

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 50001-23-31-000-2003-00294-01(36.215)

Actor: HÉCTOR ENRIQUE TORRES TUNJACIPÁ Y OTROS

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA –EJÉRCITO NACIONAL

Referencia: ACCIÓN REPARACIÓN DIRECTA

Temas: RÉGIMEN APLICABLE A LOS SOLDADOS CONSCRIPTOS – Diferencia entre soldado conscripto y soldado voluntario / FALLA EN EL SERVICIO POR TOMA GUERRILLERA – No se demostró la omisión de la entidad demandada.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia que profirió el Tribunal Administrativo del Meta, el 30 de septiembre de 2008, mediante la cual denegó las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

En escrito presentado el 3 de junio de 2003, los señores Héctor Enrique Torres Tunjacipá, Helbert Antonio Torres Tunjacipá, Juan Mauricio Torres Tunjacipá, Luis Ángel Torres Tunjacipá y Elizabeth Torres Tunjacipá, por conducto de apoderado judicial, presentaron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa –Ejército Nacional con el fin de que se le declarara administrativamente

responsable por los perjuicios ocasionados por el secuestro del cual fueron víctimas los soldados regulares Héctor Enrique y Helbert Antonio Torres Tunjacipá ocurrido el 3 de agosto de 1998.

Como consecuencia de la anterior declaración se solicitó que se condenara a la entidad accionada a pagar, por concepto de daño moral, la suma equivalente en pesos a 1.000 S.M.L.M.V., para cada uno de los demandantes y por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante la suma de \$40'000.000 a favor de los señores Héctor Enrique y Helbert Antonio Torres Tunjacipá.

2.- Como fundamentos de hecho de la demanda se narró, en síntesis, que los señores Héctor Enrique y Helbert Antonio Torres Tunjacipá fueron reclutados por parte del Ejército Nacional con el fin de que prestaran su servicio militar obligatorio el 14 de noviembre de 1997.

Resaltó que el 3 de agosto de 1998, el Batallón de Infantería 19 fue objeto de un ataque guerrillero, el cual arrojó como resultado el secuestro de varios soldados, entre los que se encontraban los señores Héctor Enrique y Helbert Antonio Torres Tunjacipá, quienes fueron liberados el 4 y el 27 de junio de 2001, respectivamente.

Precisó que el secuestro de los hermanos Torres Tunjacipá les ocasionó un daño el cual debía ser reparado por parte de la entidad demandada¹.

3.- La demanda fue admitida por el Tribunal Administrativo del Meta, mediante proveído del 4 de diciembre de 2003, decisión que se notificó a la entidad demandada en debida forma².

4.- La contestación de la demanda

La Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional contestó la demanda y sostuvo que en el presente asunto no era posible endilgar responsabilidad al Estado, pues el

¹ Fls. 1 a 12 c 1

² Fls. 46, 49 y 50 c 1.

daño por el cual se demandó constituía un riesgo propio del servicio, tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia reiterada del Consejo de Estado.

Precisó que quien pretendía la acción resarcitoria por responsabilidad extracontractual del Estado debía demostrar los siguientes elementos: i) un mal funcionamiento del servicio que corresponde a la Administración; ii) que se causó un perjuicio y iii) una relación de causalidad entre el daño y el mal funcionamiento del Estado; sin embargo, la entidad demandada se exonera de responsabilidad cuando se acredita la existencia de una fuerza mayor o un caso fortuito, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima.

Anotó que en el caso *sub examine* se presentó el hecho de un tercero como causal de exoneración de responsabilidad, pues el daño por el cual se demandó fue ocasionado por grupo guerrillero³.

5.- Alegatos de conclusión en primera instancia

Las partes intervinientes en el presente proceso reiteraron los argumentos expuestos en sus intervenciones⁴.

6.- Revocatoria de poder

Mediante escritos presentados el 29 de julio de 2010, los señores Helbert Antonio Torres Tunjacipá y Héctor Enrique Torres Tunjacipá revocaron el poder inicial y concedieron poder a otra abogada para que actuara en su representación⁵.

7.- La sentencia apelada

El Tribunal Administrativo del Meta profirió sentencia el 30 de septiembre de 2008 y denegó las súplicas de la demanda.

³ Fls. 64 y 66 c 1.

⁴ Fls. 142 a 144 y 146 a 158 c 1.

⁵ Fls. 165, 167, 169 y 172 c 1.

Para adoptar tal decisión, el Tribunal Administrativo *a quo* señaló que en el presente asunto se demostró que los señores Helbert Antonio Torres Tunjacipá y Héctor Enrique Torres Tunjacipá fueron secuestrados por la guerrilla, el 3 de agosto de 1998. En esa época tenían la calidad de soldados conscriptos y ejercían labores propias de su oficio, esto es, operaciones antiguerrillas, razón por la cual consideró que el régimen de responsabilidad que debía aplicarse era el de la falla probada del servicio, por ello le correspondía a la parte actora demostrar los elementos que la configuraban; sin embargo, esa situación no se presentó en el caso *sub examine*.

Resaltó que los ciudadanos que eran llamados a prestar el servicio militar obligatorio debían regresar a su núcleo social en las mismas condiciones físicas y psicológicas en las que ingresaron, salvo las contingencias o riesgos a los cuales estaban sujetos en razón de las tareas que realizaban durante el tiempo en que se encontraban prestando su servicio militar obligatorio. En ese sentido, concluyó que en el caso *sub lite* no era posible endilgar responsabilidad al Estado por el secuestro de las víctimas del daño, máxime si se tenía que el daño se ocasionó cuando los soldados conscriptos desplegaban operaciones propias del servicio⁶.

8.- La impugnación

8.1.- El apoderado de los señores Juan Mauricio Torres Tunjacipá, Luis Ángel Torres Tunjacipá y Elizabeth Torres Tunjacipá presentó recurso de apelación y manifestó que no compartía la decisión del Tribunal Administrativo de primera instancia, pues en el expediente se demostró la falla en la que incurrió el Ejército Nacional, toda vez que a pesar de que tenía conocimiento de que la zona en la que se encontraba ubicado el Batallón 19 era catalogada como de “*alto riesgo*”, debido a los ataques constantes de la guerrilla, no desplegó las actividades de inteligencia para garantizar la seguridad de los militares asignados a dicho batallón.

⁶ Fls. 175 a 189 c ppal.

Agregó que en el presente asunto no era posible aplicar la causal de exoneración consistente en el hecho de un tercero, dado que para que opere ese eximente de responsabilidad era necesario que el hecho que causó el daño fuera irresistible e imprevisible para el Estado, circunstancia que no se presentó en el *sub judice*, por cuanto a pesar de que el Ejército Nacional estaba en condiciones de prever y de resistir el ataque no adoptó las medidas necesarias para repeler el ataque guerrillero.

Advirtió que no tenía fundamento jurídico lo manifestado por el Tribunal Administrativo *a quo*, en el sentido de señalar que quien estaba en la actividad castrense tenía conocimiento del riesgo al que se sometía, pues el soldado conscripto era ajeno a esas situaciones, puesto que era obligado a prestar su servicio militar.

Precisó que en el caso *sub lite* debía aplicarse el régimen objetivo de responsabilidad, en el cual únicamente era necesario demostrar el daño y el nexo causal entre la actividad desplegada por la Administración y el perjuicio, teniendo en cuenta las relaciones de especial sujeción que cobijaban a los soldados conscriptos⁷.

9.- Los alegatos de conclusión en segunda instancia

Las partes intervinientes reiteraron los argumentos expuestos a lo largo de sus intervenciones en el proceso.

10.- Concepto del Ministerio Público

El Ministerio Público, en su concepto, solicitó que se revocara la providencia dictada por el Tribunal Administrativo del Meta, dado que si bien el secuestro de los hermanos Torres Tunjacipá ocurrió por el hecho de un tercero, por cuanto fueron miembros de un grupo subversivo quienes perpetraron el ataque en el cual fueron retenidos, lo cierto era que ese hecho no eximía de responsabilidad a la entidad demandada, pues los soldados se encontraban prestando el servicio militar obligatorio y fueron expuestos a un riesgo

⁷ Fls. 202 y 220 c 1.

excesivo, consistente en haber sido enviados a la base militar de Miraflores, en donde les tocó repeler un ataque que era previsible⁸.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta el 30 de septiembre de 2008.

La Sala abordará el asunto en el siguiente orden: *i)* verificación de la existencia de los presupuestos de procedibilidad de la acción de reparación directa en el caso *sub examine*, como lo son competencia, legitimación en la causa y caducidad; *ii)* material probatorio allegado al proceso; *iv)* régimen aplicable en relación con los soldados conscriptos; *iii)* análisis de los medios probatorios obrantes en el expediente y; *v)* procedencia de la indemnización de perjuicios ocasionados a la parte actora.

1.- Requisitos de procedibilidad

1.1.- Competencia

El Consejo de Estado es competente para conocer del asunto citado en referencia, comoquiera que se trata de un recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida en primera instancia por el el Tribunal Administrativo del Meta, el 30 de septiembre de 2008⁹.

2.2.- Ejercicio oportuno de la acción

⁸ Fls. 237 a 244 c 1.

⁹ 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 la Ley 954 de 2005 - 500 S.M.L.M.V., por perjuicios morales se solicitó el equivalente a 1.000 S.M.L.M.V. para cada uno de los demandantes.

La Sección Tercera de esta corporación al abordar el estudio sobre la forma como debe contabilizarse el término de caducidad cuando el daño alegado proviene de un secuestro, precisó:

(...)

“Se advierte que si bien el anterior pronunciamiento hace referencia al delito de desaparición forzada y no al de secuestro, lo cierto es que resulta importante extender la aplicación del mismo en el sub examine, comoquiera que aunque no esté expresamente consagrado en la ley, se trata sin duda de un delito continuado reconocido a nivel nacional e internacional como violatorio de derechos fundamentales.

“En línea con lo anterior, resulta claro que así como la desaparición forzada constituye un delito de carácter continuado, constituido por un conjunto de actos que se extienden en el tiempo, de igual manera esas circunstancias resultan equiparables al caso concreto comoquiera que tanto la materialización de la desaparición forzada como la del secuestro tienen por efecto privar indebida e ilegalmente de la libertad a una persona ocultando su paradero.

“En el secuestro los daños se producen de manera sucesiva y día a día en el tiempo, razón por la cual resulta aplicable la jurisprudencia de esta Corporación que sostiene que en los casos en que se demande un daño continuado, el término de caducidad de la acción debe empezar a correr sólo desde el momento en que se tenga certeza acerca de la cesación de la conducta vulnerante que ocasiona el daño, esto es desde el momento en que aparece la víctima -o sus restos- o con la ejecutoria del fallo definitivo del proceso penal”¹⁰. (Negrilla de la Sala).

De la jurisprudencia transcrita, se tiene que en casos de secuestro – equiparable a la desaparición forzada – el término de caducidad debe empezar a contabilizarse desde el momento en que se tenga certeza de la cesación de la conducta vulnerante, es decir, desde que aparece la víctima o desde la ejecutoria del fallo definitivo del proceso penal.

En el caso bajo estudio, dicha certeza se tuvo el 4 y 27 de junio de 2001¹¹, por ser la fecha en que los exsoldados regulares Helbert Antonio Torres Tunjacipá y Héctor Enrique Torres Tunjacipá fueron dejados en libertad.

¹⁰Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección A, providencia del 9 de diciembre de 2013, exp 48.152. M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹¹ Fls. 28 y 33 c 1.

Así las cosas, al haberse interpuesto la demanda el 3 de junio de 2003¹², resulta claro que se presentó dentro de los dos años siguientes a ese hecho, tal y como lo establece el artículo 136 - 8 del Decreto 01 de 1984, norma aplicable al caso.

2.3.- Legitimación en la causa por activa

Por el secuestro de los señores Helbert Antonio Torres Tunjacipá y Héctor Enrique Torres Tunjacipá concurren al proceso Juan Mauricio Torres Tunjacipá, Luis Ángel Torres Tunjacipá y Elizabeth Torres Tunjacipá quienes demostraron su legitimación en la causa de la siguiente manera.

Respecto de los demandantes Helbert Antonio Torres Tunjacipá y Héctor Enrique Torres Tunjacipá se tiene que ellos fueron las víctimas directas del daño, razón por la cual se encuentra acreditada su legitimación para comparecer a este proceso.

Frente a los señores Juan Mauricio Torres Tunjacipá, Luis Ángel Torres Tunjacipá y Elizabeth Torres Tunjacipá obran copias de sus registros civiles de nacimiento, en los cuales consta que son hermanos de las víctimas del daño, por lo cual está acreditada su legitimación en la causa por activa¹³.

3.- El caudal probatorio obrante en el plenario

Los siguientes son los elementos probatorios de los cuales se ha hecho acopio en el presente proceso, cuya valoración debe llevarse a cabo con el propósito de dilucidar si procede o no declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por el secuestro de Helbert Antonio Torres Tunjacipá y Héctor Enrique Torres Tunjacipá.

- Documentos denominados “*Informativo Administrativo por Presunta Desaparición*” Nos. 127 y 165 del 24 de septiembre de 1998, en los que consta que los soldados Helbert Antonio Torres Tunjacipá y Héctor Enrique Torres Tunjacipá pertenecían al

¹² Fl. 3 a 12 c 1.

¹³ Fls. 36, 37, 42 c. 1.

Batallón de Infantería 19 General Joaquín y fueron capturados en combate por “narcobandoleros del bloque oriental de las FARC” el 3 de agosto de 1998¹⁴.

- Oficios No. 3329 BR7-BIPAR-S1-SL-194, del 18 de agosto de 2001, en los cuales se dijo que los soldados regulares Héctor Enrique Torres Tunjacipá y Helbert Antonio Torres Tunjacipá habían sido liberados el 4 y el 27 de junio de 2001, respectivamente¹⁵.

- Resolución 29171 del 13 agosto de 2003, expedida por el Ejército Nacional, a través de la cual reconoció y ordenó el pago de prestaciones sociales a favor del señor Herlbert Antonio Torres Tunjacipá, en la que se consignó¹⁶:

“... Que al exsoldado REGULAR TORRES TUNJACIPÁ HELBERT ANTONIO le fue practicada acta de Junta Médico Laboral No. 3432 del 15 de Noviembre de 2001.

“Que al tenor de lo dispuesto en el Decreto No. 2728 de 1968, se consolidó el derecho al reconocimiento de:

“Indemnización, por disminución de la capacidad laboral del 13.00% ...”.

- Oficio 301164 CE-JEDEH-DIPER-SL-746 del 6 de octubre de 2005, elaborado por el subdirector personal del Ejército Nacional, Jefatura de Desarrollo Humano, Dirección de Personal en la que se plasmó que:

*“... Que los dos soldados en mención ingresaron bajo la calidad de Soldados Regulares integrantes del Quinto Contingente de 1997, con fecha de ingreso 14 de noviembre de 1997, pertenecientes al Batallón de Sanidad, ubicado en la ciudad de Bogotá, retirados mediante Directiva Permanente de Personal No. 193 del 25 de noviembre de 1997, con fecha fiscal 15 de mayo de 2005 (sic), por la causal de Tiempo de Servicio Militar Cumplido, fueron activados en el sistema mediante oficio No. 1731 el 16 de mayo de 1999 por presentar afecciones de salud y **retirados en forma definitiva** del sistema mediante Orden Administrativa de personal No. 1073 del 15 de mayo de 2002 **por Incapacidad Relativa y Permanente**, efectuando junta médica, resolviendo de esta forma la situación de sanidad ...”.* (Negrillas y subrayas)

5.- Régimen aplicable a los soldados conscriptos

¹⁴ Fl. 27 y 32 c 1.

¹⁵ Fls. 28 y 33 c 1.

¹⁶ Fl. 54 c 1.

La Sala estima necesario precisar la diferencia existente entre la clase de vínculo que se crea para el Estado frente a los soldados que prestan servicio militar obligatorio y los soldados voluntarios o profesionales; en el primero, el vínculo surge debido al cumplimiento del deber constitucional de defensa de la independencia, de la soberanía nacional y de las instituciones públicas, en el cual no hay carácter laboral alguno, en tanto que en el segundo (soldado profesional) el vínculo surge 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 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 que presta servicio militar obligatorio se ve impelido a hacerlo por la imposición de una carga o gravamen especial del Estado.

El soldado que presta el servicio militar obligatorio no goza de protección laboral predeterminada frente a los riesgos a los cuales se le somete en cumplimiento de su cometido constitucional, por cuanto la ley tan solo le 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 relación con el título de imputación aplicable a los daños causados a soldados que prestan servicio militar obligatorio, 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 respectivo proceso se encuentre acreditada la misma.

Al respecto, la Sala ha sostenido¹⁷:

¹⁷ Sentencias del 30 de julio de 2008, exp. 18.725, M.P. Ruth Stella Correa Palacio y del 23 de abril de 2009, exp. 17.187, reiteradas en la sentencia del 9 de abril de 2014, exp 34.651. M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

“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 públicas¹⁸; 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 demandada¹⁹’. (Negrillas adicionales).

Frente a los perjuicios ocasionados a soldados regulares, en la medida en la cual 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 tengan la obligación jurídica de soportar; *ii)* de un riesgo excepcional que desborda aquel al cual normalmente estarían sometidos, 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

¹⁸ Cita del original: *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 Contraaguerrillas 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”.*

¹⁹ Cita del Original: Expediente 11.401.

resultado perjudicial²⁰.

Asimismo, en relación con los soldados regulares, el principio *iura novit curia* reviste una característica especial, toda vez que el juzgador debe verificar si el daño antijurídico resulta imputable o atribuible al Estado con fundamento en cualesquiera 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 de los soldados, en la medida en que se trata de personas que se encuentran sometidas a su custodia y cuidado, pues en determinadas situaciones los pone en riesgo, lo cual, en términos de imputabilidad, significa que debe responder por los daños que les sean irrogados en relación con el cumplimiento de esa carga pública. De igual forma se ha reiterado que el Estado frente a los soldados que prestan su servicio militar obligatorio, al doblegar su voluntad y disponer de su libertad individual, entra en una relación de especial sujeción que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos, en el desarrollo de tal relación.

Respecto de la responsabilidad derivada de las obligaciones de especial sujeción que asume el Estado frente a los soldados que prestan servicio militar obligatorio, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia de 15 de octubre del 2008²¹, sostuvo:

“Además de lo anterior, se reitera, que el Estado frente a los conscriptos y reclusos, 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.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera sentencia del 15 de octubre de 2008. Exp. 18586. M.P. Enrique Gil Botero, reiterada por la Subsección A, a través de sentencia del 10 septiembre de 2014, exp. 32.421 M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón (E).

²¹ *Ibidem*.

“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 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”.

Igualmente, debe precisarse que, en tratándose de las lesiones o el homicidio de que puedan ser víctimas los soldados que presten servicio militar obligatorio por razón de la acción ejecutada por sujetos ajenos a la Fuerza Pública o por el mismo Estado, en principio, no tendrá cabida la causal de exoneración de responsabilidad consistente en el hecho de un tercero, habida consideración del carácter particular de la relación de especial sujeción, la cual implica que el Estado debe respetar y garantizar por completo la vida e integridad del soldado obligado a prestar servicio militar respecto de los daños que pudieren producir, precisamente, terceros particulares o incluso del propio personal oficial.

En anterior oportunidad y en términos similares a los expuestos en la presente sentencia, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al referirse a las relaciones de especial sujeción y a la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados a los soldados impelidos a prestar servicio militar, señaló:

“Dado que en el proceso se probó que la víctima se encontraba vinculada a la entidad accionada como soldado regular y que en tal condición falleció al repeler un ataque armado perpetrado por un grupo insurgente, esto es que su deceso se produjo en cumplimiento de funciones propias del servicio, la Sala estima que la providencia apelada amerita ser revocada, sin que ese hecho deba acogerse como un riesgo inherente o propio del servicio, habida cuenta que se trató de un soldado regular –y no de un soldado voluntario o profesional–, respecto del cual, como se indicó, el Estado asume una relación de especial sujeción, la cual lo torna responsable del daño padecido por los actores.

“Finalmente, la Sala estima que no se configura la causal de exoneración de responsabilidad propuesta por la parte demandada consistente en el hecho de un tercero, habida cuenta que, se reitera, en este caso la Administración se encuentra en una relación que determina que el hoy occiso estuviere en situación de especial sujeción que hace al Estado sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer los soldados que prestan el servicio militar obligatorio y, por ello, la muerte del soldado regular, esto es el daño antijurídico causado a los actores, fue consecuencia de una relación directa con el servicio que ejercía al momento de su deceso, lo cual torna responsable a la entidad pública por ese hecho ...”²². (Se destaca).

6.- Valoración probatoria y caso concreto

De conformidad con el anterior conjunto probatorio, se encuentra acreditado que:

- Los señores Héctor Enrique Torres Tunjacipá y Helbert Antonio Torres Tunjacipá ingresaron al Ejército Nacional a prestar su servicio militar obligatorio²³ el 14 de noviembre de 1997 y fueron asignados al Batallón de Infantería 19 General Joaquín París.

- El 3 de agosto de 1998, ese batallón fue objeto de una arremetida guerrillera, la cual arrojó como resultado el secuestro de varios militares entre los cuales se encontraban los hermanos Torres Tunjacipá.

- Los señores Héctor Enrique Torres Tunjacipá y Helbert Antonio Torres Tunjacipá el 4 y el 27 de junio de 2001, respectivamente, fueron liberados.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de febrero de 2011, exp. 19.615. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En aquella oportunidad se declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por la muerte de un soldado regular, ocurrida el 22 de julio de 1994 como consecuencia de un ataque armado subversivo perpetrado en contra del puesto militar ubicado en Mesetas (Meta).

²³ Artículo 13 de la Ley 48 de 1993 –por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización–, según el cual:

“ARTÍCULO 13. MODALIDADES PRESTACIÓN SERVICIO MILITAR OBLIGATORIO. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio.

Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del servicio militar:

- a. Como soldado regular, de 18 a 24 meses.*
- b. Como soldado bachiller, durante 12 meses.*
- c. Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses.*
- d. Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses”.* (Se destaca).

- Al señor Helbert Antonio Torres Tunjacipá, el 15 de noviembre de 2001, se le dictaminó una pérdida de la capacidad laboral del 13%.

- El 15 de mayo de 2002, los hermanos Torres Tunjacipá fueron retirados del Ejército Nacional por cuanto presentaron una incapacidad relativa y permanente.

De conformidad con lo anterior, en el proceso se encuentra acreditado el hecho dañoso sufrido por los demandantes, consistente en el secuestro de los hermanos Torres Tunjacipá, lo cual les ocasionó una incapacidad relativa y permanente, mientras prestaban su servicio militar obligatorio.

A juicio de la Sala, el aludido daño le resulta atribuible a la entidad demandada, bajo un régimen de daño especial, teniendo en cuenta las relaciones de especial sujeción en que se encontraban las víctimas del daño.

En efecto, tal y como se dejó expuesto en precedencia, el vínculo que surge entre el soldado conscripto y el Estado, debido al cumplimiento del deber constitucional de defensa de la independencia de la soberanía nacional y de las instituciones públicas, el cual no posee carácter laboral alguno, hace que la voluntad del conscripto se vea 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, razón por la cual debe resarcir los perjuicios que se causen en la prestación del servicio militar obligatorio, 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.

En ese sentido, se concluye que el Estado debía devolver a los demandantes en las mismas condiciones en las que ingresaron a prestar su servicio militar obligatorio, situación que no se presentó en el caso *sub examine*, pues como ya se dijo, los

hermanos Torres Tujancipá fueron víctimas de un secuestro, lo cual les ocasionó una incapacidad relativa y permanente, mientras prestaban su servicio militar obligatorio.

Ahora bien, la Sala no puede pasar por alto el hecho de que en la demanda se dijo que en el presente asunto se había configurado una falla del servicio por parte del Ejército Nacional, toda vez que no hizo uso de las mínimas estrategias militares para preservar la seguridad de sus miembros y, de esta manera, evitar la retención ilegal que padecieron los señores Torres Tunjacipá con ocasión de la toma guerrillera del 3 de agosto de 1998.

Al respecto, conviene precisar que en el expediente no obra prueba que permita establecer que la entidad demandada incurrió en algún tipo de irregularidad en el manejo de sus estrategias de seguridad y menos aún que esta fuera la causa del daño sufrido por los miembros del Batallón de Infantería 19 General Joaquín París, lo cual impide edificar una falla en el servicio en cabeza del Ejército Nacional.

Finalmente, la Sala considera importante advertir que la Subsección “B” de la Sección Tercera de esta Corporación se pronunció en relación con los mismos hechos que aquí se demandan, esto es, por el secuestro de un soldado regular ocurrido el 3 de agosto de 1998, por parte de un grupo armado al margen de la ley, en el sentido de acceder a las pretensiones, bajo un régimen objetivo de responsabilidad; en aquella oportunidad se sostuvo

“11.8 En el caso concreto, la Sala observa que en el expediente se acreditó que el señor Jairo René Roa Sierra ingresó al Ejército Nacional con la finalidad de prestar su servicio militar obligatorio y que, en el momento en que fue secuestrado por las FARC -3 de agosto de 1998- (supra párr. 8.1) aún se encontraba cumpliendo con ese deber, lo que implica que para el juzgamiento del presente caso se aplique el régimen objetivo de responsabilidad.

“11.9 En este orden de ideas, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, al ser el régimen de responsabilidad aplicable al caso particular el objetivo por riesgo excepcional, a la parte demandante le basta demostrar que el daño cuyo resarcimiento deprecia se produjo en razón del servicio militar obligatorio, mientras que la entidad demandada, para desvirtuar su responsabilidad, debe acreditar la

existencia de una causa extraña -como la culpa exclusiva de la víctima, el hecho exclusivo y determinante de un tercero o la fuerza mayor- para exonerarse²⁴.

“11.10 De lo anterior se sigue que ‘el demandante sólo tiene que probar la existencia del daño y el nexo con el servicio, es decir que dicho daño fue producto del ejercicio de la actividad peligrosa a cargo de la entidad demandada²⁵, es decir, que el demandante se encuentra en la obligación de probar los supuestos de hecho que constituyen la conducta oficial riesgosa y el perjuicio sufrido por la víctima de tal conducta; es decir, el hecho, el daño y la relación de causalidad.

“11.11 Para la Sala resulta claro que la responsabilidad de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional se ve comprometida en el caso bajo análisis a título de riesgo excepcional, pues en el momento en el cual la víctima fue incorporado a las filas del Ejército Nacional para cumplir con su obligación de definir su situación militar, éste únicamente tenía el deber de soportar aquellas limitaciones o inconvenientes inherentes a la prestación del servicio militar obligatorio. Pero como durante la ejecución de su deber constitucional, le sobrevino una vulneración a sus derechos que tienen protección jurídica, como lo son la integridad, y la libertad personal -secuestro-, ella es causa de imputación al Estado del daño por él padecido, por cuanto en este caso, el mencionado soldado regular no compartió ni asumió ese tipo de riesgo con el Estado.

“ ...

“11.13 En ese orden de ideas, como se dijo anteriormente, era carga del Ejército Nacional, para desvirtuar su responsabilidad, invocar y demostrar la existencia de una causa extraña, lo que a juicio de la Sala no se configuró, por lo cual se impone la revocatoria de la sentencia apelada y, en consecuencia, declararse la responsabilidad a título de riesgo excepcional de la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, para así pasar analizar los perjuicios solicitados ...”²⁶.

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 de los señores Héctor Enrique Torres Tunjacipá y Helbert Antonio Torres Tunjacipá, razón por la cual la entidad demandada resulta administrativa y patrimonialmente responsable por los daños ocasionados a la parte actora, por lo que la sentencia apelada será revocada.

8. Indemnización de perjuicios

²⁴ Cita del original: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 28 de mayo del 2012 y sentencia del 10 de marzo del 2011, CP. Danilo Rojas Betancourth.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero del 2009, expediente 15055, CP. Myriam Guerrero de Escobar.

²⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera Subsección B, sentencia del 29 de abril de 2015, exp 37177. M.P. Danilo Rojas Betancourth.

La Sala considera importante advertir que cuando el proceso se encontraba para dictar fallo en primera instancia los señores Héctor Enrique Torres Tunjacipá y Helbert Antonio Torres Tunjacipá revocaron el poder otorgado al apoderado y confirieron poder a otra abogada para que actuara en su representación; sin embargo, ella no apeló la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, razón por la cual únicamente se analizará el tema de la procedencia de los perjuicios morales ocasionados a los señores Juan Mauricio Torres Tunjacipá, Luis Ángel Torres Tunjacipá y Elizabeth Torres Tunjacipá, toda vez que el apoderado de ellos si impugnó la decisión de primera instancia, amén de que en la demanda solo se solicitó a favor de ellos –los hermanos de las víctimas del daño– el reconocimiento de perjuicios morales.

8.1. Perjuicios morales

Para la Sala resulta necesario precisar que de conformidad con el acervo probatorio obrante en el expediente, se puede establecer que los señores Héctor Enrique Torres Tunjacipá y Helbert Antonio Torres Tunjacipá sufrieron una incapacidad relativa y permanente como consecuencia del secuestro del cual fueron víctimas.

De conformidad con lo anterior, se tiene que en cuanto hace a los daños causados por lesiones que sufra una persona, la Sala destaca que de conformidad con el perjuicio ocasionado han de indemnizarse de manera integral, incluidos los de orden moral, empero que su tasación depende, en gran medida, de su gravedad y de su entidad.

En algunas ocasiones las 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 lesiones personales, la debe definir el juez en cada caso, en forma proporcional al daño sufrido y según se refleje en el expediente²⁷.

²⁷ Al respecto puede consultarse la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014 M.P. Dra. Olga Mérida Valle de De la Hoz en la cual se establecieron seis rangos para el manejo de la liquidación de este perjuicio, posición que buenos es mencionarlo no se desconoce en este fallo y por el contrario se reafirma.

Ahora bien, la Subsección no puede pasar por alto el hecho de que la demanda se presentó con ocasión del secuestro del cual fueron víctimas los señores Héctor Enrique Torres Tunjacipá y Helbert Antonio Torres Tunjacipá, razón por la cual se solicitó que se indemnizara a los hermanos de ellos por el perjuicio moral ocasionado, razón por la cual se reconocerá a estos una indemnización independiente por cada daño, pues este –el daño- es autónomo e independiente respecto de cada uno de los demandantes, tal y como lo ha sostenido la Sección Tercera del Consejo de Estado²⁸:

“... Ahora bien, es preciso señalar que, en el presente caso tanto Jesús Antonio Vélez Ospina como Héctor José Vélez Ospina fueron privados injustamente de la libertad configurándose así el daño antijurídico imputable a las demandadas, sin embargo, sólo uno de ellos es demandante en el proceso, Jesús Antonio, puesto que el otro, Héctor José, falleció el 10 de septiembre de 1994, dos años antes de la fecha de presentación de la demanda -13 de diciembre de 1996-.

“No obstante lo anterior, el daño sufrido por los injustamente detenidos es autónomo respecto de cada uno y de cada padre, por tanto, la Sala confirmará la decisión adoptada por el Tribunal en este sentido, en tanto que a cada padre se le puede indemnizar el perjuicio sufrido por cada hijo.

“Lo anterior tiene fundamento en que, por ejemplo, para un padre o madre que pierde a dos de sus hijos en un evento en el cual es atribuible el daño antijurídico a la administración pública, resultaría mejor que el hijo (A) pereciera un día (X), mientras que el hijo (B) sufriera el deceso el día (Y), toda vez que esto le permitiría reclamar daños autónomos derivados de causas independientes, lo que daría lugar a su sumatoria.

“(...

“Igualmente, en sentencia de 19 de abril de 2001, la Sala confirmó una decisión proferida el 26 de febrero de 1996, por el Tribunal Administrativo del Tolima que, frente a la muerte de dos hermanos, condenó al Ejército Nacional a pagar en favor de la madre, a título de perjuicio moral, un valor de 2.000 gramos de oro, y para los hermanos supérstite, un total de 1.000 gramos de oro para cada uno de ellos.

“Como se aprecia, no se trata pues, de una simple consideración de entender el daño moral en el sentido natural, sino como una consecuencia jurídica que obedece a un supuesto, de allí que frente a varias consecuencias jurídicas se predique, consecuentemente, igual número de supuestos; por ejemplo, al poner fin a varias vidas humanas el correlato lógico lo constituye, sin lugar a dudas, una pluralidad de daños (consecuencias jurídicas) que en modo alguno pueden soportar la conclusión de que la lesión es una sola.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección “C” sentencia del 22 de junio de 2011, exp 20.713. M.P. Dr. Enrique Gil Botero, reiterada recientemente en la sentencia del 26 de noviembre de 2014; exp 27.369, acumulado con el 27.037. M.P. Dr. Hernán Andrade Rincón (E).

“En esa perspectiva, resulta admisible que se señale que frente a distintas causas y daños antijurídicos (en el caso de la referencia, la privación injusta de la libertad de dos hermanos) se adopten varias consecuencias jurídicas. Lo anterior, en tanto dicha interpretación del perjuicio, concuerda con los principios que rigen en materia indemnizatoria, concretamente, a la obligación existente a nivel constitucional (artículo 90 C.P.) de indemnizar todos aquellos daños antijurídicos que sean imputables.”

Pues bien, en el proceso se acreditó que los señores Héctor Enrique Torres Tunjacipá y Helbert Antonio Torres Tunjacipá sufrieron una incapacidad relativa y permanente como consecuencia del secuestro del cual fueron víctimas, razón por la cual se encuentra probado el perjuicio moral padecido por la víctimas del daño y sus familiares; no obstante, se reitera que los exsoldados regulares no apelaron la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de primera instancia, por lo que estos no serán beneficiarios de indemnización alguna.

Así las cosas, se les reconocerá a los actores Juan Mauricio Torres Tunjacipá, Luis Ángel Torres Tunjacipá y Elizabeth Torres Tunjacipá, la suma equivalente a 60 S.M.L.M.V para cada uno de ellos.

Ahora bien, en cuanto a los perjuicios morales causados como consecuencia del secuestro del cual fueron víctimas los señores Héctor Enrique Torres Tunjacipá y Helbert Antonio Torres Tunjacipá, resulta importante advertir que esta Subsección en un caso similar al que ahora se debate se pronunció en cuanto al reconocimiento de perjuicios morales por la retención ilegal de una persona; en aquella oportunidad se sostuvo²⁹

“ ... La Sala lo estima procedente, pues no puede dejarse de lado –sin que ello comporte un análisis de la responsabilidad patrimonial del Estado derivada del secuestro de personas en el territorio nacional– el hecho de que la víctima fue privado de su Derecho Fundamental a la Libertad por cuenta del grupo insurgente que atacó la Base Militar Las Delicias, circunstancia que torna admisible la reparación del perjuicio moral, en consideración al padecimiento que el soldado debió afrontar por su retención a manos del grupo subversivo, aspecto frente al cual se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional en el siguiente sentido³⁰:

‘El derecho a la vida y su protección constitucional.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 18 de junio de 2012, exp. 20.079, reiterada en sentencia del 9 de abril de 2014, exp. 34651. M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

³⁰ Sentencia T 49.824 de enero 23 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.

“(...).

“No hay duda de que el delito del secuestro lesiona de manera grave y quebranta en forma ostensiblemente los derechos fundamentales de la vida, la libertad, la dignidad humana, el trabajo y el núcleo familiar, entre otros.

“(...).

“No cabe duda que conductas delictivas como el secuestro, comprometen la integridad de todo cuanto constituye la razón de ser de la organización social y política (...). (Negrillas y subrayas del original).

“(...).

“Ahora bien, teniendo en cuenta que en este asunto se está en presencia de una situación de restricción arbitraria e ilegal de la libertad -secuestro-, conviene recordar lo que sobre el particular ha sostenido esta Corporación (entre otras providencias en las números 542 y 565 de 1993, y 069, 213 y 273 de 1994), al estudiar la constitucionalidad de la ley antisequestro:

‘El delito de secuestro puede considerarse como uno de los más graves que lesionan a la sociedad, así, en principio, sus víctimas directas sean uno o varios individuos en particular. El Estado de indefensión en que se coloca a la víctima y el efecto de inestabilidad social que genera, sumados a la amplia gama de derechos fundamentales que se ven violados por la comisión de este delito, ameritan que se lo califique, con razón, como un delito atroz y un crimen de lesa humanidad. En efecto, además de poner en peligro el más preciado de los derechos humanos, el derecho a la vida y de atentar contra el derecho a la libertad (Arts. 12, 13 y 28) y a la dignidad del hombre, el secuestro vulnera otros muchos derechos fundamentales, como son el derecho a la seguridad (Art. 21), el derecho a la familia (Arts. 5o. y 42), el derecho a la intimidad (Arts. 15 y 42), el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Art. 16), el derecho a la libre circulación (Art. 24), el derecho al trabajo (Art. 25), el derecho a la participación (Art. 40) y toda una gama de derechos conexos con los anteriores. Siendo pues un delito atroz nada justifica que se lo pueda considerar como delito político, ni que sea excusado por motivación alguna, pues contra el hombre como sujeto de derecho universal no puede haber actos legitimizados (sic)’.

“(...).

“En esas condiciones, habrá lugar a reconocer, a título de perjuicio moral, la suma equivalente a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, a favor del actor...”. (Negrillas y subrayas del original).

De conformidad con lo anterior, se reconocerá el equivalente en dinero a 60 S.M.L.M.V, a favor de los señores Juan Mauricio Torres Tunjacipá, Luis Ángel Torres Tunjacipá y Elizabeth Torres Tunjacipá, hermanos de las víctimas del daño.

9. Condena en costas.

Dado que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que solo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna de ellas actuó de esa forma, no habrá lugar a imponerlas.

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

FALLA:

PRIMERO: Revocar la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Meta, el 30 de septiembre de 2008 y, como consecuencia, se dispone:

1. Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional de los perjuicios causados a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

2. Condenar a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a pagar a los señores Juan Mauricio Torres Tunjicipá, Luis Ángel Torres Tunjicipá y Elizabeth Torres Tunjicipá, el monto equivalente a 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos, a título de perjuicios morales por la incapacidad relativa y permanente ocasionada por el secuestro del cual fueron víctimas los señores Héctor Enrique Torres Tunjicipá y Helbert Antonio Torres Tunjicipá.

3. Condenar a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a pagar a los señores Juan Mauricio Torres Tunjicipá, Luis Ángel Torres Tunjicipá y Elizabeth Torres



Tunjacipá, el monto equivalente a 60 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos a título de perjuicios morales por el secuestro del cual fueron víctimas los señores Héctor Enrique Torres Tunjacipá y Helbert Antonio Torres Tunjacipá.

4. Denegar las demás pretensiones de la demanda.

5. Sin condena en costas.

6. Cumplir lo dispuesto en esta providencia, en los términos previstos en los artículos 176 y 177 del Código Contencioso Administrativo.

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

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA