

ACCION DE REPARACION DIRECTA – Lesiones ocasionadas a soldado por compañero con arma de dotación oficial / DAÑOS OCASIONADOS A CONSCRIPTO – Lesiones personales causadas por superior del ejército con arma de dotación oficial / DAÑOS CAUSADOS A CONSCRIPTO- El monto a indemnizar por la responsabilidad de las Fuerzas Militares difiere de las prestaciones sociales

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido de manera reiterada que la indemnización que se llegare a reconocer cuando se encuentren probados los elementos que configuran la responsabilidad del Estado cuando se trata de daños causados a concriptos, difiere o no se asimila a aquellos montos prefijados que por mandato legal reconoce la misma entidad demandada por concepto de prestaciones sociales, por la sola circunstancia de que la víctima pertenezca a la Fuerzas Militares y sufra un daño mientras presta su servicio, habida consideración de que estas últimas no tienen carácter indemnizatorio, puesto que se otorgan al margen de que el daño sea o no imputable al Estado

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia del 1° de marzo de 2006, Exp. 13887. MP: Ruth Stella Correa Palacio.

PRESTACIONES SOCIALES DE CONSCRIPTO - No tienen carácter indemnizatoria por daños ocasionados en la prestación del servicio / DAÑO CAUSADO A CONSCRIPTO - Indemnización bajo régimen de responsabilidad extracontractual del Estado

Así las cosas, independientemente de que en el presente asunto se hubiere reconocido el pago de suma alguna a la víctima directa del daño alegado por concepto de prestaciones sociales, en la medida en que, se reitera, este tipo de reconocimientos tienen una fuente distinta a aquella en la cual se fundamenta el análisis de la responsabilidad de Estado por los daños ocasionados a los concriptos, debe concluirse que la indemnización reconocida por el Tribunal *a quo*, no resulta excluyente con el monto que hubiere pagado la entidad demandada, por tanto, no hay lugar a descontar de la suma a la cual se condenó a la Policía Nacional en favor del señor Fabio Francisco Córdoba Mera, el monto que hubiere reconocido dicha entidad por concepto de prestaciones sociales. Con todo, aún en el evento en que se llegare a concluir que tanto el reconocimiento que realice la entidad demandada a título de prestaciones sociales, tuviere igual origen o fundamento respecto de la indemnización que se reconoce en la Jurisdicción Contencioso Administrativa por concepto de los daños imputables al Estado por los daños ocasionados a concriptos, en el presente caso tampoco habría lugar a realizar el referido descuento, comoquiera que el pago prefijado y preestablecido previsto en la ley a cargo de la entidad demandada, se efectúa con fundamento, únicamente, en el tipo de lesión o enfermedad sufrida y en la gravedad de la misma, de manera que no tiene en cuenta, para nada, la angustia, la congoja, el sufrimiento, en fin, las aflicciones morales que sufre la víctima con el daño padecido, razón por la cual, en la medida en que el reconocimiento que en este sentido se hace no se fundamenta en el perjuicio moral sufrido por la víctima directa del daño, la indemnización que en este sentido y por este concepto llegare a establecerse en un proceso de responsabilidad que se adelante en esta Jurisdicción –como ocurrió en este caso–, tampoco da lugar a descuento alguno.

PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento a hermanos mayores de la víctima

Para el demandado el Tribunal *a quo* no debió reconocer suma alguna a favor del señor Marlon Alberto Córdoba Mera, por concepto de perjuicios morales, comoquiera que de conformidad con la jurisprudencia respecto de los hermanos mayores de la víctima no opera la presunción de ocurrencia de perjuicios morales cuando se trata de los familiares cercanos a la víctima, de manera que existía la necesidad de que se probara este tipo de perjuicio, situación que no habría ocurrido en el presente caso. Si bien en un primer momento la jurisprudencia de esta Corporación exigía que los hermanos mayores de la víctima probaran la ocurrencia de los perjuicios morales alegados, dado que frente a ellos no operaba la presunción antes anotada, lo cierto es que la jurisprudencia actual del Consejo de Estado no hace distinción entre la edad de los hermanos de la víctima para que sean cobijados por la referida presunción

NOTA DE RELATORIA: Consultar sentencia de 1º de octubre de 2008, Exp: 27268 MP: Enrique Gil Botero

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

Bogotá, D.C., mayo veintitrés (23) de dos mil doce (2012)

Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00971-01(24804)

Demandante: AURA INÉS MERA RODRÍGUEZ Y OTROS

Demandado: LA NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL

Referencia: APELACION SENTENCIA DE REPARACION DIRECTA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de Nariño, el día 21 de febrero de 2003, mediante la cual se dispuso:

“PRIMERO.- Declarar a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, patrimonialmente responsable por el daño antijurídico causado a FABIO FRANCISCO CORDOBA MERA en las circunstancias de tiempo, modo y lugar señaladas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la anterior declaración, condénase a la Nación Colombiana - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, a pagar, por concepto de perjuicios morales, las siguientes sumas de dinero: a FABIO FRANCISCO CORDOBA MERA, o a quien sus derechos represente, la suma de

\$13.280.000.00, equivalente a 40 salarios mínimos legales mensuales; a AURA INES MERA RODRIGUEZ, o a quien sus derechos represente, la suma de \$9.960.000.00, equivalente a 30 salarios mínimos legales mensuales; a cada uno de los señores MARLON ALBERTO CORDOBA MERA Y CAROLAY ANDREA CORDOBA MERA, o a quien sus derechos represente, la suma de \$4.980.000.00, equivalente a 15 salarios mínimos legales mensuales; y a cada uno de los señores CESAR PARMENIDES MERA BEJARANO e ISABEL RODRÍGUEZ DE MERA, o a quien sus derechos represente, la suma de \$ 3.320.000.00, equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales.

TERCERO: DENIEGANSE LAS DEMAS SUPPLICAS DE LA DEMANDA.

CUARTO.- Condénase al señor RAUL MONAR REYES a reembolsar a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, el 20 % de las sumas que debe pagar a los actores en cumplimiento de este fallo.

(...)"

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.

En escrito presentado el día 24 de septiembre de 1999 (fl. 1 c 1), los ciudadanos Aura Inés Mera Rodríguez, en nombre propio y en el de su hija Carolay Andrea Córdoba Mera; Fabio Francisco Córdoba Mera, Marlon Alberto Córdoba Mera, César Parménides Mera e Isabel Rodríguez de Mera, a través de apoderado judicial, formularon demanda en ejercicio de la acción de reparación directa, contra la Nación - Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, con el fin de que se le declare administrativamente responsable por el daño a ellos causado, como consecuencia de las "lesiones ocasionadas con arma de fuego de dotación oficial y por un funcionario de la Administración al señor FABIO FRANCISCO CORDOBA MERA, en hechos ocurridos dentro de las instalaciones del BATALLON BATALLA DE BOYACÁ de la ciudad de Pasto, el día dieciocho (18) DE Noviembre de 1998 (...)"

En este sentido, se solicitó en la demanda el reconocimiento de las siguientes sumas:

Por concepto de perjuicios morales la suma equivalente a 1000 gramos de oro para cada uno de los demandantes.

En relación con los perjuicios materiales, solicitó el reconocimiento a favor del señor Fabio Francisco Córdoba Mera de \$ 2'000.000, por concepto de daño emergente y por lucro cesante el monto de \$ 3'000.000.

Finalmente, solicitó la suma de 4000 gramos oro por perjuicios fisiológicos a favor del señor Fabio Francisco Córdoba Mera (fls. 2-13 c 1).

2.- Los hechos.

La parte actora narró, en síntesis, los siguientes hechos:

Se indicó que luego de que se le practicaran los exámenes de ingreso correspondientes, el señor Fabio Francisco Córdoba Mera ingresó al Batallón Batalla Boyacá de la ciudad de Pasto, el día 24 de julio de 1998, con el fin de prestar el servicio militar obligatorio.

Se afirmó que en el transcurso de la prestación del referido servicio, fue objeto de malos tratos físicos y psicológicos por miembros de la institución, quienes al parecer le negaban la atención médica y la protección efectiva de su integridad física, puesto que le ordenaban la práctica de actividades peligrosas como polígonos sin la debida protección auditiva, circunstancia que le generó una pérdida irreversible en su capacidad auditiva.

Se sostuvo que, en específico, el señor Fabio Francisco Córdoba Mera fue objeto de constantes actos de represalia y acoso por el cabo Raúl Monar Reyes, quien el 18 de noviembre de 1998 lo atropelló [no se advierte la forma como fue atropellado], además hizo que se devolviera al Batallón -a pesar de que tenía permiso para ausentarse-, acusándolo de haberse fugado del servicio. Ese mismo día, según la demanda, una vez regresó el señor Córdoba Mera al Batallón, el citado cabo lo obligó a prestar el servicio de centinela y después de que terminó con la labor encomendada, fue impactado con un proyectil proveniente de un arma de fuego de dotación oficial la cual había sido accionada por el cabo Monar Reyes, causándole lesión en la pierna izquierda, hecho que lo mantuvo 8 meses con incapacidad por enfermedad hasta que terminó de prestar su servicio militar.

Se narró que a raíz de las lesiones sufridas, el señor Córdoba Mera ha tenido "*pérdida motriz y la imposibilidad de por vida para la realización de actividades deportivas*".

3.- Contestación de la demanda.

3.1. La Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional.

Notificada del auto admisorio, la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, a través de apoderada judicial, dio contestación a la demanda en el sentido de sostener que el demandante tenía la carga de probar, según el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, los supuestos de hecho de las normas cuya aplicación pretendía.

Expuso que no había lugar al reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, comoquiera que todos los gastos médicos los asumió el Ejército Nacional

Asimismo sostuvo que tampoco había lugar a reconocer suma alguna por concepto de perjuicios fisiológicos, dado que este tipo de perjuicios sólo proceden tratándose de la pérdida de un órgano o función, circunstancia que no ocurrió en el presente caso.

4.- Llamamiento en garantía.

Mediante auto del 4 de febrero del 2000, el Tribunal *a quo* aceptó el llamamiento en garantía formulado por el Ministerio Público, con el fin de hacer comparecer al proceso al señor Raúl Monar Reyes, puesto que según la demanda habría sido el autor de los hechos ocurridos el 18 de noviembre de 1998.

Notificado el auto que accedió al llamamiento, el señor Raúl Monar Reyes, mediante apoderado judicial, dio contestación, indicando que no era cierto que hubiere atropellado al señor Córdoba Mera.

Señaló que el 18 de noviembre de 1998, a las 21:15 horas aproximadamente, se encontraba conversando con un grupo de soldados sobre la vida militar, cuando sacó un revólver de su propiedad, no de dotación oficial, lo descargó para limpiarlo, pero no se dio cuenta que había quedado un cartucho en el tambor. Luego, de manera accidental el revólver se cayó y cuando tocó el piso se disparó causándole las lesiones al soldado Fabio Francisco Córdoba Mera.

Por lo anterior, solicitó que no había lugar a declarar la responsabilidad personal del agente.

5.- Alegatos de conclusión en primera instancia.

5.1.- La parte demandada.

Advirtió que dado que resultaba indiscutible que el señor Fabio Francisco Córdoba Mera sufrió una lesión física dentro de las instalaciones del Batallón Boyacá, mientras prestaba su servicio militar obligatorio, las razones de su defensa estaban encaminadas a controvertir lo solicitado en relación con los perjuicios alegados.

Señaló que por las lesiones sufridas por el señor Córdoba Mera con ocasión del impacto que recibió con arma de fuego, se adelantó un informativo administrativo a través del cual se le dictaminó el índice de pérdida de capacidad laboral sufrido y se ordenó el pago de la indemnización correspondiente, decisión que fue notificada y no fue objeto de impugnación alguna. Por tanto, no debe proceder reconocimiento alguno de indemnización por estos conceptos. Sostuvo que en la indemnización se reconoció hasta la pérdida de la capacidad auditiva, cuando esa lesión, como obra en el expediente, había sido adquirida con anterioridad a la prestación del servicio militar.

Indicó que no se demostró la afectación sufrida por las personas que acudieron al proceso en calidad de madre, hermanos y abuelos de la víctima, motivo por el cual expresó que no había lugar al reconocimiento de los perjuicios morales solicitados.

En cuanto a los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente, para el demandado tampoco debían ser reconocidos, comoquiera que no se probaron en debida forma, en la medida en que los documentos por medio de los cuales se pretendía su acreditación no fueron reconocidos por quien los suscribió, a pesar de que el reconocimiento fue oportunamente decretado.

Finalmente, en relación con los perjuicios fisiológicos, adujo que sólo procedía su reconocimiento en los casos en que existiera la pérdida de un órgano o función y que debe demostrarse la afectación a las condiciones de existencia, circunstancias que no habían ocurrido en el presente caso.

4.2.- La parte demandante.

Señaló que se encontraban acreditados los elementos configurativos de la responsabilidad del Estado, en tanto obra prueba de que para el momento de los hechos el señor Córdoba Mera se encontraba prestando el servicio militar

obligatorio, motivo por el cual existía el deber de protegerlo en su integridad física y dotarlo de los elementos indispensables para la prestación del servicio.

Narró que existen pruebas en el expediente que dan cuenta de que el señor Córdoba Mera ingresó en perfectas condiciones para la prestación del servicio, pero que durante el mismo, sufrió dos lesiones consistentes, la primera, en la pérdida de la capacidad auditiva la cual se habría producido por la práctica del polígono sin la protección requerida.

La segunda afectación, según el actor, consistió en la lesión intencional y premeditada producida por arma de fuego dentro de las instalaciones del Batallón. Expuso que a pesar de que en la investigación que se realizó por estos hechos se pretendió *“amañar”* la prueba en el sentido de tratar de demostrar que lo ocurrido fue un simple accidente, lo cierto era que existían serios indicios de la responsabilidad de la Administración, lo cual pondría en tela de juicio la *“artimaña engañosa y fraudulenta”* de tratar de desviar la investigación.

También sostuvo que la atención médica y hospitalaria que se le brindó a la víctima fue deficiente, tal como se podía observar del análisis de la historia clínica correspondiente.

En relación con los perjuicios, para el demandante, de acuerdo con el material probatorio, consideró que se encuentran acreditados, dado que el señor Córdoba Mera sufrió una pérdida funcional de uno de sus miembros, debido a la *“atrofia de los cuádriceps de la pierna izquierda”* y del *“trauma acústico que dejó como secuela hipoacusia del oído izquierdo de 20 decibeles”*, según se dictaminó en los distintos exámenes que se le practicaron.

4.3.- El llamado en garantía.

Expuso que según lo acreditado en el proceso, la detonación del arma de fuego se produjo de manera accidental, dado que cuando se encontraba haciéndole mantenimiento al revólver y en el instante en el cual *“montó el gatillo y cerró el tambor”* el arma cayó al piso, lo cual produjo el disparo y la herida en la pierna izquierda al señor Córdoba Mera.

De conformidad con lo anterior, sostuvo que incluso al más diligente, experto y precavido de los hombres se le puede soltar el revólver, circunstancia que supone la existencia de un caso fortuito, de manera que, concluyó, lo ocurrido bien podría enmarcarse dentro de la denominada culpa leve, pero no grave, puesto que al *“descargar el revólver se le quedó un proyectil, lo cual constituye un descuido leve, descuido ligero, es decir, no actuó como un buen padre de familia”*.

Indicó que el demandante tampoco había demostrado en el proceso los perjuicios económicos causados con el accidente, dado que según el concepto médico, a la víctima se le dictaminó una incapacidad de 25 días y no superior a 8 meses como se señaló en la demanda, al tiempo que durante el término de la incapacidad no devengaba emolumento alguno, puesto que se encontraba dentro del período del servicio militar.

En consecuencia, solicitó que se exonerara al llamado en garantía de toda responsabilidad.

4.4. El Ministerio Público.

Señaló que, en relación con la lesión del oído sufrido por la víctima, existía prueba que indicaba que tal lesión se generó con posterioridad a un ejercicio realizado en el polígono, al tiempo que, por el contrario, no se había logrado acreditar, como lo afirmó el demandado, que con anterioridad a que el señor Córdoba Mera ingresara al Batallón, ya presentaba dicha lesión.

Respecto de la lesión sufrida con el arma de fuego, el Ministerio Público sostuvo que se había ocasionado como consecuencia de la imprudencia y negligencia del cabo Monar Reyes, puesto que al estar en presencia de personal militar no debió proceder a hacerle mantenimiento al arma de su propiedad, además erró al no percatarse que no obstante haber descargado dicho instrumento, quedaba todavía un proyectil que finalmente fue el que impactó al señor Córdoba Mera, motivo por el cual puede establecerse que hubo una falla en el servicio.

Explicó que no se probó el daño emergente alegado, puesto que si bien se aportaron varios recibos, a través de los cuales se pretendía acreditar los costos en los cuales habría incurrido el demandante por concepto de la compra de unas muletas, lo cierto que tales documentos nunca fueron ratificados por la persona que los suscribió. En relación con el lucro cesante, arguyó que debía reconocerse la suma de \$ 3'000.000 alegada en la demanda, comoquiera que se demostró que la incapacidad había sido superior a 25 días. Respecto de los perjuicios morales precisó que había lugar a su reconocimiento pero en una cuantía inferior a la solicitada, estos es 300 gramos de oro para la víctima directa y 200 para la madre: en cuanto a los demás demandantes, indicó que debían negarse puesto que no se acreditaron.

En relación con el perjuicio fisiológico sostuvo que a pesar de que no se perdió órgano alguno, sí existió perturbación psicológica y una pérdida de capacidad auditiva, motivo por el cual había lugar a indemnizarlos.

Finalmente, consideró que se había probado que la conducta asumida por el llamado en garantía había sido gravemente culposa, por lo cual sostuvo que debía responder por la indemnización a la cual se condenara a la entidad demandada, por lo menos en una cuantía no menor al 20% de la misma.

5.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante sentencia proferida el 21 de febrero de 2002, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda porque consideró que las lesiones sufridas por el señor Fabio Francisco Córdoba Mera, ocurrieron por causa y razón de la prestación del servicio militar obligatorio.

Indicó que estaba probado que el señor Córdoba Mera fue incorporado al Ejército Nacional como soldado regular el 24 de julio de 1998, en el Batallón de Infantería No. 9 con sede en la ciudad de Pasto.

Encontró probado que durante la prestación del servicio, el 18 de noviembre de 1998, el señor Córdoba Mera fue lesionado con arma de fuego de propiedad del Cabo Segundo Raúl Monar Reyes. Según los testimonios obrantes en el proceso, el citado cabo se encontraba dialogando con varios soldados y mientras hacía mantenimiento a su revólver, al que previamente le había quitado las balas, ésta se cayó al suelo, situación que produjo la detonación y lesionó en la pierna izquierda al hoy demandante.

En cuanto a los perjuicios, únicamente reconoció los morales, puesto que los demás no se acreditaron.

Finalmente, en relación con el llamado en garantía, el Tribunal *a quo* calificó la conducta asumida por el llamado como gravemente culposa, dado que una persona con sus conocimientos no procedería, sin cerciorarse de que el arma está completamente descargada, a realizar labores de mantenimiento en un alojamiento militar en el cual se encontraban presentes varias personas.

En consecuencia, se condenó al llamado en garantía a reembolsar el 20% de la condena que debe pagar el demandado.

6.- La apelación.

Las partes presentaron recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, sin embargo, mediante auto del 18 de junio de 2003, el Magistrado Ponente de la época declaró desierta la impugnación formulada por la parte actora por no haberlo sustentado. Contra la anterior decisión no se formuló recurso alguno.

Por su parte, el demandado solicitó *“revocar la sentencia atacada y en su lugar proceder al reconocimiento de carencia de legitimación en la causa por activa de algunos demandantes”*.

Como fundamento de su impugnación expuso lo siguiente:

La providencia recurrida resolvió condenar a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - EJERCITO NACIONAL por las lesiones sufridas por el señor Fabio Francisco Córdoba Mera el 18 de noviembre de 1998 en las instalaciones del Batallón Boyacá y consecuencialmente condenó al pago de una indemnización por perjuicios morales para los demandantes que concurren en calidad de madre, hermanos y abuelos respectivamente (...). Ese reconocimiento por perjuicios morales para el señor Marlon Alberto Córdoba Mera, desconoce que en el informativo no obra prueba de la afectación moral que le produjeron las lesiones sufridas por su hermano lesionado, el cual no se presume respecto de los hermanos mayores de edad.

En cuanto a los perjuicios morales reconocidos al señor Fabio Francisco Córdoba Mera, expuso lo siguiente:

“Debe resaltarse que la Institución demandada reconoció al señor Fabio Francisco Córdoba Mera, por la incapacidad laboral adquirida, una indemnización de \$ 3'806.683.35, lo cual desvirtúa que se hubiera producido un detrimento patrimonial de sus ingresos como consecuencia de la incapacidad laboral. Al respecto, así se pronunció el Consejo de Estado: “Si a través de la seguridad social, el patrono traslada los riesgos a otra entidad (...) las prestaciones derivadas del accidente del trabajo tienen una naturaleza indemnizatoria y por lo tanto, en el evento de que exista culpa suficientemente comprobada del patrono constituyen un pago parcial de la indemnización plena a cargo de éste, independientemente de que le asista o no derecho de subrogación frente al patrono (...)”.

El llamado en garantía y el Ministerio Público guardaron silencio.

7.- Alegatos de conclusión en segunda instancia.

7.1. La parte demandada.

En cuanto a los perjuicios “*materiales*” (sic)¹ y morales reconocidos en la sentencia proferida por el Tribunal *a quo*, sostuvo que no había prueba de la afectación moral sufrida por el señor Marlo Alberto Córdoba Mera, tal como se había expuesto en el concepto rendido por el Ministerio Público en primera instancia.

7.2. La parte demandante².

Señaló que según el acervo probatorio obrante en el proceso, se encontraban acreditados los perjuicios materiales, morales y fisiológicos alegados, motivo por el cual solicitó que se condenara a la entidad demandada al pago de los mismos.

II. CONSIDERACIONES

1.- Competencia del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto de la referencia, comoquiera que se trata del recurso de apelación presentado contra la sentencia proferida en primera instancia³ por el Tribunal Administrativo de Nariño.

2.- Caducidad de la acción.

Se encuentra que la demanda se presentó dentro los dos años siguientes al hecho que habría dado origen a la presunta responsabilidad del ente demandado, dado que las circunstancias fácticas alegadas en la demanda ocurrieron el 18 de noviembre de 1998 (fl. 248 c 1) y la referida demanda se formuló el 24 de septiembre del año 1999 (fl. 1 c 1).

3.- Objeto del recurso de apelación.

Para la parte demandada el Tribunal *a quo* no debió reconocer los perjuicios morales al señor Marlon Alberto Córdoba Mera, puesto que en relación con los hermanos mayores de la víctima este perjuicio no se presume, sino que debe acreditarse, situación que no habría ocurrido en el presente caso.

De igual forma indicó que no había lugar tampoco a la indemnización reconocida a la víctima directa de los hechos que se debaten en esta oportunidad, dado que la

¹ Se recuerda que en la sentencia de primera instancia sólo hubo reconocimiento de perjuicios morales.

² Se precisa que si bien obra en el expediente un informe secretarial, según el cual el término concedido a las partes y al Ministerio Público para presentar alegatos, según providencia del 11 de julio de 2003, corrió desde el 23 de julio hasta el 5 de agosto de 2003, plazo durante el cual la parte demandante habría guardado silencio (fl. 430 c ppal), lo cierto es que, al parecer, por un error en la incorporación de un memorial, se encuentra que con posterioridad al citado informe obra un escrito allegado al Consejo de Estado el **14 de julio de 2003** (fls. 432-434 c-ppal), a través del cual la parte actora presenta sus alegaciones finales, razón por la cual puede concluirse que el citado demandante formuló de manera oportuna tales alegaciones.

³ La cuantía del proceso supera la exigida para que esta Corporación pueda conocer en segunda instancia de un proceso de reparación directa de conformidad con el Decreto 597 de 1988 -\$ 18'850.000-, teniendo en cuenta que la demanda se presentó en el año 1999 y la cuantía del proceso se estimó en la suma de \$ 68'136.000.

institución demandada había reconocido una indemnización por la incapacidad laboral adquirida, situación que desvirtuaba que el señor Fabio Francisco Córdoba Mera hubiere sufrido un “*detrimento patrimonial de sus ingresos*”.

No obstante las imprecisiones incurridas por el demandado en su impugnación, en especial aquella según la cual dicha parte parecería controvertir el reconocimiento de una indemnización por concepto de perjuicios materiales a favor del señor Fabio Francisco Córdoba Mera, cuando lo cierto es que en la sentencia de primera instancia sólo se condenó a la entidad demandada al pago de perjuicios morales, esta Subsección, acudiendo a la labor interpretativa que le corresponde al Juez y con el fin de resolver la totalidad de los extremos de la litis, procederá al análisis de los siguientes aspectos: *i)* incidencia de las sumas que la entidad demandada reconoce a título de prestaciones sociales respecto del análisis de la responsabilidad del Estado, y *ii)* si estuvo ajustada a derecho la decisión del Tribunal *a quo* de reconocerle perjuicios morales al señor Marlon Alberto Córdoba Mera, en su calidad de hermano mayor de la víctima.

Cabe aclarar que si bien el escrito de alegaciones finales presentado por la parte demandante estuvo encaminado a controvertir las decisiones proferidas en primera instancia, en el sentido de considerar que estaban acreditados los perjuicios materiales y fisiológicos que fueron negados en aquella providencia, es decir, el mencionado escrito, sin duda, tiene las características de un verdadero recurso de apelación, lo cierto es que, como se expuso con anterioridad, mediante auto del 18 de junio de 2003, el Magistrado Ponente de la época declaró desierta la impugnación que en su momento había formulado la parte actora, decisión contra la cual no se interpuso recurso alguno, motivo por el cual, en el presente caso, sólo hay lugar a estudiar las razones de inconformidad expuestas por la entidad demandada.

3.1. Incidencia de las sumas que la entidad demandada reconoce a título de prestaciones sociales respecto del análisis de la responsabilidad del Estado cuando se trata de daños sufridos por conscriptos.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido de manera reiterada que la indemnización que se llegare a reconocer cuando se encuentren probados los elementos que configuran la responsabilidad del Estado cuando se trata de daños causados a conscriptos, difiere o no se asimila a aquellos montos prefijados que por mandato legal reconoce la misma entidad demandada por concepto de prestaciones sociales, por la sola circunstancia de que la víctima pertenezca a la Fuerzas Militares y sufra un daño mientras presta su servicio, habida consideración de que estas últimas no tienen carácter indemnizatorio, puesto que se otorgan al margen de que el daño sea o no imputable al Estado⁴.

Al respecto ha señalado:

“La jurisprudencia de la Sala ha precisado en distintas oportunidades el régimen de responsabilidad aplicable a los eventos de daños causados a los soldados que prestan el servicio militar en calidad de conscriptos, es decir, aquellos que son reclutados de manera obligatoria (soldados regulares, bachilleres, campesinos etc.)⁵ que se diferencia del régimen jurídico aplicable por

⁴ Consejo de Estado. Sentencia del 1° de marzo de 2006. Exp. 13887. MP: Ruth Stella Correa Palacio.

⁵ Artículo 13 de la Ley 48 de 1993: El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio.

los daños causados al personal de la fuerza pública y de los organismos de defensa y seguridad del Estado que ingresan de manera voluntaria (personal de soldados voluntarios y profesionales, suboficiales y oficiales, personal de agentes de la Policía Nacional, detectives del DAS, entre otros)⁶.

En efecto, de tiempo atrás ha analizado la responsabilidad respecto de los conscriptos bajo el régimen objetivo del daño especial, determinado, por dos situaciones que deben concurrir:⁷ en primer lugar, por el rompimiento del equilibrio de la igualdad frente a las cargas públicas que se genera al ser incorporados, por mandato constitucional⁸ en los términos⁹ y salvo las excepciones consagradas por la Ley, a prestar el servicio militar de manera obligatoria, pese a que no todos los asociados están llamados a soportar tal situación y, en segundo lugar, por las mayores contingencias a las que están sometidos en relación con los demás miembros de la sociedad, por consiguiente, cuando sufren desmedro físico o fallecen por razón del servicio, el Estado asume la obligación de reparar todos los daños antijurídicos que se causen con ocasión del mismo, pues el conscripto sólo está obligado a soportar la restricción relativa de los derechos y libertades que resultan inherentes del ejercicio de la actividad militar. La anterior situación no se genera, en principio, con el segundo grupo, es decir, con el personal de las fuerzas armadas que se vincula de manera voluntaria en virtud de una relación legal y reglamentaria, como sucede, por vía de ejemplo, con el personal de Soldados Voluntarios, Soldados Profesionales, Suboficiales y Oficiales, porque al elegir su oficio consienten su incorporación y asumen los riesgos inherentes al mismo, a su turno, la Entidad estatal brinda la instrucción y el entrenamiento necesario para el adecuado desempeño de sus funciones, por consiguiente, si se concreta el riesgo que voluntariamente asumieron se genera la llamada por la doctrina francesa indemnización a forfait¹⁰⁻¹¹ de manera que, en principio, para

“ARTICULO 13º. 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.

“PARAGRAFO 1º. Los soldados, en especial los bachilleres, además de su formación militar y demás obligaciones inherentes a su calidad de soldado, deberán ser instruidos y dedicados a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y en especial a tareas para la preservación del medio ambiente y conservación ecológica.

“PARAGRAFO 2º. Los soldados campesinos prestarán su servicio militar obligatorio en la zona geográfica donde residen. El Gobierno Nacional organizará tal servicio tomando en cuenta su preparación académica y oficio.

⁶ Entre otras, Sentencia proferida dentro del radicado 12.799.

⁷ Sentencia proferida el 23 de abril de 2008 Exp. 15720.

⁸ Artículo 216 de la Constitución Política.

⁹ Artículo 3º de la Ley 48 de 1993.

¹⁰ Michel Paillet. La responsabilidad administrativa. Año 2001. Traducción: Jesús María Carrillo Ballesteros. Universidad Externadote Colombia

¹¹ A este respecto en sentencia de fecha 3 de mayo de 2007. Radicación 16200, la Sala precisó:

que la responsabilidad estatal surja en este tipo de eventos, además del riesgo inherente a la profesión debe ocurrir un hecho anormal generador de un daño que no se está obligado a soportar, evento en el cual surge el derecho a reclamar una indemnización plena y complementaria a la que surge de la esfera prestacional, bajo el régimen general de la responsabilidad de la administración, con las connotaciones propias en relación con los elementos estructurales y las causas extrañas enervantes del fenómeno jurídico. **Es de anotar que la Sala ha precisado que la "indemnización a forfait" y la indemnización plena no son, en principio, excluyentes entre sí, porque la primera tiene una causa legal, lo cual implica que debe pagarse de manera independiente a que la responsabilidad de la administración se halle o no comprometida por la ocurrencia de los hechos, en tanto la segunda tiene origen en la responsabilidad misma, proveniente del daño antijurídico que no está obligado a soportar el administrado**¹².

No obstante, en el caso de los conscriptos, cuando el daño tiene origen en irregularidades en la actividad de la administración, el análisis debe efectuarse a la luz del régimen general de responsabilidad civil extracontractual del Estado -falla en la prestación del servicio- y, en caso de no hallarse estructurada ésta, deberá acudir a los demás regímenes para efectuar el correspondiente estudio¹³ (Se resalta).

Así las cosas, independientemente de que en el presente asunto se hubiere reconocido el pago de suma alguna a la víctima directa del daño alegado por concepto de prestaciones sociales, en la medida en que, se reitera, este tipo de reconocimientos tienen una fuente distinta a aquella en la cual se fundamenta el análisis de la responsabilidad de Estado por los daños ocasionados a los conscriptos, debe concluirse que la indemnización reconocida por el Tribunal a quo, no resulta excluyente con el monto que hubiere pagado la entidad demandada, por tanto, no hay lugar a descontar de la suma a la cual se condenó a la Policía Nacional en favor del señor Fabio Francisco Córdoba Mera, el monto que hubiere reconocido dicha entidad por concepto de prestaciones sociales.

Con todo, aún en el evento en que se llegare a concluir que tanto el reconocimiento que realice la entidad demandada a título de prestaciones sociales, tuviere igual origen o fundamento respecto de la indemnización que se reconoce en la Jurisdicción Contencioso Administrativa por concepto de los daños imputables al Estado por los daños ocasionados a conscriptos, en el presente caso tampoco habría lugar a realizar el referido descuento, comoquiera que el pago prefijado y preestablecido previsto en la ley a cargo de la entidad demandada, se efectúa con fundamento, únicamente, en el tipo de lesión o enfermedad sufrida y en la gravedad de la misma, de manera que no tiene en cuenta, para nada, la angustia, la congoja, el sufrimiento, en fin, las aflicciones morales que sufre la víctima con el daño padecido, razón por la cual, en la medida

"...El mismo ordenamiento jurídico, se ha encargado de establecer un régimen prestacional de naturaleza especial, que reconozca esa circunstancia de riesgo connatural a las actividades que deben desarrollar estos servidores públicos, cuando quiera que resulten lesionados o muertos en razón y con ocasión del cumplimiento de sus funciones, por lo cual se puede afirmar que, desde este punto de vista, los miembros de tales instituciones se hallan amparados de un modo que generalmente excede el común régimen prestacional de los demás servidores públicos, en consideración al riesgo especial que implica el ejercicio de las funciones a su cargo..."

¹² Sentencia de marzo 1 de 2006, Exp. 14002 y Sentencia del 30 de agosto de 2007. Exp.15724.

¹³ Consejo de Estado. Sentencia del 25 de febrero de 2009. Exp: 15793. MP: Myriam Guerrero de Escobar.

en que el reconocimiento que en este sentido se hace no se fundamenta en el perjuicio moral sufrido por la víctima directa del daño, la indemnización que en este sentido y por este concepto llegare a establecerse en un proceso de responsabilidad que se adelante en esta Jurisdicción –como ocurrió en este caso-, tampoco da lugar a descuento alguno.

En consecuencia, el cargo objeto del presente análisis, formulado por el ente demandado debe despacharse desfavorablemente.

3.2.- La procedencia del reconocimiento de perjuicios morales a favor de los hermanos mayores de la víctima.

Para el demandado el Tribunal *a quo* no debió reconocer suma alguna a favor del señor Marlon Alberto Córdoba Mera, por concepto de perjuicios morales, comoquiera que de conformidad con la jurisprudencia respecto de los hermanos mayores de la víctima no opera la presunción de ocurrencia de perjuicios morales cuando se trata de los familiares cercanos a la víctima, de manera que existía la necesidad de que se probara este tipo de perjuicio, situación que no habría ocurrido en el presente caso.

Si bien en un primer momento la jurisprudencia de esta Corporación exigía que los hermanos mayores de la víctima probaran la ocurrencia de los perjuicios morales alegados, dado que frente a ellos no operaba la presunción antes anotada, lo cierto es que la jurisprudencia actual del Consejo de Estado no hace distinción entre la edad de los hermanos de la víctima para que sean cobijados por la referida presunción. Al respecto la Sala ha dicho:

*“Reclama el recurrente demandante, que sean reconocidos y decretados a favor de las hermanas de la señora Blanca Dolly Salazar Ramírez, pues la tendencia jurisprudencial, es que este daño se presume para los familiares cercanos, **sin que tenga relevancia la edad de éstos.***

En efecto, la simple acreditación del parentesco, para los eventos de perjuicios morales reclamados por abuelos, padres, hijos, hermanos y nietos cuando alguno de estos haya muerto o sufrido una lesión - esta última sin importar que sea grave o leve, distinción que no tiene justificación práctica y teórica alguna para efectos de la presunción del perjuicio, sino, por el contrario se relaciona con el grado de intensidad en que se sufre - , a partir del contenido del artículo 42 de la Carta Política¹⁴, debe presumirse, que el peticionario los ha padecido”¹⁵.

Así las cosas, dado que la aplicación de la mencionada presunción opera en relación de los parientes más cercanos de la víctima, entre ellos los hermanos, incluso cuando éstos sean mayores de edad, esta Subsección confirmará la decisión preferida por el Tribunal *a quo* consistente en el reconocimiento de perjuicios morales a favor del señor Marlon Alberto Córdoba Mera, comoquiera

¹⁴ “La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla.

“El Estado y la sociedad garantizarán la protección integral de la familia. La ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables.

“(…)”.

¹⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 1º de octubre de 2008. Exp. 27268. MP: Enrique Gil Botero, entre muchas otras providencias.

que obra en el proceso el registro civil de nacimiento por medio del cual se acreditó su parentesco¹⁶.

4.- Condena en costas.

Comoquiera que no se evidencia temeridad, ni mala fe de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas de conformidad con lo reglado en el artículo 171 del C.C.A., modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

F A L L A :

PRIMERO: Confírmase la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Nariño, el 21 de febrero de 2003, por las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS A. ZAMBRANO BARRERA

¹⁶ Folios 16 y 17 cuaderno 1°.