

SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO - Soldado regular. Soldado bachiller o auxiliar de policía. Soldado campesino / CONSCRIPTO - Título de imputación / FALLA DEL SERVICIO - Arma de dotación oficial. Protocolo de seguridad / CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA - Inexistencia

Respecto de la diferencia existente entre los soldados que prestan el servicio militar obligatorio y los soldados voluntarios o profesionales, la Sala ya se ha pronunciado en los siguientes términos: Para la Sala es claro que la ley 48 de 1993, mediante la cual se reglamentó el servicio de reclutamiento y movilización define claramente que existen varias modalidades en la prestación del servicio militar obligatorio: como soldado regular, con un tiempo de servicio de 18 a 24 meses; como soldado bachiller o auxiliar de policía, durante 12 meses; y como soldado campesino, entre 12 a 18 meses (art. 13). En similar sentido, el decreto reglamentario de aquella ley, 2.048 de 11 de octubre de 1993, definió al concripto como “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” (art. 47). En relación con la responsabilidad patrimonial del Estado frente a quienes se encuentren prestando el servicio militar obligatorio, ha considerado la Sala que el régimen bajo el cual debe resolverse su situación es diferente del que se aplica frente a quienes voluntariamente ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares, agentes de policía o detectives del DAS, 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”, para “defender la independencia nacional y las instituciones públicas”. 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 similares, criterio a partir del cual se estableció la obligación de reparación a cargo de la entidad demandada, frente a 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. 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 públicas; 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 el caso concreto, considera la Sala que el hecho es imputable a la administración a título de falla del servicio, la cual consistió en que el arma con la cual se causó el daño, estuviera cargada, cuando no debería estarlo. El arma de dotación oficial con la cual se produjo el daño, no tenía porqué estar cargada de conformidad con las órdenes dada por los superiores de los soldados Vanegas Díaz y Vásquez Cataño, quienes supuestamente pasaron revista al arma, sin que se haya establecido dentro del plenario por qué el fusil del soldado Vásquez se encontraba cargado. No existe en el proceso ningún elemento de juicio que permita reconstruir lo ocurrido de manera diferente. El soldado Luis Alexander Vanegas Díaz, se apoyó en el fusil del soldado Vásquez Cataño, confiando en que éste se hallaba descargado, pues tenía la plena convicción de que se trataba de su fusil. No está demostrado en el proceso que la víctima hubiera actuado de manera imprudente al apoyarse en su fusil con la trompetilla hacía arriba, al contrario, existen bases probatorias que le

permiten a la Sala concluir que él tenía el pleno convencimiento de que su fusil estaba descargado, por lo que no puede afirmarse que el daño se produjo por culpa exclusiva de la víctima.

NOTA DE RELATORIA: Ver sentencias del 3 de marzo de 1989, exp. 5290; del 25 de octubre de 1991, exp. 6465 y de 2 de mayo de 2000, exp. 11401.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01600-01(18070)

Actor: LUIS MARIA VANEGAS Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA-APELACION-

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por los demandantes en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 7 de octubre de 1999, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda, la cual será revocada.

I. ANTECEDENTES PROCESALES

1. Las pretensiones

Mediante escrito presentado ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca el 21 de noviembre de 1995, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa establecida en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, los señores Luis María Vanegas e Isabel Díaz Pulido, quienes obran en nombre propio y en representación de los menores Gloria Abigail, Adriana Milena, Joselin, Hugo Andrés, Mónica del Pilar y Herney Fabián Vanegas Díaz y, además, los señores Henry Vanegas Díaz y José Evangelista Díaz, formularon demanda en contra de la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, con el objeto de que se declarara patrimonialmente responsable a esa

entidad, de los daños y perjuicios sufridos con ocasión de la muerte del joven LUIS ALEXANDER VANEGAS DÍAZ, el 9 de julio de 1994, en la base militar ubicada en el municipio de Ubalá, Cundinamarca, cuando se encontraba prestando el servicio militar obligatorio.

A título de indemnización solicitaron el pago de: (i) por perjuicios morales una suma equivalente a 1.000 gramos de oro a favor de Luis María Vanegas, Isabel Díaz Pulido y José Evangelista Díaz y a favor de Gloria Abigail, Adriana Milena, Joselin, Hugo Andrés, Mónica del Pilar, Herney Fabián y Henry Vanegas Díaz, una suma equivalente a 500 gramos de oro; (ii) por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, a favor de Luis María Vanegas e Isabel Díaz Pulido, la cuantía que se demuestre al interior del proceso, teniendo en cuenta el salario que percibía el occiso antes de ingresar al Ejército o, en subsidio, el salario mínimo legal para la época de los hechos, suma debidamente actualizada de conformidad con el índice de precios al consumidor, y (iii) los intereses legales corrientes y los intereses moratorios.

2. Fundamentos de hecho.

Los hechos relatados en la demanda son, en resumen, los siguientes: el 9 de julio de 1994, el joven Luis Alexander Vanegas Díaz, quien se encontraba prestando el servicio militar en el Batallón de Ingenieros No. 13 “Antonio Baraya”, con sede en el municipio de Ubalá, Cundinamarca, mientras patrullaba junto con otros miembros del Batallón, el área del municipio de Manbita, Cundinamarca, se detuvieron y en ese momento al soldado Julián Vásquez Cataño *“se le safó el fusil y al golpear contra la tierra salió un disparo que fue a dar en el cuerpo del soldado Luis Alexander Vanegas”*, ocasionándole la muerte.

Se adujo que el daño era imputable a la entidad a título de falla presunta del servicio dado que el porte y manipulación de armas de dotación oficial por parte de los soldados es una actividad peligrosa.

3. La oposición de la demandada

La entidad demandada se opuso a las pretensiones formuladas en su contra y adujo que el daño se produjo por culpa exclusiva de la víctima dado que el soldado Vanegas violó las obligaciones que debía cumplir en su calidad de conscripto. Agregó que de conformidad con el acto administrativo No. 10495 de 30 de noviembre de 1995, la muerte del soldado Vanegas no se produjo como consecuencia directa del servicio por lo que se ordenó el pago de la “compensación por muerte correspondiente a 24 meses de sueldo”.

4. La sentencia recurrida.

El Tribunal *A quo* negó las súplicas de la demanda. Señaló que el soldado Luis Alexander Vanegas “se causó el mismo la herida” con el arma de dotación oficial de uno de sus compañeros, razón por la cual, no hay lugar a decretar la responsabilidad del Estado puesto que el daño se produjo por culpa exclusiva de la víctima, quien a pesar de que ignoraba que dicho fusil se encontraba cargado, al ser una persona dedicada al manejo de armas, debió tomar las precauciones necesarias para evitar el daño, sin que se le pueda reprochar al Estado por no haberle advertido que el arma se encontraba cargada.

5. Lo que se pretende con la apelación.

La parte demandante solicitó que se revocara la sentencia proferida por el Tribunal *A quo* y que, en su lugar, se accediera a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que no se puede afirmar que la muerte del joven Luis Alexander Vanegas se produjo por su propia culpa al omitir verificar que el arma “*que le tuviera por un momento al soldado Vásquez Cataño*” se encontraba cargada, dado que: (i) no existía la orden de los superiores de portar el arma de dotación oficial cargada; (ii) faltó vigilancia y control por parte de los superiores que se encontraban con el occiso el día de los hechos puesto que estos debieron percatarse de que el soldado Julián Humberto Vásquez Cataño portaba su arma de dotación oficial cargada y sin el correspondiente seguro, y (iii) de conformidad con el Manual de Normas de seguridad contra accidentes aprobado mediante el acto administrativo No. 00005 de 10 de enero de 1978, es obligación del Comandante del Batallón desarrollar una permanente política de seguridad y

prevención de los diferentes riesgos a los que están expuestos los miembros del Batallón, con el fin de garantizar la supervivencia de los mismos.

6. Actuación en segunda instancia.

6.1 La parte demandante reiteró los argumentos expuestos en la sustentación del recurso.

6.2 La parte demandada señaló que el daño se produjo por culpa exclusiva del soldado Vanegas, quien por descuido entregó al soldado Julián Vásquez “el fusil que no era” y posteriormente de manera imprudente “obviando todas las instrucciones recibidas para el manejo de las armas” se apoyó en el fusil causándose la herida que el produjo la muerte.

El Ministerio Público guardó silencio.

Por otra parte, la Señora Consejera, doctora Myriam Guerrero de Escobar, puso en conocimiento de la Sala su impedimento para conocer del proceso de la referencia, por encontrarse incurso en la causal prevista en el numeral 2 del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, que prescribe: *“Haber conocido del proceso en instancia anterior, el juez, el cónyuge o algunos de sus parientes indicados en el numeral precedente”*, impedimento que será aceptado por la Sala.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

La Corporación es competente para conocer del asunto, en razón del recurso de apelación interpuesto por los demandantes, en proceso de doble instancia, seguido contra la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, en el que se negó la responsabilidad patrimonial de la entidad por la muerte del joven Luis Alexander Vanegas Díaz, decisión que habrá de revocarse, con fundamento en las siguientes consideraciones:

2. El daño sufrido por los demandantes

2.1 Está demostrado en el proceso que el joven Luis Alexander Vanegas Díaz falleció el 9 de julio de 1994, en el municipio de Ubalá, Cundinamarca, según se acreditó con el registro civil de la defunción [fl. 62 C-2, copia auténtica], con el acta de levantamiento de cadáver No. 003 de 9 de julio de 1994 [fl. 64 C-2, copia auténtica] y con el protocolo de la necropsia médico legal, en el cual se concluyó que *“el deceso de LUIS ALEXANDER VANEGAS DÍAZ FUE CONSECUENCIA DIRECTA Y NATURAL, de la anemia aguda y el shock hipovolémico provocado por la herida por proyectil de arma de fuego recibida. Dado el severo compromiso de vasos arteriales y venosos descritos, tuvo por sí misma un efecto de naturaleza esencialmente mortal”*. [fls. 10 y 11 c-2, copia auténtica].

2.2. Igualmente, está acreditado que la muerte del señor Luis Alexander Vanegas Díaz causó daños a Luis María Vanegas Barbosa, Isabel Díaz Pulido, Henry, Gloria Abigail, Adriana Milena, Joselín, Hugo Andrés, Mónica del Pilar y Herney Vanegas Díaz, quienes demostraron ser sus padres y hermanos, respectivamente, según consta en los registros civiles de nacimiento [fls. 2 a 9 C-2, copia auténtica], y el señor Evangelista Díaz Suárez demostró ser el abuelo materno de aquél, según consta en el certificado del registro civil de nacimiento de la señora Isabel Díaz Pulido [fl. 1 C-2, copia auténtica].

La demostración del parentesco en el primer y segundo grados de consanguinidad entre la víctima y los demandantes, unida a las reglas de la experiencia, permite inferir el dolor moral que éstos sufrieron con la muerte de aquél.

Perjuicio que, en el caso concreto aparece además demostrado con los testimonios rendidos ante el A quo, por los señores Guillermo Díaz Pulido, María de Jesús Sierra, Luz Marina Reyes Rodríguez e Isabel Gordillo Quemba, quienes aseguraron que la muerte del joven Luis Alexander Vanegas Díaz fue muy dolorosa para toda su familia por los fuertes lazos que los unían [fls. 68 a 73 y 78 a 81 C-2].

3. El hecho causante del daño

En relación con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos en los cuales falleció el joven Vanegas Díaz, el acervo probatorio está

integrado por aquellas pruebas practicadas o aportadas directamente en este proceso, conformadas por la orden del día No. 152 de 9 de julio de 1994 suscrita por el Comandante del Batallón de Ingenieros "Antonio Baraya", el informativo administrativo por muerte No. 005 suscrito por el Comandante del Batallón Barayá, el informe de muerte suscrito por el Comandante Saturno "2" (E) de la Base Militar de Mambita, Cundinamarca, el oficio No. 0130 de 24 de julio de 1996, el Acta Militar de Defunción No. 0763 y el cese militar definitivo de 17 de julio de 1994, suscritos por el Comandante del Batallón de Ingenieros "Antonio Baraya", así como las trasladadas del informativo prestacional del occiso en el que reposan los demás documentos que hacían parte de su historia laboral, los cuales fueron traídos al expediente por el Jefe de División del Archivo General del Ministerio de Defensa (fls. 13, 17 a 51 C-2, copia auténtica) y por la indagación preliminar que por la muerte del soldado Luis Alexander Vanegas Díaz adelantó el Juzgado Noveno de Instrucción Penal Militar [fls. 83 a 140 C-2, copia auténtica], que fue enviada en copia auténtica por el Auditor Auxiliar 23 de Guerra del Ejército Nacional, en respuesta al oficio remitido por el a quo, de la cual podrán ser valoradas tanto la prueba documental como la testimonial, por haber sido pedida por la parte demandante y practicada por la misma entidad demandada.

3.1 Muestran las pruebas, de una parte, la condición de conscripto del señor Luis Alexander Vanegas Díaz y, de otra parte, que se encontraba en servicio activo, para el día 9 de julio de 1994, fecha en la que falleció. De ello da cuenta:

(i) La certificación suscrita por el Jefe de la Sección de Soldados del Departamento E-1 del Comando del Ejército (E) [fl. 22 C-2, copia auténtica], en la que se consignó que el señor Vanegas Díaz:

“...ingresó como soldado Regular en el BIBYA el día 14-ENE-94. Fue dado de baja por DEFUNCIÓN el día 09-JUL-94, de acuerdo con el BOLETÍN DE NOVEDADES DIARIAS DE PERSONAL DEL DÍA 11-JUL-94, permaneciendo un lapso de CINCO (5) MESES, VEINTICINCO (25) DÍAS.”

(ii) La Resolución No. 10745 de 30 de noviembre de 1995 “Por la cual se reconoce y ordena el pago de compensación por muerte” suscrita por el Subsecretario General del Ministerio de Defensa, en donde se anotó “*QUE EL SOLDADO DEL EJÉRCITO NACIONAL VANEGAS DÍAZ LUIS ALEXANDER...FALLECIÓ EL 09 DE JULIO DE 1.994*” [fl. 31 C-2, copia auténtica].

(iii) El Acta Militar de Defunción No. 0763 suscrito por el Comandante del Batallón de Ingenieros No. 13 “Antonio Baraya” [fls. 60 y 61 C-2, copia auténtica], en la que se consignó que Luis Alexander Vanegas Díaz ingresó como “Soldado Regular” al Batallón de Ingenieros No. 13 “Antonio Baraya” del Ejército Nacional, el 13 de enero de 1994 y falleció en la Inspección de Policía de Mambita - Jurisdicción del municipio de Ubalá, Cundinamarca, el 9 de julio de 1994”, y

(iv) El Boletín de Novedades Diarias de Personal del día 11 de julio de 1994 suscrito por el Jefe de la Sección de Soldados (E) del Ejército Nacional [fl. 47 C-2 copia auténtica], en el que se consignó:

“ARMA	INGENIERO	UNIDAD	BIBYA
“GRADO	<u>SOLDADO REGULAR</u>		
“APELLIDOS Y NOMBRES	VANEGAS DÍAZ LUIS ALEXANDER		
“FECHA DE FALLECIMIENTO	<u>09-JUL-94</u>		
“LUGAR	BASE MILITAR MAMBITA (CUNDINAM)		
“HECHOS	AL ENCONTRARSE PATRULLANDO ACCIDENTALMENTE SE CAUSÓ HERIDA CON EL FUSIL DE DOTACIÓN A LA ALTURA DE LA INGLE”.(subrayado por fuera del texto)		

3.2 Esta acreditado que el soldado Luis Alexander Vanegas Díaz al momento de la ocurrencia de los hechos se encontraba prestando el servicio militar obligatorio, como se señaló anteriormente con la certificación suscrita por el Jefe de la Sección de Soldados del Departamento E-1 del Comando del Ejército (E) [fl. 22 C-2, copia auténtica], en la que se consignó que el señor Vanegas Díaz ingresó al Ejército Nacional el 14 de enero de 1994 como “soldado regular”.

Respecto de la diferencia existente entre los soldados que prestan el servicio militar obligatorio y los soldados voluntarios o profesionales, la Sala ya se ha pronunciado en los siguientes términos:

“(…) Para la Sala es claro que la ley 48 de 1993^[1], mediante la cual se reglamentó el servicio de reclutamiento y movilización define

claramente que existen varias modalidades en la prestación del servicio militar obligatorio:

- como **soldado regular**, con un tiempo de servicio de 18 a 24 meses;
- como **soldado bachiller o auxiliar de policía**, durante 12 meses; y
- como **soldado campesino**, entre 12 a 18 meses (art. 13).

“En similar sentido, el decreto reglamentario de aquella ley, 2.048 de 11 de octubre de 1993, definió al conscripto como *“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”* (art. 47). Y frente a los soldados regulares dispuso que en el lapso de la inscripción, que transcurre entre el 1 de enero y el 31 de diciembre, se determinará a cuál de los contingentes se enviará al **conscripto**. **Y prevé que al estudiante de último año de secundaria que no obtenga el título de bachiller, se le aplaza la prestación del servicio por una sola vez pero si “persiste la causal, se le definirá su situación militar como regular, sin más prórrogas”** (art. 34).

“En primer término es preciso diferenciar la clase de vínculo que se crea para el Estado, frente al soldado conscripto y en relación con el soldado voluntario o profesional; en el primero de los mencionados (soldado conscripto) el vínculo surge del cumplimiento del deber constitucional de defensa de la independencia y las instituciones públicas y no detenta carácter laboral, en tanto que en el segundo vínculo (soldado profesional) surge de la relación legal y reglamentaria consolidada a través del acto de nombramiento y la posesión del servidor o de la relación contractual creada mediante la suscripción de un contrato laboral.

“El deber constitucional que se enuncia en relación con los conscriptos está contenido en los artículos 216 a 227 Capítulo VII del Título VII, cánones que después de referirse a la conformación, finalidad y regulación de la Fuerza Pública como cuerpo no deliberante, **prevé** que todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones patrias **y defiere a la ley** la determinación de las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar y las prerrogativas para la prestación del mismo. **La ley 48 de 1993**^[2] **reglamentó** el Servicio de Reclutamiento y Movilización, y señaló como finalidad y funciones, la planeación, dirección, organización y control sobre la definición de la situación militar de los colombianos y la integración a la sociedad en su conjunto en defensa de la soberanía nacional, entre otros (arts. 4 y 9); **estableció**, de una parte, la obligación de todo varón colombiano de definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, e inscribirse para definir tal situación, dentro del lapso del año anterior en que lleguen a la misma (arts. 10 y 14), y, de otra, las modalidades para atender la obligación de prestación del servicio militar obligatorio; así: como soldado regular: de 18 a 24 meses, soldado bachiller, de 12 meses, auxiliar de policía bachiller, 12 meses, y de soldado campesino, de 12 hasta 18 meses (art. 13).

“De acuerdo con dicho Estatuto Legal le corresponde al Estado y en caso de que el varón colombiano llegue a la mayoría de edad y no cumpla con las obligaciones anteriores “() *compelerlo sin perjuicio de la aplicación de las sanciones que se establecen en la presente ley ()*”.

“Por lo tanto, a diferencia **del soldado profesional que ingresa en forma voluntaria** a las filas del Ejército con el fin de prestar un servicio a cambio de una contraprestación y que goza de una protección integral de carácter salarial y prestacional, **el soldado conscripto se ve impelido a hacerlo**, por imposición del Estado de una carga o gravamen especial, en beneficio de todo el conglomerado social y en aras de su seguridad y tranquilidad. Así es como el conscripto no goza de protección laboral predeterminada frente a los riesgos a que se le somete en cumplimiento de su cometido constitucional, ya que la ley tan solo le reconoce algunas “prestaciones” las cuales de ningún modo pueden catalogarse como laborales y tampoco, se asimilan para efectos de este estudio, al régimen a for fait previsto por la ley para el soldado profesional.

“Esta Sección del Consejo de Estado, a partir de la legislación y la ponderación de la naturaleza y alcances de tales vínculos, **ha concluido que frente al soldado profesional** la inexistencia de responsabilidad civil extracontractual en relación con los daños sufridos por éstos con ocasión de la exposición a los riesgos inherentes a su actividad laboral, dirigida ésta a la protección del Estado y de sus instituciones, porque tales riesgos están cubiertos por la ley, en la cual se prevé la obligación para el Estado de indemnizar a su servidor público, por los daños sufridos con ocasión y por razón del servicio y que cobra vigencia en forma automática, cuando se produce “el siniestro” que se ampara legalmente. Y exceptúa del régimen indemnizatorio anotado, los daños provenientes de la falla del servicio o del sometimiento del soldado a un riesgo distinto al que asumió voluntariamente, eventos en los cuales cobra vigencia el régimen de responsabilidad contenido en el artículo 90 constitucional (...)”¹

En síntesis, al ostentar el soldado Vanegas Díaz el grado de “Soldado Regular”, de conformidad con lo señalado anteriormente, queda demostrado que para el momento de los hechos se encontraba prestando el servicio militar obligatorio, por lo que no se le puede dar un tratamiento similar al del soldado voluntario o profesional.

3.3 En relación con las circunstancias en las cuales ocurrió el hecho, obra en el proceso la prueba testimonial trasladada de la indagación preliminar adelantada por el Juzgado Noveno de Instrucción Penal Militar, la cual podrá ser valorada por haber sido pedida por la parte demandante y practicada por la misma entidad demandada.

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia de 29 de noviembre de 2004. Expediente No. 15.474.

Muestra la prueba que el 9 de julio de 1994 se encontraban los soldados Luis Alexander Vanegas Díaz y Julián Vásquez Cataño en la casa de la señora Benilda Castro *“profesora de la Escuela”*, quien los había invitado a cenar; que una vez terminaron de comer el soldado Vásquez Cataño recogió la loza *“y le dejó el fusil de él a Vanegas Díaz”* y que cuando regresó de la cocina el soldado Vanegas Díaz le *“entregó el fusil equivocado a Vásquez Cataño”*; que en el momento en que se iban a retirar de la vivienda de la profesora, se escuchó una detonación, razón por la cual el Cabo Segundo Dagoberto Henao Ospina, volteó a mirar al soldado Vanegas Díaz quien le dijo *“mi cabo, mi cabo, ayúdeme que me pegué un tiro en la pierna”*, por lo que inmediatamente este le prestó los primeros auxilios mientras el Cabo Segundo Jesús Humberto Santiago Trigos intentaba conseguir un vehículo en donde trasladarlo hasta el centro de salud, lugar al que llegó sin vida. Así lo afirmó el Suboficial Dagoberto Henao Ospina, miembro del Batallón de Ingenieros No. 13 *“Antonio Baraya”*, testigo presencial de los hechos [fls. 102 a 105 C-2].

Además, el testigo señaló que desconoce las razones por las cuales el fusil del soldado Vásquez Cataño se encontraba cargado dado que supuestamente él había revisado los fusiles de los soldados antes de salir de la Base Militar:

“PREGUNTADO: “Por qué razón considera usted que el fusil que tenía Vanegas Díaz en el momento de ocurrir el disparo, se encontraba con cartucho en la recámara?” CONTESTÓ: “No sé porque al salir de al base revisé los fusiles y mandé a colocar el proveedor para salir y yo observé que tanto Vanegas como Vásquez efectuaron bien el ejercicio. Desconozco el momento en el cual él cargó el fusil”

La versión de los hechos anteriormente referida fue ratificada por el Cabo Segundo Jesús Humberto Santiago Trigos miembro del Batallón de Ingenieros No. 13 *“Antonio Baraya”*, testigo presencial de los hechos [fls. 106 a 109 C-2] quien afirmó que el 9 de julio de 1994, una vez terminaron de cenar en la casa de la profesora, el Cabo Henao le ordenó al soldado Vásquez Cataño que recogiera la loza y la llevara a la cocina, por lo que el soldado Vásquez le solicitó al soldado Luis Alexander Vanegas Díaz *“que le tuviera el fusil con el fin de no romper la loza, sin antes haberle dicho que el su fusil estaba cargado”*. A los 15 minutos aproximadamente escuchó un impacto de fusil por lo que volteó a mirar y se percató que el soldado Vanegas Díaz se había pegado un tiro en la pierna derecha y en ese momento el soldado Vanegas dijo *“mi cabo, me pegué un tiro en la pierna”* y acto seguido levantó la trompetilla del fusil y dijo *“yo no la cargué, él no*

estaba cargado” e inmediatamente procedió a darle los primeros auxilios tendientes a parar la hemorragia y a conseguir un vehículo para transportarlo al centro de salud.

Además a la pregunta *“Sírvese decir al Juzgado cómo era el comportamiento en filas de los soldados Vanegas Díaz y Vásquez Cataño?”* respondió:

“En el tiempo que duré laborando con ellos en la contraguerrilla de Saturno Dos, en la cual se encontraba como Comandante de esta el señor Subteniente Zapata Herrera Omar, no fue una conducta excelente. Hago apartes del soldado Vásquez Cataño...por eso aclaro que la conducta del soldado Vásquez Cataño no es la de un soldado que ha recibido instrucción penal militar. El soldado Vásquez Cataño es indisciplinado, por ejemplo no tenía porque tener el fusil cargado el día de los hechos sin habersele dado la orden respectiva por parte de los comandantes. El soldado Vanegas Díaz Luis Alexander, durante su permanencia en filas nunca tuve quejas de él. Su conducta y disciplina fueron excelentes” (subrayado fuera de texto).

También aseguró el Cabo Segundo Jesús Humberto Santiago Trigos que en el momento en que se le disparó el arma al soldado Luis Alexander Vanegas Díaz, él volteó a mirarlo y observó que el soldado se encontraba verificando su arma con la trompetilla hacía arriba y dijo *“yo no la cargué, él no estaba cargado”*, afirmación que es ratificada con la declaración de la señora Benilda Castro Martínez, profesora de la escuela Nueva Boca de Monte, testigo presencial de los hechos [fls 110 a 112 c-2]..

En igual sentido, el soldado Julián Humberto Vásquez Cataño aseguró que el día de los hechos se encontraban en la casa de la profesora de la escuela que los había invitado a cenar; que a él le correspondió llevar la loza a la cocina por lo que le solicitó al soldado Vanegas Díaz que le sostuviera su arma y al regresar el soldado Vanegas le entregó *“el fusil de él a mi y él se quedó con el mio”*, que aproximadamente a los diez minutos de que regresó de llevar la loza, el *“Cabo Henaos dijo que nos íbamos”* y que él procedió a salir cuando escuchó el disparo y al mirar al soldado Vanegas este decía *“Yo no tenía el fusil cargado”* mientras lo revisaba [fls. 119 a 121).

A la pregunta *“Diga por qué razón considera Usted que el fusil asignado a su nombre fue el que se le disparó al soldado Vanegas?”* respondió *“Porque yo se lo pasé cuando empecé a recoger la loza, para que me lo tuviera mientras lo hacía. Yo no sé por qué se disparó, yo no le sé responder ahí”*.

Y a la pregunta *“Diga por qué razón estaba cargado ese fusil. En qué momento lo hizo?”* contestó *“Yo no lo cargué. Yo no lo maniobré para cargarlo. El fusil se disparó porque estaba cargado. Yo no vi que él lo cargara tampoco. Yo en ningún momento lo cargué”*.

3.4 La versión de los soldados sobre la forma como ocurrió el hecho resulta coherente con los demás documentos que obran en el plenario.

En efecto, de los hechos también dan cuenta los siguientes documentos:

- El Informativo Administrativo No. 005 de 9 de julio de 1994 suscrito por el Comandante del Batallón de Ingenieros No. 13 “Antonio Baraya” [fls. 54 y 55 C-2, copia auténtica], en el que se consignó:

“El 09 de julio de 1994 a las 21:30 horas aproximadamente en la inspección de Policía de Mambita, jurisdicción del Municipio de Ubalá, Cundinamarca, el SOLDADO VANEGAS DÍAZ LUIS ALEXANDER...accidentalmente se disparó causando herida en la ingle derecha de carácter mortal causándole la muerte cuando se encontraba adelantando labores de patrullaje en la Base Militar de Mambita.

“CONCEPTO

“De acuerdo con el Literal A del artículo 35 del decreto 94-89, la muerte del soldado LUIS ALEXANDER VANEGAS DÍAZ...ocurrió en el servicio pero no por causa ni razón del mismo.”

- El Informe por Muerte de 10 de julio de 1994 suscrito por el Comandante de Saturno “2” (E), mediante el cual le informó al Comandante de la Base Militar de Mambita, Cundinamarca, que el día de los hechos el soldado Vanegas Díaz, se disparó en la pierna derecha con el fusil del soldado Vásquez Cataño, al ignorar que éste se encontraba cargado [fl. 56 C-2, copia auténtica]:

“Con el presente me permito informar al Señor Comandante de la Base Militar de Mambita los hechos ocurridos el día 09 de Julio de 1.994 a las 21:30 horas así:

“Me dirigí a la escuela de Boca Monte con los Soldados VÁSQUEZ CATANO JULIÁN y el Soldado VANEGAS DÍAZ LUIS ALEXANDER entramos a la escuela a pedirle un favor a la profesora.

“En ese momento los soldados se sentaron a descansar mientras yo hablaba con la misma, en ese momento escuché un disparo y me dirigí hacía el sitio donde se encontraban los (sic) y el Soldado VANEGAS

DÍAZ LUIS me dijo ayúdeme mi Cabo me pegué un tiro en la pierna, en ese momento procedí a prestar (sic) los primeros auxilios.

“De inmediato lo bajamos al hombro (sic) hasta la carretera y en cuestión de 20 minutos conseguimos un carro y hasta el momento el Soldado se encontraba con signos vitales y al llegar al puesto de salud el Soldado dejó de existir.

“Según las versiones de los Soldados, el Soldado VÁSQUEZ CATAÑO le dijo al Soldado VANEGAS DÍAZ que le tuviera el fusil mientras llevaba la loza a la cocina pero el fusil del Soldado VÁSQUEZ CATAÑO estaba cargado y el soldado VANEGAS DÍAZ LUIS no sabía que estaba cargado y le oprimió el disparador, pegándose el tiro en la pierna derecha parte superior.” (subrayado fuera de texto)

- El Informe de Muerte de un Soldado de 14 de julio de 1994 suscrito por el Soldado Julián Humberto Vásquez Cataño [fl. 86 C-2, copia auténtica], mediante el cual le informó al Comandante de la Compañía “A” de Mambita, Cundinamarca, que el día de los hechos, él le solicitó al soldado Luis Alexander Vanegas Díaz que le sostuviera el fusil mientras él llevaba la loza a la cocina y que cuando regresó hubo una confusión de fusiles, razón por la cual, el soldado Vanegas Díaz se quedó con el fusil que se le había asignado a él, y que cuando ya se iban a ir, el soldado Vanegas “se fue a levantar apoyándose del fusil y se le fue un tiro”:

“Con el presente me permito informar al Señor Comandante de la Compañía “A” Base Militar Mambita lo sucedido el día 09-07-94.

“Siendo las 21:30 horas aproximadamente me encontraba yo junto con el soldado VANEGAS DÍAZ LUIS prestándole seguridad a los Señores CS. HENAO OSPINA DAGOBERTO y el CS. SANTIAGO TRIGOS JESÚS, nos dirigimos acompañando a la profesora hacía la escuela de Bosque Monte.

“La Señora profesora nos invitó a comer, luego de haber comido yo le entregué el fusil mío al Soldado VANEGAS DÍAZ LUIS mientras yo recogía la loza de las personas que habíamos comido.

“Luego de esto me dirigí hacía la cocina a dejar lo recogido, al regresar le pedía el fusil al Soldado VANEGAS DÍAZ LUIS y equivocadamente él me entregó el que no era, o sea, yo quedé con el de él y él quedó con el mío.

“A los 15 minutos después aproximadamente mi Cabo Henao dio la orden que nos íbamos. Mi cabo se dirigió hacia la puerta y el Soldado VANEGAS DÍAZ LUIS se quedó por un momento observando la televisión, cuando se fue a levantar apoyándose del fusil se le fue un tiro. Mi CABO HENAO inmediatamente volteó y el soldado le dijo Mi Cabo me pegué un tiro en la pierna, ayúdeme Mi Cabo.

“Mi Cabo procedió a ponerle un trinquete en la pierna con una toalla serena y luego de esto nos dirigimos a conseguir en que transportarlo.”

- La providencia de 28 de septiembre de 1995, mediante la cual el Juzgado Noveno de Instrucción Penal Militar de Bogotá, se abstuvo de iniciar acción penal dentro de la investigación preliminar adelantada por la muerte del Soldado Luis Alexander Vanegas Díaz [fls. 135 a 138 C-2, copia auténtica], al considerar que “*Si VÁSQUEZ CATAÑO, contra toda orden, tuviera su arma cargada y sin seguro, estaría incurso tal vez en un punible de desobediencia, pero no de HOMICIDIO en ninguna de sus modalidades, que es lo que estamos dilucidando*” y que el soldado Luis Alexander Vanegas Díaz debió manipular el arma del soldado Vásquez Cataño como si estuviera cargada, sin que sea determinante el hecho de que “*no fuera la suya propia*”.

4. Título de imputación aplicable en el caso concreto

En relación con la responsabilidad patrimonial del Estado frente a quienes se encuentren prestando el servicio militar obligatorio, ha considerado la Sala que el régimen bajo el cual debe resolverse su situación es diferente del que se aplica frente a quienes voluntariamente ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares, agentes de policía o detectives del DAS², 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*”³, para “*defender la independencia nacional y las instituciones públicas*”⁴.

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 similares⁵, criterio a partir del cual se estableció la obligación de reparación a cargo de la entidad demandada, frente a los daños

² Ha dicho la Sala 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.

³ Sentencia de la Corte Constitucional T-250 del 30 de junio de 1993.

⁴ Artículo 216 de la Constitución Política.

⁵ Sentencias de 3 de marzo de 1989, exp: 5290 y del 25 de octubre de 1991, exp: 6465, entre otras.

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

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 peligrosos⁷; 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

⁶ En sentencia de 10 de agosto de 2005, exp: 16.205, 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 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”.

⁷ En sentencia de 28 de abril de 2005, exp. 15.445, dijo la Sala: “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”.

por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, eventos cuya demostración corresponderá a la parte demandada”⁸.

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 por la muerte del joven Luis Alexander Vanegas Díaz dado que ocurrió mientras prestaba el servicio militar obligatorio y por una falla del servicio de la entidad demandada.

5. La responsabilidad de la entidad demandada en el caso concreto

5.1 La decisión adoptada por el *A quo* sobre la ausencia de responsabilidad patrimonial de la entidad estatal demandada por la muerte del joven Luis Alexander Vanegas Díaz habrá de revocarse y, en su lugar, se accederá a las pretensiones de la demanda, porque considera la Sala que ese daño es imputable a la Nación - Ministerio de Defensa - Ejército Nacional, por cuanto el señor Vanegas Díaz falleció mientras prestaba el servicio militar obligatorio y como consecuencia de un disparo con arma de dotación oficial, sin que tal daño haga parte de los riesgos propios de la actividad militar, que le corresponde asumir a los conscriptos.

En el caso concreto, considera la Sala que el hecho es imputable a la administración a título de falla del servicio, la cual consistió en que el arma con la cual se causó el daño, estuviera cargada, cuando no debería estarlo.

En efecto, con las pruebas antes relacionadas quedó acreditado que el soldado Luis Alexander Vanegas Díaz se causó la muerte con el fusil que se le había asignado al soldado Julian Vásquez Cataño el cual momentos antes había tomado y que se le disparó después de haberse apoyado en él, pues el soldado Vanegas Díaz presumía que el arma se hallaba descargada, por ser esa la orden oficial y porque, adicionalmente, él tenía la firme convicción de que se trataba de su arma de dotación oficial, la cual se encontraba descargada.

El arma de dotación oficial con la cual se produjo el daño, no tenía porque estar cargada de conformidad con las órdenes dada por los superiores de los soldados Vanegas Díaz y Vásquez Cataño, quienes supuestamente pasaron revista al arma,

⁸ Expediente 11.401.

sin que se haya establecido dentro del plenario por qué el fusil del soldado Vásquez se encontraba cargado. No existe en el proceso ningún elemento de juicio que permita reconstruir lo ocurrido de manera diferente. El soldado Luis Alexander Vanegas Díaz, se apoyó en el fusil del soldado Vásquez Cataño, confiando en que éste se hallaba descargado, pues tenía la plena convicción de que se trataba de su fusil. Así lo narraron el soldado Julián Vásquez Cataño y los Cabos Segundo Dagoberto Henao Ospina y Jesús Humberto Santiago Trigos, testigos presenciales de los hechos [fls. 102 a 109 y 119 a 121 99-101).

Según la entidad demandada el daño sufrido por los demandantes no le es imputable porque se originó por la culpa exclusiva de la víctima quien “violó las obligaciones a las cuales estaba sujeto como administrado y más como concripto”.

No está demostrado en el proceso que la víctima hubiera actuado de manera imprudente al apoyarse en su fusil con la trompetilla hacía arriba, al contrario, existen bases probatorias que le permiten a la Sala concluir que él tenía el pleno convencimiento de que su fusil estaba descargado, por lo que no puede afirmarse que el daño se produjo por culpa exclusiva de la víctima, máxime cuando de conformidad con los testimonios de los Cabos Segundos Dagoberto Henao Ospina y Jesús Humberto Santiago Trigos, es evidente la falla del servicio que se presentó, pues el primero afirmó que “al salir de la base yo revisé los fusiles...desconozco el momento en el cual él cargó el fusil” y el segundo agregó que “el soldado Vásquez Cataño es indisciplinado, por ejemplo no tenía porque tener el fusil cargado el día de los hechos sin habersele dado la orden respectiva por parte de los comandantes”.

Súmese a lo anterior que después de ocurrido el daño, en la orden del día No. 152 de 9 de julio de 1994 suscrita por el Comandante del Batallón de Ingenieros “Antonio Baraya” [fls. 14 a 16 C-2, copia auténtica], se consignó lo siguiente:

“(...

“...NOVEDADES DE PERSONAL

“BAJA SOLDADO

“Dase (sic) de Baja en los efectivos de la Unidad el Soldado VANEGAS DÍAZ LUIS ALEXANDER...por defunción con novedad fiscal 09-JULIO-94.

“...VARIOS

“ARMAMENTO Y TIRO

“-Controle cuidadosamente el consumo de munición para que no queden cartuchos en mano, ya que estos son los que mas tarde ocasionan accidentes de mucha consideración.”

“(...). (subrayado por fuera de texto)

Es decir, la administración procedió a tomar algunas medidas correctivas con el fin de evitar que posteriormente se volviese a presentar un incidente similar como el que ocurrió con el soldado Luis Alexander Vanegas Díaz.

Por lo tanto, como la conducta del soldado Vanegas Díaz no fue la causa eficiente del daño, sino que lo fue la falla del servicio en la que incurrió la administración representada en que uno de los soldados conscriptos sin la autorización respectiva y eludiendo todos los controles de seguridad, tuviese el arma de dotación oficial cargada, hay lugar a declarar la responsabilidad de la entidad demandada.

Cabe advertir que la indemnización que en esta sentencia se reconoce a los demandantes se produce al margen de los beneficios económicos que por mandato legal correspondan por haber sufrido el daño durante el tiempo en que el soldado se hallaba prestando el servicio militar obligatorio, habida consideración de que éstos no tienen carácter indemnizatorio, por cuanto los mismos se otorgan al margen de que el daño sea o no imputable al Estado⁹.

6. La indemnización de perjuicios

6.1 Indemnización por perjuicios morales.

Se solicita en la demanda una indemnización equivalente a 1.000 gramos de oro a favor de cada uno de los señores Luis María Vanegas e Isabel Díaz Pulido y, además, a favor de José Evangelista Díaz, Henry, Gloria Abigail, Adriana Milena, Joselín, Hugo Andrés, Mónica del Pilar y Herney Vanegas Díaz, una suma equivalente a 500 gramos de oro para cada uno, por perjuicios morales.

⁹ Ver por ejemplo, sentencia de 4 de julio de 2004, exp: 14.308.

Se advierte, que para establecer el valor de la indemnización a reconocer a título de perjuicios morales, la Sala tendrá en cuenta los criterios establecidos en la sentencia de 6 de septiembre de 2001, expedientes Nos. 13.232 y 15.646, en la cual fijó tal indemnización en salarios mínimos legales mensuales.

En consecuencia, en uso del arbitrio judicial, la Sala reconocerá en favor de los demandantes Luis María Vanegas e Isabel Díaz Pulido el valor equivalente a 100 SMLMV para cada uno y para José Evangelista Díaz, Henry, Gloria Abigail, Adriana Milena, Joselín, Hugo Andrés, Mónica del Pilar y Herney Vanegas Díaz, el valor equivalente a 50 SMLMV para cada uno.

6.2 Indemnización por perjuicios materiales - Lucro cesante.

En la demanda se solicita por este concepto, como pretensión principal, la suma que resulte de multiplicar \$170.000, que era el salario que percibía el occiso antes de entrar a prestar el servicio militar obligatorio, por la vida probable de sus padres más un 25% por concepto de pretensiones sociales, y como pretensión subsidiaria, la suma que resulte de multiplicar el salario mínimo para la época de los hechos por la vida probable de sus padres más un 25% por concepto de pretensiones sociales, por concepto de lucro cesante.

En primer término precisa la Sala que no existe prueba de que el occiso realizara una actividad lucrativa pero se presume que al momento de efectuarla por lo menos percibiría un salario legal mínimo.

Por lo tanto, la liquidación del lucro cesante se hará con base en el salario mínimo legal mensual vigente, por ser superior a la suma actualizada del salario mínimo legal mensual vigente de la época de los hechos –9 de julio de 1994-. Suma a la cual se adicionará el 25% de la misma como valor de las prestaciones sociales, así: $\$496.900 + \$124.225 = \$621.125$. De esa suma se descontará el 25% que corresponde a lo que el occiso destinaría para su sostenimiento personal, para un total de $\$465.843,75$, suma que se dividirá en dos, con el fin de obtener la base de liquidación del lucro cesante a favor de cada uno de los padres del occiso, para un total de $\$232.921,9$ para cada uno.

-Se liquidará la indemnización a favor de la señora Isabel Díaz Pulido, por el periodo comprendido entre la fecha de los hechos (9 de julio de 1994) y la fecha

en la cual el señor Luis Alexander Vanegas Díaz, hubiera cumplido 25 años de edad (10 de noviembre de 2000), esto es, por 76.03 meses.

-Se aplicará la fórmula financiera adoptada por la Corporación.

Indemnización vencida: $Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$

Liquidación:

-Para la señora Isabel Díaz Pulido.

Indemnización debida o consolidada.

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

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta o ingreso mensual actualizado que equivale a \$232.921,9

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período de la indemnización: desde el día de ocurrencia del hecho hasta la fecha en que cumpliría 25 años, esto es, 76.03 meses.

$$S = \$232.921,9 \frac{(1 + 0.004867)^{76.03} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$21.367.879,21$$

Total lucro cesante a favor de la señora Isabel Díaz Pulido: \$21.367.879,21

-Se liquidará la indemnización a favor del señor Luis María Vanegas Barbosa, por el periodo comprendido entre la fecha de los hechos (9 de julio de 1994) y la fecha en la cual el señor Luis Alexander Vanegas Díaz, hubiera cumplido 25 años de edad (10 de noviembre de 2000), esto es, por 76.03 meses.

-Se aplicará la fórmula financiera adoptada por la Corporación.

Indemnización vencida: $Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$

Liquidación:

-Para el señor Luis María Vanegas Barbosa.

Indemnización debida o consolidada.

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

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es la renta o ingreso mensual actualizado que equivale a \$232.921,9

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período de la indemnización: desde el día de ocurrencia del hecho hasta la fecha en que cumpliría 25 años, esto es, 76.03 meses.

$$S = \$232.921,9 \frac{(1 + 0.004867)^{76.03} - 1}{0.004867}$$

$$S = \$21.367.879,21$$

Total lucro cesante a favor del señor Luis María Vanegas Barbosa: \$21.367.879,21

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

FALLA

REVÓCASE la sentencia recurrida, esto es, la proferida por Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 7 de octubre de 1999 y, en su lugar, se dispone:

PRIMERO.- DECLÁRASE que la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL es administrativamente responsable de la muerte del señor Luis Alexander Vanegas Díaz, en hechos ocurridos el 9 de julio de 1994 en el municipio de Ubalá, Cundinamarca.

SEGUNDO. Como consecuencia de la declaración anterior, CONDÉNASE a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL a pagar a los demandantes los perjuicios morales y materiales, así:

a) POR CONCEPTO DE PERJUICIOS MORALES, se ordena cancelar a los demandantes, las siguientes cantidades: para los señores Luis María Vanegas Barbosa e Isabel Díaz Pulido el valor equivalente a 100 SMLMV para cada uno y

para José Evangelista Díaz, Henry, Gloria Abigail, Adriana Milena, Joselín, Hugo Andrés, Mónica del Pilar y Herney Fabián Vanegas Díaz el valor equivalente a 50 SMLMV para cada uno.

b) POR CONCEPTO DE PERJUICIOS MATERIALES, se ordena pagar a favor de la señora Isabel Díaz Pulido la suma de veintiún millones trescientos sesenta y siete mil ochocientos setenta y nueve pesos con veintiún centavos (\$21.367.879,21), y a favor del señor Luis María Vanegas Barbosa la suma de veintiún millones trescientos sesenta y siete mil ochocientos setenta y nueve pesos con veintiún centavos (\$21.367.879,21).

TERCERO. NIÉGANSE las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO.- ACÉPTASE el impedimento manifestado por la doctora Myriam Guerrero de Escobar.

QUINTO. La NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL, dará cumplimiento a lo dispuesto en este fallo, dentro de los términos indicados en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

SEXTO. Para el cumplimiento de esta sentencia expídanse copias con destino a las partes, con las precisiones del art. 115 del Código de Procedimiento Civil y con observancia de lo preceptuado en el art. 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.

SÉPTIMO. Todas las comunicaciones que se ordena hacer en esta sentencia serán libradas por el a quo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

RAMIRO SAAVEDRA BECERRA
Presidente de la Sala

RUTH STELLA CORREA PALACIO

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

ENRIQUE GIL BOTERO

ACLARACION DE VOTO DEL DR. ENRIQUE GIL BOTERO

CONSCRIPTO - Título de imputación

Contrario a lo precisado en la providencia de de la cual disiento, estoy convencido de que el régimen por excelencia, bajo el cual deben ser manejadas y desatadas las controversias relativas a la responsabilidad por los daños irrogados a conscriptos, es el objetivo. En efecto, pareciera que la posición mayoritaria se orienta a definir todos los casos de responsabilidad extracontractual del Estado, a partir de la verificación o no de la falla del servicio, para que una vez agotado el estudio desde el régimen subjetivo, en aplicación del principio iura novit curia, se aborde el análisis desde la perspectiva objetiva, siempre que los elementos fácticos lo permitan. Me aparto del planteamiento así presentado, como quiera que estoy convencido que la falla del servicio no puede ser fijada como el título de imputación principal, a través del cual deban definirse todos los litigios o controversias que se sometan a decisión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. A contrario sensu, considero que la formulación de otros títulos de imputación (v.gr. los de naturaleza objetiva), ha sido definida en la mayoría de los casos por el legislador, o por la jurisprudencia, en atención a determinados hechos o circunstancias que, por su propia lógica, ameritan que el análisis de la discusión sea examinado sin consideración alguna al elemento subjetivo (culpa o falla) del sujeto de derecho demandado. El problema de adoptar un título subjetivo de imputación para resolver litigios en los cuales se endilga responsabilidad al Estado por los daños padecidos por un soldado conscripto consiste, básicamente, en que el juez tiene que afrontar los siguientes dilemas jurídicos, los cuales no se presentan en tratándose de regímenes de naturaleza objetiva: a) La dificultad en que se coloca a la parte actora para acreditar la falla probada del servicio; b) La entidad demandada podría exonerarse acreditando diligencia y cuidado; c) Qué sucede con la causa extraña, consistente en el hecho de un tercero. ¿Exoneraría de responsabilidad o no?

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

Bogotá, D.C., veintidós (22) de abril de dos mil nueve (2009)

Radicación número: 25000-23-26-000-1995-01600-01(18070)

Actor: LUIS MARIA VANEGAS Y OTROS

Demandado: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA-EJERCITO NAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA-APELACION-

ACLARACION DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por los pronunciamientos de la Corporación, procedo a señalar los motivos por los cuales, si bien comparto la decisión adoptada el 21 de abril del año en curso, aclaro mi voto en relación con un aspecto de la parte motiva del proveído en cuestión.

1. Argumentos sobre los cuales recae la presente aclaración de voto

En la providencia señalada, la Corporación revocó la sentencia proferida el 7 de octubre de 1999, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, consecuencialmente, declaró responsable al Ejército Nacional de los perjuicios causados a los demandantes, motivo por el cual se dispuso su correspondiente reparación.

Ahora bien, en la parte motiva de la sentencia, en cuanto se refiere al título de imputación aplicable en el caso concreto se puntualizó, en algunos apartes, lo siguiente:

“En efecto, con las pruebas antes relacionadas quedó acreditado que el soldado Luis Alexander Vanegas Díaz se causó la muerte con el fusil que se le había asignado al soldado Julián Vásquez Cataño el cual momentos antes había tomado y que se le disparó después de apoyarse en él, pues el soldado Vanegas Díaz presumía que el arma se hallaba descargada, por ser esa la orden oficial y porque, adicionalmente, él tenía la firme convicción de que se trataba de su arma de dotación oficial, la cual se encontraba descargada.

“El arma de dotación oficial con la cual se produjo el daño, no tenía porque estar cargada de conformidad con las órdenes dada por los superiores de los soldados Vanegas Díaz y Vásquez Cataño, quienes supuestamente pasaron revista al arma, sin que se haya establecido dentro del plenario porque (sic) el fusil del soldado Vásquez se encontraba cargado. No existe en el proceso ningún elemento de juicio que permita reconstruir lo ocurrido de manera diferente. El soldado Luis Alexander Vanegas Díaz, se apoyó en el soldado Vásquez Cataño, confiando en que éste se hallaba descargado, pues tenía la plena convicción de que se trataba de su fusil...

“(...)” (Página 18 de la providencia).

2. Razones y fundamentos de la aclaración

Me aparto del razonamiento transcrito, aceptado de manera mayoritaria por la Sala, con fundamento en las siguientes consideraciones:

2.1. Contrario a lo precisado en la providencia de de la cual disiento, estoy convencido de que el régimen por excelencia, bajo el cual deben ser manejadas y desatadas las controversias relativas a la responsabilidad por los daños irrogados a conscriptos, es el objetivo.

2.2. En efecto, pareciera que la posición mayoritaria se orienta a definir todos los casos de responsabilidad extracontractual del Estado, a partir de la verificación o no de la falla del servicio, para que una vez agotado el estudio desde el régimen subjetivo, en aplicación del principio *iura novit curia*, se aborde el análisis desde la perspectiva objetiva, siempre que los elementos fácticos lo permitan.

En otros términos, la Sala evidencia la construcción de una línea jurisprudencial a partir de la cual, la falla del servicio se erigiría como el título de imputación por excelencia (principal) y, en consecuencia, ante la falta de constatación de la misma, se podría asumir el estudio de la litis desde la imputación objetiva, de forma subsidiaria, siempre que los hechos así lo permitan.

2.3. Aparentemente, el basamento de la posición referida es que la falla del servicio, en caso de encontrarse demostrada, permite a las entidades fijar políticas públicas y, de manera adicional, brinda la posibilidad de emitir juicios de desvalor en relación con la conducta de la administración pública y de sus funcionarios.

2.4. Me aparto del planteamiento así presentado, como quiera que estoy convencido que la falla del servicio no puede ser fijada como el título de imputación principal, a través del cual deban definirse todos los litigios o controversias que se sometan a decisión de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. *A contrario sensu*, considero que la formulación de otros títulos de imputación (v.gr. los de naturaleza objetiva), ha sido definida en la mayoría de los casos por el legislador, o por la jurisprudencia, en atención a determinados hechos o circunstancias que, por su propia lógica, ameritan que el análisis de la discusión sea examinado sin consideración alguna al elemento subjetivo (culpa o falla) del sujeto de derecho demandado.

2.5. No es que el legislador y el juez hayan construido una teoría acerca de los títulos de imputación, de forma caprichosa, sino que tal estructura y contenido, tienen su fundamento en el hecho de que, en ciertas ocasiones, no es posible endilgar responsabilidad bajo un esquema subjetivo, como quiera que desde ciertos supuestos el actuar diligente o cuidadoso de la persona frente a quien se endilga responsabilidad, no es trascendente para efectos de enervar la pretensión resarcitoria.

2.6. Desde la perspectiva personal, no pretendo discutir el contenido y alcance que se le ha dado al artículo 90 de la Constitución Política, por parte de esta Corporación, esto es, que la falla del servicio continúa siendo el título de imputación por excelencia y que, de manera excepcional, deben ser definidas las controversias a partir del régimen objetivo; no obstante lo anterior, debo defender la idea según la cual existen eventos, decantados por la jurisprudencia de esta misma Sala, en los cuales el litigio debe ser definido a través de títulos de naturaleza objetiva, de manera principal, por razones jurídicas o motivos de equidad y solidaridad, principios éstos de rango constitucional y que se entronizan con los postulados del artículo 90 de la Carta Política¹⁰.

Entonces, estoy de acuerdo con que se declare la ocurrencia de una falla del servicio en aquellos eventos en que, del análisis del expediente, aparezca palmaria el acaecimiento de la misma y, por consiguiente, haya lugar a declararla, toda vez que esta interpretación se acompasa con la aplicación del principio *iura novit curia* (el juez conoce el derecho). No obstante lo anterior, discrepo de la

¹⁰ Sobre el particular, la jurisprudencia de la Corporación puntualizó:

“La noción de daño antijurídico es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. La diferencia estriba, en consecuencia, en los títulos jurídicos de imputación del daño, determinantes de la causalidad jurídica más allá de la simple causalidad material que se deriva del nexo causal. Así, mientras en la responsabilidad fundada en el contrato, serán títulos jurídicos de imputación, por ejemplo, “los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre prestaciones y derechos que caracteriza a los contratos conmutativos” (art. 28, ley 80 de 1993), en la extracontractual lo serán, además, la falla del servicio que es el título de imputación más frecuente, cualquiera que sea el sistema que para su prueba se adopte; la culpa personal en nexo con el servicio, prevista, para citar algunas disposiciones en el inciso 2o. del artículo 90 de la C. N. Y en el 77 del C.C.A.; la igualdad de las personas ante la ley (art. 13 de la C. N.); la proporcionalidad en la distribución de las cargas públicas (art. 95 No. 9 y 216 de la C. N., entre otros); el riesgo excepcional establecido, por ejemplo, por la ley 104 de 1993 o en el decreto 444 del mismo año; el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia (art. 40 del C. de P. C., 414 del C. de P.P. etc.) la inconstitucionalidad de la ley declarada judicialmente, y principios de justicia y equidad como éste del no enriquecimiento sin causa. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 8 de mayo de 1995, exp. 8118, M.P. Juan de Dios Montes.

hermenéutica plasmada en la providencia de la referencia, en cuanto pretende implementar el régimen subjetivo de falla del servicio, en situaciones en las cuales se imputa responsabilidad al Estado por la muerte o lesiones de soldados conscriptos, máxime cuando la lesión es producto de artefactos peligrosos como lo son las armas de dotación oficial.

2.7. El problema de adoptar un título subjetivo de imputación para resolver litigios en los cuales se endilga responsabilidad al Estado por los daños padecidos por un soldado conscripto consiste, básicamente, en que el juez tiene que afrontar los siguientes dilemas jurídicos, los cuales no se presentan en tratándose de regímenes de naturaleza objetiva:

- a) La dificultad en que se coloca a la parte actora para acreditar la falla probada del servicio
- b) La entidad demandada podría exonerarse acreditando diligencia y cuidado.
- c) Qué sucede con la causa extraña, consistente en el hecho de un tercero. ¿Exoneraría de responsabilidad o no?

Los anteriores problemas jurídicos y lógicos fueron superados, en su momento, por la jurisprudencia, a partir de la delimitación de sistemas objetivos de responsabilidad, como por ejemplo el riesgo excepcional, el daño especial y, a partir del año 2006, de la aplicación de las relaciones de especial sujeción, concepto este último extraído de la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

2.8. Un criterio como el que se pretende fijar, por la posición mayoritaria, no se acompasa con los postulados constitucionales, jurisprudenciales y legales que sobre el particular han sido trazados en relación con la protección y el cuidado que debe brindar el Estado a las personas que éste somete para el cumplimiento de fines y funciones públicas.

Exigir a los familiares de un soldado conscripto que fallece a causa de una lesión propinada por un arma o instrumento riesgoso de dotación oficial, que prueben el incumplimiento de las obligaciones en cabeza de la autoridad pública constituye, con el respeto que profeso por las decisiones de la Sala, un despropósito que puede llegar a constituirse en una cortapisa para el acceso efectivo a la administración de justicia, y que puede suponer un factor de impunidad.

2.9. En efecto, en el caso concreto la sentencia reconoce expresamente que no quedó establecido en el plenario la forma como “supuestamente” se cargó el arma del soldado Vásquez Cataño; *a contrario sensu*, la versión del superior de los soldados es demostrativa en que según la revista efectuada a las armas de Vanegas Díaz y Vásquez Cataño, éstas no se encontraban cargadas. En consecuencia, es evidente que, en el *sub lite*, no se debió desatar la controversia a partir de la declaratoria de una falla del servicio, puesto que la misma no estaba acreditada en el proceso. Así las cosas, el asunto concreto debió ser decidido desde la perspectiva de la teoría del riesgo excepcional, como quiera que el daño fue producido por un instrumento del servicio que revestía peligrosidad, esto es, el arma de dotación oficial, sin que se hubiera probado que el soldado Vásquez Cataño la cargó imprudentemente, y que finalmente se accionó e impactó en la humanidad de su compañero y amigo soldado Vanegas Díaz, cuando este último se apoyó sobre aquélla.

2.10. Bajo las anteriores precisiones, dejo sentada mi posición en cuanto concierne a la forma como se abordó el tema de la imputación en situaciones de responsabilidad estatal derivada de daños causados con instrumentos o elementos riesgosos, concretamente, por afirmar que el régimen aplicable en estos eventos corresponde al subjetivo de falla del servicio, situación que, como presento a través de estas consideraciones, no puede aceptarse como certeza incuestionable, so pena de renunciar¹¹ veladamente o a ir diluyendo de manera imperceptible los títulos de imputación objetiva.

Atentamente,

ENRIQUE GIL BOTERO

Fecha ut supra

¹¹ “Pero Epicteto renunciaba a demasiadas cosas, y yo no había tardado en darme cuenta de que nada era tan peligrosamente fácil como renunciar.” YOURCENAR, Marguerite “Memorias de Adriano”, Ed. Seix Barral, Pág. 112.

