

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS MATERIALES EN LA MODALIDAD DE LUCRO CESANTE / ACTA DE JUNTA MÉDICO LABORAL MILITAR O DE POLICÍA - No determina pérdida de capacidad laboral en el ámbito ordinario

[N]o existe pronunciamiento de unificación que indique que la prueba idónea para la tasación de los perjuicios es el acta de la Junta Médica Laboral que emite la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional. De esta manera, el juez que decide este tipo de litigios tiene la facultad e independencia judicial para valorar los medios de prueba de acuerdo con los parámetros que le indique la sana crítica y, con base en ello, decidir la cuantía del perjuicio.

DEFECTO PROCEDIMENTAL POR EXCESO DE RITUAL MANIFIESTO / AUSENCIA DE REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO ANTIJURÍDICO / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN CASO DE LESIONES PERSONALES DE CONSCRIPTO / FACULTAD DEL JUEZ PARA DECRETAR PRUEBAS DE OFICIO

[N]o queda duda que el Acta de la Junta Médica Laboral emitida por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, determinó la pérdida de capacidad laboral del señor [P.G.M.F] en relación con su vida como militar. No así con ocasión de su vida en el ámbito ordinario (...) le asiste razón al Tribunal al señalar que el Acta de la Junta Médica Laboral no demuestra la pérdida de capacidad laboral del accionante en un ámbito distinto al de la actividad militar. No obstante, ello no lo exime de la responsabilidad que le atañe de buscar la justicia material, con mayor razón si el daño antijurídico imputable al Estado se encuentra debidamente acreditado. Por tal razón, le asistía la obligación de buscar procesalmente el camino más adecuado a efectos de garantizar la prevalencia del derecho sustancial. Para lograr dicho cometido, el Tribunal tenía dos opciones procesales: 1. Decretar de oficio la prueba idónea para esclarecer la verdad respecto de la cuantía de los perjuicios materiales ocasionados en la modalidad de lucro cesante, facultad consagrada en el artículo 213 del CPCa o 2. Aplicar el contenido del artículo 193 del CPACA y proferir condena en abstracto (...) Pese a la claridad de los dos caminos procesales antes señalados, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al no ejercer ninguna de estas facultades y no dar prevalencia al derecho sustancial, impidió que se concretara la justicia material y en consecuencia incurrió en un defecto procedural por exceso de ritual manifiesto.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 213 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 193 / DECRETO 1796 DE 2000

NOTA DE RELATORÍA: La sentencia aborda el marco jurisprudencial en relación con el reconocimiento de perjuicios causados a los conscriptos por lesiones con ocasión de la prestación del servicio militar, para dejar claro que no existe criterio unificado sobre la idoneidad del Acta de la Junta Médica Laboral para demostrar el lucro cesante.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

Bogotá, D.C., tres (3) de mayo de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02840-01(AC)

Actor: PEDRO GEOVANNY MORENO FERNÁNDEZ

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN A

ASUNTO

La Subsección “A” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sede de tutela, decide la impugnación presentada por el accionante en contra de la sentencia del 15 de diciembre de 2017 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado.

HECHOS RELEVANTES

a) Medio de control de reparación directa

El accionante afirmó que instauró demanda de reparación de directa en contra de la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la indemnización por los perjuicios producidos con ocasión de la herida en el abdomen que le fue ocasionada el 31 de agosto de 2012 con arma de dotación oficial por el accionar de otro militar mientras prestaba servicio militar obligatorio como soldado regular.

Indicó que el 21 de enero de 2016 el Juzgado Treinta y Cuatro Administrativo accedió a las pretensiones de la demanda, por lo cual la parte demandada interpuso recurso de apelación y el 29 de junio de 2017 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, confirmó parcialmente la sentencia de primera instancia y revocó los perjuicios materiales otorgados en la modalidad de lucro cesante.

b) Inconformidad

Consideró que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad y el principio a la confianza legítima e incurrió en desconocimiento de precedente judicial, al revocar la sentencia de primera instancia en relación con el reconocimiento de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

PRETENSIONES

Solicitó amparar los derechos fundamentales referidos. En consecuencia, requirió ordenar el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, dictar una nueva decisión en la que reconozca los perjuicios materiales por lucro cesante que fueron revocados en la sentencia del 29 de junio de 2017.

CONTESTACIONES AL REQUERIMIENTO

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A (ff. 37-40)

El magistrado, Juan Carlos Garzón Martínez, manifestó que no se desconoció el precedente judicial en relación con el parámetro para el reconocimiento de perjuicios. Precisó que el juez debe analizar cada caso particular y de conformidad con la situación fáctica y probatoria cuantificar la indemnización.

Agregó que la aplicación del precedente no implica un aspecto operativo de verificación del porcentaje de incapacidad de la víctima directa y la prueba de parentesco, pues de ser así se convertiría al calificador de la Junta Médica en el juez de reparación y al funcionario judicial en un mero operador jurídico.

Expresó que en el caso bajo estudio se tuvo en cuenta el acta de la Junta Médica Laboral para determinar la disminución de la capacidad laboral padecida por el accionante, pero se consideró que no era suficiente para afirmar que la cicatriz y la perivisceritis le impedían realizar una actividad laboral.

Concluyó que no se vulneraron los derechos fundamentales del señor Moreno Fernández, pues la decisión se adoptó con base en la normativa, el procedimiento, la jurisprudencia aplicable y en el material probatorio recaudado.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El 15 de diciembre de 2017 la Sección Primera del Consejo de Estado negó la solicitud de amparo. Para adoptar la anterior decisión, estimó que no se presentó el desconocimiento de precedente judicial alegado respecto a los casos indicados por el accionante, ya que aquellos no resolvieron casos similares ni parecidos al suyo ni fijaron una regla para resolver el problema jurídico relacionado con la suficiencia del acta de la Junta Médica Laboral como prueba para demostrar la incapacidad laboral y reconocer perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante.

Añadió que en la providencia cuestionada se efectuó un análisis razonable y sensato del acta de la Junta Médica Laboral, la cual se tuvo en cuenta para tasar los perjuicios morales y el daño a la salud, pero no para reconocer el lucro cesante, ya que no era suficiente para demostrar que el demandante tuvo una disminución de su capacidad productiva, desde la fecha de causación del daño antijurídico, para realizar actividades de orden común y no militar.

IMPUGNACIÓN

El 13 de marzo de 2018 el accionante impugnó la sentencia dictada en primera instancia. Para el efecto, afirmó que el Estado tiene una posición de garante frente a los conscriptos, por lo cual debe reparar los daños causados a aquellos durante la prestación del servicio militar con ocasión de este.

Sostuvo que el Ejército Nacional lo sometió a un riesgo excepcional por ubicarlo en una circunstancia que intensificó el peligro, como lo es, el manejo de armas de fuego, lo cual dejó una incapacidad laboral del 19 %, de conformidad con el Acta de Junta Médica Laboral 74563 del 24 de noviembre de 2014.

Consideró que la liquidación del lucro cesante requiere que exista disminución de capacidad laboral de la víctima directa, lo cual se probó con dicho documento.

Adujo que la precitada Acta constituye plena prueba para determinar los perjuicios sufridos por la víctima, de conformidad con el artículo 15 del Decreto 1796 del 14 de noviembre de 2000, máxime cuando no ha sido controvertida ni tachada de falsa.

Mencionó que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que en los eventos en que proceda la condena por lucro cesante a favor de conscriptos y que no exista prueba de los ingresos que recibía la víctima antes de su prestación del servicio militar obligatorio, se presume un salario mínimo mensual, con el 25 % del factor pensional.

Afirmó que tiene derecho a que se le indemnicen los perjuicios materiales por lucro cesante ante el daño que sufrió, el cual tiene consecuencias irreversibles, las cuales persisten con pronóstico desfavorable. Aseguró que la perivisceritis dolorosa que padece conlleva a tener menos posibilidades de encontrar trabajo o alguna labor que le genere ingresos para su subsistencia y tener que sufragar gastos médicos.

CONSIDERACIONES

- Competencia

La Subsección “A”, de la Sección Segunda del Consejo de Estado es la competente para conocer del asunto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política y el artículo 2 del Acuerdo 55 de 2003¹, en cuanto estipula que “*Las impugnaciones contra providencias expedidas en los procesos de qué trata el inciso primero del numeral 2 del artículo 1 del Decreto 1382 de 2000², serán repartidas a la sección o subsección que siga en orden a aquélla que dictó la providencia, teniendo en cuenta las secciones o subsecciones que conocen de este tipo de acciones en los términos del presente acuerdo*”.

- Procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales

Tratándose de la acción de tutela contra providencias judiciales la postura reiterada y uniforme de la Corte Constitucional³ y el Consejo de Estado⁴ ha sido admitir su procedencia excepcional, siempre que se cumplan los requisitos generales de procedibilidad (exigencias generales) y las causales específicas de procedencia (defectos).

La posición actual ha evolucionado en la jurisprudencia constitucional, entre otras providencias, empezando por la tesis de la vía de hecho fijada en las sentencias C-543 de 1992 y T-079 de 1993 y su redefinición en la T-949 de 2003, hasta llegar a su sistematización en la sentencia C-590 de 2005.

¹ Por medio del cual se modificó el reglamento interno del Consejo de Estado.

² Ahora numeral 7º del artículo 1º del Decreto 1983 de 2017.

³ Al respecto ver, entre otras, sentencias T-573 de 1997, T-567 de 1998, T-001 de 1999, T-377 de 2000, T-1009 de 2000, T-852 de 2002, T-453 de 2005, T-061 de 2007, T-079 de 1993, T-231 de 1994, T-001 de 1999, T-814 de 1999, T-522 de 2001, T-842 de 2001, SU-159 de 2002, T-462 de 2003, T-205 de 2004, T-701 de 2004, T-807 de 2004, T-1244 de 2004, T-056 de 2005, T-189 de 2005, T-800 de 2006, T-061 de 2007, T-018 de 2008, T-051 de 2009, T-060 de 2009, T-066 de 2009, T-889 de 2011, T-010 de 2012, T-1090 de 2012, T-074 de 2012, T-399 de 2013, T-482 de 2013, T-509 de 2013, T-254 de 2014, T-941 de 2014 y T-059 de 2015.

⁴ Sentencia de unificación por importancia jurídica, proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 5 de agosto de 2014. M.P: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Exp. n.º 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ) Demandante: Alpina Productos Alimenticios S.A.

Por su parte el Consejo de Estado en sentencia de unificación por importancia jurídica, del 5 de agosto de 2014, con ponencia de Jorge Octavio Ramírez, concluyó que la acción de tutela procede contra providencias judiciales siempre y cuando se respete el principio de autonomía del juez natural, y se cumplan los requisitos generales y específicos precisados por la Corte Constitucional. Veamos:

Requisitos generales: Los requisitos generales de procedibilidad son exigibles en su totalidad, porque la ausencia de alguno de ellos impide el estudio de fondo de la vía de hecho planteada. Ellos son los siguientes: (i) La cuestión que se discute tiene relevancia constitucional; (ii) se agotaron todos los medios de defensa judicial con los que cuenta la persona afectada; (iii) se cumple el requisito de inmediatez; (iv) no se argumentó una irregularidad procesal; (v) se expresaron de manera clara los hechos y argumentos que controvierten la providencia bajo estudio; y; (vi) la providencia objeto de la presente acción no fue dictada dentro de una acción de tutela.

Causales específicas: Las causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial son aquellos defectos o errores en los cuales puede incurrir la decisión cuestionada. Son las siguientes⁵: a) Defecto orgánico, que se presenta cuando el juez carece de forma absoluta de competencia; b) defecto procedimental, el cual ocurre cuando la autoridad judicial actúa completamente al margen del procedimiento establecido; c) defecto fáctico, esto ocurre cuando: el juez carece de apoyo probatorio, la valoración es absolutamente equivocada o no tiene en cuenta el material probatorio obrante en el expediente para proferir la decisión; d) defecto material o sustantivo, el cual se origina cuando exista un error judicial ostentoso, arbitrario y caprichoso que desconozca lineamientos constitucionales y/o legales, específicamente ocurre cuando: se decida con fundamento en normas inexistentes o inconstitucionales, en contravía de ellas o exista una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión; e) error inducido, cuando la autoridad judicial es víctima de engaño por terceros y el mismo lo condujo a tomar una decisión que afecta derechos fundamentales; f) decisión sin motivación; g) desconocimiento del precedente judicial y h) violación directa de la Constitución Política.

Es importante advertir que si la decisión judicial cuestionada incurría en una cualesquiera de las causales específicas, podrá ser razón suficiente para el amparo constitucional.

Problema jurídico

En el caso concreto se cumplen los requisitos generales de procedibilidad, por lo tanto, la parte motiva se ocupará de las causales específicas, que para el asunto bajo examen se centrará en el análisis del desconocimiento del precedente judicial y el defecto procedimental.

El problema jurídico en esta instancia puede resumirse en las siguientes preguntas:

1. ¿Existe un precedente judicial del Consejo de Estado exigible a los jueces y tribunales en relación con la idoneidad de la Acta de la Junta Médica Laboral Militar para el reconocimiento del lucro cesante?

⁵Sentencias T-352 de 2012, T-103 de 2014, T-125 de 2012, T-176 de 2016, SU-573 de 2017, entre otras.

2. ¿El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, incurrió en exceso de rigorismo en la sentencia judicial cuestionada?

Para resolver el problema así planteado se abordará la siguiente temática: (I) desconocimiento del precedente judicial, (II) jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con el reconocimiento de perjuicios causados a los conscriptos por lesiones con ocasión de la prestación del servicio: análisis de la decisión adoptada por el Tribunal y (III) defecto procedimental: configuración en el presente asunto. Veamos:

I. Desconocimiento del precedente judicial

La Corte Constitucional ha sostenido que el desconocimiento del precedente jurisprudencial constituye una causal de procedibilidad de la acción de tutela⁶, pues si bien es cierto los jueces gozan de autonomía para adoptar la decisión a que haya lugar, también lo es que la misma goza de unos límites como es el respeto por el precedente judicial.

Debe precisarse que el respeto por el precedente jurisprudencial no puede ser entendido de manera absoluta, ya que se trata de armonizar y salvaguardar los principios constitucionales. De allí que se ha admitido la separación del mismo siempre que se expongan las razones por las cuales se aparta.

En sentencia T-446/13, la Corte Constitucional sostuvo que para el efecto deben cumplirse dos requisitos: (i) hacer una referencia expresa del precedente aplicado a casos similares y (ii) exponer las razones suficientes por las que considera que el mismo no resulta ajustado al asunto estudiado. En ese orden de ideas, cuando un juez se aleja del precedente judicial sin exponer los motivos para hacerlo, tal actuación constituye una vulneración al derecho a la igualdad.

Por último, debe precisarse que el desconocimiento del precedente judicial puede ser vertical, esto es, el que deben seguir los funcionarios judiciales que están en un nivel jerárquico inferior de los órganos de cierre dentro de su respectiva jurisdicción o puede ser horizontal, el cual hace referencia a aquel que deben seguir los jueces de la misma jerarquía.

II. Jurisprudencia del Consejo de Estado en relación con el reconocimiento de perjuicios causados a los conscriptos por lesiones con ocasión de la prestación del servicio

El Estado tiene una especial posición de garante frente a aquellos que se encuentran prestando el servicio militar obligatorio, por cuanto es aquel quien impone ese deber a ciertos miembros de la población y les restringe ciertos derechos con ocasión del mismo. La anterior obligación difiere de aquellos que de forma voluntaria deciden vincularse a la actividad militar, debido a que estos últimos aceptan los riesgos propios de la milicia⁷.

⁶ Ver entre otras sentencias: T-446/13, T-360/14 y T-309/15.

⁷ Ver entre otras: Sentencia del 25 de febrero de 2009. Núm. Rad: 1995-05743-01. Sentencia del 28 de septiembre de 2017. Rad. Núm: 2006-03413-01 (39324). Sentencia del 10 de noviembre de 2017. Rad. Núm: 2004-00204-01 (44664). Sentencia del 20 de noviembre de 2017. Núm. Rad. 2001-01799-01 (35820).

En relación con el régimen de responsabilidad aplicable frente a los conscriptos, la Sección Tercera de esta Corporación⁸ ha venido afirmando que el título de imputación puede ser objetivo, bien sea por daño especial, cuando el Estado actúa de forma legítima, pero en cumplimiento de sus deberes causa un daño antijurídico que conlleva un rompimiento de la igualdad de las cargas públicas, o por riesgo excepcional cuando el daño antijurídico se produce por la ocurrencia de un riesgo que si bien era conocido por el Estado, fue creado para lograr el cumplimiento de obligaciones constitucionales y legales.

Adicionalmente, la precitada Sección ha indicado que también es posible aplicar el régimen subjetivo por falla en el servicio cuando se encuentre acreditado que el daño antijurídico es generado porque el Estado inobservó sus deberes⁹. Por lo tanto, el juez debe determinar en cada caso concreto cuál régimen de responsabilidad se encuentra ajustado a las circunstancias particulares, en aplicación del principio *iura novit curia*.

Ahora bien, una vez determinada la ocurrencia del daño antijurídico y que el mismo se produjo con ocasión de una acción u omisión del Estado, sin que lograra acreditarse una causal eximente, procede la declaratoria de responsabilidad de la autoridad pública y, en consecuencia, su deber de indemnizar los perjuicios ocasionados.

En cuanto a la tasación de los perjuicios es importante mencionar que aquella está sujeta a lo probado dentro del proceso, para lo cual el juez goza de independencia para interpretar las pruebas allegadas en atención a las reglas de la sana crítica. No obstante, debe precisarse que la Sección Tercera del Consejo de Estado, profirió sentencia el 28 de agosto de 2014, en la cual fijó referentes para la cuantificación de los perjuicios inmateriales.

- Análisis de la decisión adoptada por el Tribunal

El señor Pedro Geovanny Moreno Fernández solicitó el amparo de sus derechos fundamentales al debido proceso, acceso a la administración de justicia e igualdad y el principio a la confianza legítima, los cuales consideró vulnerados por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, al revocar la sentencia de primera instancia en relación con el reconocimiento de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, sin tener en cuenta el precedente judicial del Consejo de Estado.

El 15 de diciembre de 2017 la Sección Primera de esta corporación negó el amparo requerido porque consideró que no se configuró la causal específica de procedencia de la tutela en contra de providencias judiciales indicada, ya que las sentencias alegadas como desconocidas no guardaban similitud con la situación fáctica y probatoria del accionante ni fijaron una regla jurisprudencial aplicable. Así mismo, estimó que el estudio efectuado por el Tribunal fue razonable.

Por su parte, el accionante impugnó la anterior decisión, ya que consideró que el Tribunal accionado debió liquidar el lucro cesante de conformidad con el Acta de la Junta Médica Laboral, mediante la cual se probó una disminución de su capacidad laboral. Igualmente, en su criterio la autoridad judicial desconoció la jurisprudencia del Consejo de Estado que ha sostenido que en los eventos en que proceda la condena por lucro cesante a favor de conscriptos y no exista prueba de los

⁸ Ver entre otras: Sentencia del 31 de agosto de 2017, Núm. Rad: 1998-00003-01. Sentencia del 1º de febrero de 2018, Núm. Rad: 2009-00349-01.

⁹ *Ibidem*

ingresos que recibía la víctima antes de su prestación del servicio militar obligatorio, se presume un salario mínimo mensual, con el 25 % del factor pensional.

Adicionalmente, afirmó que el daño que sufrió tiene consecuencias irreversibles, las cuales persisten con pronóstico desfavorable. Aseguró que la perivisceritis dolorosa que padece conlleva a tener menos posibilidades de encontrar trabajo o alguna labor que le genere ingresos para su subsistencia y a tener que sufragar gastos médicos.

Pues bien, con el fin resolver los anteriores planteamientos es necesario analizar los argumentos expuestos por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, en la sentencia judicial controvertida sobre el reconocimiento del lucro cesante. Al respecto, se observa que la corporación judicial precitada consideró que el Acta de la Junta Médica Laboral no era la prueba idónea para demostrar la pérdida de capacidad laboral en actividades distintas al ejercicio del servicio militar, por lo cual no era posible reconocer el pago de la indemnización por lucro cesante con ocasión de la lesión que sufrió con arma de fuego durante la conscripción (ff. 212-218 vto. del expediente).

Acerca de esta postura, el accionante sostiene que el Tribunal desconoció el precedente judicial del Consejo de Estado sobre la idoneidad de la mencionada Acta para probar la disminución de la capacidad laboral y, por ende, lograr el reconocimiento del lucro cesante.

Al respecto, debe aclararse que, contrario a lo afirmado por el señor Moreno Fernández, no existe un precedente judicial sobre el particular, en los términos de la Ley 1437 de 2011 y, por consiguiente, que sea exigible a los jueces y tribunales administrativos de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

Ciertamente no existe pronunciamiento de unificación que indique que la prueba idónea para la tasación de los perjuicios es el acta de la Junta Médica Laboral que emite la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional. Si bien es cierto, en innumerables sentencias se ha liquidado el monto de los perjuicios teniendo como prueba dicho documento para certificar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del conscripto¹⁰, ello no significa que estemos ante un precedente jurisprudencial obligatorio.

De esta manera, el juez que decide este tipo de litigios tiene la facultad e independencia judicial para valorar los medios de prueba de acuerdo con los parámetros que le indique la sana crítica y, con base en ello, decidir la cuantía del perjuicio.

Así las cosas, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, no incurrió en desconocimiento del precedente judicial en relación con la idoneidad de la Acta de la Junta Médica Laboral para demostrar el lucro cesante, puesto que el referido análisis no ha sido efectuado por la Sección Tercera del Consejo de Estado en sentencias de unificación, mecanismos de extensión de jurisprudencia, mecanismos de revisión eventual o por avocación oficiosa que constituyan un precedente obligatorio.

¹⁰ Ver entre otras: Sentencia del 6 de julio de 2017. Rad. Núm: 2009-01296-01 (49636) y Sentencia del 25 de febrero de 2016. Núm. Rad: 2011-00090-01 (48491).

Lo anterior, sería suficiente para negar el amparo solicitado. No obstante, se advierte la existencia de un defecto procedural por exceso ritual manifiesto, el cual —aun cuando no fue alegado por el accionante— se evidencia en sede de tutela, por lo cual es procedente su estudio, en atención a las facultades del juez constitucional. Por lo tanto, se analizará su ocurrencia en los acápiteis siguientes.

III. Defecto procedural

La Corte Constitucional ha señalado que el defecto procedural, como causal de procedencia específica de la acción de tutela contra providencias judiciales, se configura cuando el juez se aparta de manera evidente y grotesca de las normas procesales aplicables al caso concreto, con lo cual vulnera derechos fundamentales¹¹.

Se han reconocido dos modalidades del referido defecto. El primero es el defecto procedural absoluto, el cual ocurre cuando el funcionario judicial no sigue completamente el procedimiento establecido, bien sea, porque siguió un trámite totalmente distinto o porque pretermitió etapas, con lo cual afecta el derecho de defensa y contradicción de las partes del proceso.

El segundo es el defecto procedural por exceso ritual manifiesto, que se presenta en el evento en que el juez con fundamento en formalismos, deniega la administración de justicia y, en esa medida, omite dar prevalencia al derecho sustancial sobre el formal, en detrimento de los derechos de las partes, el cual ocurre en los siguientes casos: 1. Aplica un precepto procesal que restringe derechos sustanciales o se opone a la vigencia de derechos constitucionales en un caso concreto y 2. Incurre en un rigorismo procedural en la apreciación de las pruebas que implique desconocer la justicia material¹².

En cuanto a este último evento, de relevancia para el caso bajo estudio, se advierte que el juez incurre en defecto procedural por exceso ritual manifiesto, cuando identifica hechos de relevancia para la decisión del conflicto, los cuales, *prima facie*, carecen de prueba idónea, pero cuya existencia se infiere razonablemente de los demás medios probatorios, y pese a ello, no ejerce la facultad oficiosa de decretar las pruebas pertinentes para el esclarecimiento de la verdad¹³.

En consecuencia, es deber del juez buscar la certeza de los hechos y la verdad procesal, lo que se consigue al contar con los mayores elementos posibles de juicio para que, dentro de las reglas de la sana crítica, valore en su conjunto la totalidad de las pruebas y se obtenga un fallo de fondo con la máxima sustentación jurídica y fáctica posible. De hecho la labor oficiosa del juez en este tipo de casos permite garantizar la materialización del derecho sustancial, la cual no es una simple atribución sino un “*verdadero deber legal*”¹⁴ que implica dirigir la decisión hacia la justicia material.

¹¹ Ver entre otras Sentencias: T-781 de 2011, T-429 de 2016 y T-398 de 2017.

¹² Ver entre otras: Sentencia T-950 de 2011.

¹³ Ver artículo 213 del CPACA: “[...] **Artículo 213. Pruebas de oficio.** En cualquiera de las instancias el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. [...]”

¹⁴ La Corte Constitucional en la sentencia T-531 de 2010 expresó: “*el decreto oficioso de pruebas no es una atribución o facultad potestativa del juez*”, sino “*un verdadero deber legal*” que se ha de ejercer cuando “*a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o cuando existan fundadas*

Especificamente, en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la jurisprudencia ha reiterado que el juez no puede ser un simple espectador sino que debe dirigir sus esfuerzos para conseguir la garantía del derecho sustancial¹⁵. Ello debido a la relevancia de su papel en la sociedad como encargado de controlar la actividad de la Administración Pública. Por consiguiente, al no actuar de esta manera incurre en defecto procedural por exceso de ritual manifiesto¹⁶.

- Configuración del defecto procedural en el presente asunto

En la sentencia objeto de la presente acción de tutela, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, determinó que el Ejército Nacional es responsable por las lesiones causadas al aquí accionante, pues en el proceso se demostraron los elementos de la responsabilidad estatal, esto es, el daño antijurídico, la acción u omisión imputable a la entidad y el nexo causal entre aquellos. Sin embargo, decidió negar el reconocimiento del lucro cesante, en los siguientes términos (f. 217 vto):

«[...] encuentra la Sala, que el demandante a efectos de demostrar el reconocimiento de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, como único medio probatorio que se aduce para la causación y liquidación del perjuicio, lo constituye el informativo de lesión.

Resalta la Sala, que el perjuicio reclamado –pérdida de la capacidad laboral–, implica demostrar al demandante que tuvo una disminución de su capacidad productiva, desde la fecha de la causación del daño antijurídico (sic), para realizar actividades (no de naturaleza militar obligatorio), sino las de orden general y común de cualquier ciudadano.

Desde el punto de vista probatorio, para la demostración de este perjuicio, el demandante allega el informe por lesión y un acta de Junta Médica, de donde se diagnostica que se trata de una incapacidad parcial y se concluye que indicando que “no es apto” para la actividad militar, generándole una disminución de su capacidad laboral del 19 %.

Observa la Sala que en estricto sentido, en sede judicial no está demostrado con las pruebas pertinentes y conducentes, que la secuela dejada conlleva que de por vida deba sufrirla y menos su incidencia en la actividad normal del demandante [...]»

De la anterior transcripción se sigue que a pesar de que la autoridad judicial encontró acreditado que la lesión abdominal del señor Moreno Fernández se causó durante la prestación del servicio militar obligatorio y con ocasión del mismo, la cual le generó una disminución de capacidad laboral del 19 %, se abstuvo de ordenar la reparación integral del daño antijurídico, con lo cual impidió la efectividad de la justicia material.

razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material”

¹⁵ T-950 de 2011.

¹⁶ Sentencia SU-774 DE 2014: “[...] Invierte en una vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, debido a la configuración de un defecto procedural por exceso ritual manifiesto, cuando los jueces contencioso administrativos no hacen uso de su potestad oficiosa en materia probatoria para permitir esclarecer y dar certeza a los hechos que de manera razonable se pueden inferir del acervo probatorio existente [...]”.

La decisión adoptada por el Tribunal obedeció a que en su criterio el Acta de la Junta Médica Laboral no daba cuenta de la pérdida de capacidad laboral en el ámbito común, es decir, por fuera de la actividad militar.

En relación con este aspecto, se precisa que el Decreto 1796 de 2000 regula todo lo concerniente a la evaluación de la capacidad psicofísica del personal que pretenda ingresar y permanecer en el servicio militar, de conformidad con su artículo 1º.

Así, en el artículo 2º *ibidem* define la “capacidad psicofísica” como: “*el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas a quienes se les aplique el presente decreto, para ingresar y permanecer en el servicio, en consideración a su cargo, empleo o funciones (...)*”.

Así, la capacidad psicofísica es evaluada de manera periódica por parte de la Junta Médica Laboral Militar o de Policía¹⁷ para determinar si la persona es apta o no para continuar en la prestación del servicio¹⁸.

La calificación de “no apto” la define el Decreto de la siguiente forma: “*Es no apto quien presente alguna alteración sicológica que no le permita desarrollar normal y eficientemente la actividad militar, policial o civil correspondiente a su cargo, empleo o funciones*¹⁹.*”* Aunque la norma hace referencia a los civiles, es indiscutible, conforme el artículo primero, que se refiere a los vinculados con el Ministerio de Defensa o las Fuerzas militares.

De esta manera, se fijaron exámenes de capacidad psicofísica para, entre otras cosas, “definir la situación médico-laboral²⁰” de los miembros de la Fuerza Pública, exámenes que corresponde realizar a la Junta Médica Laboral Militar o de Policía, quien determina la disminución de la capacidad psicofísica de dicho personal²¹. Con respecto a las incapacidades, el artículo 28 del Decreto analizado las clasifica en “incapacidad temporal” e “incapacidad permanente parcial”. Ambas clasificaciones se refieren a la pérdida de capacidad psicofísica para realizar el trabajo “habitual”.

Cabe precisar que el término “habitual” hace alusión a las actividades propias de los Militares, Policías y civiles vinculados con el Ministerio de Defensa, pues el objeto del Decreto 1796 de 2000 no es otro que regular la evaluación de la capacidad psicofísica de los miembros de la Fuerza Pública.

Bajo tal perspectiva, es indiscutible que no puede equipararse la valoración de la capacidad psicofísica que realiza la Junta Médica Laboral Militar o de Policía a uno de los miembros de la Fuerza Pública, a la que realiza la Junta Regional o Nacional de Calificación de Invalidez, puesto que los primeros requieren de especiales aptitudes físicas para prestar el servicio, ello, en consideración a la naturaleza propia de sus labores. Interpretar la norma de manera distinta, implica dar por sentado que basta con tener las mismas condiciones físicas de cualquier persona para ser incorporado y permanecer en el servicio de la Fuerza Pública.

¹⁷ Artículo 15 Decreto 1796 de 2000.

¹⁸ Artículo 3º Decreto 01796 de 2000.

¹⁹ Ibidem.

²⁰ Artículo 4º, núm. 13, Decreto 1796 de 2000.

²¹ El artículo 19 del Decreto 1796 de 2000 establece como una de las causales para convocar a Junta Médica Laboral “3. Cuando exista un informe administrativo por lesiones”, como en el caso presente.

Dichas estas consideraciones, no queda duda que el Acta de la Junta Médica Laboral emitida por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, determinó la pérdida de capacidad laboral del señor pedro Geovanny Moreno Fernández en relación con su vida como militar. No así con ocasión de su vida en el ámbito ordinario, pues se reitera, las condiciones físicas exigidas para prestar el servicio en las Fuerzas Militares son diferentes debido a las condiciones especiales de la labor a desempeñar.

Así las cosas, le asiste razón al Tribunal al señalar que el Acta de la Junta Médica Laboral no demuestra la pérdida de capacidad laboral del accionante en un ámbito distinto al de la actividad militar. No obstante, ello no lo exime de la responsabilidad que le ataña de buscar la justicia material, con mayor razón si el daño antijurídico imputable al Estado se encuentra debidamente acreditado. Por tal razón, le asistía la obligación de buscar procesalmente el camino más adecuado a efectos de garantizar la prevalencia del derecho sustancial.

Para lograr dicho cometido, el Tribunal tenía dos opciones procesales: 1. Decretar de oficio la prueba idónea para esclarecer la verdad respecto de la cuantía de los perjuicios materiales ocasionados en la modalidad de lucro cesante, facultad consagrada en el artículo 213²² del CPCA o 2. Aplicar el contenido del artículo 193²³ del CPACA y proferir condena en abstracto, con el fin de que la parte interesada, a través del respectivo incidente, demostrara el monto de los perjuicios sufridos, lo cual era procedente si se tiene en cuenta que estaban probados los elementos de la responsabilidad estatal.

Pese a la claridad de los dos caminos procesales antes señalados, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, al no ejercer ninguna de estas facultades y no dar prevalencia al derecho sustancial, impidió que se concretara la justicia material y en consecuencia incurrió en un defecto procedural por exceso de ritual manifiesto.

Además, debe considerarse que el accionante aportó el Acta de la Junta Médica Laboral emitida por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional convencido de que la misma se tendría en cuenta como prueba, en tanto que innumerables providencias así lo han hecho²⁴, luego no puede decirse que faltó a su deber

²² El artículo 213 del C.P.A.C.A señala: “Artículo 213. *Pruebas de oficio.* En cualquiera de las instancias el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para el esclarecimiento de la verdad. Se deberán decretar y practicar conjuntamente con las puestas por las partes.[...].”

²³ Artículo 193. *Condenas en abstracto.* Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se harán en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en este Código y en el Código de Procedimiento Civil. Cuando la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia o al de la fecha de la notificación del auto de obedecimiento al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación.

²⁴ Ver entre otras sentencias las siguientes: **Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección A. Consejero ponente: Hernán Andrade Rincón (E). Bogotá., D. C, dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015). Radicación número: 52001-23-31-000-2001-00860-01(33465). Actor: Milton Cortes. Demandado: Ministerio De Defensa - Ejercito Nacional. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección B. Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth. Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil quince (2015). Radicación número: 52001-23-31-000-1998-00563-01(33862). Actor: Adolfo Angulo Manrique. Demandado: Nación-Ministerio De Defensa**

procesal de aportar las pruebas que conllevaran a la demostración de los perjuicios negados.

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que a lo largo del proceso el Ejército Nacional no controvirtió la disminución de la capacidad laboral reconocida en el Acta de la Junta Médica Laboral. De hecho, en la audiencia inicial el apoderado de aquel no hizo ningún pronunciamiento sobre las pruebas documentales aportadas por el demandante, dentro de las cuales se encontraba aquella, por lo cual el Juzgado Treinta y Cuatro Administrativo del Circuito de Bogotá le otorgó valor probatorio (ff. 91-95 vto. del expediente).

En ese orden de ideas, cabe recordar que la parte que persigue un efecto jurídico de una norma debe probar los supuestos de hecho en ella estipulados, de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso. Sin embargo, el Ejército Nacional en ningún momento procesal solicitó una prueba respecto a la pérdida de capacidad laboral. Es más en ninguna oportunidad desconoció el contenido del Acta ni alegó que la misma no daba cuenta de la pérdida de capacidad laboral común del demandante y aun así el Tribunal decidió suplir dicha carga probatoria y de contradicción.

De esa forma, se concluye que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, incurrió en defecto procedural por exceso ritual manifiesto. Por lo tanto, se amparará el derecho al debido proceso del señor Pedro Geovanny Moreno Fernández.

Así las cosas, se revocará la sentencia del 15 de diciembre de 2017 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado que negó la solicitud de amparo. En consecuencia, se dejará parcialmente sin efectos la sentencia del 29 de junio de 2017 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, en relación con la tasación del lucro cesante.

En su lugar, se le ordenará que dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, en ejercicio de su autonomía, adopte una cualquiera o ambas, si fuere el caso, de las siguientes alternativas procesales: 1. Decretar prueba que considere útil, pertinente y conducente para determinar la pérdida de capacidad laboral del accionante y con base en ella decida la cuantía de la respectiva liquidación del lucro cesante o 2. Condenar en abstracto a la entidad accionada de acuerdo con los parámetros contenidos en el artículo 193 del CPACA. En todo caso, una vez se determine la pérdida de capacidad laboral del accionante, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca deberá fijar el monto de los perjuicios que resulten probados.

Por último, se precisa que la anterior decisión mantiene la postura fijada por esta Subsección en la sentencia del 2 de diciembre de 2015, dentro de la acción de tutela con número radicado 2015-02783-00, confirmada en segunda instancia por la Sección Cuarta de esta corporación el 1º de junio de 2016, y en la sentencia del 28 de septiembre de 2017, de la tutela con número 2017-01947-00, confirmada el 7 de marzo de 2018 por la precitada Sección.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

Primero: Revocar la sentencia del 15 de diciembre de 2017 proferida por la Sección Primera del Consejo de Estado que negó la solicitud de amparo. En su lugar, amparar el derecho al debido proceso del señor Pedro Geovanny Moreno Fernández.

En consecuencia, dejar parcialmente sin efectos la sentencia del 29 de junio de 2017 dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, en relación con la tasación del lucro cesante.

Segundo: Ordenar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera Subsección A, que dentro de los veinte (20) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, en ejercicio de su autonomía, adopte una cualquiera o ambas, si fuere el caso, de las siguientes alternativas procesales: 1. Decretar prueba que considere útil, pertinente y conducente para determinar la pérdida de capacidad laboral del accionante y con base en ella decida la cuantía de la respectiva liquidación del lucro cesante o 2. condenar en abstracto a la entidad accionada de acuerdo con los parámetros contenidos en el artículo 193 del CPACA. En todo caso, una vez se determine la pérdida de capacidad laboral del accionante, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca deberá fijar el monto de los perjuicios que resulten probados.

Tercero: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. Contra la presente decisión no procede recurso alguno.

Cuarto: Envíese el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

Quinto: Háganse las anotaciones correspondientes en el programa “Justicia Siglo XXI”.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS
Ausente con permiso