



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE ARAUCA

Magistrada: LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO

Arauca, Arauca veinticinco (25) de septiembre dos mil veinte (2020).

Proceso : 50001-3331-706-2013-00008-01
Medio de control : Reparación Directa
Demandante : JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA
Demandado : NACION – MINISTERIO DE DEFENSA –
EJERCITO NACIONAL
Decisión : Se confirma decisión

Procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Villavicencio el día 20 de junio de 2018, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda. Lo anterior, en cumplimiento de los Acuerdos PCSJA19-11448 de fecha 19 de noviembre de 2019 y No. PCSJA20-11596 de fecha 14 de julio de 2020, expedidos por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, que remitió a este Tribunal procesos del sistema escritural que se encontraran para sentencia en el Tribunal Administrativo del Meta.

1. ANTECEDENTES

1.1. Demanda

JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA¹, instauró demanda en ejercicio del medio de control de Reparación Directa contra la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, pretendiendo se declare administrativamente responsable a dicha entidad por los daños materiales y morales causados como consecuencia de su incorporación al servicio militar obligatorio, a pesar de haber informado no encontrarse apto para ello por padecer desde los primeros años de vida de la enfermedad de HIRSCHSPRUNG.

1.2. Pretensiones y condenas²

El demandante las solicitó de la siguiente manera:

“4.1. Declárese que LA NACION COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL es administrativamente responsable por el daño antijurídico causado al demandante, JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA, con la indebida incorporación al Batallón Grupo de Caballería Montado No. 16 “Guías del Casanare”, ubicado en el municipio de Yopal – Casanare, lugar en el cual se le agravó la enfermedad que padece y donde sufrió graves lesiones, mientras prestaba el servicio militar obligatorio por el término de 17 meses.

¹ En adelante el demandante.

² Folios 9 a 15 del expediente.

Radicación: 50001-3331-706-2013-00008-01
 Demandante: JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA
 Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

DAÑO MORAL

4.2. Condénese a LA NACION COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL a pagar al demandante, JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA, por concepto de PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS, los salarios legales que a continuación se indican y se reclaman por el daño antijurídico que sufrió en las condiciones descritas en los hechos (ver supra, Capítulo 3) de este escrito. Las sumas de dinero deberán ser pagadas por el valor vigente en pesos al momento de la ejecución de la providencia que ponga fin al proceso, junto con los intereses moratorios causados desde tal decisión.

(...)

Nombre	Parentesco	S.M.L.M.V.	Valor Actual
Juan Pablo Barrero Mosquera	Víctima	100	\$53.560.000
TOTAL		100	\$53.560.000

4.3. Condénese a LA NACION COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL a pagar al demandante, JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA, por concepto de DAÑO A LA VIDA DE RELACION, los salarios legales que a continuación se indican y se reclaman por el daño antijurídico que sufrió en las condiciones descritas en los hechos (ver supra, Capítulo 3) de este escrito. Las sumas de dinero deberán ser pagadas por el valor vigente en pesos al momento de la ejecución de la providencia que ponga fin al proceso, junto con los intereses moratorios causados desde tal decisión.

(...)

Nombre	Parentesco	S.M.L.M.V.	Valor Actual
Juan Pablo Barrero Mosquera	Víctima	100	\$53.560.000
TOTAL		100	\$53.560.000

DAÑO MATERIAL

Lucro Cesante

4.4. Condénese a LA NACION COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL a pagar al demandante, JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA, por concepto de PERJUICIOS MATERIALES en su modalidad de LUCRO CESANTE DEBIDO Y FUTURO, las sumas de dinero que él habría de devengar por el resto de su vida probable, representadas en la supresión de su productividad económica, toda vez que su capacidad productiva nunca se hubiese visto menguada de no ser por la indebida incorporación a las filas del Ejército Nacional, lo que le agravó su enfermedad y le generó otras lesiones.

(...) La víctima al momento de los hechos tenía 23 años de edad, es decir, que su expectativa de vida de acuerdo a la resolución 1555 de 2010 es de 57.1 años.

a) La cantidad de meses durante los cuales la víctima verá su capacidad laboral disminuida es de 685.2 periodo que se divide en dos:

Meses debidos que es el lapso transcurrido entre la fecha de la causación del daño antijurídico – fecha de la incorporación (agosto de 2009) y la presentación de la solicitud de conciliación (febrero de 2011) para un total de 23 meses.

Radicación: 50001-3331-706-2013-00008-01
 Demandante: JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA
 Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Meses futuros que es la diferencia entre total de meses y los meses debidos, o sea 662,20 meses, por sumas líquidas proyectadas por el resto de la vida probable de la persona que será indemnizada.

b. La renta mensual que la víctima devengaría una vez se reintegrara a la vida civil sería, según presunción jurisprudencial, igual a un salario mínimo legal mensual vigente que, de acuerdo a la jurisprudencia debe tenerse en cuenta de la siguiente manera:

Salario mínimo legal mensual vigente a 2011: \$535.600
 Reconocimiento de prestaciones sociales 25%: \$133.900
 Generando un salario base de liquidación (SBL) de: \$669.500

(...) Indemnización por Lucro Cesante Consolidado o Debido (L.C.C.)

$$L.C.C. \frac{Rf \times (1+i) md 1}{i} = \$16.251.671,92$$

Indemnización por Lucro Cesante Futuro (L.C.F)

$$L.C.F. \frac{Rf \times (1+i) mf-1}{i(1+i) mf} = \$132.035.947,13$$

TOTAL LUCRO CESANTE: \$148.287.618

El 100% de este valor debe ser adjudicado a JUAN PABLO BARRERA (sic) MOSQUERA como víctima directa de la mala incorporación

TOTAL PERJUICIOS					
DAMNIFICADO	CALIDAD	DAÑO MORAL	DAÑO A LA VIDA EN RELACION	DAÑO MATERIAL	TOTAL
JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA	Víctima Directa	\$53.560.000	\$53.560.000	\$148.287.618	\$255.407.618

4.5. Condénese a LA NACION COLOMBIANA – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL a pagar al demandante, el joven JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA, los demás perjuicios que se generaron por el daño antijurídico con la indebida incorporación al Batallón Grupo de Caballería Montado No. 16 "Guías del Casanare" ubicado en el municipio de Yopal – Casanare, lugar en el cual se le agravó la enfermedad que padece y donde sufrió graves lesiones, mientras prestaba el servicio militar obligatorio por el término de 17 meses."

1.3. Hechos o fundamento del medio de control³

Como fundamentos de hecho de las pretensiones, se tienen:

- JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA nació el 24 de septiembre de 1987.
- JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA padecía desde sus primeros años de vida de la enfermedad de HIRSCHSPRUNG.

³ Folios 7 a 9 del expediente.

Radicación: 50001-3331-706-2013-00008-01

Demandante: JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA

Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

- Debido a su padecimiento congénito, JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA fue sometido a varios procedimientos quirúrgicos.
- JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA al cumplir la mayoría de edad fue reclutado por parte del Ejército Nacional para la prestación del servicio militar obligatorio.
- JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA al momento de ser sometido a los exámenes de incorporación por parte del Ejército Nacional, manifestó haber puesto en conocimiento las afectaciones que sufría como consecuencia de la enfermedad de HIRSCHSPRUNG.
- JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA durante la prestación del servicio militar tuvo quebrantos de salud.
- A JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA le fue practicado examen de capacidad sicofísica por parte de la Junta Médico Laboral, la cual le determinó una disminución laboral del 42.98%.
- En atención a la disminución de capacidad laboral, el Ejército Nacional retiró del servicio a JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA reconociéndole la correspondiente indemnización.

1.4. Fundamento de derecho

Se citan como fundamento las siguientes disposiciones:

Constitución Política: artículos 2, 6, 12, 13, 15, 18, 21, 23, 29, 30, 31, 32, 44, 49, 51, 59, 87, 88, 89, 90, 93, 116, 217 y 218.

Ley 1285 de 2009: artículo 13.

Código Contencioso Administrativo: artículos 86, 132, 135 y siguientes, 170 y siguientes, 206 y siguientes, 217 y siguientes.

Ley 446 de 1998: artículos 40 y 48.

Código Civil: artículos 1613 y siguientes.

Ley 23 de 1991: artículos 59 a 65.

Ley 65 de 1993.

Ley 954 de 2005.

1.5. Contestación de la demanda⁴

La entidad demandada contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones de la misma, manifestando como razones de su defensa que se pretende endilgar responsabilidad a dicha institución basada solo en afirmaciones expuestas por el demandante sin contar para ello con prueba que demuestre que efectivamente JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA puso en conocimiento de los funcionarios militares sobre las afectaciones de salud, a fin de que fuera declarado no apto para la prestación del servicio militar obligatorio.

⁴ Folios 179 a 185 del expediente.

Radicación: 50001-3331-706-2013-00008-01
 Demandante: JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA
 Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Que a los jóvenes convocados para el servicio militar obligatorio se les realiza unos exámenes de sanidad y aptitud psicofísicos catalogados de primer nivel en medicina, sin que en ello se pueda verificar enfermedades como las padecidas por el demandante.

En ese sentido, al demandante de conformidad con lo previsto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, le correspondía probar el supuesto de hecho que persigue. Es decir, debía demostrar que sí informó a la entidad demandada de la enfermedad que padecía y que aun así fue incorporado al servicio militar obligatorio.

2. SENTENCIA APELADA⁵

El Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Villavicencio en providencia del 20 de junio de 2018 resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR no probada la excepción de caducidad de la acción, formulada por la entidad demandada por las razones expuestas en éste proveído.

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

TERCERO: No condenar en costas. Por Secretaría, liquidense los gastos del proceso, en caso existir remanentes de lo consignado para gastos del proceso, le serán reembolsados a la parte demandante.

CUARTO.- Una vez ejecutoriado este fallo, archivar el expediente, previas las anotaciones de rigor."

Como sustento de su decisión, el *A quo* señaló que en el presente caso estaba debidamente acreditado el daño padecido por el demandante, consistente en la disminución de su capacidad laboral en un 42.98% conforme lo dispuesto en el Acta de Junta Médico Laboral No. 39.062 del 09 de septiembre de 2010. Ante ello, era necesario establecer si el daño sufrido le era o no imputable a la entidad accionada.

Del acervo probatorio se demostró que al primer examen médico practicado para la incorporación del reservista BARRERO MOSQUERA, éste resultó apto para la prestación del servicio militar obligatorio; de igual manera se acreditó que se le realizó Junta Médica Laboral Provisional No. 36716 del 18 de marzo de 2010, teniendo como causal de convocatoria incapacidad igual o superior a 4 meses, refiriendo como anamnesis: "NO PUEDO HACER DEPOSICION BIEN Y LA COMIDA CON GRASAS, FRITOS, HARINAS, GRANO EMPEORAN MI ESTADO DE SALUD"; posterior a la misma se le practicó Junta Médico Laboral No. 39062 registrada en la Dirección de Sanidad del Ejército, fechada el 09 de septiembre de 2010, en la que se anotó como causal de convocatoria: "POR LA PRACTICA DE UN EXAMEN DE CAPACIDAD PSICOFISICA EN EL QUE SE ENCUENTRAN LESIONES O AFECCIONES QUE DISMINUYEN LA CAPACIDAD LABORAL (APTITUD PSICOFISICA)".

⁵ Folios 300 a 307 del expediente.

Radicación: 50001-3331-706-2013-00006-01
Demandante: JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA
Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Del análisis en conjunto de los medios probatorios, se desprendió que en el caso concreto, si bien el recluta BARRERO MOSQUERA fue declarado apto para la prestación del servicio militar obligatorio en su primer examen; no es menos cierto, que ocho meses después de su incorporación se le realizó acta provisional de Junta Médica Laboral, en la cual se anotó que el motivo de la misma se debía a incapacidad igual o superior a cuatro meses; posterior a ella, se efectuó acta de Junta Médica Laboral No. 39062 del 09 de septiembre de 2010, en la que se lee como causal de convocatoria, la práctica de un examen de capacidad psicofísica en el que se encontraron lesiones o afecciones que disminuían la capacidad laboral, sin que existiera en el plenario prueba que indicara que las mismas fueron causadas en el servicio, por razón o con ocasión del mismo.

Por el contrario se demostró que las afecciones calificadas en la citada acta, correspondientes a los numerales 1 y 2, fueron calificadas como enfermedad común, las cuales según el mismo documento presentaban antecedentes desde los tres días de vida del paciente. De otra parte, si bien la enfermedad denominada lumbalgia mecánica fue calificada como enfermedad profesional, no había prueba que indicara que esa hubiere sido causada en razón o con ocasión del servicio militar obligatorio.

Aunado a lo anterior, no existió prueba que acreditara que el joven BARRERO MOSQUERA, hubiere solicitado la prestación del servicio médico durante su permanencia en la institución demandada, hecho que tampoco fue puesto en conocimiento en la demanda, razón por la cual no puede concluirse que durante la prestación del servicio militar; se le hubiere agravado su estado de salud en relación con las dos primeras afecciones calificadas por la Junta Médica Laboral, ni que la última se hubiere producido durante la prestación del mismo, máxime cuando en el acta de junta Médica Laboral se indicó que ésta se convocaba como consecuencia de la práctica de un examen de capacidad psicofísica en la que se encontraban lesiones que disminuían la capacidad laboral.

No hubo condena en costas, al no haberse evidenciado una conducta temeraria o de mala fe de la parte vencida.

2.1. Recurso de apelación⁶

El demandante interpuso y sustentó dentro de la oportunidad legal, el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia que denegó las pretensiones de la demanda.

En ese sentido indicó, que se encuentra acreditada la grave afectación de salud que padecía JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA antes de ingresar a prestar el servicio militar obligatorio. También son claras las secuelas generadas a raíz de su indebida incorporación al servicio, pues de ser declarado no apto, su situación no se hubiera agravado. Todo ello, se dio al ser expuesto a los rigores del régimen de la vida militar y a largas jornadas de entrenamiento que le ocasionaron secuelas irreparables.

⁶ Folios 309 a 316 del expediente

Radicación: 50001-3331-706-2013-00008-01

Demandante: JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL

Las condiciones de salud de BARRERO MOSQUERA fueron de pleno conocimiento del Ejército Nacional antes de ser reclutado porque se demostró con la historia clínica y declaraciones de terceros que informó al momento de su examen médico de ingreso de la enfermedad que padecía, afectación del aparato digestivo que se constituye en una causal de no aptitud para prestar el servicio militar obligatorio.

Cabe resaltar que en la demanda se indicó y así mismo se probó a lo largo del proceso, que el perjuicio reclamado a la entidad demandada se produjo como consecuencia de una indebida incorporación al servicio militar obligatorio, por lo que la conclusión a la cual llegó la Juez de primera instancia no decidió el problema puesto a su conocimiento, ya que en ningún momento se afirmó que las lesiones o afecciones de JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA hayan sido por razón o con ocasión del servicio, sino que se reitera, eran previas a su reclusión y se agravaron como consecuencia de su indebida incorporación al servicio militar obligatorio.

Por todo lo anterior, la conclusión a la que se debe llegar en el presente proceso no puede ser otra que encontrar acreditado que el Ejército Nacional causó a BARRERO MOSQUERA un perjuicio consistente en soportar una carga pública que no estaba en el deber jurídico de asumir, esto es, prestar el servicio militar sin las condiciones físicas para hacerlo.

3. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo del Meta admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del 20 de junio de 2018 proferida por el Juzgado Noveno Administrativo del Circuito Judicial de Villavicencio. Posteriormente, ordenó a las partes la presentación por escrito de los alegatos de conclusión; y vencido este, el traslado al Ministerio Público ante esa Corporación, para que emitiera concepto.

3.1. Alegatos de segunda instancia

Solo el demandante presentó alegatos de conclusión, reafirmando lo expuesto en la primera instancia.

3.2. Concepto del Ministerio Público

El Representante del Ministerio Público Delegado ante el Tribunal Administrativo del Meta, no emitió concepto dentro del presente asunto.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1. Competencia

El Artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, se refiere al tema de transición y vigencia del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo "CPACA", de la siguiente manera:

Radicación: 50001-3331-706-2013-00008-01
Demandante: JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA
Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

"ARTÍCULO 308. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN Y VIGENCIA. El presente Código comenzará a regir el dos (2) de julio del año 2012.

Este Código sólo se aplicará a los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauran con posterioridad a la entrada en vigencia.

Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior." (Subrayado de la Sala)

Teniendo en cuenta lo anterior, y como quiera que la demanda fue presentada el día 2 de agosto de 2011, es claro que se deberá regir por las normas anteriores a la Ley 1437 de 2011, es decir, el Decreto – Ley 01 de 1984.

En este sentido, según el artículo 133 del Decreto – Ley 01 de 1984 "Código Contencioso Administrativo", al Tribunal se le asignó el conocimiento en segunda instancia de las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los jueces administrativos.

4.2. Ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo⁷, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos (2) años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble por causa de trabajos públicos.

En el presente caso se tiene que el daño por cuya indemnización se demandó, tuvo ocurrencia el día 4 de agosto de 2009. Por tanto, y según la norma mencionada la demanda podía presentarse hasta el día 5 de agosto de 2011. Como quiera que la misma se interpuso el día 2 de agosto de 2011, la Sala advierte que la presente acción se inició dentro del término previsto.

4.3. Problema jurídico

La controversia consiste en dilucidar si la entidad demandada es administrativamente responsable a la luz de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política por los perjuicios materiales y morales ocasionados a JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA, como consecuencia de su indebida incorporación al servicio militar obligatorio, la cual se originó por haber sido declarado apto para la actividad castrense a pesar de informar a los funcionarios encargados del examen médico de ingreso que padecía de una afectación del aparato digestivo conocida como la enfermedad de HIRSCHSPRUNG.

⁷ Normativa aplicable al presente caso, de conformidad con lo señalado en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos: "Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior."

Radicación: 50001-3331-706-2013-00008-01
Demandante: JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA
Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Teniendo en cuenta lo que es materia de reproche en el recurso impetrado, la Sala procederá a analizar si en el caso en estudio se configuran los elementos de la responsabilidad para proferir sentencia condenatoria en contra de la entidad demandada.

4.3.1. Del régimen de imputación aplicable

La Sala Plena de la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado, en sentencia de 19 de abril 2012⁸, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar.

Por ello, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación para la solución de los casos sometidos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.

En este sentido, en aplicación del principio *iura novit curia*, la Sala puede analizar el caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable, de cara a los hechos probados dentro del proceso, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa *petendi*, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, o que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria⁹.

4.3.2. Del Servicio Militar Obligatorio en Colombia

El Servicio Militar Obligatorio se encuentra instituido en los artículos 216 y 217 de la Constitución Política de 1991, como la obligación de defender la independencia nacional y las instituciones públicas, la cual recae en cabeza de todos los colombianos, cuando las necesidades públicas así lo exijan. Estas normas en efecto contemplaron:

“ARTICULO 216. 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.

ARTICULO 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea. Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía,

⁸ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012. Expediente: 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 13 de mayo de 2015, expediente 50001 23 31 000 1994 04485 01 (17037), C.P. Hernán Andrade Rincón.

Radicación: 50001-3331-706-2013-00008-01
Demandante: JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA
Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, prestacional y disciplinario, que les es propio."

La Honorable Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos¹⁰, ha conceptuado sobre la naturaleza del ejercicio de esta obligación constitucional de los colombianos, en los siguientes términos:

"(...) No se trata de tiránica imposición sino de la natural y equitativa consecuencia del principio general de prevalencia del interés social sobre el privado, así como de las justas prestaciones que la vida en comunidad exige de cada uno de sus miembros para hacerla posible.

Una concepción equilibrada de los derechos subjetivos implica el reconocimiento de que ninguno de ellos es absoluto. pues los que emanan de unas cláusulas constitucionales encuentran límite en las obligaciones que imponen otras, por lo que es necesario conciliarlas impidiendo que la aplicación indiscriminada de una deje a las demás sin contenido". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-409 del 8 de junio de 1992).

"Dispone el artículo 216 de la Constitución, como regla general, que todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas.

El precepto consagra el servicio militar como obligatorio, lo cual resulta no solamente del perentorio mandato aludido sino de la referencia constitucional a las condiciones eximentes, que únicamente son las determinadas por la ley.

El artículo 217 señala que la Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes, constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, las cuales tienen como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

Resulta indudable que, a menos que se configure una de las causales legales de exención, la prestación del servicio militar corresponde a un deber ineludible de la persona, que tiene su fundamento en el principio constitucional de prevalencia del interés general (artículo 1 C.P.) y que se exige a los nacionales como expresión concreta de la obligación genérica, a todos impuesta, de cumplir la Constitución y las leyes (artículos 4º, inciso 2º, y 95 C.P.). Este último precepto ordena a las personas, de manera específica, el respeto y apoyo a las autoridades democráticas legítimamente constituidas para mantener la independencia y la integridad nacionales". (Cfr. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia C-561 del 20 de noviembre de 1995)."

Queda claro entonces, que el Servicio Militar Obligatorio no se configura como una imposición constitucional de carácter arbitraria, sino que, por el contrario, es un servicio que deben prestar los colombianos a fin de defender la independencia, la soberanía, la integridad del territorio nacional y el orden constitucional, elementos del Estado cuya garantía y protección encuentran justificación en la prevalencia del interés general sobre el particular.

¹⁰ Sentencia C-340 del 8 de julio de 1998. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

Radicación: 50001-3331-706-2013-00008-01
Demandante: JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA
Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Pues bien, este servicio estaba regulado para el momento de los hechos por la Ley 48 de 1993 *"Por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización"*, normatividad que estableció quiénes están obligados a prestar el Servicio Militar Obligatorio, en qué modalidad se puede prestar dicho servicio, cuáles son las causales que eximen de la prestación del servicio militar, y las sanciones que pudieran conllevar el incumplimiento de la obligación constitucional en comento.

El artículo 3º de la mencionada Ley, reforzó la obligatoriedad del servicio militar, señalando al efecto, que *"Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones públicas, con las prerrogativas y las exenciones que establece la presente Ley"*.

Así mismo, de la lectura de la norma en comento, puede evidenciarse que la misma estableció la obligación de definir la situación militar para todos los varones que cumplan la mayoría de edad, esto es, dieciocho años, excepto los estudiantes de bachillerato, quienes deberán definir esta situación cuando obtengan su título de bachiller; igualmente, como ya se había anotado, dicha Ley estableció las modalidades de prestación del servicio militar, las cuales son:

"ARTÍCULO 13. MODALIDADES PRESTACIÓN SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio. Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del servicio militar:

- a. Como soldado regular, de 18 a 24 meses.*
- b. Como soldado bachiller, durante 12 meses.*
- c. Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses.*
- d. Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses."*

Ahora bien, en relación con la definición de la situación militar la precitada normativa establece:

"ARTÍCULO 14. INSCRIPCIÓN. Todo varón colombiano tiene la obligación de inscribirse para definir su situación militar dentro del lapso del año anterior en que cumpla la mayoría de edad, requisito sin el cual no podrá formular solicitudes de exención o aplazamiento. Cuando se llegue a la mayoría de edad sin haberse dado cumplimiento a esta obligación, la autoridad podrá compelerlo sin perjuicio de la aplicación de las sanciones que se establecen en la presente Ley.

PARÁGRAFO 1o. Los alumnos de último año de estudios secundarios, sin importar la edad, deberán inscribirse durante el transcurso del año lectivo por intermedio del respectivo plantel educativo, en coordinación con la Dirección de Reclutamiento y Control Reservas del Ejército.

Las Fuerzas Militares y la Policía Nacional solicitarán las cuotas de bachilleres para su incorporación a la Dirección de Reclutamiento y Control Reservas del Ejército, único organismo con facultad para cumplir tal actividad.

PARÁGRAFO 2o. La inscripción militar prescribe al término de un (1) año, vencido este plazo, surge la obligación de inscribirse nuevamente.

Radicación: 50001-3331-706-2013-00008-01
Demandante: JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA
Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

ARTÍCULO 15. EXAMENES DE APTITUD SICOFÍSICA. El personal inscrito se someterá a tres exámenes médicos.

ARTÍCULO 16. PRIMER EXAMEN. El primer examen de aptitud sicofísica será practicado por oficiales de sanidad o profesionales especialistas al Servicio de las Fuerzas Militares en el lugar y hora fijados por las autoridades de Reclutamiento.

Este examen determinará la aptitud para el servicio militar, de acuerdo con el reglamento expedido por el Ministerio de Defensa Nacional para tal fin.

ARTÍCULO 17. SEGUNDO EXAMEN. Se cumplirá un segundo examen médico opcional, por determinación de las autoridades de Reclutamiento o a solicitud del inscrito el cual decidirá en última instancia la aptitud sicofísica para la definición de la situación militar.

ARTÍCULO 18. TERCER EXAMEN. Entre los 45 y 90 días posteriores la incorporación de un contingente, se practicará un tercer examen de aptitud sicofísica para verificar que los soldados no presenten inhabilidades incompatibles con la prestación del servicio militar."

Entre tanto, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 2048 de 1993 el cual reglamentó la Ley 48 de 1993, regulando entre otras cosas, todo lo relacionado con la definición de la situación militar y exámenes de aptitud sicofísica. Con respecto a esto último dispuso:

"Artículo 15. Todas las circunstancias sobre la capacidad sicofísica de los aspirantes a prestar el servicio militar, serán anotadas por el médico en la tarjeta de inscripción e incorporación del conscripto y refrendadas con su firma.

Artículo 16. Terminado el primer examen médico, se elaborará un acta con la relación de los conscriptos aptos, no aptos, aplazados y eximidos y la anotación de las causales de inhabilidad, aplazamiento o exención, la cual será suscrita por todos los funcionarios que en ella intervinieron.

Artículo 17. El conscripto declarado APTO para su incorporación, quedará bajo el control y vigilancia de las autoridades de reclutamiento, hasta su entrega a las diferentes Unidades Militares o de Policía.

Artículo 18. Por la importancia que reviste el primer examen médico, éste debe ser cuidadoso y detallado, con el fin de evitar pérdidas posteriores de efectivos en las Unidades.

Artículo 19. Previamente a la incorporación de los conscriptos, podrá practicarse un segundo examen médico opcional, por determinación de las autoridades de reclutamiento o a solicitud del inscrito, para determinar inhabilidades no detectadas en el primer examen de aptitud sicofísica que puedan incidir en la prestación del servicio militar. Para tales efectos, el criterio científico de los médicos oficiales, prima sobre el de los médicos particulares.

Parágrafo. Para demostrar la inhabilidad en el segundo examen, se aceptarán diagnósticos de médicos especialistas, respaldados en exámenes o resúmenes de las historias clínicas correspondientes.

Radicación: 50001-3331-706-2013-00008-01

Demandante: JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA

Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Artículo 20. Los exámenes de aptitud sicofísica de los conscriptos y soldados, solamente podrán practicarse en los lugares y horas señalados por las respectivas autoridades de Reclutamiento."

4.3.3. Elementos de la responsabilidad

4.3.3.1. Daño

La jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado también ha reiterado que, el daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual¹¹ y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, "el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"¹²; o la "lesión de un interés o con la alteración "in pejus" del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa"¹³; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable"¹⁴, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general¹⁵.

En cuanto al daño antijurídico, la Jurisprudencia Constitucional en sentencia C-254 de 2003, señala que la "antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no

¹¹ (...) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo". PANTALEON, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en AFDUAM, No. 4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: "¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión". MARTÍN REBOLLO, Luis. "La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas", en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

¹² LARENZ. "Derecho de obligaciones", citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329

¹³ SCONAMIGLIO, R. "Novissimo digesto italiano", citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

¹⁴ (...) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas". PANTALEON, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", ob., cit., p.186.

¹⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. "La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción", próximo a publicación.

Radicación: 50001-3331-706-2013-00008-01
Demandante: JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA
Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

soportabilidad del daño por parte de la víctima". Así pues, y siguiendo lo dispuesto por la Honorable Corte Constitucional, ha señalado en sentencias C-333 de 1996 y C-918 de 2002 "que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración".

De igual manera, la Jurisprudencia Constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los "principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2 y 58 de la Constitución".

Debe quedar claro que es un concepto constante en la Jurisprudencia del Honorable Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente un "Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos"¹⁶. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹⁷, anormal¹⁸ y que se trate de una situación jurídicamente protegida¹⁹.

Para ello, se tiene que obran dentro del plenario los siguientes documentos los cuales a pesar de que puedan estar en copias simples serán valorados acogiendo el criterio jurisprudencial de la Sala Plena del máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo²⁰, pues no cuentan con reparos de ningún tipo. Ellos son:

- Acta de la Junta Médica Laboral No. 39062 del 9 de septiembre de 2010 de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, a través de la cual se convocó a dicha autoridad para la práctica de un examen de capacidad sicofísica a JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA. En la misma se estableció lo siguiente:

"(...) III. ANTECEDENTES

A. Al paciente le fue efectuado examen sicofísico general para la presente diligencia la cual se verifica de acuerdo con el concepto y la intervención personal del especialista.

- Se le practicó Junta Médica Laboral SI X NO

¹⁶ Agregándose: "Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana". Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550

¹⁷ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

¹⁸ "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio". Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

¹⁹ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

²⁰ Sala Plena del Consejo de Estado sentencia de fecha 30 de septiembre de 2014. Expediente: 11001-03-15-000-2007-01081-00. Actor: Adriana Gaviria Vargas. Demandado: Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil.

Radicación: 50001-3331-706-2013-00008-01
 Demandante: JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA
 Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

**JUNTA MÉDICA No. 36716 DE FECHA MARZO 18 DE 2010 CON DCL (0%)
 POR EL SERVICIO DE CIRUGIA GENERAL, ORTOPEDIA.**

(...) VI. CONCLUSIONES

A- DIAGNOSTICO POSITIVO DE LAS LESIONES O AFECCIONES:

- 1). ENFERMEDAD HIRSCHPRONG (sic) VALORADO Y TRATADO POR CIRUGIA GENERAL Y COLOPROCTOLOGIA CON MEDICAMENTOS ACTUALMENTE CONTROLADO.
- 2). INCONTINENCIA ANAL VALORADO Y TRATDO (sic) POR COLOPROCTOLOGIA ACTUALMENTE SINTOMATICO.-
- 3). LUMBALGIA MECANICA SIN RADICULOPATIA VALORADO Y TRATADO POR ORTOPEDIA CON MEDICAMENTOS Y TERAPIA FISICA ACTUALMENTE ASINTOMATICO. FIN DE LA TRANSCRIPCION.-

B. Clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de capacidad psicofísica para el servicio.

INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL
 NO APTO – PARA LA ACTIVIDAD MILITAR

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.

LE PRODUCE UNA DISMINUCION DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL CUARENTA Y DOS PUNTO NOVENTA Y OCHO POR CIENTO (42,98%)

D. Imputabilidad del servicio

AFECCION N-1 SE CONSIDERA ENFERMEDAD COMUN, LITERAL (A) (EC)
 AFECCION-2 SE CONSIDERA ENFERMEDAD COMUN, LITERAL (A) (EC)
 AFECCION-3 SE CONSIDERA ENFERMEDAD PROFESIONAL, LITERAL (B) (EP) (...).” (Folios 2 a 3 del expediente)

En ese orden de ideas, la Sala encuentra demostrado el porcentaje de disminución de la capacidad laboral que alega el demandante se le causó como consecuencia de su indebida incorporación al servicio militar obligatorio, constituyéndose ello, el daño por el cual pretende se declare la responsabilidad de la entidad demandada.

Dicho daño debe ser antijurídico, es decir que se trate de un detrimento, lesión o deterioro de un bien o interés patrimonial o extrapatrimonial protegido por el Estado y que la víctima no esté en la obligación legal de soportar

En este caso, la salud y su relación directa con la capacidad laboral está protegida por la Constitución y la Ley, razón por la cual cuando a una persona no se le protege y al contrario se omiten los deberes de cuidado lesionando sus condiciones de salud, integridad física y la posibilidad de la recuperación de una patología, se le vulneran sus derechos constitucionales básicos.

Así, se presenta para la víctima una carga que no está en la obligación de soportar, al ver comprometida y deteriorada su salud y sus condiciones de vida digna, sin poder gestionar ninguna solución de manera autónoma para cambiar su alimentación dada su patología de base, carga que no es lícita y soportable en nuestro Estado Social de Derecho.

Radicación: 50001-3331-706-2013-00006-01
 Demandante: JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA
 Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Por lo anterior, se prueba el daño antijurídico reclamado, como el primer elemento de la responsabilidad que se le atribuye a la entidad demandada. Ahora entonces, pasa la Sala a definir si dicho daño puede serle imputado.

4.3.3.2. La imputación

Acreditada la existencia del daño antijurídico alegado por el demandante, la Sala pasa a hacer el análisis de imputación, con el fin de establecer si en el caso concreto el mismo le puede ser atribuido a la entidad demandada y, por ende, si ella tiene el deber jurídico de resarcir los perjuicios que del mismo se derivan, para así determinar si la sentencia de primera instancia debe ser confirmada o revocada.

La imputación es un elemento que permite atribuir responsabilidad al Estado. Ella de acuerdo con lo establecido por el Honorable Consejo de Estado, supone *“el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tiene cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política”*²¹. Esta debe analizar dos esferas: la fáctica y la jurídica; al respecto el órgano de cierre de la Jurisdicción Contenciosa, ha indicado que:

*“(…) La imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto, de otro lado la concreción de la imputación fáctica no supone por sí mismo, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas (...)”*²² (Negrilla de la Sala)

En la imputación fáctica, es necesario que quede plenamente probada la relación de causalidad ente el hecho dañoso y la actividad desplegada por sus agentes, como causa eficiente y determinante. Es decir, que se habla de una acción fáctica imputable o endilgable a la entidad estatal que se demandó. Por su parte, la imputación jurídica se presenta cuando la producción del daño se ha generado por la omisión de una autoridad pública en el cumplimiento de las funciones que el ordenamiento jurídico le han asignado; en otras palabras, en ésta última se determina la atribución conforme a un deber jurídico.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 12 de julio de 1993 Exp. 7622

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 9 de junio de 2010. Rad. 1998-4569

Radicación: 50001-3331-706-2013-00008-01
 Demandante: JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA
 Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

En ese orden, frente a la imputación del daño irrogado al actor en lo que respecta a la responsabilidad del Ejército Nacional atribuida por la indebida incorporación al servicio militar obligatorio, se tiene:

- Copia de la historia clínica del paciente JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA atendido en el Hospital San José de Bogotá, con fecha de ingreso 8 de marzo de 2006, programado para cirugía por antecedentes de la enfermedad de HIRSCHSPRUNG y su posterior evolución por consulta externa (folios 44 a 69 del expediente).

- Testimonio rendido por MARIA CARMEN VEGA en el cual manifestó:

"(...) PREGUNTADO: Por favor indíqueme al Juzgado si tiene conocimiento de que el señor Juan Pablo Barrero Mosquera haya prestado el servicio militar, en caso afirmativo en cuanto usted recuerde indíquenos para que época. CONTESTO: a él se lo llevaron a prestar servicio como soldado regular, hace como unos cuatro años, no estoy segura, iba con la mamá de Juan Pablo como una vez la acompañe a visitarlo. No recuerdo bien, donde era que estaba el muchacho, me parece que en Caquetá. PREGUNTADO: Por favor indíqueme al Juzgado si se enteró usted de algún padecimiento de salud durante el tiempo en que el señor Juan Pablo Barrero Mosquera prestó el servicio militar, en caso afirmativo indique en qué consistió el mismo, y porque motivo se enteró (sic) de esta circunstancia. CONTESTO: Nosotros nos enteramos que él no tenía control de esfínteres y nosotros nos dimos cuenta por el olor que salía del cuerpo y él nos refirió que le estaban haciendo hacer ejercicios que no eran convenientes para el estado de salud de él, como correr, supe eso por el día en que fui a visitarlo en compañía de la mamá de Juan Pablo. (...) PREGUNTADO: Indíqueme al Despacho si al momento de la incorporación al Ejército Nacional de Juan Pablo Barrero Mosquera este le manifestó a la institución sus múltiples afectaciones de salud. CONTESTO: El dijo que tenía un problema, más sin embargo así se lo llevaron, el nos comentó que cuando lo reclutaron el les comento de su problema de colostomía pero aun así lo llevaron. Yo se (sic) que el tiene una historia clínica grande pero no se aportó. (...) PREGUNTADO: Exprésele al Despacho si las condiciones de salud de Juan Pablo Barrero Mosquera eran las mismas al momento de incorporarse al Ejército que las que padeció durante la prestación del servicio y posterior al mismo. CONTESTO: Antes de entrar al Ejército era un muchacho lleno de salud, jugaba fútbol, basquetbol, sali (sic) a bailar, para ese momento estaba con su cirugía y estaba bien de esfínteres y salud. Durante la prestación del servicio comenzó a decaer de salud, cuando salió ya estaba afectado, la enfermedad le avanzó y ya no pudo controlar esfínteres." (Folios 123 a 125 del expediente)

- Testimonio rendido por MONICA MARIA RINCON MOSQUERA en el cual manifestó:

"(...) PREGUNTADO: Por favor infórmele al Juzgado si conoce usted el motivo por el cual está rindiendo la presente declaración, en caso afirmativo sírvase hacer un relato concreto de todo cuanto le conste en relación con los hechos de esta demanda. CONTESTO: Si conozco el motivo de la declaración, pues mi hermano nació con un problema una conostomía (sic) y a raíz de eso él quedo bien, tuvo otra operación de los 14 años a los quince años y volvieron y lo operaron y quedo bien, después nos llamo (sic) y nos contó que lo llevaban para el Ejército y allá lo cogieron y se lo llevaron entonces el (sic) se comunicó con mi mamá y conmigo, yo estaba en el Tolima, yo después regrese el (sic) se comunicaba con nosotros y dijo que estaba muy mal y ya habían pasado

Radicación: 50001-3331-706-2013-00008-01
 Demandante: JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA
 Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

unos meses, hay (sic) fue cuando le dije a mi mamá que paso (sic) y dijo que en el ejército estaba mal, el (sic) estaba operado de los 14 a los 15 años, el (sic) se fue para el ejército y estaba bien, después de unos meses estaba mal, tuvo un ejercicio muy forzado y ya no tenía control de esfínteres, de hacer del cuerpo y el (sic) se sentía rechazado por los mismos compañeros porque al verse en esa situación entro en una depresión y después dijo que le tocaba utilizar pañal desechable (...)." (Folios 127 a 128 del expediente)

- Copia del oficio No. 0319/MD-CG-CE-JEM-JEDEH-DIRCR-R-ALDI del 25 de septiembre de 2012 suscrito por el Comandante Distrito Militar No. 09 Séptima Zona de Reclutamiento, en donde se señaló:

"El señor JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA posee libreta de reservista de primera clase y prestó sus servicio en el BATIN 43 GR Efraín R Acevedo y fue orgánico del 6-C 2009 siendo incorporado en el distrito militar No. 1 de la Zona 15 el día 04/08/2009, según consta en el volante." (Folio 17 del cuaderno de pruebas)

- Copia del reporte del ciudadano JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA, expedido por la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional, en el cual se indicó en relación con el ítem de acta de exámenes que el primer examen médico arrojó resultado de apto para el servicio (folio 18 del cuaderno de pruebas).

- Copia de la certificación del 28 de octubre de 2010 expedida por la Jefatura de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, en donde se hizo constar:

<u>Descripción</u>	<u>fecha inicia</u>	<u>Fecha termina</u>	<u>Años</u>	<u>Meses</u>	<u>Días</u>
- SOLDADO REGULAR	20090804	20101028	1	2	24

(...)." (Folio 60 del cuaderno de pruebas)

- Copia de la Resolución No. 111038 del 16 de diciembre de 2010 "Por la cual se reconoce y ordena el pago de INDEMNIZACIÓN POR DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL con fundamento en el expediente No. 156095 de 2010", a favor de JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA por valor de \$13.427.598.00 (folios 70 a 71 del cuaderno de pruebas).

Descendiendo al caso en estudio, y atendiendo a lo que es materia de reproche en el recurso de apelación, se tiene que el demandante afirma que la falla atribuible al Ejército Nacional se debió a su indebida incorporación al servicio militar obligatorio, ya que a pesar de haberle sido informada a la entidad demandada sobre los padecimientos que lo aquejaban en su aparato digestivo específicamente en su intestino grueso, que le producía dificultad para vaciar los intestinos o defecar *-enfermedad de hirschsprung-*, ella lo declaró apto para la actividad castrense a partir del 4 de agosto de 2009.

Dicho eso, del material probatorio recaudado puede decirse en primer lugar, que de acuerdo con lo plasmado en la historia clínica y en los exámenes practicados por la Junta Médica Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA sufre desde los primeros años de vida de la llamada enfermedad de hirschsprung, que

Radicación: 50001-3331-706-2013-00008-01
Demandante: JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA
Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

consiste en un padecimiento que afecta el intestino grueso *-colon-* y provoca problemas para la evacuación intestinal. La afección se presenta en el nacimiento *-es congénita-* como resultado de la falta de neuronas en los músculos del colon del bebé²³.

Igualmente se encuentra probado que, como consecuencia de dicha enfermedad, el demandante fue sometido a varios procedimientos quirúrgicos, según la historia clínica aportada que da cuenta de que la última le fue practicada en el Hospital San José de Bogotá en el año 2006.

Así mismo, está demostrado que la Dirección de Reclutamiento del Ejército Nacional incorporó al demandante al servicio militar obligatorio el 4 de agosto de 2009 hasta el 10 de octubre de 2010, cuando fue retirado por disminución de su capacidad laboral.

Por último, que la Junta Médica Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, a través de acta No. 39062, le determinó a JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA una disminución de su capacidad laboral del 42,98%, como consecuencia de 2 afecciones por enfermedad común y 1 por enfermedad profesional.

De lo antes reseñado, debe decirse que a pesar de que la Sala con los medios de pruebas que obran en el plenario tiene certeza sobre la enfermedad que padecía JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA al momento en que ingresó a prestar el servicio militar obligatorio, lo cierto es que no está probado que durante su alistamiento su condición de salud hubiere sido informada al Ejército Nacional, y que aun conociendo de dicha situación lo reclutara. En ese sentido, es importante señalar que no existe documento que permita corroborar las afirmaciones que sobre ello manifestó el demandante. Es decir, no hubo anotación alguna por el médico encargado del examen de aptitud psicofísica en la tarjeta de inscripción e incorporación del conscripto como tampoco prueba de alguna queja, reclamo o petición presentada por BARRERO MOSQUERA o algún familiar del mismo, manifestando una presunta actuación negligente por parte de la entidad demandada.

Debe indicarse además, que el acta de Junta Médica laboral del 9 de septiembre de 2010 adelantada por la Dirección de sanidad del Ejército Nacional, no se constituye en la prueba fehaciente de que la entidad demandada conocía la enfermedad de BARRERO MOSQUERA desde antes de su reclutamiento, ya que precisamente la información en ella contenida se obtuvo luego de investigar los antecedentes médicos del paciente para así poder identificar las causas de las afecciones que le estaban impidiendo desarrollar en condiciones normales su servicio militar obligatorio, las cuales empezaron a ser advertidas en la primera valoración médica llevada a cabo en el mes de marzo de 2010, siete meses después de su incorporación. Por lo tanto, solo a partir de ello es que puede tenerse certeza que de dicha institución estaba enterada de los padecimientos del demandante.

²³ <https://www.mayoclinic.org/es-es/diseases-conditions/hirschsprungs-disease/symptoms-causes/syc-20351556>

Radicación: 50001-3331-706-2013-00008-01
Demandante: JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA
Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

Tanto es así, que practicada la Junta Médica Laboral en donde se determinó que JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA no se encontraba apto para la actividad militar, se procedió a su retiro y al pago de la correspondiente indemnización por disminución de su capacidad laboral.

De conformidad con todo lo antes descrito, se tiene que en el presente asunto no se demostró la indebida incorporación al servicio militar obligatorio de JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA, es decir, que el Ejército Nacional lo hubiere reclutado sin tener la debida diligencia y cuidado en el procedimiento de incorporación del mismo, es decir, en flagrante desconocimiento de las normas en que se fundamenta tal servicio.

Aunado a lo anterior, los testimonios rendidos dentro del presente medio de control señalaron que JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA a pesar de su enfermedad gozaba de un buen estado físico, condición que según sus propias palabras solo se agravó por la supuesta indebida incorporación al servicio militar obligatorio. Dichas afirmaciones permiten concluir que no siendo informada la entidad demandada del padecimiento del demandante, su condición no era evidente y que los funcionarios competentes actuaron de manera diligente dentro del procedimiento previsto para tal fin.

En atención a ello, es claro que en lo que es materia de discusión por el apelante existe un incumplimiento de la carga probatoria para pretender se le atribuyera responsabilidad a la entidad demandada, siendo entonces que lo alegado no sean más que meras afirmaciones sin ningún respaldo probatorio.

Estando así las cosas, era necesario que la parte demandante acreditara dentro del proceso, las afirmaciones con las que buscaba se declarara la responsabilidad del Estado por falla del servicio. Así lo ha dispuesto la Jurisprudencia del órgano de cierre²⁴:

"(...) Las afirmaciones o hechos fundamentales y las pruebas aportadas al proceso regular y oportunamente, constituyen el único fundamento de la sentencia. En derecho no basta afirmar o relatar unos hechos sin que exista seguidamente la prueba de todos y cada uno de ellos; las pruebas son las herramientas que permiten al juzgador establecer la verdad y ante la ausencia de ellas, ya sea porque no se emplearon oportunamente (en debida forma los medios de la ciencia y la técnica del derecho ofrecen a las partes), no queda distinto remedio que absolver, dando aplicación al conocido principio onus probando a cargo de la prueba."

Sobre la carga probatoria, de manera reiterada ha señalado la jurisprudencia²⁵:

"(...) La Sala quiere resaltar la falta de prueba frente a las circunstancias específicas de modo y lugar en que se dieron los hechos donde resulto herido y posteriormente falleció el patrullero (...), así como tampoco

²⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia del veintidós (22) de abril de dos mil nueve (2009), exp. 16192. M.P.: Myriam Guerrero De Escobar.

²⁵ Sentencia del 2 de mayo de 2018. C.P Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Demandante: Teresa urbano Castillo y otros. Demandado: Nación- Ministerio de Defensa Policía Nacional Radicación: 19001-23-31-000-2007-00407-01(40265).

Radicación: 50001-3331-706-2013-00008-01

Demandante: JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA

Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

encuentra prueba respecto de una posible actuación u omisión en cabeza de la entidad demandada que pudiera causar o evitar la concreción del daño antijurídico, o de alguna circunstancia que aumentara los riesgos que son propios de la función de quienes se vinculan a la fuerza pública como miembros de la Policía Nacional. En conclusión, la Sala no encuentra acreditado que la muerte del policía (...) sea imputable a la entidad demandada, porque no se halla probada la existencia de una falla en el servicio que hubiera conllevado a la concreción del daño antijurídico. A la sazón, vale mencionar que en el precedente judicial – sentencia de 23 de marzo de 2017, la subsección A también consideró que no se reúnen los elementos para decretar la responsabilidad de la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, pues no está acreditada la existencia de una falla en el servicio que hubiera conllevado a la concreción del daño antijurídico. (...) Así las cosas, dado que en el presente caso no se reúnen los elementos para decretar la responsabilidad de la demandada Ministerio de Defensa – Policía Nacional (...)

Igualmente el Honorable Consejo de Estado, en la sentencia del 31 de agosto de 2017. Radicación: 18001-23-31-000-1998-00003-01(28223), mencionada en apartes precedentes, hizo énfasis en la carga probatoria así:

"(...) La omisión no significa inactividad o inercia, sino por el contrario, es hacer algo diferente a lo ordenado por una obligación, esto es, que de un no hacer se desprenden unos efectos contrarios al deber ser. Es cierto que, como lo ha puesto de presente esta Subsección en varias ocasiones, una de las principales dificultades en el derecho de daños es pretender incluir la causalidad como fundamento para atribuir responsabilidad en casos de omisión, habida cuenta de que, desde el punto de vista teórico, establecer una relación causal entre la omisión y el daño es problemático, por cuanto la omisión no es una causa del daño, sino un parámetro de reproche, que trasciende en la estructuración del juicio de responsabilidad (...) lo que permite definir congruentemente porqué un determinado resultado dañoso, como el que se presenta en este caso, debe ser atribuido a persona distinta de la que lo ha causado fácticamente, tiene que ver con la verificación por parte del juez del ejercicio adecuado de las obligaciones a cargo de la entidad, pues esto permitirá determinar si hay razones normativas suficientes para atribuirle responsabilidad (...) Siendo esto así, el actor no está exonerado de su carga probatoria, sino que debe acreditar que en la producción del daño, pese a que la demandada no participó materialmente, sí infringió con su omisión, deberes competenciales de hacer, que fueron relevantes en relación con el daño cuya indemnización se pretende. Así las cosas, la carga probatoria no se traduce en la demostración de un nexo de causalidad que, se insiste, no es posible probar materialmente en el caso de omisiones, sino en la necesidad de aportar elementos que hagan razonablemente inferir que, en las circunstancias del caso concreto, el incumplimiento de la carga obligacional contribuyó de modo relevante a la configuración del daño. (...)" (Negrilla de la Sala)

En consecuencia, dado que en el caso objeto de estudio, se alegó una falla y toda vez que la misma en estos eventos no se presume, le correspondía al actor, en virtud de la carga de la prueba consagrada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil – aplicable en los procesos contencioso administrativos por la remisión que a las normas de este hace el artículo 267 del Código Contencioso Administrativo-, disposición conforme a la cual "incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen", acreditar los dos elementos

Radicación: 50001-3331-706-2013-00008-01
Demandante: JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA
Demandado: NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

propios de este régimen de imputación de responsabilidad estatal, situación que no se materializó, o dicho en otras palabras, el demandante no logró probar que el daño antijurídico sufrido, fue producto de la falla del servicio en que incurrió la entidad demandada, ni desde la óptica de la imputación fáctica ni jurídica, siendo entonces, que deba desatarse de manera desfavorable las pretensiones de la demanda.

En conclusión, dado que en este caso no se reúnen los elementos de juicio y las pruebas suficientes para que se declare la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados al demandante de conformidad con las precisas razones expuestas en este fallo, resulta forzoso confirmar la decisión de primera instancia.

5. Otros aspectos

5.1. Costas. La Sala se abstendrá de condenar en costas²⁶, a la parte vencida por cuanto no asumió en el proceso una conducta que lo hiciera merecedor a esa sanción, tales como temeridad, irracionalidad absoluta a su pretensión, dilación sistemática del trámite o en deslealtad.

5.2. Comunicación y remisión. Se ordenará que por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca, se remita copia de esta sentencia por correo - *electrónico si aparece registrado o postal*- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información; y el expediente al Tribunal Administrativo del Meta para que prosiga con los trámites procesales, incluido el de notificación de la sentencia.

6. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Arauca, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMARSE la sentencia proferida el veinte (20) de junio de dos mil dieciocho (2018), por el Juzgado Noveno (9°) Administrativo del Circuito Judicial de Villavicencio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ABSTENERSE de condenar en costas en esta instancia.

TERCERO.- ORDENAR que previas las anotaciones de rigor, por Secretaría del Tribunal Administrativo de Arauca: (i) Se remita copia de esta providencia por correo -*Electrónico si aparece registrado o postal*- a las partes y al Ministerio Público con carácter de mera información. (ii) Se devuelva el expediente al Tribunal Administrativo del Meta, para que prosigan los trámites procesales que correspondan, incluido el de notificación de la sentencia.

²⁶ Sentencia del Consejo de Estado del 1 de junio de 2017- Sección Segunda. C.P. Sandra Liseth Ibarra Vélez. Demandante: Isabel Cecilia Herrera Gutiérrez. Demandado: Comisión Nacional del Servicio Civil y Universidad de Pamplona.

14

Radicación: 50001-3331-706-2013-00008-01

Demandante: JUAN PABLO BARRERO MOSQUERA


Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL


CUARTO.- ORDENAR que en firme la presente providencia en el Tribunal Administrativo del Meta, se devuelva por la Secretaría de esa Corporación Judicial, el expediente al Despacho de origen-Juzgado de primera instancia, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que el anterior proveído fue aprobado por la Sala en sesión virtual de la fecha


LIDA YANNETTE MANRIQUE ALONSO
Magistrada


LUIS NORBERTO CERMEÑO
Magistrado


YENITZA MARIANA LÓPEZ BLANCO
Magistrada