

DAÑO ESPECIAL - Título de imputación. Aplicación del régimen objetivo en muerte de soldado conscripto / SOLDADO CONSCRIPTO - Daño especial. Título de imputación en muerte de soldado conscripto que se ahogó en pozo cuando realizaba operación militar / PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA - Aplicación en proceso ante la falta de soporte probatorio para la demostración del título de imputación por falla del servicio. Acción de Reparación directa / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Principio iura novit curia y su aplicación para impartir responsabilidad estatal ante ausencia del título de falla del servicio

El supuesto de responsabilidad endilgado con fundamento en la falla en el servicio no encuentra soporte probatorio en el expediente, de manera que la argumentación de la parte recurrente en este preciso sentido no tiene vocación de prosperidad, sin embargo, en aplicación del principio iura novit curia, de cara a los hechos probados, la Sala considera que en el presente asunto el régimen aplicable es de carácter objetivo, con fundamento en el daño especial. Es así como se tiene establecido que el soldado Edwan Edilson Torres Baquero, durante la prestación del servicio militar obligatorio, falleció en el servicio, por causa y razón del mismo, en ese orden el daño por el cual se depreca la responsabilidad del Estado le resulta imputable, razón por la cual debe indemnizarlo, como quiera que en consideración al estado de conscripción en el que se encontraba el soldado Torres Baquero, únicamente le asistía el deber de soportar aquellas limitaciones o inconvenientes inherentes a la prestación del servicio militar obligatorio, como la restricción a los derechos fundamentales de locomoción, libertad, etc., sin embargo se advierte que durante la ejecución de su deber constitucional le sobrevino la muerte en labores ajenas al combate o manipulación de elementos considerados peligrosos, de allí que el sometimiento a una carga pública mayor, en razón de la conscripción, sea la causa de imputación del daño antijurídico a la demandada, por cuanto en dicho caso, el soldado conscripto no comparte ni asume ese tipo de riesgos con el Estado.

PERJUICIOS MORALES - Indemnización. Aplicación del principio arbitrio iuris / PERJUICIOS MORALES - Indemnización. Prueba del daño

La indemnización que se reconoce a quienes sufran un daño antijurídico, tiene una función básicamente satisfactoria y no reparatoria del daño causado y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo tanto, corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante en virtud del principio de arbitrio iuris. La magnitud del dolor puede ser apreciada por sus manifestaciones externas y por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba. (...) Igualmente se ha definido en diversos pronunciamientos que la condición personal de la que pende la demostración del daño es la de "damnificado", puesto que: "tanto el parentesco dentro de ciertos grados (padres, hijos y hermanos), como el vínculo matrimonial, hacen presumir tal condición y por consiguiente la legitimación". Se ha explicado igualmente que "en el proceso de reparación directa no interesa la calidad de heredero sino de damnificado y esta se demuestra a lo largo del proceso". (...) De esta manera se precisó -y ahora se reitera- que no se puede confundir la prueba del estado civil con la prueba de la legitimación material en la causa. Cuando la jurisprudencia partió de la prueba del parentesco para deducir, judicialmente, que una persona se halle legitimada materialmente por activa, lo ha hecho porque infiere de la prueba del estado civil -contenida en el registro o en la copia de éste-, su estado de damnificado, porque de ese registro infiere el dolor moral. Es por ello

que cuando el demandante no acredita el parentesco -relación jurídica civil- y, por tanto, no se puede inferir el dolor, debe demostrar la existencia de éste para probar su estado de damnificado y con ello su legitimación material en la causa -situación jurídica de hecho. Puede concluirse de lo que se deja visto que con la demostración del estado civil se infiere el daño -presunción de damnificado-, y probando el daño, se demuestra el estado de damnificado. Este entendimiento es congruente con la posición recientemente reiterada por la Sala Plena de la Sección Tercera, en el sentido de señalar la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan.

NOTA DE RELATORIA: Con relación a este tema, ver las sentencias: 1° de octubre de 1993, exp. 6657; 26 de octubre de 1.993, exp. 7793 y 2 de junio de 2004, exp. 14950. En lo referente a la necesidad de acreditación del daño ver el fallo de 23 de agosto de 2012, exp. 24392

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D. C., siete (7) de noviembre de dos mil doce (2012).

Radicación número: 25000-23-26-000-2000-00066-01(27232)

Actor: FREDESMINDA BAQUERO LASSO Y OTROS

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por las partes, en contra de la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2003, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, por medio de la cual se accedió parcialmente a las súplicas de la demanda.

I.-ANTECEDENTES

Los señores FREDESMINDA BAQUERO LASSO, quien actúa en nombre propio y en representación de su hijo menor IVAN DARIO TORRES BAQUERO, así como HUGO PABEL CLAVIJO BAQUERO, WILLIAM CLAVIJO BAQUERO,

CIRO CLAVIJO BAQUERO, MARIA ENITH TORRES BAQUERO, FREDY ANDREA TORRES BAQUERO y NUBIA NELLY BAQUERO, mayores de edad, por conducto de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa instaurada en contra de la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL-, solicitaron que se declare a la demandada patrimonialmente responsable de todos los perjuicios de orden moral y material que les fueron irrogados con ocasión de la muerte del soldado regular EDWAN EDILSON TORRES BAQUERO, en hechos ocurridos el 9 de septiembre de 1999, en la Vereda Buenas Tardes, jurisdicción del Municipio de Pasca, Cundinamarca.

Consecuencialmente solicitaron que se la condene a pagar a su favor las siguientes indemnizaciones:

Por concepto de perjuicios morales para Fredesminda Baquero Lasso, la suma equivalente a dos mil (2000) gramos de oro fino, en su condición de madre de la víctima. Así mismo, para Hugo Pabel Clavijo Baquero, William Clavijo Baquero, Ciro Clavijo Baquero, Nubia Nelly Baquero, María Enith Torres Baquero, Fredy Andrea Torres Baquero e Iván Darío Torres Baquero la suma equivalente a quinientos (500) gramos de oro fino, para cada uno de ellos en su calidad de hermanos del occiso.

Por concepto de perjuicios materiales, a favor de la señora Fredesminda Baquero Lasso, se pidió que se liquidara la condena teniendo en consideración la vida probable de la demandante y de la víctima, así como el salario mensual que recibía el fallecido antes de ser reclutado para el servicio militar obligatorio o, en subsidio, el salario mínimo legal vigente para septiembre de 1999, incrementado en un 30% por concepto de prestaciones sociales, valor actualizado según la variación del índice de precios al consumidor entre septiembre de 1999 y el momento en que se haga la liquidación aplicando la fórmula de matemáticas financieras aceptada por el Consejo de Estado.

Como **fundamentos fácticos** de sus pretensiones expusieron los que la Sala se permite reseñar de la manera que sigue:

Se afirmó en la demanda que el día 9 de septiembre de 1999, mientras realizaba un desplazamiento en el marco de la Operación Pelicano, a la altura de la vereda Buenas Tardes en la jurisdicción del Municipio de Pasca, Cundinamarca, el soldado regular Edwan Edilson Torres Baquero cayó a un pozo de agua, en donde falleció ahogado.

Aseguraron los actores que la muerte del conscripto se produjo como consecuencia de una falla del servicio, dado que no se tomaron las medidas de seguridad requeridas para evitar el accidente, violándose de esta manera el Manual de Normas de Seguridad contra Accidentes, aprobado mediante la Disposición N. 00005 de 1978, lo que configuró la responsabilidad patrimonial de la Administración en los términos del artículo 90 constitucional.

Frente a las relaciones familiares se indicó que Edwan Edilson Torres Baquero vivía en la misma casa con sus padres y sus hermanos, con quienes tenía una relación armoniosa de cariño, afecto y de ayuda mutua.

La demanda presentada el 13 de diciembre de 1999¹, fue admitida por auto del 4 de febrero del 2000² y notificada en legal forma al Ministerio Público el 10 de febrero de 2000³ y a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional el día 15 de mayo de las mismas calendas⁴.

Dentro del término de fijación en lista la demandada dio contestación al libelo para oponerse a las pretensiones⁵, al estimar que la muerte del soldado Torres Baquero no ocurrió como consecuencia de una falla del servicio que le fuera imputable, por cuanto no existía en el expediente ninguna prueba contundente que permitiera señalar la responsabilidad del Estado.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante auto del 25 de julio de 2000⁶ abrió el proceso a pruebas y, por auto de 23 de mayo de 2002⁷, previo fracaso de la audiencia de conciliación convocada a petición de la demandante, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para rendir concepto de fondo.

En esta oportunidad procesal la parte demandada presentó un recuento de las pruebas obrantes en el expediente y señaló que la muerte del soldado Torres Baquero obedeció a un caso fortuito, pues cayó accidentalmente a un lago artificial que estaba cubierto con plantas y que, al no saber nadar, se hundió a pesar de los intentos de sus compañeros por rescatarlo. A su juicio, no se evidenció ninguna intervención instrumental o personal de la Institución, por lo que solicitó la negación de las pretensiones formuladas en la demanda⁸.

Por su parte, la parte actora destacó que, de acuerdo con el informe administrativo por muerte No. 013, correspondiente al soldado EDWAN EDILSON TORRES BAQUERO, su fallecimiento ocurrió en el servicio, por causa y razón del mismo, deceso que se produjo al no tomarse las medidas de seguridad necesarias para evitar el accidente, pues, de conformidad con lo contemplado en el Manual de Normas de Seguridad contra Accidentes, aprobado mediante la Disposición No. 00005 de 1978, el comandante *“debe desarrollar una permanente y definida política de seguridad y prevención de los riesgos en todos los órdenes, para garantizar la supervivencia de su unidad.”*

Agregó que a la luz de la jurisprudencia, la muerte del recluta resultaba igualmente imputable bajo el régimen del *“riesgo especial”*, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política.

El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

I.I.-LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Tercera – Sala de Descongestión, mediante sentencia proferida el 10 de diciembre de 2003⁹,

¹ Folio 21 del cuaderno principal No.1.

² Folio 24 a 25 del cuaderno principal No.1.

³ Folio 25 Vto. del cuaderno principal No.1.

⁴ Folio 27 del cuaderno principal No.1.

⁵ Folios 32 a 37 del cuaderno principal No. 1.

⁶ Folios 39 del cuaderno principal No. 1.

⁷ Folio 85 del cuaderno principal No. 1.

⁸ Folios 86 a 88 del cuaderno principal No. 1.

⁹ Folios 96 a 107 del cuaderno de segunda instancia.

resolvió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda al estimar que por tratarse del daño sufrido por un concripto, correspondía a la entidad demandada velar por su integridad y salud, reincorporándolo a la vida civil en las mismas condiciones físicas y síquicas que tenía al momento de ser admitido en el servicio militar obligatorio, de manera que era predicable la responsabilidad estatal bajo el régimen de riesgo excepcional, como quiera que la muerte del soldado Torres Baquero ocurrió en desarrollo de una misión de patrullaje, con ocasión y por causa del servicio.

Se condenó al pago de perjuicios morales en la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Fredesminda Baquero Lasso, en su condición de madre de la víctima; 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de su hermano menor Iván Darío Torres Baquero y 30 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de María Enith Torres Baquero y Fredy Andrea Torres Baquero, hermanas mayores del occiso.

Se denegó la indemnización por este concepto respecto de Hugo Pabel, William, Ciro y Nubia Nelly Clavijo Baquero, hermanos mayores por parte de madre de Edwan Edilson Torres Baquero, al considerar que no se encontraba demostrada su afectación moral, máxime cuando no convivían con el fallecido, pues según los testimonios recaudados, vivían fuera de la ciudad.

Por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante se reconoció indemnización, a favor de Fredesminda Baquero Lasso, en la suma de \$15.666.562.

I.II.- EL RECURSO DE APELACION

1. El recurso de la parte demandante

De manera oportuna¹⁰, la parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la providencia de primera instancia, para solicitar su revocatoria parcial y que, en consecuencia, se incremente la indemnización por concepto de perjuicios morales a favor de María Enith Torres Baquero y Fredy Andrea Torres Baquero, en la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una de ellas. Así mismo, que se reconozca la indemnización correspondiente, por este mismo concepto, a favor de Hugo Pabel Clavijo Baquero, William Clavijo Baquero, Ciro Clavijo Baquero y Nubia Nelly Baquero, teniendo en consideración los parámetros señalados en la jurisprudencia de esta Corporación.

Señaló, como motivo de su inconformidad, que en el proceso se acreditó el parentesco de los demandantes y sus buenas relaciones con la víctima, de manera que el hecho de no convivir con él y tener asiento fuera de la ciudad no implicaba que la muerte de su hermano no los hubiera afectado, por lo que la indemnización era procedente y debía tasarse en 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos, según lo señalado en la jurisprudencia reiterada en la materia.

2. El recurso de la parte demandada

¹⁰ Recurso presentado el 16 de diciembre de 2.003 obrante a folio 109 del cuaderno de segunda instancia, debidamente sustentado en tiempo mediante escrito radicado el 14 de mayo de 2.004 obrante a folios 119 y 120 del mismo cuaderno.

Por su parte, la demandada interpuso recurso de apelación en contra de la providencia de primera instancia, para solicitar su revocatoria y pedir que se nieguen las pretensiones de la demanda¹¹.

Para sustentar el recurso, la entidad sostuvo que el *a quo* desconoció que el soldado dispensaría ayuda económica a su madre hasta la edad de 25 años, momento en el cual se supone que una persona se independiza del hogar paterno. Además, censuró que no se hubiera analizado que la víctima no sabía nadar, formación que no se imparte en el servicio por no ser una actividad propia de la vida militar, situación que quedó consignada en el respectivo informe administrativo, en donde se precisó que dos de sus compañeros trataron de rescatarlo sin éxito.

En este sentido, afirmó que la actividad que desplegaba el grupo de soldados no era parte de la instrucción militar, sino de operaciones propias de su función, tales como patrullar, vigilar y combatir, por lo que no se dan los supuestos para derivar la responsabilidad del Estado por falla en el servicio.

2. El trámite de segunda instancia

El recurso planteado en los términos expuestos, fue admitido el 13 de agosto de 2004¹² y por auto del 17 de septiembre del mismo año¹³ se corrió traslado a las partes para que alegaran de conclusión y al Ministerio Público para que, si lo consideraba pertinente, rindiera concepto de fondo, oportunidad procesal que transcurrió en silencio¹⁴.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

II.- CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por las partes demandante y demandada en contra de la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2003, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca - Sección Tercera - Sala de Descongestión, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, dado que la demanda se presentó el 13 de diciembre de 1999¹⁵ y la pretensión mayor se estimó en dos mil (2000) gramos de oro, equivalentes a la suma de \$34.181.800, por concepto de perjuicios morales, mientras que el monto exigido en ese año para que un proceso adelantado en ejercicio de la acción de reparación directa tuviera vocación de doble instancia era de \$18.850.000.¹⁶

2. Ejercicio oportuno de la acción

¹¹ Recurso presentado el 18 de diciembre de 2003 obrante a folio 110 del cuaderno de segunda instancia, debidamente sustentado en tiempo mediante escrito radicado el 2 de julio de 2004 obrante de folios 123 a 124 del mismo cuaderno.

¹² Folio 126 del cuaderno de segunda instancia.

¹³ Folio 128 del cuaderno de segunda instancia.

¹⁴ Junto con la sustentación del recurso de alzada, la parte actora allegó sus alegatos de conclusión, en donde reiteró la misma argumentación expuesta en apoyo de su apelación -*Folios 115 a 118 del cuaderno de segunda instancia*-.

¹⁵ Folio 21 del cuaderno principal No. 1.

¹⁶ Decreto 597 de 1988.

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984¹⁷, la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos 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 sub examine la responsabilidad administrativa que se demanda se origina en la muerte del soldado Edwan Edilson Torres Baquero, en hechos ocurridos el 9 de septiembre de 1999 y como quiera que la demanda se interpuso el día 13 de diciembre del mismo año, resulta evidente que la acción se propuso dentro del término previsto por la ley.

3. El caso concreto

Pretenden los actores que se declare a la demandada patrimonialmente responsable de todos los perjuicios de orden moral y material que les fueron irrogados con ocasión de la muerte del soldado regular Edwan Edilson Torres Baquero, en hechos ocurridos el 9 de septiembre de 1999, en la Vereda Buenas Tardes, jurisdicción del Municipio de Pasca, Cundinamarca.

Así las cosas, para resolver el caso concreto, debe establecerse, en primer término, si se produjo el daño alegado en la demanda para, luego, entrar a definir si el mismo es antijurídico y si le resulta imputable a la parte demandada.

4. Lo probado en el proceso

En atención al material probatorio obrante en el expediente, recaudado oportunamente y con el lleno de los requisitos legales, se tiene debidamente acreditado lo siguiente:

- Que el señor Edwan Edilson Torres Baquero falleció el 9 de septiembre de 1999, tal como se desprende del contenido de la copia auténtica de su registro civil de defunción¹⁸. En igual sentido se allegó copia auténtica del protocolo de necropsia No. 0127/1999¹⁹, diligencia que arrojó como conclusión que la manera de muerte fue accidental, por “HIPOXIA TISULAR AGUDA SECUNDARIA EDEMA PULMONAR DEBIDO A ASFIXIA MECÁNICA (AHOGAMIENTO SUMERSIÓN)”.
- De conformidad con el resultado de los estudios de toxicología forense practicados a las muestras de sangre tomadas al cadáver del señor Edwan Edilson Torres Baquero, se estableció la presencia de alcohol etílico en una concentración de cuarenta y nueve coma siete miligramos por cien mililitros de sangre (49,7 mg%)²⁰.

¹⁷ Normatividad 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.*”

¹⁸ Documento que reposa a folio 10 del cuaderno de pruebas.

¹⁹ Folios 33 a 35 del cuaderno de pruebas, remitido mediante Oficio No. 388/2000 del 1 de septiembre de 2000, suscrito por el Médico Profesional Universitario Forense, Jefe de la Unidad Local de Fusagasugá del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, obrante a folio 32 del mismo cuaderno.

²⁰ Folios 36 a 37 del cuaderno de pruebas, remitido mediante Oficio No. 00-1-01042 del 18 de agosto de 2000 expedido por el Médico Profesional Universitario Forense, Jefe de la Unidad Local Fusagasugá, obrante a folio 32 del mismo cuaderno.

- Con la copia auténtica de la Resolución No. 00955 de 23 de marzo de 2000²¹, suscrita por el Director de Prestaciones Sociales del Ejército Nacional, se demostró que el señor Edwan Edilson Torres Baquero tenía la calidad de **soldado regular**, identificado con el Código Militar No. 80100605825, quien ingresó a la institución el 8 de enero de 1999 y fue dado de baja por defunción el 9 de septiembre de 1999.

Frente a las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodearon el fatídico hecho, está acreditado que el deceso ocurrió el 9 de septiembre de 1999, cuando, en el marco de labores operativas de control militar, el soldado Torres Baquero cayó a un lago artificial que estaba cubierto de plantas, sin que fuera posible rescatarlo. En este sentido, el Comandante del Batallón de Infantería No. 39 Sumapaz rindió el correspondiente informe²², de donde se extrae lo siguiente:

“El día 09 de Septiembre de 1.999 a las 19:00 horas aproximadamente, cuando la Patrulla DRAGON 4 ejercía Control Militar de área en el Municipio de Pasca, donde siendo las 17:30 horas del día se realizaba un registro hacia la Vereda Buenas Tardes, el Soldado TORRES BAQUERO EDUAN (sic) EDILSON CM No. 79921237 (sic) estaba de puntero y accidentalmente cayó en un lago artificial cubierto de Plantas Verdes por encima, a las 18:45 el Soldado RODRIGUEZ ROMERO JULIAN, trató de rescatarlo pero fue imposible puesto que el Soldado TORRES BAQUERO no sabía nadar y se hundió hacia lo profundo, en ese momento el Soldado RUEDA LUIS FERNANDO quien es un experto nadador trató de sacarlos (sic) sin lograrlo, el Soldado TORRES fue sacado del pozo con un gancho encastrado en una soga, pero ya había fallecido, portaba el morral de Guerra. 4 proveedores, 2 granadas de fusil, una granada de mano, el fusil fue encontrado por los bomberos a las 21:00 horas.”

- Está probado que por la muerte del soldado Torres Baquero se adelantó una indagación preliminar, por parte del Juzgado Quinto de Instrucción Penal Militar, adscrito a la Décimo Tercera Brigada del Ejército Nacional²³, Despacho que mediante auto de 23 de marzo de 2000²⁴ se abstuvo de abrir investigación penal, al considerar que no existía mérito para ello, toda vez que el fallecimiento se produjo en forma accidental.

- Los testimonios recaudados en la citada indagación preliminar²⁵ permiten tener como probado que el soldado Torres Baquero no sabía nadar, tal como lo

²¹ Obrante a folio 91 del cuaderno de pruebas, allegada mediante el Oficio No. 34 842- JEDEH-DIPSO-PET-177 de 19 de septiembre de 2000, que reposa a folio 90 del mismo cuaderno.

²² Folios 192 y 193 del cuaderno de pruebas, remitido mediante Oficio No. 7310 del 28 de marzo de 2001 suscrito por el Teniente Coronel Idelfonso González Solano, obrante a folio 171 del mismo cuaderno.

²³ Copia auténtica de la indagación preliminar obra de folios 101 a 160 del cuaderno de pruebas.

²⁴ Folios 158 y 159 del cuaderno de pruebas.

²⁵ Es procedente la valoración de los testimonios recaudados en la indagación preliminar, toda vez que se trata de una prueba trasladada practicada por la misma parte contra la cual se aduce. En este sentido, la Sala, en sentencia de 12 de septiembre de 2012, expediente 26.865, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón, señaló: “... encuentra la Sala que las pruebas contenidas en el proceso adelantado por la Justicia Penal Militar pueden ser valoradas porque las mismas fueron trasladadas al sub lite por solicitud expresa de la parte actora y porque aquellas fueron practicadas con audiencia de la entidad demandada, toda vez que fue esa la autoridad que tramitó y decidió el respectivo proceso, de forma tal que aquella no sólo conoce todas las pruebas en él practicadas sino que estuvo en condición de controvertirlas al decidir la controversia”. Sobre esta posición puede consultarse, entre otras, la sentencia de 29 de septiembre de 2011, Expediente 25000-23-26-000-1998-05928-01 (23.182), Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

refirieron sus compañeros Maury William Guaqueta López²⁶ y Wilman Juan Gerardo Rojas Arias²⁷, quienes junto al occiso hacían parte del grupo de militares que realizaba el desplazamiento en la Vereda Buenas Tardes del Municipio de Pasca para la fecha de los hechos.

En torno a las circunstancias en que ocurrió el fallecimiento de su compañero, otros testigos relataron que Torres Baquero cayó a una especie de pozo artificial utilizado para el riego de cultivos, el cual estaba cubierto con vegetación y que, a pesar de los intentos, no fue posible rescatarlo con vida.

En este sentido, el Cabo Segundo Alex Saul Restrepo Echeverri expuso²⁸:

“Estábamos en un registro en la parte alta de la Vereda Buenas Tardes, veníamos de Pasca, como a las cinco de la tarde, ayer 09 de septiembre de 1999, como a las 17:00 horas hicimos un alto para hacer un registro, a la parte baja de la carretera, para efectuar un retén, el SL. TORRES BAQUERO era el puntero, yo iba en la escuadra como de tercero o cuarto, cuando el soldado RODRIGUEZ ROMERO gritaba que el soldado puntero se había caído a un charco, entonces yo empecé a gritar a mi Teniente GUAQUETA, que pasara al frente, en ese instante yo pasé a la punta, eso fue cuestión de menos de treinta segundos, cuando vi que el SL. RODRIGUEZ ROMERO le mandó la mano para que se agarrara de la mano, pero a TORRES se lo tragó el charco, ROJAS ARIAS se tiró al charco a ver si era capaz de sacarlo, pero no pudo, luego se tiró el SL. RUEDA LUIS y tampoco, lo estuvimos buscando hasta que llegaron los bomberos, yo me fui a conseguir una retroexcavadora para ver si se podía sacar pero cuando llegué al sitio ya habían sacado al soldado muerto.”

El Subteniente Maury William Guaquetá López, quien comandaba el pelotón, manifestó²⁹:

“Inicialmente nosotros estábamos en Pasca ayer 09 de septiembre, aproximadamente a las 12:00 horas empezamos movimiento por el área hacia la Vereda Buenas Tardes, haciendo registro y control militar sobre la parte alta de dicho municipio, aproximadamente a las 18:00 horas llegamos hacia una parte predominante, tomamos el dispositivo para registrar el sector de la Vereda Buenas Tardes y montar retén como lo ordenó el Comando del Batallón. Dejamos los equipos en el sector y empezamos a descender para registrar el sector, siendo aproximadamente las 18:45 horas el SL. ROJAS ARIAS WILMER JUAN GERARDO y el CS. RESTREPO ECHEVERRI ALEXANDER empezaron a gritar a llamarme que fuera urgente, yo me encontraba entre la segunda y tercera escuadra, como a unos 50 o 60 metros y yo me fui corriendo y encontré al SL. ROJAS sin camisa tirándose a tratar de sacar al SL. TORRES BAQUERO de un pozo artificial que sirve para riego de cultivos, después el soldado RUEDA LUIS FERNANDO, quien es experto nadador, se lanzó a tratar de sacar al soldado amarrado de una soga, hizo varios intentos por sacarlo sin lograr ningún resultado, en ese

²⁶ El testigo manifestó: “El soldado no sabía nadar, él le tenía pánico al agua, los soldados del pelotón me comentaron que cuando él estaba en la compañía de instrucción en Tolemaida y estaban en ejercicios de terreno, y les tocaba baño a las orillas del río, él le daba miedo y lo hacía casi en la orilla, evitando la profundidad”. Folio 104 del cuaderno de pruebas.

²⁷ Dijo el declarante: “No sabía nadar, porque yo le quería enseñar en Jamaica y en Tolemaida, pero él le tenía mucho miedo al agua.” Folio 106 del cuaderno de pruebas.

²⁸ Folio 103 del cuaderno de pruebas.

²⁹ Folio 104 del cuaderno de pruebas.

mismo instante se informó al Comando del Batallón los hechos y se pidió apoyo de los bomberos como último recurso, se hicieron después intentos, siendo las 20:00 horas con un gancho, logrando así sacar al SL. TORRES BAQUERO, ya fallecido y después se encontró el fusil cuando llegaron los bomberos.”

El Soldado Wilman Juan Gerardo Rojas Arias señaló³⁰:

“TORRES venía de puntero, porque él tenía familia en Pasca, entonces venía punteando, íbamos bajando así cuando el SL. RODRIGUEZ ROMERO gritó y yo corrí hacia adelante a ver qué era, cuando miré fue cuando RODRIGUEZ me dijo que TORRES se estaba hundiendo en un pozo que había y se miraba porque estaba lleno de lama, (...) yo me quité las botas y el armamento y me tiré, pero no lo pude encontrar porque el barro me chupaba hacia abajo y en la orilla no tocaba fondo, el frío no lo dejaba mover a uno dentro del agua, y en el centro del pozo que yo me dejé sumergir, la tierra me chupaba hacia abajo, después volví a salirme, me tocó salirme porque estábamos muy asustados y el agua muy fría, salimos y se botó otro soldado, el SL. RUEDA y tampoco lo encontró, nos salimos los dos y consiguieron un lazo y nos amarrábamos con el lazo y nos tirábamos, pero no lo podíamos encontrar por ningún lado, tal vez por el peso del armamento se hundió mucho, nosotros hicimos lo que pudimos pero fue imposible...”

Por su parte, el soldado Julián Alfredo Rodríguez Romero narró³¹:

“... como nos mandaron a hacer un retén descargamos el equipo y nos fuimos a hacer un registro, (...) cuando yo oí el grito de TORRES, dijo “auxilio” y fue cuando yo me acerqué porque yo iba de segundo, cuando llegué fue cuando vi el lago, una parte como despejada porque tenía matas por encima, como un tapete como plástico, solamente cuando llegué vi la mano del soldado TORRES que se hundía y yo le grité “agárrese de mi fusil”, pero no alcanzó a cogerlo, yo le alcancé mi mano para cogerlo y no alcancé porque estaba bastante retirado, yo grité “mi cabo mi cabo”, y ahí llegó mi cabo RESTREPO ECHEVERRI y ROJAS ARIAS, y como ROJAS sí sabía nadar, porque yo no sé nadar”, él se tiró al agua, se sumergió y no lo encontró, los soldados que sabían nadar también se lanzaron, pero como que en el fondo era solo barro y tampoco lo encontraron...”

- Se encuentra igualmente probado que el Cuarto pelotón - Dragón 4, del cual hacía parte la víctima, desarrollaba la orden de operaciones “Pelícano”³², dirigida a ejercer control militar en el área del Municipio de Pasca, como unidad de reserva y de apoyo inmediato a otras dos unidades, por lo que en el marco de tal operación, al momento de los hechos, transitaba hacia la Vereda Buenas Tardes.

- Según el concepto emitido para el informativo prestacional por el Comandante del Batallón de Infantería No. 39 Sumapaz, la muerte del soldado Torres Baquero ocurrió en el servicio, por causa y razón del mismo³³.

³⁰ Folio 106 del cuaderno de pruebas.

³¹ Folio 108 del cuaderno de pruebas.

³² Copia autentica obrante a folio 178 a 180 del cuaderno de pruebas, remitida mediante oficio No. 7310 / DIV5-BISUM-SI-SLR-129 de 17 de marzo de 2001, obrante a folio 171 del mismo cuaderno.

³³ Folio 194 del cuaderno de pruebas. remitido mediante oficio No. 7310 / DIV5-BISUM-SI-SLR-129 de 17 de marzo de 2001, obrante a folio 171 del mismo cuaderno.

- Con la copia auténtica del expediente prestacional No. 00886³⁴, se acreditó que a los señores Fredesminda Baquero Lasso y Baldomero Torres Cristancho se les reconoció una compensación por la muerte de su hijo, en la suma global de \$15'842.844, pagadera a razón del cincuenta por ciento para cada uno de ellos³⁵.

5. La imputabilidad del daño a la demandada

Según se expuso en la demanda, el daño antijurídico por el que se pretende reparación, consiste en la muerte de Edwan Edilson Torres Baquero, ocurrida el 9 de septiembre de 1999, según se alegó en la demanda, como consecuencia de una falla en el servicio, pues no se tomaron las debidas precauciones para evitar la ocurrencia del accidente, según las disposiciones contenidas en el Manual de Normas de Seguridad contra Accidentes para las Fuerzas Militares, lo que a juicio de los demandantes conlleva que la entidad deba resarcir los perjuicios ocasionados, pues existía a su cargo la obligación de proteger la vida del conscripto Torres Baquero.

De lo probado en el expediente y analizado en precedencia, es claro que la muerte del señor Edwan Edilson Torres Baquero está debidamente acreditada, por lo que debe analizarse ahora si la misma resulta imputable a la entidad demandada.

Ahora bien, en relación con la **imputación jurídica** del daño, debe decirse que la Sala Plena de la Sección, en sentencia de 19 de abril de 2012³⁶, unificó su posición para señalar que, al no existir consagración constitucional de ningún régimen de responsabilidad en especial, corresponde al juez encontrar los fundamentos jurídicos de sus fallos, por lo que los títulos de imputación hacen parte de los elementos argumentativos de la motivación de la sentencia. En este sentido se expuso:

“En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación.

En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia.”

³⁴ Documento obrante de folios 206 a 286 del cuaderno de pruebas.

³⁵ Según lo dispuesto en la Resolución No. 00955 de 23 de marzo de 2000, obrante a folios 91, 208 y 209 del cuaderno de pruebas.

³⁶ Expediente 21.515, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

Lo anterior resulta plenamente armónico con lo que la jurisprudencia de la Sección ha manifestado en relación con los títulos de imputación aplicables a los daños causados a los soldados que prestan su servicio militar obligatorio, en el sentido de considerar que los mismos pueden ser *i)* de naturaleza objetiva –*tales como el daño especial o el riesgo excepcional*–, y *ii)* por falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso se encuentre acreditada aquella³⁷.

Así, frente a los perjuicios ocasionados a los soldados que prestan el servicio militar obligatorio, en la medida en la cual su voluntad se ve sometida por el *imperium* del Estado al imponerles la prestación de un servicio que no es nada distinto a la exigencia de un deber público, se ha expresado que la organización estatal debe responder, bien porque respecto de ellos el daño provenga de *i)* un rompimiento de las cargas públicas que no tenga la obligación jurídica de soportar el soldado³⁸; *ii)* de un riesgo excepcional que desborda aquel al cual normalmente estaría sometido y que puede tener origen en el riesgo de la actividad o en el riesgo de la cosa³⁹, o *iii)* de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial.

No debe perderse de vista que, en tanto el Estado imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del soldado en la medida en la cual se trata de una persona que se encuentra sometida a su custodia y

³⁷ En tal sentido pueden consultarse, entre otras, las siguientes providencias: Sentencia de 10 de marzo de 2011, Radicación número: 25000-23-26-000-1996-03221-01(19159), Consejero Ponente: Dr. Danilo Rojas Betancourth; Sentencia de 31 de marzo de 2011, Radicación número: 18001233100019970098901 (19.431), Consejero Ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón; Sentencia de 31 de marzo de 2011, Radicación número: 19001233100019980860001 (19.575), Consejero Ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón; Sentencia de 25 de mayo de 2011, Radicación número: 52001-23-31-000-1998-00515-01(18747), Consejero Ponente: Dr. Jaime Orlando Santofimio Gamboa; Sentencia de 28 de abril de 2010, Radicación número: 25000-23-26-000-1996-03096-01(17992), Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez; Sentencia de 23 de junio de 2010, Radicación número: 05001-23-31-000-1996-00508-01(18570), Consejero Ponente: Dra. Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia de 25 de febrero de 2009, Radicación número: 18001-23-31-000-1995-05743-01(15793) Consejero Ponente: Dra. Myriam Guerrero de Escobar; Sentencia de 15 de octubre de 2008, Radicación número: 05001-23-26-000-1996-00284-01 (18586) Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero; Sentencia de 21 de febrero de 2002, Radicación número: 68001-23-15-000-1994-9890-01(13768), Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque; Sentencia de 24 de mayo de 2001, Radicación número: 23001-23-31-000-1995-6884-01(13389), Consejero Ponente: Dr. Ricardo Hoyos Duque.

³⁸ En sentencia de 10 de agosto de 2005, Exp. 16.205, al resolver la demanda instaurada con el fin de obtener la indemnización de los perjuicios causados por las lesiones sufridas por un soldado, quien en cumplimiento de la orden proferida por su superior jerárquico, de realizar un registro de área en horas de la noche, al saltar un caño se cayó y golpeó contra una piedra, se consideró: “...la causación de los daños material, moral y a la vida de relación tienen sustento, en este proceso, en el actuar de la Administración de sometimiento del soldado conscripto a una carga mayor a la que estaba obligado a soportar, cuando en el cumplimiento de la misión conferida a él por el Comandante del Escuadrón B de Contraguerrillas de registro del área general del Municipio de Paz de Ariporo dentro del servicio y con ocasión de él, se tropezó cayendo contra la maleza, lesionándose el ojo derecho”.

³⁹ En sentencia de 28 de abril de 2005, Exp. 15.445, dijo la Sección: “En el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado la jurisprudencia ha aplicado varios títulos jurídicos de imputación en relación a los conscriptos. Generalmente se acude al de daño especial cuando el “daño” tiene su causa en el rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas. Sin embargo cuando la causa de los daños se origina en otro tipo de hechos, según estos debe aplicarse el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y el de riesgo cuando los conscriptos sufren daños con causa y por razón del servicio que provienen o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos...Ha partido de la regulación legal especial contemplada para la Fuerza Pública y en especial para los conscriptos, y ha concluido que cuando las pruebas son indicadoras de que los hechos ocurrieron por el riesgo a que fueron expuestos los conscriptos no se requiere realizar valoración subjetiva de conducta del demandado; que sólo es necesario demostrar: el ejercicio por parte del Estado de una actividad de riesgo en desarrollo del servicio militar prestado -o por su destinación o por su estructura-; el daño antijurídico; y el nexo de causalidad eficiente y determinante entre ese riesgo y el daño causado al conscripto; y que el demandado sólo se exonera por causa extraña, es decir por el hecho exclusivo del tercero o de la víctima y fuerza mayor”.

cuidado, pues en determinadas situaciones lo pone en estado de riesgo, lo cual, en términos de imputabilidad, significa que debe responder por los daños que le sean irrogados en relación con la ejecución de la carga pública.

Igualmente, en relación con los soldados que prestan servicio militar obligatorio, el principio *iura novit curia* reviste una característica especial, toda vez que el juez debe verificar si el daño antijurídico resulta imputable o atribuible al Estado con fundamento en cualquiera de los títulos de imputación antes mencionados, aspecto frente al cual se ha considerado igualmente, que el daño no será imputable al Estado cuando se configure una causa extraña. En providencia de 2 de marzo de 2000, expuso la Sección:

“...demostrada la existencia de un daño antijurídico causado a quien presta el servicio militar, durante el mismo y en desarrollo de actividades propias de él, puede concluirse que aquél es imputable al Estado. En efecto, dado el carácter especial de esta situación, por las circunstancias antes anotadas, es claro que corresponde al Estado la protección de los obligados a prestar el servicio militar y la asunción de todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a ellos se asignen. No será imputable al Estado el daño causado cuando éste haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, eventos cuya demostración corresponderá a la parte demandada”⁴⁰.

Además de lo anterior, se reitera, que el Estado frente a los conscriptos adquiere no sólo una posición de garante al someter, en ambos casos, su voluntad y disponer de su libertad individual para un fin determinado, sino que, de igual manera, el Estado entra en una relación de especial sujeción que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos.

En conclusión, en cada caso concreto en los cuales se invoque la existencia de una causa extraña por parte de la entidad demandada, es necesario analizar los detalles de tiempo, modo y lugar en que se produjo el daño, por cuanto es posible que el Estado haya contribuido causalmente a la generación del mismo, específicamente, al situar al conscripto en la situación de riesgo, o bien por una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas o por una falla del servicio.

No se puede, por consiguiente, afirmar de manera simple y llana, que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a los conscriptos es suficiente para que estos sean considerados como no atribuibles - *por acción u omisión*- a la administración pública. Se requiere, además, en estos eventos, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del daño, motivo por el cual no le es imputable fáctica o jurídicamente. Lo puntualizado en la medida en que es posible que la causa directa, inmediata y material del daño sea la actuación de un tercero o de la propia víctima, pero que tal resultado perjudicial tenga una relación mediata con el servicio que estaba desplegando el soldado conscripto, motivo por el cual la entidad no puede desprenderse de su responsabilidad, en tanto también puede serle endilgable jurídicamente el daño.

No quiere significar lo expuesto que, en este tipo de situaciones, no opere la causa extraña en sus diversas modalidades como causal exonerativa de

⁴⁰ Expediente 11.401.

responsabilidad, sólo que la acreditación de la eximente debe hacerse a través de la demostración de que, en estos precisos eventos, le resultaba a la entidad demandada absolutamente imprevisible e irresistible. Sin embargo, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero, por regla general, tal y como lo ha aceptado la doctrina autorizada sobre la materia, no requieren para su configuración que se pruebe su imprevisibilidad e irresistibilidad⁴¹.

Cabe destacar, en este punto del análisis, que mientras que el soldado voluntario se vincula laboralmente al Ejército, el conscripto es llamado a prestar el servicio militar obligatorio y que, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 de la ley 48 de 1993, puede hacerlo a través de distintas modalidades de incorporación: **(i)** soldado regular: quien no terminó sus estudios de bachillerato y debe permanecer en filas un período entre 18 y 24 meses; **(ii)** soldado bachiller, quien debe prestar el servicio por 12 meses y, además de su formación militar, y demás obligaciones inherentes a su calidad de soldado, deberá ser instruido y dedicado a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y en especial a tareas para la preservación del medio ambiente y conservación ecológica; **(iii)** auxiliar de policía bachiller, quien debe prestar el servicio por 12 meses, y **(iv)** soldado campesino, quien es asignado para prestar el servicio militar obligatorio en la zona geográfica donde reside, por un período de 12 a 18 meses. Como se advierte, las modalidades señaladas en la ley tienen relevancia, entre otros temas, para determinar el tiempo de prestación del servicio, el lugar y las actividades que se les encomiendan. El conscripto, según lo establecido en el artículo 48 del Decreto 2048 de 1993, es el joven que se ha inscrito para definir su situación militar dentro de los términos, plazos y edad establecidos en la Ley 48 de 1993.

De otra parte, en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado frente a quienes se encuentren prestando el servicio militar obligatorio, ha considerado la Sección que su situación es diferente respecto de quienes, voluntariamente, ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares de carrera, agentes de policía o detectives del DAS⁴², porque el sometimiento de aquéllos a los riesgos inherentes a la actividad militar no se realiza de manera voluntaria, sino que corresponde al cumplimiento de los deberes que la Constitución impone a las personas, “derivados de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social”⁴³, para “defender la independencia nacional y las instituciones públicas”⁴⁴.

Por eso, desde tiempo atrás la jurisprudencia ha considerado que cuando una persona ingresa al servicio militar obligatorio en buenas condiciones de salud debe dejar el servicio en condiciones similares⁴⁵, criterio a partir del cual se estableció la obligación de reparación a cargo de la entidad demandada, frente a

⁴¹ En este sentido se pronunció la Sección Tercera, en sentencia de 13 de agosto de 2008, Expediente 17.042, Consejero Ponente: Dr. Enrique Gil Botero.

⁴² Ha dicho la Sección que “quienes ejerce funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares, agentes de policía o detectives del DAS, deben soportar los daños causados como consecuencia de los riesgos inherentes a la misma actividad y sólo habrá lugar a la reparación cuando dicho daño se haya producido por falla del servicio, o cuando se someta al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar sus demás compañeros. En todo caso, el funcionario y quienes hayan sufrido perjuicio con el hecho tendrán derecho a las prestaciones e indemnizaciones previamente establecidas en el ordenamiento jurídico (a forfait)”. Al respecto, ver por ejemplo, sentencia expediente radicado al No. 12.799.

⁴³ Corte Constitucional. Sentencia T-250 del 30 de junio de 1993.

⁴⁴ Artículo 216 de la Constitución Política.

⁴⁵ Sentencias de 3 de marzo de 1989, Expediente: 5290 y del 25 de octubre de 1991, Expediente: 6465, entre otras.

los daños cuya causa esté vinculada con la prestación del servicio y excedan la restricción de los derechos y libertades inherentes a la condición de militar.

Como ya se dijo, la existencia del daño antijurídico se encuentra establecida en el presente caso, el que la parte actora consideró imputable a la demandada sobre la base de una falla en el servicio, por desatenderse, en su criterio, las previsiones del Manual EJC 1-2 de Normas de Seguridad contra Accidentes para las Fuerzas Militares⁴⁶ -el cual consagra en su segunda parte las normas de seguridad en la instrucción en la natación-, sin embargo, a la luz del material probatorio allegado al expediente, considera la Sala que no se evidencia la existencia de la alegada falla, toda vez que no se demostró que la muerte del soldado Torres Baquero hubiera ocurrido como consecuencia de la inobservancia concreta de alguna de las disposiciones del citado Manual o del incumplimiento de un específico deber legal por parte de los superiores del conscripto, pues en el proceso no se acreditó por parte de la demandante, que el conscripto estuviera en labores de instrucción en materia de natación, de manera que las citadas previsiones de seguridad fueran aplicables y por ende, desconocidas por la entidad, lo cierto es que su fallecimiento ocurrió en el marco de actividades de carácter operacional -Operación Pelicano- y que en el terreno sobre el cual transitaba la víctima había un pozo artificial cubierto de vegetación, al que cayó el conscripto, según se consignó en el concepto rendido por el Comandante del Batallón de Infantería No. 39 Sumapaz⁴⁷.

Igual conclusión se desprende de las declaraciones de quienes hacían parte de su pelotón, quienes indicaron que el desplazamiento y registro de la zona se efectuaba, según lo dispuesto expresamente en la correspondiente orden de operaciones, en horas de la noche y el pozo de agua se encontraba cubierto de vegetación, lo que dificultaba su visibilidad, además, no demostró la parte actora que las tropas conocieran, o debieran conocer, la existencia del citado pozo en el área en donde se desarrollaba el registro, por lo que no es posible considerar que la demandada tuviera una obligación de resultado en punto a evitar la ocurrencia del accidente.

En el mismo sentido, no se acreditó que los superiores del soldado Torres Baquero supieran que éste no sabía nadar⁴⁸ y que, a pesar de conocerlo, lo hubieran sometido a atravesar un cuerpo de agua, poniendo en riesgo su integridad física, pues como se dijo, la existencia del pozo no era conocida por la tropa y menos por el occiso, quien encabezaba el desplazamiento, precisamente por su presunto conocimiento del área.

Ahora bien, en gracia de discusión y, según la forma en que ocurrieron los hechos, bien podría considerarse que lo que determinó la muerte del soldado no fue el no saber nadar, pues la forma sorpresiva en que cayó al pozo, el peso del armamento y la indumentaria que portaba -por ejemplo las botas-, el frío que dijeron los testigos tenía el agua, fueron circunstancias que se unieron en contra de la víctima y, quizás un nadador experto, sometido a todas esas eventualidades también se habría ahogado.

⁴⁶ Documento allegado en copia auténtica por parte de la Oficina Jurídica del Ministerio de Defensa Nacional, obrante de folios 41 a 88 del cuaderno de pruebas.

⁴⁷ Folios 192 y 193 del cuaderno de pruebas, remitido mediante Oficio No. 7310 del 28 de marzo de 2001 suscrito por el Teniente Coronel Idelfonso González Solano, obrante a folio 171 del mismo cuaderno.

⁴⁸ Lo demostrado fue el conocimiento que de esta situación tenían sus compañeros Maury William Guaquetá López y Wilman Juan Gerardo Rojas Arias.

Al margen de lo anterior, preocupa a la Sala la argumentación presentada por la demandada, en tanto se afirmó que no existía ninguna responsabilidad pues, al no tratarse de una actividad propia de la vida castrense, la natación no hace parte de la instrucción que se deba brindar a los soldados, premisa que sugiere, veladamente, que la responsabilidad recae sobre la víctima, quien debió tener esta formación antes de ingresar a las filas.

Sobre este particular, contrario a lo afirmado por el Ejército Nacional, considera la Sala que la instrucción básica que deben recibir todos los miembros de la Fuerza Pública debe incluir la natación como componente obligatorio, pues no es posible concebir que estos servidores, encargados de cumplir con funciones tan sensibles en materia de defensa y control del orden público, donde deben enfrentar labores operativas que implican superar condiciones geográficas que comprenden la existencia de diversos tipos de cuerpos de agua, deban ver limitadas sus posibilidades de acción por no saber nadar, peor aún, cuando la carencia de esta habilidad puede conllevar su propia muerte o la de sus compañeros.

Ahora bien, en el capítulo primero de la segunda parte del aludido Manual de Normas de Seguridad contra Accidentes para las Fuerzas Militares allegado al expediente, aparecen algunas disposiciones relacionadas con las pautas de seguridad en la instrucción, entre otras actividades, relativas a la natación, no obstante, en ellas no se contempla claramente el deber de impartir una enseñanza básica a quienes no sepan nadar, sino que se prevén unos parámetros generales a seguir en la instrucción, teniendo en cuenta la clasificación del personal, de acuerdo con los conocimientos prácticos que ya tengan sobre la materia⁴⁹, regulación que no se muestra suficiente en cuanto a la capacitación que requieren los militares en este aspecto y que, como se dijo, incumbe a la demandada, ya que en muchos casos resulta necesaria para los efectos del servicio.

Volviendo al caso concreto, se reitera que el supuesto de responsabilidad endilgado con fundamento en la falla en el servicio no encuentra soporte probatorio en el expediente, de manera que la argumentación de la parte recurrente en este preciso sentido no tiene vocación de prosperidad, sin embargo, en aplicación del principio *iura novit curia*⁵⁰, de cara a los hechos probados, la Sala considera que en el presente asunto el régimen aplicable es de carácter objetivo, con fundamento en el daño especial.

Es así como se tiene establecido que el soldado Edwan Edilson Torres Baquero, durante la prestación del servicio militar obligatorio, falleció en el servicio, por causa y razón del mismo⁵¹, en ese orden el daño por el cual se depreca la responsabilidad del Estado le resulta imputable, razón por la cual debe indemnizarlo, como quiera que en consideración al estado de conscripción en el que se encontraba el soldado Torres Baquero, únicamente le asistía el deber de soportar aquellas limitaciones o inconvenientes inherentes a la prestación del

⁴⁹ Folios 44 a 45 vto del cuaderno de pruebas.

⁵⁰ En aplicación del principio *iura novit curia*, la Sala puede analizar el caso adecuando los supuestos fácticos debidamente acreditados al régimen de responsabilidad patrimonial del Estado que resulte aplicable, 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, ni que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria. Ver entre otras, las siguientes providencias: sentencia de 25 de agosto de 2011, Expediente 21983; sentencia de 25 de agosto de 2011, Expediente 21894; sentencia del 14 de agosto de 2008, expediente 16413, y, sentencia del 3 de octubre de 2007, expediente 22655.

⁵¹ Según lo consignado en el concepto del Comandante del Batallón de Infantería No. 39 Sumapaz, obrante a Folio 194 del cuaderno de pruebas.

servicio militar obligatorio, como la restricción a los derechos fundamentales de locomoción, libertad, etc., sin embargo se advierte que durante la ejecución de su deber constitucional le sobrevino la muerte en labores ajenas al combate o manipulación de elementos considerados peligrosos, de allí que el sometimiento a una carga pública mayor, en razón de la conscripción, sea la causa de imputación del daño antijurídico a la demandada, por cuanto en dicho caso, el soldado conscripto no comparte ni asume ese tipo de riesgos con el Estado⁵².

Es necesario precisar que la cantidad de alcohol que le fue encontrada a la víctima⁵³ equivalente a cuarenta y nueve coma siete miligramos de alcohol etílico por cien mililitros de sangre (49,7mg%)⁵⁴, se encuentra por debajo del primer grado de alcoholemia, el cual se determina con los rangos obtenidos mediante la estandarización previa, la cual se define con cifras de alcoholemia⁵⁵, así: entre 50 y 149 miligramos por ciento es un primer grado de alcoholemia catalogado como **leve**, índice que si bien comporta una definida disminución de los reflejos y de la coordinación motora, lo cierto es que no anula por completo los sentidos y la percepción del individuo, dado que ello se produce desde 200 miligramos por ciento en adelante, a partir de la cual se considera en completo estado de ebriedad a la persona; de 250 a 300 miligramos por ciento, existe disminución de los estímulos, notoria incoordinación muscular que difícilmente permite a la persona mantenerse en pie. Cifras de 300 miligramos por ciento, en adelante, hacen que el individuo esté en estupor y variará de superficial a profundo. Índices por encima de 400 miligramos por ciento llevan a coma, hipotermia e hiporreflexia, anestesia y colapso y se consideran frecuentemente fatales. De 500 miligramos por ciento en adelante, sobreviene depresión del centro respiratorio y vasomotor y rápidamente la muerte⁵⁶.

En este sentido, lo probado en el proceso permite señalar que la víctima no presentaba un estado de embriaguez que objetivamente pudiera catalogarse siquiera como leve, pues el resultado arrojado con la prueba indicó un porcentaje por debajo de dicho estándar, circunstancia aislada que podría evidenciar una falla en el control de la conducta del soldado, pero que tampoco guarda una relación de causalidad con el daño, ya que no es posible afirmar que el hecho de tener un resultado positivo de alcohol etílico en su sangre haya sido, *per se*, un factor determinante en su causación, situación que ni siquiera fue esgrimida por la entidad en su defensa y tampoco se encuentra demostrada en el plenario.

En consecuencia, atendiendo los criterios jurisprudenciales señalados por la Sala y las pruebas que obran en el expediente, hay lugar a concluir la responsabilidad de la entidad demandada, en virtud de que fue su condición de conscripto y el

⁵² En tal sentido se pronunció la Sección al resolver un asunto similar, en el cual un soldado conscripto cayó accidentalmente a un abismo de 80 metros, cuando la tropa realizaba un desplazamiento nocturno en una zona montañosa. Para la Sala la muerte ocurrió en ejercicio de las labores de tipo castrense, lo que evidenció el nexo entre la entidad demandada y la víctima. Ver sentencia de 7 de diciembre de 2005, Expediente: 15.347, Consejero Ponente: Dr. Ramiro Saavedra Becerra.

⁵³ Análisis DRS-ALC-98-2394 RS. 6170 23-06-98 que obra a folio 167 del cuaderno de pruebas.

⁵⁴ Folios 36 a 37 del cuaderno de pruebas, remitido mediante Oficio No. 00-1-01042 del 18 de agosto de 2000 expedido por el Médico Profesional Universitario Forense, Jefe de la Unidad Local Fusagasugá, obrante a folio 32 del mismo cuaderno.

⁵⁵ Guía Práctica para realizar el Dictamen Forense sobre Embriaguez; Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Bogotá, 1993, Págs. 1,2 y 9, citada en sentencias de 1° de octubre de 2008, Exp. 16.353, Consejera Ponente: Dra. Myriam Guerrero de Escobar y de 17 de marzo de 2010, Exp. 18.567, Consejero Ponente: Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵⁶ GIRALDO G., César Augusto. Medicina Forense. Estudio biológico de ciencias forenses para uso de médicos, juristas y estudiantes. 6ª edición, Señal Editora, Medellín, 1991, p. 348 a 352. Cita tomada de la sentencia dictada el 6 de septiembre de 2001, exp. 13.232-15.646. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Ver Sentencia 24 de mayo de 2012, exp. 1998-00961-01 (21.516), M.P. Hernán Andrade Rincón.

sometimiento a la prestación del servicio, lo que a la postre conllevó su deceso en labores operativas de patrullaje.

Como quedó señalado en el acápite relativo al régimen de responsabilidad, en tratándose del personal que cumple con el deber constitucional de tomar las armas, de ninguna manera puede predicarse que asuma los riesgos propios del servicio, a diferencia de lo que sucede con el personal profesional de la fuerza pública, que asume voluntariamente y como parte de su labor profesional la eventual materialización de dichos riesgos, bajo el amparo de un régimen indemnizatorio preestablecido en la ley, denominado por la doctrina francesa como “*A forfait*”.

Como corolario de lo anterior, la Sala confirmará la declaración de responsabilidad patrimonial recurrida y procederá al estudio de los motivos de inconformidad relacionados con el reconocimiento y tasación de las indemnizaciones, planteados en los recursos interpuestos por las partes actora y demandada.

7. El reconocimiento de perjuicios cuestionado por la parte actora

7.1. Perjuicios morales

Como ya se expuso, la parte actora interpuso recurso de apelación en contra de la providencia de primera instancia, para solicitar su revocatoria parcial y, que en consecuencia, se incremente la indemnización por concepto de perjuicios morales a favor de María Enith Torres Baquero y Fredy Andrea Torres Baquero, en la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una de ellas. Así mismo, que se reconozca la indemnización correspondiente, por este mismo concepto, a favor de Hugo Pabel Clavijo Baquero, William Clavijo Baquero, Ciro Clavijo Baquero y Nubia Nelly Baquero, teniendo en consideración los parámetros señalados en la jurisprudencia de esta Corporación.

En relación con el perjuicio moral ha reiterado la jurisprudencia de la Corporación que la indemnización que se reconoce a quienes sufran un daño antijurídico, tiene una función básicamente satisfactoria⁵⁷ y no reparatoria del daño causado y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo tanto, corresponde al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante en virtud del principio de *arbitrio iuris*. La magnitud del dolor puede ser apreciada por sus manifestaciones externas y por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba⁵⁸.

⁵⁷ En tratándose del perjuicio o daño moral por la muerte o las lesiones de un ser querido, la indemnización tiene un carácter satisfactorio, toda vez que *-por regla general-* no es posible realizar una restitución *in natura*, por lo que es procedente señalar una medida de satisfacción de reemplazo, consistente en una indemnización por equivalencia dineraria. Al respecto puede consultarse el criterio doctrinal expuesto por el Dr. RENATO SCOGNAMIGLIO, en su obra *El daño moral. Contribución a la teoría del daño extracontractual*. Traducción de Fernando Hinestrosa, Bogotá, Edit. Antares, 1962, pág. 46.

⁵⁸ Ver, por ejemplo, sentencia de 2 de junio de 2004, expediente: 14.950. En el mismo sentido, se ha determinado que es razonable que el juez ejerza su prudente arbitrio al estimar el monto de la compensación por el perjuicio moral y que para el efecto ha de tenerse en consideración los lineamientos expresados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en virtud de los cuales, dentro de los procesos contencioso administrativos: “*la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad.*”

Igualmente se ha definido en diversos pronunciamientos que la condición personal de la que pende la demostración del daño es la de “damnificado”, puesto que: *“tanto el parentesco dentro de ciertos grados (padres, hijos y hermanos), como el vínculo matrimonial, hacen presumir tal condición y por consiguiente la legitimación”*⁵⁹. Se ha explicado igualmente que *“en el proceso de reparación directa no interesa la calidad de heredero sino de damnificado y esta se demuestra a lo largo del proceso”*⁶⁰

Las diferencias existentes entre esas dos calidades, fueron precisadas por la Sección en sentencia proferida el 1 de noviembre de 1991; así:

“Ha dicho la jurisprudencia, en forma reiterada, que en estos procesos de responsabilidad la indemnización de perjuicios la piden o solicitan los damnificados de la persona fallecida o herida por causa de la falla del servicio, no en su carácter de herederos de ésta, sino por el perjuicio que les causó esa muerte o esas lesiones, con prescindencia del mismo vínculo parental que gobierna el régimen sucesoral. En otras palabras, la parte demanda porque fue damnificada y no porque es heredera.

Tan cierto es esto que con alguna frecuencia se niega en estos procesos indemnización al padre, al cónyuge, a los hijos o hermanos, pese a la demostración del parentesco, porque por otros medios se acredita que no sufrieron daño alguno. El caso, por ejemplo, del padre o madre que abandona a sus hijos desde chicos; o del hijo que abandona a sus padres estando estos enfermos o en condiciones de no subsistir por sus propios medios.

En otros términos, lo que se debe probar siempre es el hecho de ser damnificada la persona (porque el hecho perjudicial afectó sus condiciones normales de subsistencia, bien en su esfera patrimonial o moral) y no su carácter de heredera.

El equívoco se creó cuando la jurisprudencia aceptó, para facilitar un tanto las cosas, que el interés de la persona damnificada resultaba demostrado con la prueba del vínculo de parentesco existente entre la víctima y el presunto damnificado.

Esta idea, de por sí bastante clara, creó el equívoco, hasta el punto de que se confundió el interés del damnificado con el del heredero.

Lo anterior hizo que los demandantes se contentaran simplemente con acompañar al proceso las pruebas del parentesco. Y esto, en la mayoría de los casos es suficiente porque la jurisprudencia, por contera, terminó aceptando la presunción de hombre o judicial de que entre padres e hijos o cónyuges entre sí se presume el perjuicio por el sólo hecho del parentesco.

*Pero fuera de que se han limitado a esas pruebas del estado civil, las han practicado mal o en forma incompleta, lo que ha impedido en muchos eventos reconocer el derecho pretendido porque no se acreditó bien el interés en la pretensión”*⁶¹

⁵⁹ Sentencia de 26 de octubre de 1.993, expediente 7793.

⁶⁰ Sentencia de 1° de octubre de 1993; expediente 6657.

⁶¹ Expediente 6469; actor: Ferney Londoño Gaviria y otros, criterio que fue igualmente reiterado en sentencia de 24 de mayo de 2.001, Expediente 12.819, Consejera Ponente: Dra. María Elena Giraldo.

Posteriormente, en providencia proferida el día 17 de mayo de 2001⁶², se explicó que la ley *-artículo 86 del Código Contencioso Administrativo-*, en materia de la acción de reparación directa, otorga el derecho de acción a la persona interesada *-legitimación de hecho, por activa-*, y no condiciona su ejercicio a la demostración, con la demanda, de la condición que se alega en ésta, precisamente, porque el real interés es objeto de probanza en juicio *-legitimación material por activa-*.

De esta manera se precisó *-y ahora se reitera-* que no se puede confundir la prueba del estado civil con la prueba de la legitimación material en la causa. Cuando la jurisprudencia partió de la prueba del parentesco para deducir, judicialmente, que una persona se halle legitimada materialmente por activa, lo ha hecho porque infiere de la prueba del estado civil *-contenida en el registro o en la copia de éste-*, su estado de damnificado, porque de ese registro infiere el dolor moral. Es por ello que cuando el demandante no acredita el parentesco *-relación jurídica civil-* y, por tanto, no se puede inferir el dolor, debe demostrar la existencia de éste para probar su estado de damnificado y con ello su legitimación material en la causa *-situación jurídica de hecho-*.

Puede concluirse de lo que se deja visto que con la demostración del estado civil se infiere el daño *-presunción de damnificado-*, y probando el daño, se demuestra el estado de damnificado⁶³.

Este entendimiento es congruente con la posición recientemente reiterada por la Sala Plena de la Sección Tercera⁶⁴, en el sentido de señalar la necesidad de acreditación probatoria del perjuicio moral que se pretende reclamar, sin perjuicio de que, en ausencia de otro tipo de pruebas, pueda reconocerse con base en las presunciones derivadas del parentesco, las cuales podrán ser desvirtuadas total o parcialmente por las entidades demandadas, demostrando la inexistencia o debilidad de la relación familiar en que se sustentan.

Ahora bien, descendiendo al caso concreto, está acreditado, con las copias auténticas de sus Registros Civiles de Nacimiento, que los señores Hugo Pabel Clavijo Baquero, William Clavijo Baquero, Ciro Clavijo Baquero y Nubia Nelly Baquero⁶⁵, son hermanos de la víctima por línea materna, al ser todos hijos de Fredesminda Baquero Lasso.

De igual manera, está probado que María Enith y Fredy Andrea Torres Baquero, son hijas de la señora Fredesminda Baquero Lasso y del señor Baldomero Torres Cristancho, padres del occiso, circunstancia que también está debidamente acreditada con las copias auténticas de sus respectivos Registros Civiles de Nacimiento⁶⁶.

Ahora bien, en cuanto a la aspiración indemnizatoria incoada por los señores Hugo Pabel, William y Ciro Clavijo Baquero, Nubia Nelly Baquero, María Enith y Fredy Andrea Torres Baquero, como hermanos de la víctima, obran en el expediente los testimonios de los señores José Miguel Carrillo Caro, Arturo Moreno Nieto, María Islena Damián Rey, José Fidelino González Rodríguez,

⁶² Expediente 12956; actor: Hernando Palacios Aroca y otros.

⁶³ Este criterio fue reiterado recientemente por la Sala en la sentencia de 25 de agosto de 2011, Expediente 21.894, Consejero Ponente: Dr. Hernán Andrade Rincón.

⁶⁴ Sentencia de 23 de agosto de 2012, Exp. 1800-12-33-1000-1999-00454-01 (24392), Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón

⁶⁵ Documentos obrantes de folios 2 a 5 del cuaderno de pruebas.

⁶⁶ Folios 6 y 7 del cuaderno de pruebas.

Leonor González de González, María Noemí Raigosa Ospina y Alfredo Saboya Gordillo⁶⁷, quienes relataron que el occiso tenía buenas relaciones con cada uno de los miembros de su núcleo familiar y en lo que respecta a los antes nombrados, fueron reconocidos como hermanos del fallecido, sin que se hiciera alguna distinción o mención relativa a que algunos fueran hermanos sólo por línea materna.

Con fundamento en los anteriores medios de prueba, la legitimación de los citados se encuentra suficientemente acreditada en el expediente, toda vez que estos elementos de juicio permiten tenerlos como damnificados, en tanto su parentesco es suficiente para presumir que el trágico fallecimiento de su hermano comportó para ellos aflicción, pena, dolor, angustia, tal como de tiempo atrás lo ha establecido esta Corporación⁶⁸, quedando por sentada la afectación moral por el fallecimiento de Edwan Edilson Torres Baquero.

Como se expresó anteriormente, las reglas de la experiencia hacen presumir que la muerte de Edwan Edilson Torres Baquero en las circunstancias en que ocurrió, generó un profundo dolor, angustia y aflicción en sus hermanos, hoy apelantes, teniendo en cuenta que dentro del desarrollo de la personalidad y del individuo está la de hacer parte de una familia como espacio básico de toda sociedad⁶⁹.

Sobre la tasación de la indemnización por concepto de perjuicios morales para los hermanos de la víctima, la posición mayoritaria de la Sección Tercera ha considerado, que en casos de muerte hay lugar a fijarla en la suma equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes⁷⁰, por lo que siendo consecuentes con el lineamiento jurisprudencial, y al no obrar prueba en el expediente que desvirtúe la presunción de daño moral causado a los demandantes en su calidad de hermanos del fallecido, o que lleve a reducir su estimación, considera la Sala que no le asistía razón al *a quo* para haber denegado la indemnización por perjuicios morales a los hermanos por línea materna de la víctima y disminuirla en desmedro de sus otras hermanas -*María Enith y Fredy Andrea Torres Baquero*-, pues en virtud del principio de igualdad, por encontrarse probada la calidad de hermanos, el monto de la indemnización debía ser equitativo para todos ellos, sin distinguir si se trataba de los hermanos por línea materna, mayores o menores del fallecido.

⁶⁷ Folios 161 a 170 del cuaderno de pruebas.

⁶⁸ La Sección en Auto de 1º de abril de 2.009, Expediente 36.264, expresó: “*En relación con la condición de tercero damnificado, conforme a la jurisprudencia de la Sala, en los procesos de responsabilidad se indemniza a los damnificados con la muerte de una persona, no en su carácter de herederos sino por el perjuicio que les hubiera causado su muerte o porque el hecho afectó sus condiciones normales de subsistencia, bien sea en su esfera patrimonial o moral (Ver, entre otras, sentencias del 1 de noviembre de 1991, exp: 6469 y del 18 de febrero de 1999, exp: 10.517). Y en los eventos en los cuales se demuestre que el demandante era el padre, hermano, hijo o cónyuge de la víctima, ese perjuicio se infiere del vínculo paternal o marital (A título de ejemplo se relacionan las sentencias de 17 de julio de 1992, exp: 6750; de 16 de julio de 1998, exp: 10.916, de 27 de julio de 2000, exp: 12.788 y de 26 de abril de 2006, exp. 14.908); en cambio, cuando no se acreditan esas calidades, el perjuicio moral o patrimonial debe acreditarse a través de cualquier medio de prueba.*”

⁶⁹ Sentencias del 18 de marzo de 2010, Expedientes: 32651 y 18569 M.P. Enrique Gil Botero.

⁷⁰ La Sección ha reconocido a los hermanos de la víctima, en caso de muerte, 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes, por concepto de perjuicios morales. Al respecto, puede consultarse la sentencia de 23 de agosto de 2012, Exp. 1800-12-33-1000-1999-00454-01 (24392), M.P. Hernán Andrade Rincón. En el mismo sentido, las siguientes providencias: sentencia de fecha 6 de septiembre de 2001, expedientes 13.232-15.646, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez; sentencia de 9 de diciembre de 2004, exp. 73001-23-31-000-1995-3172-01(14174), M.P. Germán Rodríguez Villamizar; sentencia de 29 de septiembre de 2011, exp. 19001-23-31-000-1999-00386-01(21382), M.P. Hernán Andrade Rincón.

En este orden de ideas, atendiendo a los ya mencionados parámetros establecidos por la Sección en materia del reconocimiento de perjuicios morales en caso de muerte, se modificará parcialmente el fallo recurrido⁷¹ para reconocer a favor de María Enith Torres Baquero, Fredy Andrea Torres Baquero, Hugo Pabel Clavijo Baquero, William Clavijo Baquero, Ciro Clavijo Baquero y Nubia Nelly Baquero, la suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una de ellos, en su calidad de hermanos del fallecido Edwan Edilson Torres Baquero.

8. El reconocimiento de perjuicios cuestionado por la parte demandada

8.1. Los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante

La demandada cuestionó el reconocimiento de indemnización a la madre de la víctima, por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, para lo cual sostuvo que el *a quo* desconoció que el soldado dispensaría ayuda económica a su madre hasta la edad de 25 años, momento en el cual se supone que una persona se independiza del hogar paterno.

En relación con el reconocimiento del lucro cesante a favor de los padres, la jurisprudencia ha dicho que se presume que los hijos ayudan a sus padres hasta la edad de veinticinco años, en consideración "*al hecho social de que a esa edad es normal que los colombianos hayan formado su propio hogar, realidad que normalmente impide atender las necesidades económicas en otros frentes familiares*"⁷². Además, se ha considerado que cuando se prueba que los padres recibían ayuda económica de sus hijos antes del fallecimiento de éstos, la privación de ésta tendría un carácter cierto y se ha presumido que la misma habría de prolongarse en el tiempo, más allá de la edad referida de los hijos, a condición de que se reúnan algunas circunstancias que, a título de ejemplo, permitieran afirmar tal presunción como la necesidad de los padres o su situación de invalidez⁷³.

En el caso concreto, se demostró que el señor Edwan Edilson Torres Baquero falleció antes de cumplir la edad de 25 años *-a la fecha de su muerte tenía 18 años cumplidos*⁷⁴-, no tenía hijos ni vínculo marital y le colaboraba económicamente a su madre con el ingreso derivado de oficios varios como vendedor de chance y mercancías tales como condimentos, bolsos y zapatos⁷⁵, lo que demuestra los supuestos requeridos para el reconocimiento de la correspondiente indemnización, tal como se dispuso en el fallo de primera instancia.

Además de lo anterior, encuentra la Sala que el *a quo* verificó las mismas circunstancias y dispuso el reconocimiento de la indemnización en dos períodos,

⁷¹ En la parte resolutive de la sentencia apelada se dispuso en el numeral cuarto la denegación de las demás pretensiones de la demanda, mientras que en su numeral segundo se señalaron las condenas por concepto de perjuicios morales y materiales en la modalidad de lucro cesante.

⁷² Ver, por ejemplo, sentencia del 12 de julio de 1990, exp: 5666.

⁷³ Ver, entre otras, sentencias de: 11 de agosto de 1994, exp: 9546; 8 de septiembre de 1994, exp: 9407; 16 de junio de 1995, exp: 9166, 8 de agosto de 2002, exp. 10.952 y de 20 de febrero de 2003, exp: 14.515. este criterio fue reiterado recientemente en la sentencia de 9 de mayo de 2012, exp. 22.265, Consejero Ponente: Hernán Andrade Rincón.

⁷⁴ La víctima cumpliría 19 años de edad el 6 de octubre de 1980, según se desprende de su Registro Civil de Nacimiento, obrante en copia auténtica a Folio 8 del cuaderno de pruebas.

⁷⁵ En este sentido se manifestaron los testigos José Miguel Carrillo Caro, Arturo Moreno Nieto, María Islena Damian Rey, José Fidelino González Rodríguez, María Noemy Raigoza Ospina y Alfredo Saboya Gordillo, -Folios 161 a 170 del cuaderno de pruebas-.

uno consolidado y otro futuro, habida cuenta de la fecha de la sentencia y que el occiso cumpliría la edad de 25 años el 6 de octubre de 2005, sin embargo, al momento de proferirse esta providencia, se tiene que la liquidación sólo puede liquidarse por el período consolidado, hasta la fecha en que la víctima hubiera cumplido los 25 años de edad, por lo que es del caso modificar igualmente este aspecto del fallo apelado, para en su lugar disponer el reconocimiento conforme a las pautas señaladas por la jurisprudencia de la Corporación sobre el tema.

En consecuencia, se accederá a la pretensión formulada, teniendo en consideración el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de los hechos, como quiera que no existen elementos de prueba dentro del proceso que permitan demostrar un ingreso distinto y las reglas de la sana crítica enseñan que una persona laboralmente activa no podría devengar menos de este monto⁷⁶, incrementado en un 25%, por concepto de prestaciones sociales, todo ello de conformidad con las pautas trazadas en este tipo de casos por la jurisprudencia de la Sección.

A esa suma -\$708.375- se descontará el 25% que se presume, disponía la víctima para sus gastos personales, monto total -\$531.281- que se aplicará como base de liquidación.

Como ya se dijo, la indemnización comprenderá sólo el período debido o consolidado, ya que Edwan Edilson Torres Baquero nació el 6 de octubre de 1980⁷⁷, por lo que cumpliría 25 años de edad el 6 de octubre de 2005.

Ahora bien, para la liquidación de la indemnización se aplicarán las fórmulas matemático - actuariales utilizadas por la jurisprudencia para la liquidación de dicho perjuicio, como sigue a continuación:

-Indemnización debida o consolidada

La indemnización consolidada se calculará con base en la siguiente fórmula:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta o base de liquidación que equivale a \$531.281

i = Interés puro o técnico: 0.004867

n = Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha de los hechos (9 de septiembre de 1999) hasta la fecha en que el occiso cumpliría 25 años de edad (6 de octubre de 2005), esto es 72.9 meses.

Reemplazando tenemos:

⁷⁶ Respecto a la suma base de liquidación se tiene que al actualizar el salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de los hechos (\$236.460), el guarismo resultante (\$469.598) es inferior al monto del salario mínimo vigente a la fecha en que se hace la actualización (\$566.700), por lo que siguiendo la pauta trazada por la Sección en Sentencia de 31 de agosto de 2006, expediente 15.439, actor Eliseo Yuque Pequi y otros, por razones de equidad, se tomará la suma mayor para la liquidación del lucro cesante.

⁷⁷ De conformidad con la copia auténtica de su registro civil de nacimiento, obrante a folio 8 del cuaderno de pruebas.

$$S= -\$531.281 \frac{(1 + 0.004867)^{72.9} - 1}{0.004867}$$

S= **\$46.357.453**

9. No hay lugar a condena en costas

Finalmente, toda vez que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984, como fuera modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, debido a que ninguna procedió de esa forma en el *sub lite*, no habrá lugar a imponerlas.

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 y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2003, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Sala de Descongestión, el cual quedará así:

“SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR a la NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL-**, a reconocer y pagar las siguientes indemnizaciones:

Por concepto de perjuicios morales

A favor de **FREDESMINDA BAQUERO LASSO**, en su condición de madre de la víctima, la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A favor de **HUGO PABEL CLAVIJO BAQUERO, WILLIAM CLAVIJO BAQUERO, CIRO CLAVIJO BAQUERO, NUBIA NELLY BAQUERO, IVAN DARIO TORRES BAQUERO, MARIA ENITH TORRES BAQUERO y FREDY ANDREA TORRES BAQUERO** en su condición de hermanos de la víctima, la suma equivalente a cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes, para cada uno de ellos.

Por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante

A favor de **FREDESMINDA BAQUERO LASSO**, la suma de **CUARENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$46.357.453)”**

SEGUNDO: CONFIRMASE en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: Sin costas.

CUARTO: La **NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL**, dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo contenido en el Decreto Ley 01 de 1984.

QUINTO: Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el artículo 37 del Decreto 359 de 22 de febrero de 1995. Las copias destinadas a la parte actora serán entregadas al apoderado judicial que ha venido actuando.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUELVA** el expediente al Tribunal de origen.

COPIESE, NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

HERNAN ANDRADE RINCON

MAURICIO FAJARDO GOMEZ CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA