprudencia de la Sección Tercera ha acudido al régimen de imputación de responsabilidad del riesgo excepcional, toda vez que tratándose de una actividad peligrosa, el daño que de ella se derive le es imputable a quien la ejerce, en este caso el Estado, pues asume los riesgos a los cuales expone a la sociedad con la utilización de tales artefactos peligrosos. El de riesgo excepcional es un régimen de responsabilidad objetivo, en el cual ésta surge de la sola constatación de la existencia del daño antijurídico y su nexo causal con el servicio, independientemente de la calificación de la actuación del agente estatal como legal o ilegal, la cual resulta irrelevante para efectos de la imputación de responsabilidad a la entidad estatal, que tan solo podrá exonerarse de la misma mediante la comprobación de una causa extraña que rompa el nexo causal, como la fuerza mayor, el hecho exclusivo de la víctima o el hecho exclusivo y determinante de un tercero [...]”¹⁹. – Resalta la Sala-

En atención a lo transcrito se tiene que el régimen de responsabilidad aplicable al caso, sin duda alguna es el objetivo derivado del riesgo excepcional, y con fundamento en éste, al efectuar el análisis del caso concreto, la Sala encuentra configurados los

¹⁸ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de 30 de noviembre de 2006. Expediente No.: 15.783 (R-0080). Consejero Ponente: Dr. Alier E. Hernández Enríquez.

¹⁹ Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección B, fallo del 22 de junio de 2011. Rad. Nro. 25000-23-26-000-1996-02528-01(20306). C. Ponente. Danilo Rojas Betancourth.

elementos para estructurar la responsabilidad, esto es, un daño asociado a las heridas causadas con arma de fuego, y el nexos causal que ata dicha consecuencia al desarrollo del servicio.

En efecto el señor Ferney Alfonso Suárez Montero fue herido por proyectil de arma de fuego a la altura del muslo de la pierna derecha, producto del disparo que realizó su compañero, el SLP Jessi Antonio Rodríguez Valencia, cuando al adelantarse la misión táctica Mesías 3, este último estaba inspeccionando el arma de dotación por la finalización de su turno como centinela. La herida le produjo al señor Suárez Montero, una avulsión de tejido en región posterior del tercio medio del muslo, con sangrado activo y deformación del miembro inferior.

Las lesiones fueron diagnosticadas por la Junta Médico Laboral en Acta Nro. 96909 como: fractura completa de tercio proximal fémur derecho quien requirió reducción de fractura con tracción y rotación externa + osteosíntesis + fijación proximal y distal (tutor externo) actualmente con fractura consolidada fémur derecho + quiste aneurisico fémur sobre trocánter mayor derecho valorado y tratado por ortopedia dermatología y fisioterapia que deja como secuela - callo óseo doloroso en muslo derecho – cicatriz en economía corporal con leve defecto estético sin limitación funcional; y una disminución de la capacidad laboral 23.07%.

Lo anterior demuestra la relación de causalidad entre el daño y la actividad de la administración, pues las lesiones se ocasionaron con un arma de dotación oficial, por causa y razón del servicio, y por un soldado profesional compañero de campaña del actor, como se evidenció tanto del Informe Administrativo por Lesiones del 10 de marzo de 2014 y la JML Nro. 96909 del 20 de septiembre de 2017; y sin que sobre éstos pueda predicarse algún tipo de eximente de responsabilidad.

De esto último, no se observó que las lesiones sufridas por el demandante hubiesen sido causadas por fuerza mayor, una causa extraña, el hecho de un tercero o de la propia víctima, que eximan de responsabilidad a la entidad; a partir del material probatorio allegado al expediente, es claro que no se configura la eximente del hecho exclusivo de la víctima, porque ni se alegó ni se probó una conducta negligente de su parte; por el contrario, se estableció que el hecho ocurrió por la manipulación de elementos que en su estructura y funcionamiento entrañan riesgo o peligro, es decir, un arma de fuego que hacía parte de la dotación oficial del SLP Jessi Antonio Rodríguez Valencia, circunstancia que no es constitutiva de causa extraña en su modalidad de hecho de un tercero, en la medida en que el soldado autor del disparo hacía parte del Ejército y se encontraba desarrollando actividades propias del servicio.

Si bien se ha establecido que el manejo de armas hace parte de la actividad militar, el riesgo en el desarrollo de la misma actividad al que fue sometido el actor no puede catalogarse como ordinaria o propia del servicio, pues los daños generados no fueron consecuencia de un combate o enfrentamiento para la defensa del Estado, el mantenimiento del orden público u otras similares derivadas de la función militar, sino que derivó de una situación específica y excepcional, es decir, de la actividad de otro agente del Estado, con un elemento de dotación oficial, en desarrollo de actos propios del servicio, lo que hace responsable a la demandada de los daños sufridos por el SLP Ferney Alfonso Suárez Montero, y como se pudo establecer, el riesgo que genera la manipulación de instrumentos peligrosos (en su estructura y finalidad), aunque

obedece a una función legítima del Estado, compromete su responsabilidad si se llega a materializar dicho riesgo cuando excede el propio del servicio. En efecto, el peligro derivado de la manipulación y uso de armas de fuego es inherente a la función militar, pero aún así, existe un umbral que es el propio u ordinario de dicha profesión, más allá del cual, el soldado no está obligado a soportarlo, de manera que en tales eventos, los daños son imputables al Estado, en tanto expone a sus propios integrantes a un riesgo diferente o mayor al que debían soportar, como jurisprudencialmente se explicó en los párrafos que anteceden.

Encuentra la Sala, a tono con lo que jurisprudencialmente se ha establecido, que el disparo con arma de fuego que ocasiona un daño a un soldado, por la acción de un compañero de la propia fuerza pública, es un riesgo que excede el propio de la actividad militar y que por lo mismo, no está llamado a soportar, dado que ello equivaldría a imponer una carga desproporcionada a un militar por hechos o situaciones que, en general, no están llamados a asumir sus compañeros de armas en situaciones similares, es decir, que deben admitir como propio del servicio, el accionar de armas en su contra por parte de los propios miembros de la fuerza pública.

En ese orden de ideas se constituye la responsabilidad del estado por riesgo excepcional, lo que conduce al reconocimiento de los perjuicios en los términos descritos en el acápite siguiente.

XI. CONDENA EN PERJUICIOS

11.1. De los perjuicios morales

Teniendo en cuenta que en la Junta Médico Laboral No. 96909 del 20 de septiembre de 2017, evidencia la Sala que el porcentaje de disminución de la capacidad laboral del 23.07% corresponde a las afecciones y secuelas padecidas por Ferney Alfonso Montero Suárez con ocasión de los hechos objeto del presente análisis, por lo cual será tenido en cuenta para la liquidación de los perjuicios a que haya lugar.

En las pretensiones de la demanda se solicitó el reconocimiento de los perjuicios morales a favor del demandante por la cantidad de 100 s.m.m.l.v. En ese sentido en relación con el daño moral, la Sala encuentra demostrado su acaecimiento, en razón a la presunción sobre el mismo que ha desarrollado la Jurisprudencia del Consejo de Estado, en evento de la ocurrencia de lesiones, referido a los sentimientos de aflicción y congoja de la víctima directa.

En relación a su *quantum*, mediante Acta del 28 de agosto de 2014, el Consejo de Estado recopiló la línea jurisprudencial y estableció los criterios unificados para la indemnización de daños inmateriales. En cuanto al daño moral se sostuvo:

“[...] La reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.

Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:

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 50%	100	50	35	25	15
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80	40	28	20	12
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60	30	21	15	9
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40	20	14	10	6
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20	10	7	5	3
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10	5	3,5	2,5	1,5

Así las cosas, al comportar la lesión padecida por el señor Ferney Alfonso Montero Suárez, una pérdida de la capacidad laboral del 23.07%, se ubica dentro del rango de gravedad superior al 20%, al cual se ha fijado un monto de 40 SMLMV para la indemnización del daño moral para la víctima directa.

11.2. De los perjuicios materiales

La parte actora solicitó en las pretensiones de la demanda el reconocimiento de \$180 millones de pesos, por concepto de lucro cesante consolidado y futuro. Al respecto, vale la pena mencionar que el concepto de lucro cesante se encuentra definido en el artículo 1614 del Código Civil, así:

Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento. (Subrayado de la Sala).

Para el cálculo de la indemnización se debe tener en cuenta el salario básico devengado por Ferney Alfonso Suárez Motero - \$902.090,00; de conformidad con la certificación del 2 de febrero de 2016 (fol. 19); valor que necesariamente debe ser actualizado **desde la fecha de su desincorporación** hasta la fecha en que se dicta sentencia, conforme a la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \frac{\text{Índice Final (If)}}{\text{Índice Inicial (Ii)}}$$

Del material probatorio allegado al proceso, no se logró determinar la fecha exacta de desvinculación del servicio militar del demandante, en tanto de la constancia de información proferida por la Sección de Atención al Usuario – DIPER, expedida el 12 de octubre de 2016, se reportó como novedad de Soldado Profesional DIPER como fecha de inicio el 01-08-2013, empero en la misma no se reporta la fecha de finalización y/o retiro del servicio; además de los desprendibles de pago aportados se colige que se le efectuaron pagos hasta septiembre de 2016.

Lo anterior impide a la Sala a efectuar el proceso de liquidación de los perjuicios materiales y en consecuencia debe efectuarse la condena de ésta en abstracto, para que el demandante a través del incidente de liquidación de perjuicios acredite la fecha de retiro de la institución militar y con ella se pueda efectuar la respectiva liquidación de los perjuicios materiales.

11.3. Del daño a la salud

En las pretensiones de la demanda la parte actora solicita el reconocimiento por concepto de este tipo de perjuicio extrapatrimonial para en el monto de cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En lo relacionado con el daño a la salud, en el Acta del 28 de agosto de 2014, el Consejo de Estado estableció:

“[...] En los casos de reparación del daño a la salud se reiteran los criterios contenidos en la sentencia de unificación del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, proferida por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, y se complementan los términos de acuerdo con la evolución jurisprudencial de la Sección Tercera.

La indemnización, en los términos del fallo referido está sujeta a lo probado en el proceso, única y exclusivamente para la víctima directa, en cuantía que no podrá exceder de 100 S.M.L.M.V, de acuerdo con la gravedad de la lesión, debidamente motivada y razonada, conforme a la siguiente tabla [...]”:

REPARACIÓN DEL DAÑO A LA SALUD REGLA GENERAL	
Gravedad de la lesión	Víctima directa
	S.M.L.M.V.
Igual o superior al 50%	100
Igual o superior al 40% e inferior al 50%	80
Igual o superior al 30% e inferior al 40%	60
Igual o superior al 20% e inferior al 30%	40
Igual o superior al 10% e inferior al 20%	20
Igual o superior al 1% e inferior al 10%	10

Así las cosas, al comportar la lesión padecida por el señor Ferney Alfonso Suárez Montero, una pérdida de capacidad laboral del 23.07%, se ubica dentro del rango de gravedad superior al 20%, al cual se ha fijado un monto de 40 SMLMV para la indemnización del daño a la salud.

A efectos de acreditar el daño a la salud, el apoderado de la parte actora aportó el acta de Junta Médico Laboral No. 96909 de 20 de septiembre de 2017, documento en el que se señala como secuelas “A) CALLO ÓSEO DOLOROSO EN MUSLO DERECHO – B) CICATRIZ EN ECONOMÍA CORPORAL CON LEVE DEFECTO SIN LIMITACIÓN FUNCIONAL”; a su vez de la reseña del exámen físico consignado por la misma Junta se indicó que el paciente “*ingresa caminando por sus propios medios con ayuda de bastón*”; lo que implica la alteración de sus actividades cotidianas, de recreación y deporte, motivo por el cual la Sala accederá a su reconocimiento por la suma de 40 (cuarenta) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria de la presente sentencia.

XI. COSTAS PROCESALES.

En el presente caso la accionante fue vencida en primera instancia, siendo condenada en costas por el *A-quo*.

Sin embargo, el artículo 188 del CPACA²⁴, no contiene el imperativo de condenar en costas a la parte vencida, como quiera que, si bien establece que, “*la sentencia dispondrá sobre las condenas en costas*”, asume categórico que la alocución “*dispondrá*”, significa: “*mandar lo que se debe hacer*”²⁵, y la remisión que hace a la norma supletoria, antes Código de Procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, es solo para efectos de la liquidación y ejecución de las costas.

Teniendo en cuenta que en la jurisdicción contencioso administrativa, la condena en costas, no deviene como consecuencia de resultar vencido en el proceso, contrastado que conforme prescribe el artículo 103 del C.P.A.C.A., esta jurisdicción tiene por finalidad la efectividad de los derechos reconocidos en la Constitución Política, y que este compendio de garantías comprende en el ámbito de los artículos 2º y 230 Constitucionales, la realización de la justicia y el acceso a la administración de justicia, esta Sala se abstendrá de condenar en costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA – SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “C”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 6 de julio de 2018 proferida por el Juzgado 63 Administrativo del Circuito Judicial de Bogotá, de conformidad con las consideraciones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, administrativa y patrimonialmente responsable por las diversas lesiones padecidas por el señor Ferney Alfonso Suárez Montero, mientras era soldado profesional, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, a pagar, por concepto de **perjuicios morales** en favor del accionante **cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes** a la ejecutoria de la presente providencia.

CUARTO: CONDENAR a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, a pagar en favor del demandante, FERNEY ALFONSO SUÁREZ MONTERO, por concepto de **daño a la salud, cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes** a la ejecutoria de la presente providencia.

QUINTO: CONDENAR en ABSTRACTO a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**, a pagar, por concepto de los **perjuicios materiales (lucro**

²⁴ “CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia *dispondrá* sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil”

²⁵ Ver www.rae.es

cesante consolidado y futuro) en favor de Ferney Alfonso Suárez Montero, la suma que resulte probada, mediante incidente de liquidación de perjuicios que deberá promover el aquí demandante ante el juez de instancia, conforme a los criterios expuestos.

SEXTO: Sin condena en costas en esta instancia de conformidad con lo esbozado en esta decisión.

SEPTIMO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de Origen. Por Secretaría de esta Corporación **DÉJENSE** las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
(Aprobado en sesión de la fecha, Sala N° 101).

Firmado en la plataforma SAMAI
FERNANDO IREGUI CAMELO
Magistrado

JOSÉ ÉLVER MUÑOZ BARRERA
Magistrado

MARÍA CRISTINA QUINTERO FACUNDO
Magistrada

AP