

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Por lesiones causadas a soldados bachiller / DAÑO ANTIJURIDICO - Soldado bachiller perdió audición de ambos oídos después de instrucciones de polígono, al encontrarse acantonado en Batallón 21 Vargas Unidad Táctica con Sede en Granada Meta prestando servicio militar, lesión que le generó pérdida de capacidad laboral / SOLDADO BACHILLER - Lesionado en prácticas de polígono

Se encuentra acreditado el hecho dañoso sufrido por los demandantes, consistente en las lesiones físicas padecidas por el señor Félix Montoya Moyano como consecuencia de una hipoacusia neurosensorial bilateral, la cual le generó una pérdida de la capacidad laboral del 23.05%, mientras prestaba su servicio militar obligatorio.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Diferencias frente a daños causados a soldados / SOLDADOS CONSCRIPTOS - Vínculo surge en cumplimiento de deber constitucional de defensa de la soberanía y la independencia de instituciones públicas / SOLDADOS PROFESIONALES - Vínculo por relación legal y reglamentaria

La Sala reitera la diferencia que existe entre el vínculo que se crea para el Estado frente a los soldados conscriptos y la relación que surge para con los soldados voluntarios o profesionales; en los primeros -soldados conscriptos- el vínculo surge debido al cumplimiento del deber constitucional de defensa de la soberanía y la independencia de las instituciones públicas, el cual no detenta carácter laboral alguno, en tanto que en el caso de los segundos (soldados profesionales) el ligamen se establece en virtud de una relación legal y reglamentaria consolidada a través del correspondiente acto administrativo de nombramiento y la consiguiente posesión del servidor o de la relación contractual creada mediante la suscripción de un contrato laboral.

SOLDADOS PROFESIONALES - Ingresan voluntariamente a las filas del Ejército y gozan de protección integral salarial y prestacional / SOLDADOS CONSCRIPTOS - Prestan el servicio por la imposición de una carga especial del Estado y no gozan de protección laboral predeterminada / SOLDADO CONSCRITO - La ley solo les reconoce algunas prestaciones no catalogadas como laborales / SOLDADOS CONSCRIPTOS - Las prestaciones no se asimilan al régimen a for fait prevista para soldados profesionales

A diferencia de los soldados profesionales, que ingresan en forma voluntaria a las filas del Ejército con el fin de prestar un servicio a cambio de una contraprestación y que gozan de una protección integral de carácter salarial y prestacional, los soldados conscriptos se ven impelidos a hacerlo por la imposición de una carga o gravamen especial del Estado. Así pues, los conscriptos no gozan de protección laboral predeterminada frente a los riesgos a los cuales se les somete en cumplimiento de su cometido constitucional, por cuanto la ley tan solo les reconoce algunas "prestaciones", las cuales de ningún modo pueden catalogarse como laborales y tampoco se asimilan al régimen a for fait previsto por la ley para los soldados profesionales.

TITULO DE IMPUTACION POR DAÑOS CAUSADOS A SOLDADOS - Objetiva / TITULO DE IMPUTACION OBJETIVA - Daño especial o riesgo excepcional / FALLA DEL SERVICIO - Subjetiva.

En cuanto al título de imputación aplicable a los daños causados a soldados conscriptos, la Sala ha establecido 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 la misma.

SOLDADOS REGULARES - Su voluntad está doblegada al imperio del Estado / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Por daños causados a soldados regulares por el rompimiento de cargas públicas que no tenga la obligación de soportar / RIESGO EXCEPCIONAL - Cuando tiene origen en la actividad o en el riesgo de la cosa

En consecuencia, frente a los perjuicios ocasionados a soldados regulares, en la medida en que su voluntad se ve doblegada por el imperium del Estado, al someterlos a la prestación de un servicio que no es nada distinto a la imposición de una carga o un deber público, resulta claro que la organización estatal debe responder, bien porque frente a ellos el daño provenga de i) un rompimiento de las cargas públicas que no tenga la obligación jurídica de soportar el soldado; 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 cosa, o iii) de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial.

PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA - El juzgador establece el daño antijurídico por el que se responsabiliza al Estado / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑO OCASIONADO A SOLDADOS - Por el riesgo a que se someten soldados

En relación con los conscriptos, el principio iura novit curia determina que el juzgador debe verificar si el daño antijurídico resulta imputable o atribuible al Estado con fundamento en uno cualquiera de los títulos de imputación antes mencionados; además, no debe perderse de vista que, en tanto la Administración Pública imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del soldado en la medida en que se trata de una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado, pues en determinadas situaciones lo pone en una posición 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. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la responsabilidad derivada de las obligaciones de especial sujeción que asume el Estado frente a los conscriptos, consultar sentencia de 15 de octubre de 2008 Exp.18586 MP Enrique Gil Botero

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Por daños causados a soldado bachiller / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL MINISTERIO DE DEFENSA EJERCITO - Por las lesiones que incapacitaron laboralmente a soldado bachiller/ RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL EJERCITO - A pesar de no aparecer registro de historia clínica si existió por aportarse resumen de la misma

La Sala encuentra acreditada la existencia de un hecho dañoso, así como el nexo causal entre éste y la prestación del servicio militar obligatorio por parte del señor Félix Eduardo Montoya Moyano, razón por la cual la entidad demandada resulta administrativa y patrimonialmente responsable por los daños ocasionados a la parte actora. Aunque el Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón Vargas del Ejército Nacional señaló en el punto 2 de la certificación obrante en el expediente que no aparecía registro de la historia clínica del señor Félix Eduardo Montoya Moyano, lo cierto es que este documento sí existió, dado que al expediente se aportó un resumen de ella, expedido por la propia entidad demandada, lo cual deja

sin fundamento tal afirmación.

PERJUICIOS MORALES - Indemnización a soldado bachiller por incapacidad laboral generada / PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento a padres y hermanos del lesionado

En el proceso se acreditó que el señor Félix Eduardo Montoya Moyano sufrió una hipoacusia neurosensorial bilateral, la cual le produjo una pérdida de su capacidad laboral del 23.05%, razón por la cual se encuentra probado el perjuicio moral padecido por la víctima directa del daño y, por lo tanto, se le reconocerá una indemnización equivalente a cuarenta y siete (47) salarios mínimos legales mensuales vigentes. En consecuencia, se encuentra acreditado el parentesco de los mencionados actores para con la víctima directa del daño, en su condición padres y hermanos, respectivamente, razón por la cual no sólo cuentan con legitimación en causa por activa y además son beneficiarios de la indemnización - a título de perjuicios morales- por la lesión ocasionada a su ser querido.

PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante / LUCRO CESANTE - Reconocimiento a partir de la finalización de la prestación del servicio del soldado bachiller

La Jurisprudencia de la Sala ha sostenido que las personas que ingresan a prestar su servicio militar obligatorio como soldados bachilleres, a partir del momento en que finalizan su prestación, inician su vida productiva. En efecto, no existen pruebas en el proceso que determinen que la víctima percibía un ingreso como contraprestación por dicho servicio y mucho menos que antes de ser vinculado al Ejército como soldado bachiller ejercía una actividad productiva, pero en consideración al criterio de la Corporación según el cual se entiende que a partir del retiro del servicio el demandante iniciaría su vida productiva, se accederá a la referida indemnización. De igual manera se precisa que la indemnización que dentro de esta sentencia se reconocerá será cuantificada desde la fecha en la cual el actor se retiró de la entidad, hasta su vida probable -con base, claro está, en su incapacidad física- y no a partir de la ocurrencia de los hechos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., dieciséis (16) de septiembre dos mil trece (2013)

Radicación número: 50001-23-31-000-2000-00031-01(29088)

Actor: FELIX EDUARDO MONTOYA MOYANO

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, demandada y demandante, contra la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo del Meta, el día 16 de junio de 2004, mediante la cual se efectuaron las siguientes declaraciones y condenas:

“PRIMERO: Declarar administrativamente responsable a la Nación – MINDEFENSA (sic) – EJERCITO NACIONAL – por las lesiones sufridas por el conscripto FÉLIX EDUARDO MONTOYA MOYANO, en hechos acaecidos en el mes de agosto de 1998, en el Batallón 21 Vargas, acantonado en la población de Granada (M).

SEGUNDO: Condenar a la entidad demandada a pagar a FÉLIX EDUARDO MONTOYA MOYANO, el valor correspondiente a cien (100) gramos oro, como perjuicios en su vida de relación.

TERCERO: Condenar a la entidad demandada a pagar como perjuicios de carácter moral a FÉLIX EDUARDO MONTOYA MOYANO, el valor correspondiente a cien (100) gramos oro, a sus padres HÉCTOR HELI MONTOYA ÁVILA y CARMEN ELISA MOYANO DE MONTOYA, el valor correspondiente a ochenta (80) gramos oro y a su hermana LUZ DALIA MONTOYA MOYANO, el valor correspondiente a cincuenta (50) gramos oro.

El valor del metal corresponderá al que le tenga asignado el Banco de la República, al momento en que quede en firme esta sentencia.

CUARTO: Niegáanse las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: La presente sentencia se sujetará a lo dispuesto en los arts. (sic) 176 a 178 del C.C.A.

SEXTO: Devuélvanse los remanentes de los dineros que existan para gastos del proceso, dejando las constancias del caso.”

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.

En escrito presentado el día 31 de enero de 2000, los ciudadanos Félix Eduardo Montoya Moyano, Carmen Elisa Moyano de Montoya, quien actúa en nombre propio y en representación de su hija menor Luz Dalia Montoya Moyano; Héctor Helí Montoya Ávila y Héctor Helí Montoya Moyano, a través de apoderado judicial, formularon demanda en ejercicio de la acción de reparación directa, contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, con el fin de que se le declare administrativamente responsable por los daños ocasionados a causa de

las lesiones e incapacidad laboral padecida por el primero de los actores mientras prestaba servicio militar obligatorio, en el Batallón No. 21 Vargas en Granada-Meta.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitaron que se condenara a la entidad pública demandada a pagar, por concepto de perjuicios morales, el monto equivalente en pesos a 1.000 gramos de oro a favor del señor Félix Eduardo Montoya Moyano; a favor de los señores Héctor Helí Montoya Ávila y Carmen Elisa Moyano de Montoya el equivalente en pesos a 600 gramos del mismo precioso metal para cada uno de ellos y para Héctor Helí Montoya Moyano y Luz Dalia Montoya Moyano, el equivalente en pesos a 300 gramos de oro.

Así mismo se solicitó por concepto de perjuicios materiales, a favor del señor Félix Eduardo Montoya Moyano, “los que se han causado en razón a las lesiones y la posterior incapacidad laboral”.

En igual sentido se solicitó el equivalente en pesos a 2.000 gramos de oro por concepto de perjuicios fisiológicos a favor del señor Félix Eduardo Montoya Moyano.

2.- Como fundamentos de hecho de la demanda, la parte actora narró que el día 23 de julio de 1998, el joven Félix Eduardo Montoya Moyano fue reclutado por el Ejército Nacional para prestar sus servicios como soldado bachiller, bajo las órdenes del Batallón 21 Vargas, con sede en Granada-Meta, para lo cual se le asignó el código militar No. 86062325.

Señaló que el soldado Félix Eduardo Montoya Moyano, siete días después de haber ingresado al Ejército Nacional como soldado bachiller, empezó a recibir instrucción militar con sus demás compañeros.

Indicó que el día 2 de septiembre de 1998, la víctima directa del daño fue remitido al dispensario médico de la Séptima Brigada con sede en Villavicencio y allí una fonoaudióloga le diagnosticó “IDX Audiológico hipoacusia neurosensorial severa bilateral”.

Manifestó que la lesión que sufrió el soldado Félix Eduardo Montoya Moyano, luego de permanecer un mes en instrucción militar, fue hipoacusia neurosensorial

bilateral, producida por el ruido de los disparos de polígono y la explosión de minas en el campo en donde recibían la mencionada instrucción.

Agregó que el soldado Félix Eduardo Montoya Moyano, a pesar de las lesiones e incapacidad recibidas, continuó prestando su servicio militar, en la guardia del Batallón 21 Vargas de Granada, hasta el día 23 de julio de 1999, fecha en el cual le dieron de baja, sin que se le hiciera una valoración por Medicina Laboral, como lo recomendó la fonoaudióloga del dispensario médico de la Séptima Brigada.

Anotó que el día 13 de enero de 1999 se le practicó a la víctima directa del daño un examen audiológico, a través del cual se determinó lo siguiente: “paciente con hipoacusia neurosensorial severa” y se indicó que se le debían adaptar audífonos en ambos oídos.

Expresó que el día 15 de enero de 1999, el médico del dispensario médico del Batallón 21 Vargas, con sede en Granada, remitió al soldado Félix Eduardo Montoya Moyano al Hospital Militar para valoración por incapacidad por Medicina Laboral y adaptación de audífonos en ambos oídos; sin embargo, ésta valoración no se realizó.

Esgrimió que el día 23 de febrero de 1999, el médico del dispensario del Batallón 21 Vargas envió al soldado Félix Eduardo Montoya Moyano a la Dirección de Sanidad del Ejército, con el fin de que se le practicara una valoración por parte de otorrinolaringología, en donde se anotó: “Paciente quien consulta a este dispensario por presentar disminución de la audición a través de ambos oídos, luego de instrucción de polígono”.

Expuso, finalmente, que el joven Félix Eduardo Montoya Moyano quedó con lesiones e incapacidad para laborar de por vida, tal como se desprende de los diagnósticos de los médicos del propio Ejército Nacional (fls 5 a 13 c 1).

3.- Contestación de la demanda.

La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, contestó la demanda y se opuso a las pretensiones formuladas en ella, por considerar que en el presente caso no existe evidencia alguna que permita inferir responsabilidad del Estado,

pues esgrimió que el problema auditivo del joven Montoya Moyano se generó con antelación a su ingreso al Ejército Nacional.

Indicó que le corresponde a la parte actora demostrar la verdadera causa que generó el problema auditivo en el actor, pues la situación por la cual atravesó, al realizar las prácticas de polígono, son las mismas que desarrolla cualquier soldado del Ejército Nacional, durante su etapa de instrucción, lo cual se convierte en un hecho notorio; que aparte de este caso no se ha presentado ninguna clase de reclamación al respecto.

Indicó que no genera clase alguna de responsabilidad por parte del Estado, el hecho de que durante la actividad militar como conscripto, la víctima directa del daño hubiera recibido atención médica, por cuanto este servicio es lo mínimo que pueden recibir todos los integrantes de las Fuerzas Militares (fls 31 a 34 c 1).

4.- Alegatos de conclusión en primera instancia.

4.1.- La parte actora sostuvo que en el plenario se demostró que el ex-soldado Félix Eduardo Montoya Moyano sufrió una disminución auditiva mientras prestaba su servicio militar obligatorio en el batallón 21 Vargas.

Indicó que la responsabilidad del Ministerio de Defensa resultó comprometida en el caso *sub examine* por razón de la presunción de responsabilidad que se le puede atribuir en relación con los soldados en instrucción militar.

Agregó que de las pruebas obrantes en el expediente se desprende, de manera inequívoca, que el ex-soldado Félix Eduardo Montoya sufrió lesiones auditivas estando en instrucción militar, por lo tanto el Estado tiene la obligación de resarcir los daños causados a los demandantes, dado que la causa de las lesiones y de la incapacidad laboral se produjo con ocasión del servicio y fue producida por la onda explosiva de armas de dotación oficial.

Manifestó que las lesiones sufridas por la víctima directa del daño no pueden considerarse como un riesgo inherente al servicio militar.

Añadió que el presente asunto puede estudiarse desde la óptica de la falla del servicio, habida cuenta de que se encuentra demostrado en el proceso que los

“tapa oídos” que le entregaron a la víctima directa del daño no protegían en forma total su sistema auditivo (fls 126 a 129 c 1).

4.2.- Por su parte, la entidad pública demanda manifestó que si bien el inciso primero del artículo 90 de la Constitución Política establece que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cierto es que corresponde a la parte demandante probar los elementos que comprometen la responsabilidad patrimonial Estatal.

Indicó que de acuerdo con la Jurisprudencia del Consejo de Estado, para que se comprometa la responsabilidad del Estado bajo el título de la falla en el servicio se deben demostrar: *i)* dicha falla; *ii)* el daño, el cual implica una lesión o perturbación de un bien protegido por el Derecho; y *iii)* una relación de causalidad entre la falta o falla de la Administración y el daño.

Reiteró que para que la responsabilidad de la Administración sea declarada, no resulta suficiente que exista un daño antijurídico sufrido por una persona o grupo de personas, sino que se requiere que el daño respectivo sea imputable jurídicamente al Estado (fls 132 a 133 c 1).

5.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo del Meta, mediante sentencia proferida el 16 de junio de 2004, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

Para arribar a la anterior decisión, el Tribunal Administrativo de primera instancia señaló que no puede admitirse que el actor haya ingresado al servicio militar con una deficiencia en sus órganos auditivos, esto en razón a que la entidad demandada en ningún momento los propuso; que por el contrario se presume que toda persona que ingresa a prestar su servicio militar debe ser sujeto del más riguroso examen físico y psíquico, dadas las tareas que debe efectuar, pero sobre todo, por los instrumentos y armas de diversa índole que debe manipular y que, en consecuencia, los obliga a estar en permanente riesgo.

Señaló que la entidad demandada no aportó la hoja de vida del conscripto en cuya virtud se puedan extraer las condiciones y demás aspectos que ilustren qué aconteció con el soldado desde el momento en el cual ingresó al Ejército; que no se aportó su examen de ingreso y el desarrollo de su comportamiento durante el año en el cual prestó el servicio militar, luego no puede concluirse que el Ejército Nacional hubiere obrado en este caso de manera diligente.

Indicó que en cuanto a los perjuicios materiales no habría lugar a reconocerlos, por cuanto no se demostraron; no se hizo gestión alguna por parte del demandante para acreditarlos, máxime si se tiene en cuenta que ello constituye una carga que le corresponde a quien aduce el hecho (fls 136 a 161 c ppal).

6.- El recurso de apelación.

6.1.- Inconforme con la anterior decisión, la entidad pública demandada interpuso recurso de apelación a través del cual señaló que de conformidad con la Jurisprudencia del Consejo de Estado, para que se declare la responsabilidad administrativa y patrimonial del Estado, deben estar presentes los siguientes elementos: *i)* una falla del servicio de la Administración; *ii)* un daño que implica una lesión o perturbación de un bien protegido por el Derecho y *iii)* una relación de causalidad entre los 2 anteriores elementos.

Indicó que de acuerdo con el oficio No. 05536 de fecha Mayo 22 de 2000, expedido por el Comandante del Batallón de Infantería No. 21 Vargas con sede en Granada Meta, se concluye que el soldado Montoya Moyano Félix Eduardo no acudió al dispensario con el fin de seguirle el tratamiento con el médico para lograr su mejoría, lo cual rompe el nexo causal entre la enfermedad alegada por el señor soldado y la falla por parte de la Institución, por cuanto se presenta la causal de exoneración de responsabilidad denominada culpa exclusiva de la víctima.

Sostuvo que en el expediente no aparece el acta de la junta médica laboral o un dictamen médico que demuestre el perjuicio causado, pues en esta materia se tiene que acreditar la disminución de su “integridad patrimonial”, tanto en lo moral como en lo material, por cuanto el daño es el primer elemento que se debe estudiar en un proceso de responsabilidad del Estado.

Expuso, finalmente, que es reiterada la Jurisprudencia del Consejo de Estado en el sentido de que cuando existe una causal de exoneración de responsabilidad el Estado, éste no puede ser llamado a responder por los perjuicios que se le reclaman.

6.2.- La parte actora adhirió al recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y solicitó modificar la condena impuesta a la Nación, en el sentido de aumentar el monto de la indemnización reconocida por los perjuicios morales a favor del señor Félix Eduardo Montoya Moyano al equivalente de 230 gramos de oro en lugar de los 100 gramos que de ese mismo metal se le reconocieron en la sentencia, habida cuenta de que la incapacidad laboral determinada fue de 23.05%, debido a la invalidez que presenta y, en esa medida, la indemnización debe ser proporcional a la incapacidad sufrida, atendiendo el criterio Jurisprudencial del Consejo de Estado.

Manifestó que las lesiones sufridas por el joven Félix Eduardo Montoya le han dejado un daño biológico de por vida consistente en la invalidez que le impide el pleno goce de vivir y, por lo tanto, de realizar actividades como las de escuchar música que hacían más grata su existencia, razón por la cual se debe incrementar el monto reconocido por parte del Tribunal Administrativo de primera instancia.

Indicó que la sentencia de primera instancia debe ser “adicionada” en el sentido de condenar a la Nación a pagar la indemnización causada y futura por los perjuicios materiales ocasionados al señor Félix Eduardo Montoya Moyano, teniendo en cuenta el salario mínimo legal vigente para el año 1998, actualizado a valor presente; la edad del reclamante; la vida probable y la incapacidad laboral determinada, por cuanto la víctima directa del daño fue a prestar su servicio militar obligatorio con el fin de obtener su libreta miliar y, de esta forma, iniciar su vida laboral pero debido a su afección auditiva, la cual adquirió en su servicio militar, no ha podido trabajar.

Agregó que si bien no se demostró que al momento de la ocurrencia de la lesión auditiva la víctima directa del daño se encontraba trabajando, lo cierto es que sí se acreditó, a través de testimonios, que una vez se le dio de baja al soldado, éste no ha podido encontrar trabajo debido a su incapacidad auditiva.

Añadió que se debe modificar la sentencia de primera instancia en el sentido de reconocer indemnización por concepto de perjuicios morales a favor del señor Héctor Helí Montoya Moyano, hermano de la víctima directa del daño, dado que en el

proceso se acreditó que a la familia -padres y hermanos- le afectó y le sigue afectando la enfermedad auditiva del señor Félix Eduardo Montoya.

Expresó que la condena impuesta a la entidad demandada debe ser modificada y, en su lugar, se debe condenar a la Nación a pagar a favor de los señores Héctor Helí Montoya Moyano y Carmen Elisa Moyano de Montoya, en calidad de padres de la víctima directa del daño, el equivalente a 230 gramos de oro, en lugar de los 80 gramos que de ese mismo metal precioso se les reconoció en la sentencia, por concepto de perjuicios morales, máxime si se tiene en cuenta la intensidad del dolor y del sufrimiento que padecieron los padres al ver a su hijo inválido de por vida.

Señaló, finalmente, que el Tribunal Administrativo de primera instancia condenó a la entidad demandada a pagar a favor de la hermana menor de la víctima directa del daño el equivalente a 50 gramos de oro; sin embargo, dicha condena debe incrementarse y, en consecuencia, se le deben reconocer 115 gramos de oro, habida cuenta del intenso dolor que sufrió al ver a su hermano enfermo (fls 195 a 197 c ppal).

7.- Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Sólo la entidad demandada actuó en esta etapa procesal y reiteró los argumentos expuestos a lo largo de sus intervenciones en el proceso (fls 201 a 208 c ppal).

II. CONSIDERACIONES

1.- Competencia del Consejo de Estado.

El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto citado en referencia, comoquiera que se trata de los recursos de apelación presentados contra la sentencia proferida en primera instancia¹ por el Tribunal Administrativo del Meta.

2. Prelación de fallo².

¹ 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 - \$26.390.000 -, teniendo en cuenta que la demanda se presentó en el año 2000 y la cuantía del proceso se estimó en la suma de \$31'000.000.

² De conformidad con el Acta de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado No. 9 del 25 de abril de 2013.

En la actualidad la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado tiene a su conocimiento procesos que entraron para dictar fallo definitivo con anterioridad al presente asunto, situación que en los términos del artículo 18 de la Ley 446 de 1998 exigiría su decisión en atención al orden cronológico respecto del cual pasaron los expedientes al Despacho del correspondiente Magistrado Ponente.

No obstante, la Ley 1285 de 2009, en el artículo 16³, permite decidir sin sujeción al orden cronológico de turno, los procesos en relación con los cuales para su decisión definitiva “entrañe sólo la reiteración de jurisprudencia”.

En el presente caso se encuentra que el tema objeto de debate dice relación con las lesiones mentales padecidas por el señor Félix Montoya Moyano mientras se encontraba prestando su servicio militar obligatorio, como soldado bachiller.

Respecto del tema antes referido, la Sección Tercera del Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de pronunciarse en muchas ocasiones, en relación con lo cual ha fijado una Jurisprudencia consolidada y reiterada, motivo por el cual, con fundamento en el artículo 16 de la Ley 1285, la Subsección se encuentra habilitada para resolver el presente asunto de manera anticipada⁴.

³ “ARTÍCULO 16. **Apruébase como artículo nuevo de la Ley 270 de 1996 el siguiente:**
Artículo **63A**. Del orden y prelación de turnos. <Artículo **CONDICIONALMENTE** exequible>

“.....

“Igualmente, las Salas o Secciones de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del Consejo Superior de la Judicatura podrán determinar motivadamente los asuntos que por carecer de antecedentes jurisprudenciales, su solución sea de interés público o pueda tener repercusión colectiva, para que los respectivos procesos sean tramitados de manera preferente.

“Los recursos interpuestos ante la Corte Suprema de Justicia, el Consejo de Estado o el Consejo Superior de la Judicatura, cuya resolución íntegra entrañe sólo la reiteración de jurisprudencia, podrán ser decididos anticipadamente sin sujeción al orden cronológico de turnos.

“Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia, las Salas o las Secciones del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y el Consejo Superior de la Judicatura; las Salas de los Tribunales Superiores y de los Tribunales Contencioso-Administrativos de Distrito podrán determinar un orden de carácter temático para la elaboración y estudio preferente de los proyectos de sentencia; para el efecto, mediante acuerdo, fijarán periódicamente los temas bajo los cuales se agruparán los procesos y señalarán, mediante aviso, las fechas de las sesiones de la Sala en las que se asumirá el respectivo estudio”. (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

⁴ En este sentido, para sólo mencionar algunos, la Sala ha proferido los siguientes fallos, de reciente expedición, en relación con los cuales se ha consolidado la Jurisprudencia actual en

3.- Ejercicio oportuno de la acción de reparación directa.

Se encuentra que para el presente asunto se tuvo certeza respecto de la de la concreción de las lesiones ocasionadas a partir de la revisión que se le practicó al señor Félix Montoya Moyano en el Dispensario Médico el día 2 de septiembre de 1998, a través del cual se determinó que la víctima presentaba una hipoacusia neurosensorial severa bilateral y, por lo tanto, la demanda se formuló dentro los dos años siguientes al hecho que habría dado origen a la presunta responsabilidad del ente demandado, comoquiera que se presentó el 31 de enero de 2000.

4.- Material probatorio susceptible de ser valorado.

Dentro de los documentos allegados resulta relevante destacar los siguientes:

- Original de un documento expedido el día 2 de septiembre de 1998, por el Ejército Nacional, Dispensario Médico BR – 7, Audiometría, en el cual se consignó la siguiente información (fl 18 c 1):

“ ... Observaciones: Montoya Montoya Félix (sic).

Edad 18 años

Batallón No. 21 Vargas.

IDX audiológico Hipoacusia Neurosensorial severa, bilateral.

Recomiendo: 1) hacer informativo.

cuanto a los presupuestos necesarios para que se configure la responsabilidad del Estado por los daños causados a los conscriptos:

- Subsección A: Sentencia del 15 de septiembre de 2011, expediente 20196, MP: Dr. Hernán Andrade Rincón; Sentencia del 28 de julio de 2011, expediente 27741, MP: Dr. Hernán Andrade Rincón; Sentencia del 21 de febrero de 2011, expediente 16484, MP: Dra. Gladys Agudelo Ordoñez; Sentencia del 26 de mayo de 2011, expediente 38152; Sentencia del 7 de marzo de 2012, expediente 23116.

- Subsección B: Sentencia del 9 de abril de 2012, expediente 20532, MP: Dra. Stella Conto Diaz del Castillo; Sentencia del 29 de marzo de 2012, expediente 21978, MP: Dra. Ruth Stella Correa Palacio; Sentencia del 12 de abril de 2012, expediente 22537, MP: Dra. Stella Conto Díaz del Castillo; Sentencia del 10 de marzo de 2011, expediente 19159, MP: Dr. Danilo Rojas Betancourth.

- Subsección C: Sentencia de septiembre 14 de 2011, expediente 19031, MP: Dr. Enrique Gil Botero; Sentencia del 1° de febrero de 2012, expediente 20131, MP: Dra. Olga Mérida Valle de de la Hoz; Sentencia del 14 de septiembre de 2011, expediente 38222, MP: Dr. Enrique Gil Botero; Sentencia del 27 de febrero de 2013, expediente 25334, MP: Dr. Jaime Orlando Santofimio.

2). *Pedir cita por radiograma a medicina laboral sanidad T.E. Clara Inés Moreno ...*”.

- Original de un documento expedido por la Sociedad de Especialistas del Ariari “Sesa Ltda.”, el 13 de enero de 1999, en el cual se consignó (fl 19 c 1):

“ ... *Paciente con hipoacusia neurosensorial severa bilateral, se indica adaptación de audífonos en ambos oídos.*”.

- Original de un documento denominado “hoja de referencia”, expedido por la Dirección General de Sanidad Militar, el día 15 de enero de 1999, según el cual (fl 20 c 1):

“ ... <i>Servicio Solicitado</i>	<i>Especialidad</i>
<i>Valoración incapacidad</i>	<i>Medicina Laboral.</i>

“

Resumen Historia Clínica

Anamnesis: Hipoacusia.

Hallazgos Examen Físico: Hipoacusia Bilateral.

Resultados Pruebas Diagnósticas (Anexas): Hipoacusia Neurosensorial Severa Bilateral.

Diagnóstico Presuntivo

1. *Hipoacusia Neurosensorial Severa Bilateral.*

2. *Trauma Acústico.*

Criterio y/o Justificación de la Referencia

Valoración de limitación funcional x medicina laboral adaptación de audífonos ambos oídos.

- Original de un documento denominado “hoja de referencia”, expedido por la Dirección General de Sanidad Militar el día 23 de febrero de 1999, según el cual (fl 22 c 1):

“ ... <i>Servicio Solicitado</i>	<i>Especialidad</i>
<i>Cita Especializada</i>	<i>Otorrinolaringología.</i>

“

Resumen Historia Clínica

Anamnesis: Hipoacusia Bilateral.

Hallazgos Examen Físico: Hipoacusia Bilateral.

Resultados Pruebas Diagnósticas (Anexas): Audiometría.

Diagnóstico Presuntivo

Hipoacusia Neurosensorial Bilateral.

Criterio y/o Justificación de la Referencia

Valoración y manejo especializado de limitación funcional x medicina laboral adaptación de audífonos ambos oídos”.

- Original del resumen de la historia clínica expedido por el Dispensario Médico Batallón 21 Vargas el día 23 de febrero de 1999, en el cual se señaló que (fl 23 c 1):

“ ... Paciente quien consulta a este dispensario por presentar disminución de la audición a través de ambos oídos luego de instrucción de polígono.

A la otoscopia se evidencia obliteración del canal auditivo en lado izquierdo no siendo posible la visualización de la membrana timpánica.

En oído derecho se aprecia integridad de la membrana, sin ninguna alteración visible.

IDX, HIPOACUSIA NEUROSENSORIAL BILATERAL.

Se remite para valoración por otorrinolaringología”. (Negrillas y subrayas de la Sala).

- Certificación emitida por el Ejecutivo y 2do Comandante Batallón Vargas del Ejército Nacional, en la cual consta que: (fls 57 y 58 c 1):

“... En atención a sus oficios de referencia, me permito dar respuesta a los numerales allí citados con el fin de que obren dentro del proceso citado bajo la referencia, de reparación directa de FÉLIX EDUARDO MONTOYA contra la Nación Mindefensa así:

- 1. En referencia a la Hoja de vida del mencionado soldado, se revisó el libro matriz de soldados y se pudo evidenciar que el mencionado fue incorporado **el 24 de julio de 1998** y licenciado el 23 de julio de 1999, sin tener más antecedentes en libro matriz.*
- 2. En referencia a la copia auténtica de la Historia del ex soldado de acuerdo a informe suscrito por la TE. Médico del Dispensario de esta Unidad el cual anexo fotocopia, no aparece registro alguno de existencia de historia clínica, así mismo no se le adelantó*

informativo administrativo por lesiones ni se le realizó Junta Médica Laboral, ya que revisados los archivos de la Sección Primera no aparece informe suscrito por el comandante de compañía, de igual forma se sugiere oficiar al Dispensario médico de la Séptima Brigada, donde de acuerdo a su oficio 2700 literal 1 fue examinado por la Doctora CLARA INÉS MORENO.

3. *Así mismo este comando certifica que el Reservista FÉLIX EDUARDO MONTOYA MOYANO identificado con el CM 86062325, **PRESTÓ SU SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO EN ESTA Unidad Táctica como soldado Bachiller.*** (Negrillas y subrayas de la Sala).

- Dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, el día 31 de enero de 2003, por medio del cual se le determinó al señor Félix Montoya Moyano un porcentaje del 23.05% como grado de invalidez, según los siguientes términos (fls 104 a 106 c 1):

“... 1.- Identificación:

FÉLIX EDUARDO MONTOYA MOYANO.

C.C. 86.062.325 de Villavicencio.

Edad: 23 años; Dirección: Vereda Bella Suiza; Barrio; Bella Suiza; Teléfono: 6698820; Ciudad Villavicencio; Cédula de Ciudadanía: 86.062.325 de Villavicencio; Fecha de Nacimiento: 27 de Noviembre de 1979; Estado Civil: Soltero; Hijos: No; Estudios: Bachiller; Profesión u Oficios: Obrero; Empresa: -o-

2. Lesiones que presenta FÉLIX EDUARDO MONTOYA MOYANO:

ANTECEDENTES: En 1998 prestando Servicio Militar al hacer polígono comenzó a sangre (sic) por ambos oídos.

Presenta una disminución bilateral de la sensibilidad auditiva de tipo mixto, predominio neurosensorial de grado moderadamente severo.

IDX: Secuelas lesión del tendón flexor índice derecho.

“.....

3.- Clase y graduación total de la incapacidad laboral del señor FÉLIX EDUARDO MONTOYA MOYANO:

TOTAL GRADO DE INVÁLIDEZ 23.05% ...” (Negrillas de la Sala).

5.- Caso concreto.

De conformidad con el material probatorio allegado al proceso se encuentra acreditado el hecho dañoso sufrido por los demandantes, consistente en las lesiones físicas padecidas por el señor Félix Montoya Moyano como consecuencia de una hipoacusia neurosensorial bilateral, la cual le generó una pérdida de la capacidad laboral del 23.05%, mientras prestaba su servicio militar obligatorio.

A juicio de la Sala, el aludido daño le resulta atribuible a la entidad demandada, bajo un régimen objetivo de responsabilidad, tal como pasa a explicarse.

Al respecto, la Sala reitera la diferencia que existe entre el vínculo que se crea para el Estado frente a los soldados conscriptos y la relación que surge para con los soldados voluntarios o profesionales; en los primeros -soldados conscriptos- el vínculo surge debido al cumplimiento del deber constitucional de defensa de la soberanía y la independencia de las instituciones públicas, el cual no detenta carácter laboral alguno, en tanto que en el caso de los segundos (soldados profesionales) el ligamen se establece en virtud de una relación legal y reglamentaria consolidada a través del correspondiente acto administrativo de nombramiento y la consiguiente posesión del servidor o de la relación contractual creada mediante la suscripción de un contrato laboral.

Por lo tanto, a diferencia de los soldados profesionales, que ingresan en forma voluntaria a las filas del Ejército con el fin de prestar un servicio a cambio de una contraprestación y que gozan de una protección integral de carácter salarial y prestacional, los soldados conscriptos se ven impelidos a hacerlo por la imposición de una carga o gravamen especial del Estado. Así pues, los conscriptos no gozan de protección laboral predeterminada frente a los riesgos a los cuales se les somete en cumplimiento de su cometido constitucional, por cuanto la ley tan solo les reconoce algunas "prestaciones", las cuales de ningún modo pueden catalogarse como laborales y tampoco se asimilan al régimen *a for fait* previsto por la ley para los soldados profesionales.

Ahora bien en cuanto al título de imputación aplicable a los daños causados a soldados conscriptos, la Sala ha establecido 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 la misma.

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sección, en reciente oportunidad⁵, puntualizó:

“Atendiendo a las condiciones concretas en las que se produjo el hecho, la Sala ha aplicado en la solución de los casos, los distintos regímenes de responsabilidad. Así, ha decidido la responsabilidad del Estado bajo el régimen de daño especial cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas⁶; el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y, el de riesgo cuando éste proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos; pero, en todo caso, ha considerado que el daño no será imputable al Estado cuando se haya producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, por rompimiento del nexo causal. En providencia de 2 de marzo de 2000, dijo la Sala:

“... 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”⁷ (negritas adicionales).

En consecuencia, frente a los perjuicios ocasionados a soldados regulares, en la medida en que su voluntad se ve doblegada por el *imperium* del Estado, al someterlos a la prestación de un servicio que no es nada distinto a la imposición de una carga o un deber público, resulta claro que la organización estatal debe responder, bien porque frente a ellos el daño provenga de *i)* un rompimiento de las cargas públicas que no tenga la obligación jurídica de soportar el soldado; *ii)* de un

⁵ Al respecto, consultar por ejemplo, Consejo de Estado, S.C.a., Sección Tercera, sentencias del 30 de julio de 2008, Exp. 18725, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y del 15 de octubre de 2008. Exp. 18586 C.P. Enrique Gil Botero.

⁶ En sentencia de 10 de agosto de 2005, Exp. 16205, la Sala 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, 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 Contra Guerrillas de registro del área general del Municipio de Paz de Aripuro dentro del servicio y con ocasión de él, se tropezó cayendo contra la maleza, lesionándose el ojo derecho”.*

⁷ Expediente 11401

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 cosa, o *iii*) de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial.⁸

Asimismo, en relación con los conscriptos, el principio *iura novit curia* determina que el juzgador debe verificar si el daño antijurídico resulta imputable o atribuible al Estado con fundamento en uno cualquiera de los títulos de imputación antes mencionados; además, no debe perderse de vista que, en tanto la Administración Pública imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del soldado en la medida en que se trata de una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado, pues en determinadas situaciones lo pone en una posición 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.

Respecto de la responsabilidad derivada de las obligaciones de especial sujeción que asume el Estado frente a los conscriptos, esta Sala, en providencia del 15 de octubre del 2008⁹, sostuvo:

“Además de lo anterior, se reitera, que el Estado frente a los conscriptos (...) adquiere no sólo una posición de garante al doblegar, 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 co-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 conscriptos o reclusos, 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

⁸ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2008. Exp. 18586, C.P. Enrique Gil Botero.

⁹ *Ibidem*.

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 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, por cuanto también puede serle endilgable jurídicamente el daño.”

Lo anterior no obsta para que en este tipo de situaciones opere la causa extraña en sus diversas modalidades, como causal exonerativa de responsabilidad, casos en los cuales, como resulta apenas natural, la acreditación de la eximente deberá fundarse en la demostración de todos y cada uno de los elementos constitutivos de la que en cada caso se alegue: fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o hecho exclusivo de un tercero, según corresponda; por consiguiente, no es procedente 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 soldados conscriptos, resulte suficiente para que estos puedan considerarse como no atribuibles –por acción u omisión¹⁰ – a la Administración Pública¹¹

¹⁰ *Si se tiene en cuenta que la comprensión mayoritaria —aunque deba darse cuenta de la existencia de pareceres discrepantes— niega que las omisiones puedan ser causa, en un sentido estrictamente naturalístico u ontológico, de un resultado, como lo han señalado, por vía de ejemplo, MIR PUIG y JESCHECK, de la siguiente manera: —resulta imposible sostener que un resultado **positivo** pueda haber sido causado, en el sentido de las ciencias de la naturaleza, por un puro **no hacer (ex nihilo nihil fit)**// (énfasis en el texto original), sostiene aquél; —La causalidad, como categoría del ser, requiere una fuente real de energía que sea capaz de conllevar un despliegue de fuerzas, y ello falta precisamente en la omisión (—ex nihilo nihil fit)//, afirma éste. Cfr. MIR PUIG, Santiago, Derecho Penal. Parte General, 5ª edición, Reppertor, Barcelona, 1998, p. 318 y JESCHECK, Hans-Heinrich, Tratado de Derecho Penal. Parte General, Bosch, Barcelona, 1981, p. 852, apud MIR PUIGPELAT, Oriol, La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, cit., pp. 241-242.*

Sin embargo, la tantas veces aludida distinción categorial entre causalidad e imputación permite explicar, precisamente, de forma mucho más coherente que si no se parte de la anotada diferenciación, la naturaleza del razonamiento que está llamado a efectuar el Juez de lo Contencioso Administrativo cuando se le llama a dilucidar si la responsabilidad del Estado debe quedar comprometida como secuela no ya de una actuación positiva, sino como consecuencia de una omisión de la entidad demandada, pues aunque se admita que dicha conducta omisiva fenomenológicamente no puede dar lugar a la producción de un resultado positivo —de un daño—, ello no significa, automáticamente, que no pueda generar responsabilidad extracontractual que deba ser asumida por el omitente. Pero esa cuestión constituirá un asunto no de causalidad, sino de imputación.

Y es que en los eventos en los cuales la conducta examinada es una acción, para que proceda la declaratoria de responsabilidad resulta menester que exista relación de causalidad entre ella y el resultado, lo cual no es suficiente porque debe añadirse que éste sea jurídicamente atribuible o imputable a aquélla; pero, como señala MIR PUIGPELAT.

“... cuando la conducta es, en cambio, una omisión, la relación de causalidad no es sólo insuficiente, sino, incluso, innecesaria (...) Y existirá imputación del resultado cuando el omitente tenía el deber jurídico de evitar el resultado lesivo, poseyendo la acción —debida— omitida capacidad para evitarlo. En el momento de comprobar esta última cuestión (la capacidad evitadora de la acción omitida) se examina si existe relación de causalidad entre la acción omitida y el resultado producido. Pero obsérvese bien: no es una relación de causalidad entre la omisión y el

Al respecto, esta Sala ha establecido:

*“De ahí que el demandado inicial no pueda exonerarse parcialmente de responsabilidad, a pesar de que exista un tercero también jurídicamente responsable de indemnizar los perjuicios, pues los dos han concurrido a la causación de los mismos, **entendiendo, se insiste, que la anotada concurrencia no significa que físicamente participen los dos, sino que desde el punto de vista de la causalidad adecuada y de la imputabilidad jurídica, tanto el tercero como el demandado sean instrumentos activos y/o jurídicamente llamados a responder por la producción del daño.** Cosa distinta es que el demandado que ha pagado la totalidad de la indemnización judicialmente ordenada se subroga, por virtud de la solidaridad misma, en todos los derechos que la víctima directa tendría contra los demás responsables de la causación del daño. En ese orden de ideas, el demandado podrá o mejor, en su condición de entidad pública gestora de los intereses generales, deberá repetir contra el tercero o terceros que han contribuido a producir el daño”¹². (Negrillas adicionales).*

Así pues, en cada caso concreto, en el cual se invoque la existencia de una causa extraña por parte de la entidad demandada, deberán analizarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se hubiere producido el daño, por cuanto es posible que el Estado haya contribuido causalmente a la generación del mismo.

En ese orden de ideas, resulta dable concluir que para que tales eximentes de responsabilidad tengan plenos efectos liberadores respecto de la responsabilidad estatal, resulta necesario que la causa extraña sea la causa exclusiva, esto es única, del daño y que, por tanto, constituya la raíz determinante del mismo.

Pues bien, del material probatorio antes relacionado se tiene acreditado que:

- El señor Félix Eduardo Montoya Moyano fue incorporado al Ejército Nacional como soldado bachiller el día 24 de julio de 1998 y licenciado el día 23 de julio de 1999.

resultado, sino entre la acción (que, a diferencia de la omisión, sí tiene eficacia causal) no realizada y el resultado; y, además, es una causalidad meramente hipotética, entre una acción imaginada que no ha llegado a producirse y un resultado efectivamente acontecido. Los problemas fundamentales que se plantean, pues, en sede de omisión (y que son problemas de imputación), son la determinación de cuándo existe el deber jurídico de evitar el resultado (en definitiva, la determinación de cuándo se encuentra la Administración en posición de garante de la víctima) y la concreción del grado de capacidad evitadora del resultado que exigimos a la acción omitida, partiendo de valoraciones normativas, para imputar el resultado a la omisión”. Cfr. MIR PUIGPELAT, Oriol, La responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, cit., pp. 242-244.

¹¹ Sentencia del 15 de octubre de 2008. Exp. 18586. M.P. Enrique Gil Botero.

¹² Sentencia de 26 de marzo de 2008. Exp. 16530.

- De acuerdo con el resumen de la historia clínica, la víctima directa del daño mientras prestaba su servicio militar obligatorio visitó el dispensario médico del Batallón por cuanto presentó disminución de la audición en los dos oídos, luego de la instrucción de polígono, razón por la cual se le diagnosticó hipoacusia neurosensorial bilateral.

- El día 31 de enero de 2003, la Junta de Calificación de Invalidez Regional Meta estableció que en 1998 el señor Montoya Moyano, mientras prestaba el servicio militar al hacer pruebas de polígono, comenzó a sangrar por ambos oídos.

- El actor Félix Eduardo Montoya Moyano presentó una disminución bilateral de la sensibilidad auditiva de tipo mixto, predominio neurosensorial de grado moderadamente severo y se le dictaminó una incapacidad laboral del 23.05% de acuerdo con el dictamen pericial realizado por parte de la Junta de Calificación de Invalidez Regional Meta, el día 31 de enero de 2003.

En ese orden de ideas, la Sala encuentra acreditada la existencia de un hecho dañoso, así como el nexo causal entre éste y la prestación del servicio militar obligatorio por parte del señor Félix Eduardo Montoya Moyano, razón por la cual la entidad demandada resulta administrativa y patrimonialmente responsable por los daños ocasionados a la parte actora.

Ahora bien, aunque el Ejecutivo y Segundo Comandante del Batallón Vargas del Ejército Nacional señaló en el punto 2 de la certificación obrante en el expediente que no aparecía registro de la historia clínica del señor Félix Eduardo Montoya Moyano, lo cierto es que este documento sí existió, dado que al expediente se aportó un resumen de ella, expedido por la propia entidad demandada, lo cual deja sin fundamento tal afirmación.

6.- Indemnización de perjuicios.

6.1.- Perjuicios morales.

En cuanto a los daños causados por las lesiones que sufre una persona, la Sala reitera que éstas dan lugar a la indemnización de perjuicios morales, no obstante que su tasación dependa, en gran medida, de su gravedad y su entidad. En

algunas ocasiones las respectivas lesiones no alcanzan a tener una entidad suficiente para alterar el curso normal de la vida o de las labores cotidianas de una persona, de suerte que su indemnización debe ser menor, por manera que la cuantificación de los perjuicios morales que se causen en virtud de unas lesiones personales, la debe definir el juez en cada caso, en forma proporcional al daño sufrido.

Es lo común, lo esperable y comprensible, que los seres humanos sientan tristeza, depresión, angustia, miedo y otras afecciones cuando ven disminuidas su salud y sus facultades físicas, especialmente cuando la lesión sufrida ocurre como consecuencia de un hecho imprevisible para la víctima.

Pues bien, en el proceso se acreditó que el señor Félix Eduardo Montoya Moyano sufrió una hipoacusia neurosensorial bilateral, la cual le produjo una pérdida de su capacidad laboral del 23.05%, razón por la cual se encuentra probado el perjuicio moral padecido por la víctima directa del daño y, por lo tanto, se le reconocerá una indemnización equivalente a cuarenta y siete (47) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Ahora bien, respecto del grupo familiar que demandó por la incapacidad laboral del señor Félix Eduardo Montoya Moyano, integrado por sus padres y hermanos, se allegaron los siguientes medios de prueba: *i)* copia auténtica del registro civil de nacimiento del señor Félix Eduardo Montoya Moyano, el cual demuestra que es hijo de los también demandantes Carmen Elisa Moyano de Montoya y Héctor Helí Montoya Ávila y *ii)* copia auténtica de los registros civiles de nacimiento de los actores Luz Dalia Montoya Moyano y Héctor Helí Montoya Moyano (hermanos) – (fls. 61, 124 y 125 c 1, respectivamente).

En consecuencia, se encuentra acreditado el parentesco de los mencionados actores para con la víctima directa del daño, en su condición padres y hermanos, respectivamente, razón por la cual no sólo cuentan con legitimación en causa por activa y además son beneficiarios de la indemnización –a título de perjuicios morales– por la lesión ocasionada a su ser querido.

Así las cosas, se modificará en este punto la sentencia de primera instancia y se les reconocerá a los actores Carmen Elisa Moyano de Montoya y Héctor Helí Montoya Ávila, un monto equivalente a 47 salarios mínimos legales mensuales

vigentes para cada uno de ellos y para los señores Luz Dalia Montoya Moyano, Héctor Helí Montoya Moyano, la suma equivalente a veintitrés punto cinco (23.5) salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

6.2.- Perjuicios materiales

6.2.1 Lucro cesante.

El Tribunal de primera instancia denegó el reconocimiento de indemnización por concepto de perjuicios en la modalidad de lucro cesante, por cuanto consideró que en el expediente no se acreditó que la víctima directa del daño, antes de ingresar a prestar su servicio militar obligatorio, ejerciera una actividad productiva.

Al respecto, la Sala considera que éste punto debe ser modificado por cuanto fue objeto de apelación por la parte actora, pero además por que la Jurisprudencia de la Sala ha sostenido que las personas que ingresan a prestar su servicio militar obligatorio como soldados bachilleres, a partir del momento en que finalizan su prestación, inician su vida productiva¹³.

En efecto, no existen pruebas en el proceso que determinen que la víctima percibía un ingreso como contraprestación por dicho servicio y mucho menos que antes de ser vinculado al Ejército como soldado bachiller ejercía una actividad productiva, pero en consideración al criterio de la Corporación según el cual se entiende que a partir del retiro del servicio el demandante iniciaría su vida productiva, se accederá a la referida indemnización. De igual manera se precisa que la indemnización que dentro de esta sentencia se reconocerá será cuantificada desde la fecha en la cual el actor se retiró de la entidad, hasta su vida probable –con base, claro está, en su incapacidad física– y no a partir de la ocurrencia de los hechos.

¹³ Así lo ha sostenido esta Sección del Consejo de Estado –sentencia de febrero 4 de 2010, exps. acumulados 15.061 y 15.527– reiterado en la sentencia del 18 de julio de 2012; exp 20.079:

“(...) la Sala adoptará dentro de este proveído el salario mínimo legal vigente para la fecha de la presente providencia, toda vez que por tratarse precisamente de un soldado amparado bajo el régimen de conscripción, no existen en el proceso pruebas que determinen que el soldado Ibáñez Méndez percibía un ingreso como contraprestación por el servicio prestado de manera obligatoria, pero que en consideración al criterio de la Corporación según el cual se entiende que a partir del retiro del servicio el demandante iniciaría su vida productiva, se accederá a la referida indemnización. De igual manera se precisa que la indemnización que dentro de esta sentencia se reconocerá será cuantificada desde la fecha en la cual el actor se retiró de la entidad a causa de su lesión, hasta su vida probable –con base, claro está, en su incapacidad física– y no a partir de la ocurrencia de los hechos”.

Lo anterior cobra mayor fundamento si se tiene en cuenta que por tratarse de un soldado bachiller, la víctima no percibía remuneración alguna, dado que el vínculo para con el Estado surgió del cumplimiento del deber constitucional de defensa de la independencia, de la soberanía nacional y de las instituciones públicas y, por lo mismo, tal relación no revistió de carácter laboral alguno.

➤ **Indemnización debida o consolidada:**

Se tomará como base el salario mínimo legal vigente para la época en la cual el señor Félix Eduardo Montoya Moyano terminó la prestación de su servicio militar obligatorio, sin perjuicio de adoptar el del presente año 2013, siempre que el primero resulte inferior –una vez actualizado a valor presente– al salario mínimo vigente al año 2013, por razones de equidad¹⁴.

$Ra = Rh (\$ 236.438) \frac{\text{índice final} - \text{julio/13 (113.80)}}{\text{Índice inicial} - \text{julio/99 (55.77)}}$

Índice inicial – julio/99 (55.77)

Toda vez que el valor actualizado es inferior al salario mínimo mensual legal vigente a la fecha de esta providencia, se liquidará el lucro cesante con aplicación de esta última suma (\$589.500), previo incremento del 25% (\$147.375), por concepto del factor prestacional, lo que determina un ingreso base de liquidación de: \$ 736.875; la incapacidad que se le dictaminó al actor fue de 23.05%, razón por la cual el salario base de liquidación es de \$169.849 (Ra).

En donde,

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

S = Es la indemnización a obtener;

Ra = En este caso corresponde al salario mínimo legal mensual vigente al año 1999¹⁵.

¹⁴ Ver sentencia de 7 de abril de 2011, exp. 19.256, entre muchas otras decisiones.

¹⁵ Dado que el resultado de actualizar a valor presente el salario mínimo legal vigente para el año 1998 (\$236.438) arroja una cifra inferior (\$482.457) a la del salario mínimo legal vigente para 2013 (\$ 589.500), habrá de adoptarse este último como base para calcular la renta actualizada.

Entonces:

$$Ra = \$ 169.849.$$

$$I = \text{Interés puro o técnico: } 0.004867$$

N = Número de meses que comprende el período indemnizable¹⁶.

$$S = \$ 169.849 \times \frac{(1 + 0.004867)^{170} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$ 44'765.699$$

Total indemnización debida = \$ 44'765.699

➤ **Indemnización futura:**

Para la fecha de ocurrencia de los hechos, el demandante tenía 18 años de edad y, por ende, una probabilidad de vida adicional de 61.9 años¹⁷, equivalentes a 742.8 meses, de los cuales se descontará el período consolidado (170 meses), lo cual arroja un total de 572.8 meses.

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

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

En donde,

S = Es la indemnización a obtener

$$Ra = \$ 169.849$$

$$I = \text{Interés puro o técnico: } 0.004867$$

Reemplazando, se tiene que:

¹⁶ Desde la fecha en que el señor Félix Eduardo Montoya Moyano terminó la prestación de su servicio militar (julio de 1999) hasta la fecha de la presente sentencia (agosto de 2013).

¹⁷ Resolución No. 1555 del 30 de julio de 2010, proferida por la Superintendencia Financiera.

$$S = \$ 169.849 \times \frac{(1 + 0.004867)^{572.8} - 1}{0.004867 (1 + 0.004867)^{572.8}}$$

$$S = \$ 32'735.347.00$$

Total indemnización futura = \$ 32'735.347.00

Total perjuicios materiales: \$ 77'501.046.00

Así las cosas se modificará la sentencia de primera instancia y se reconocerá por lucro cesante a favor del señor Félix Eduardo Montoya Moyano la suma de \$ 77'501.046.00.

6.2.2 Daño emergente

Comoquiera que en la demanda no se solicitó la indemnización por tal concepto, no se realizará pronunciamiento alguno al respecto.

6.3.- Daño a la salud.

Al respecto resulta necesario precisar que mediante sentencia del 19 de julio de 2000 se reformuló el concepto de daño fisiológico por el de daño a la vida de relación, en la cual se sostuvo:

“[E]l daño extrapatrimonial denominado en los fallos mencionados “daño a la vida de relación”, corresponde a un concepto mucho más comprensivo, por lo cual resulta ciertamente inadecuado el uso de la expresión perjuicio fisiológico, que, en realidad, no podría ser sinónima de aquélla, ni siquiera en los casos en que este daño extrapatrimonial –distinto del moral– es consecuencia de una lesión física o corporal. Por esta razón, debe la Sala desechar definitivamente su utilización. En efecto, el perjuicio aludido no consiste en la lesión en sí misma, sino en las consecuencias que, en razón de ella, se producen en la vida de relación de quien la sufre”¹⁸ (negritas adicionales).

¹⁸ Consejo de Estado, sección Tercera, sentencia del 19 de julio de 2000, Exp. 11.842. M.P. Alier Hernández Sección Tercera.

Más adelante, según lo refleja la sentencia proferida el 15 de agosto de 2007¹⁹, la Sala abandonó dicha denominación y se refirió al perjuicio por la alteración grave de las condiciones de existencia, en los siguientes términos:

“En esta oportunidad la Sala aprovecha para, en aras de precisión y rigor en la nomenclatura, dejar de lado el nomen que hasta ahora se ha venido utilizando -en ocasiones de manera inadecuada o excesiva- para acudir al concepto de daño por alteración grave de las condiciones de existencia, el cual ofrece mayor amplitud que el anterior y abarca no sólo la relación de la víctima con el mundo exterior, sino, de manera más general, esos cambios bruscos y relevantes a las condiciones de una persona en cuanto tal y como expresión de la libertad y el albedrío atributos esenciales a la dignidad humana principio fundante del Estado Social de Derecho colombiano y de su ordenamiento jurídico, según consagra el artículo 1° de la Constitución Política.

*En la citada sentencia del 19 de julio de 2000 se dijo, refiriéndose al daño a la vida de relación social que “[p]ara designar este tipo de perjuicio, ha acudido la jurisprudencia administrativa francesa a la **expresión alteración de las condiciones de existencia**, que, en principio y por lo expresado anteriormente, **parecería más afortunada**. No obstante, considera la Sala que su utilización puede ser equívoca, en la medida en que, en estricto sentido, **cualquier perjuicio implica, en sí mismo, alteraciones en las condiciones de existencia** de una persona, ya sea que éstas se ubiquen en su patrimonio económico o por fuera de él.”*

Resulta ahora pertinente recoger estos planteamientos para señalar que si bien es cierto que la expresión relativa a la alteración de las condiciones de existencia resulta ser más comprensiva y adecuada, mal podría pensarse, desde la perspectiva de la responsabilidad del Estado, que todo perjuicio, de cualquier carácter y magnitud, comporte necesaria y automáticamente una alteración a las condiciones de existencia jurídicamente relevante.

*Sobre el particular la doctrina ha señalado, precisamente, que “para que se estructure en forma autónoma **el perjuicio de alteración de las condiciones de existencia**, se requerirá de **una connotación calificada en la vida del sujeto**, que en verdad **modifique en modo superlativo sus condiciones habituales**, en **aspectos significativos de la normalidad** que el individuo llevaba y que evidencien efectivamente un trastocamiento de los roles cotidianos, a efectos de que la alteración sea entitativa de un perjuicio autónomo, pues **no cualquier modificación o incomodidad sin solución de***

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia AG-385 de agosto 15 de 2007, actor: Antonio María Ordóñez Sandoval.

continuidad podría llegar a configurar este perjuicio, se requiere que el mismo tenga significado, sentido y afectación en la vida de quien lo padece²⁰.

Por su parte, en la doctrina francesa se ha considerado que los llamados *troubles dans les conditions d'existence*²¹ pueden entenderse como “una **modificación anormal** del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos o en sus proyectos”²² o “las modificaciones aportadas al modo de vida de los demandantes por fuera del mismo daño material y del dolor moral”²³.

El reconocimiento de indemnización por concepto del daño por **alteración grave de las condiciones de existencia** es un rubro del daño inmaterial -que resulta ser plenamente compatible con el reconocimiento del daño moral-, que, desde luego, debe acreditarse en el curso del proceso por quien lo alega y que no se produce por cualquier variación menor, natural o normal de las condiciones de existencia, sino que, por el contrario, solamente se verifica cuando se presenta una alteración anormal y, por supuesto, negativa de tales condiciones”.

Tal como se analizó anteriormente, la Sala había considerado que cuando se trata de lesiones que producen alteraciones físicas que afectan la calidad de vida de las personas, éstas tienen derecho al reconocimiento de una indemnización adicional a la que se reconoce por el perjuicio moral; es decir, el reconocimiento de esta clase de perjuicios no debe limitarse a los casos de lesiones corporales que producen alteraciones orgánicas, sino que debe extenderse a todas las situaciones que alteran de manera grave las condiciones habituales o de existencia de las personas²⁴.

Finalmente, la Sala cambió de nuevo la denominación de dicho perjuicio por el de daño a la salud, tal y como lo señaló mediante la providencia de 14 de septiembre de 2011, en la cual se puntualizó lo siguiente:

²⁰ Gil Botero, Enrique. *Temas de responsabilidad extracontractual del Estado*, Ed. Comlibros, Tercera Edición, 2006, p. 98.

²¹ Navia Arroyo Felipe. *Del daño moral al daño fisiológico*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2000, p. 78.

²² Chapus René. *Responsabilité publique et responsabilité privée. Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, citado por Juan Carlos Henao, *El Daño, análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 252.

²³ Paillet Michel. *La Responsabilidad Administrativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2001, o. 278.

²⁴ Cf. Consejo de Estado. Sección Tercera, sentencia de 1 de noviembre de 2007, expediente 16.407, reiterada recientemente en la sentencia del 13 febrero de 2013; exp. 26.030.

“Se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente –como quiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo”²⁵.

En el presente caso, se reitera, el actor resultó lesionado como consecuencia de la prestación de su servicio militar obligatorio, lesión que le produjo una incapacidad laboral del 23.05%, lo cual evidencia que sufrió un daño a la salud y, por lo tanto, se modificará la sentencia de primera instancia y se reconocerá a favor del señor Félix Eduardo Montoya Moyano el equivalente a 47 S.M.L.M.V.

7. 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,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR los numerales segundo, tercero y cuarto de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta el 16 de junio de 2004, los cuales quedarán así:

“ SEGUNDO: Condenar a la entidad demandada a pagar a FÉLIX EDUARDO MONTOYA MOYANO, el equivalente a 47 S.M.L.M.V., como daño a la salud.

TERCERO: Condenar a la entidad demandada a pagar como indemnización por concepto de perjuicios de carácter moral a FÉLIX EDUARDO MONTOYA MOYANO, el equivalente a 47 S.M.L.M.V., a sus padres HÉCTOR HELI MONTOYA ÁVILA y CARMEN ELISA MOYANO DE MONTOYA, el equivalente a 47 S.M.L.M.V para cada uno de ellos y a sus hermanos LUZ DALIA MONTOYA MOYANO y

²⁵ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera. Sentencia de 14 de septiembre 2011, exp. 19.031, M.P. Enrique Gil Botero.

HÉCTOR HELI MONTOYA MOYANO, el valor correspondiente 23.5 S.M.L.M.V., para cada uno de ellos.

CUARTO: Condenar a la entidad demandada a pagar al señor FÉLIX EDUARDO MONTOYA MOYANO a título de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, la suma de \$77'501.046.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás, el fallo apelado.

TERCERO: Sin condena en costas.

CUARTO: CÚMPLASE lo dispuesto en esta providencia, en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

QUINTO: EXPÍDANSE a la parte actora las copias auténticas con las constancias de que trata el artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente a su Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA