**CADUCIDAD / Concepto y finalidad.**

De manera genérica la caducidad ha sido definida como un fenómeno jurídico que limita el ejercicio de los derechos individuales y subjetivos de los administrados para la reclamación judicial de los mismos, en desarrollo del principio de la seguridad jurídica bajo criterios de racionalidad y suficiencia temporal, el cual, según lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado *“(…) busca atacar la acción por haber sido impetrada tardíamente, impidiendo el surgimiento del proceso (…)”*. La caducidad ha sido considerada como un instituto que permite garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia, representa una manifestación clara del principio de seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general y ofrece certeza jurídica toda vez que evita la incertidumbre respecto al deber de reparar un daño antijurídico14 y ataca la acción por haber sido impetrada tardíamente.

**CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / Cómputo del término en casos de lesiones físicas o psicológicas.**

El término de caducidad del medio de control de reparación directa, de 2 años, comienza a computase, por regla general, a partir del día siguiente a la configuración de la acción u omisión causante del daño (hechos dañoso) y, de forma excepcional, desde cuando el demandante tuvo conocimiento del mismo (es decir, del hecho que genera el daño), en este último evento con la carga probatoria adicional indicada en la norma. Ahora bien, para el caso de las lesiones (físicas o psicológicas), incluyendo las sufridas en la prestación del servicio militar obligatorio, la Sección Tercera del Consejo de Estado siguió el criterio en mención, pero en algunas ocasiones matizando la rigurosidad en la identificación de la fecha de inicio del cómputo, tomándola a partir del conocimiento de la magnitud del daño, para lo cual a veces acudió a la valoración realizada por una junta calificadora. En ese contexto, en sede de tutela se reconoció que no existía una posición pacífica sobre el asunto.

**CADUCIDAD DEL MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / Cómputo del término en casos de lesiones físicas o psicológicas / Debe contar desde el momento en que se conoció la causa del daño.**

De conformidad con las pruebas que reposan en el plenario, la Sala encuentra demostrado que el señor Omar Ariosto Pinto Cruz prestó su servicio militar obligatorio como soldado campesino entre el 14 de agosto de 2010 y el 14 de enero de 2012 en el Batallón de Artillería No. 1 “Tarqui” en la ciudad de Sogamoso; que desde el año 2011 (4 de enero de 2011), esto es, encontrándose prestando servicio militar obligatorio, el demandante fue atendido en el dispensario del Batallón de Infantería por presentar: “hipercifosis moderada”, dolor a la palpación en región dorso - lumbar y al realizar cargas mayores a 5 kilogramos, razón por la que, en el mes de marzo del mismo año se le realizó por parte de Sanidad Militar terapia física con el fin de tratar su patología; que en el diagnóstico realizado en aquella oportunidad se recomendó “no uso de equipo o peso sobre el dorso para permitir una recuperación más pronta”., y que en la historia clínica del demandante que data del año 2013, en la que se indica que el cuadro clínico del actor, para esa época, tenía 2 años de evolución, apreciación que concuerda con el año en que, según las pruebas allegadas al plenario, fue atendido por primera vez en el Dispensario del Batallón de Infantería donde prestó su servicio militar (enero de 2011), por presentar la misma patología que le fue tratada en 2013, es decir, “cifosis”. Lo anterior evidencia que si bien desde el año 2011 el actor tenía conocimiento de sus dolencias y que ese conocimiento se proyectó hasta la terminación del servicio, 14 de enero de 2012, e incluso más allá, cuando se prestaron las tutelas o cuando se adelantó trámite de conciliación o cuando se definió la situación médico militar, el hecho generador del daño, la indebida incorporación, sólo fue establecida con la intervención de expertos, en el caso, los médicos de Sanidad Militar, que en cumplimiento de la sentencias de tutela determinaron lesiones, origen, evolución e impacto de ellas en la salud del demandante lesionado, lo que sólo tuvo lugar cuando finiquitó el proceso de definición de la capacidad psicofísica, es decir, el 29 de mayo de 2014, época en que se notificó el Acta de la Junta Médica. A juicio de la Sala, y como lo decidido el a quo, en la audiencia inicial en la que se ocupó de las excepciones propuestas bajo el título de caducidad y falta de agotamiento del trámite administrativo, que se recuerda, dado el carácter de presupuesto procesal del medio de control puede ser reestudiada en esta instancia, en el caso no es posible tener como hito para efectos de computar el término de caducidad la época de la incorporación, o aquella en la que el deterioro de la salud del demandante lesionado se hizo evidente o la de retiro de servicio o la de agotamiento de la conciliación prejudicial, pues ellas no hicieron evidente la causa del daño, que en la narrativa de la demanda fue la incorrecta incorporación por la existencia de una circunstancia médica que la hacía improcedente, la que sólo resultó clara cuando se agotó el trámite de determinación de la situación médico militar que determinó la existencia de la cifosis, enfermedad que impedía la incorporación.

**DAÑO / Alcance / No correspondió a la enfermedad en sí misma sino a su agravación / Imputación a la entidad porque la agravación se dio con ocasión de la prestación del servicio militar.**

El daño en el caso, más que la enfermedad, “cifosis de origen congénito” correspondió a la evolución de la misma a “hipercifosis adquirida sistemática + escoliosis dorso lumbar”, así como a la afectación a la salud física determinada por la “tinnitus bilateral” y mental determinada por la “psicosis”. (…) Las pruebas atrás referidas, le permiten a la Sala, como lo hizo el a quo, sostener que el daño, lesiones propias (avance de una enfermedad preexistente, aparición de otras dos, auditiva – Tinnitus bilateral, calificada como profesional o en el servicio y por causa del mismo - y mental – psicosis, con antecedente en experiencia del servicio, muerte, por disparo en la cara de un compañero) y de un miembro de la familia, hijo y hermano, ocurrieron por razón de la actividad militar que se hizo posible con la declaración de aptitud posterior a la orden de incorporación al servicio sin la que no se hubieran presentado, por manera que son imputables a la entidad demandada. Y no es posible aseverar, en el caso, que la fuente de la afectación tuvo como causa eficiente la omisión del demandante de dar cuenta de la “cifósis” que padecía, de una parte, porque no se alegó ni probó que éste conociera de la enfermedad y, de otra, porque su diagnóstico y evolución demandaba conocimientos que no se alegó ni probó que tenía el demandante lesionado y, en todo caso, a partir de prueba indirecta, indicio, resulta claro que dada condición social, persona joven y con formación básica, carecía de ellos.

**CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA / No se configuró pues no era irresistible a la entidad toda vez que aquella contaba con el debido apoyo técnico para identificar la patología.**

Sobre este punto la Sala encuentra importante precisar que la culpa de la víctima como circunstancia que impide que se predique nexo de causalidad entre la actuación de la administración o título de imputación o deber jurídico de reparar y el daño, en el caso de la falta, debe tener unas características, a saber: que esté representada en una conducta que pueda calificarse como culpa, entre otras, en una acción u omisión que pueda catalogarse como negligente, imprudente, imperita o que desconoce un reglamento pertinente, irresistible para el demandado y exclusiva, y en el caso la circunstancia alegada, la omisión de informar la prexistencia de la cifosis, de cara a una eventual negligencia, demandaba que se alegara y se probara el conocimiento por parte del lesionado, que no se adujo ni se acreditó, y en todo caso, y dada, de una parte, su inclusión como circunstancia que determina la no aptitud para el servicio militar - letra d) del artículo 61 del Decreto Ley 094 de 1989) y de otra, la incidencia que tiene en la postura de un individuo, no era irresistible para la entidad, se itera, por el apoyo técnico, por parte de médicos, con el que contó al momento de realizar los exámenes, posteriores a la orden de incorporación.

**NOTA DE RELATORÍA:** El documento que se presenta al público ha sido modificado para incluir los anteriores descriptores de la providencia, más no para modificar su contenido. Por lo anterior, el código de seguridad del mismo no corresponde al de la providencia original. Para validar la integridad del documento los interesados pueden consultarlo a través de la plataforma SAMAI.



# TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ SALA DE DECISIÓN N° 3

**MAGISTRADO PONENTE: DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO**

Tunja, veinticuatro (24) de marzo de dos mil veintidós (2022)

**Radicación:** 15238 33 397 51 2015 00031 01

**Demandante:** OMAR ARIOSTO PINTO CRUZ

**Demandado:** Nación-Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional

**Medio de control:** Reparación directa Sentencia de segunda instancia.

La Sala procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 5 de febrero de 2020, por medio de la cual el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sogamoso, accedió a las pretensiones de la demanda.

# ANTECEDENTES

1. **La demanda**

En ejercicio del medio de control de la reparación directa, mediante escrito radicado el 18 de diciembre de 20141, los señores Omar Ariosto Pinto Cruz (L), Yenny Lorena Pinto Cruz (H), Juan Sebastián Pinto Cruz (H), Luis Alfonso Pinto Rincón (P), Ana Mayerly Pinto Rincón (M) quien actúa en nombre de su hija menor de edad Deissy Vanessa Pinto Cruz (H), pidieron que se declarara la responsabilidad de la Nación - Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, por las lesiones sufridas por Omar Ariosto Pinto Cruz, mientras se hallaba prestando el servicio militar obligatorio, las que le generaron una pérdida de capacidad laboral de 68.58%.

# Las pretensiones:

1 Folio 196

En forma específica pidieron2:

“Se declare a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional administrativa y extracontractualmente responsable por los perjuicios ocasionados a los demandantes por cuenta de las graves lesiones causadas a Omar Ariosto Pinto Cruz que le generaron una pérdida de capacidad laboral de 68.58% (o la invalidez superior que se pruebe en el proceso) durante la prestación del servicio militar obligatorio en calidad de soldado campesino.

Como consecuencia de la anterior delaración, se condene a la entidad demandada a pagar a los demandantes, tendiendo encuenta los cretrios de reparación integral previstos en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, las siguientes sumas de dinero por concepto de indemnización:

Por concepto de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante:

La suma correspondiente al dinero que Omar Ariosto Pinto Cruz dejará de percibir desde la fecha de ocurrencia de las lesiones que estructuraron su estado de invalidez, hasta el promedio de vida de un Colombiano, certificado por el DANE, calculada sobre el 68.58% de UN SALARIO MINIMO LEGAL MENSUAL VIGENTE, es decir, $ 422.452,80, lo que corresponde a la suma no inferior a DOCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES TRECIENTOS TREINTA Y DOS MIL OCHOCIENTOS TRECE PESOS ($243’332.813).

A la suma anterior, deberá adiconarse el VEINTICINCO POR CIENTO (25%) por concepto de prestaciones sociales, esto es, SESENTA MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y TRES MIL DOCIENTOS TRES PESOS ($60’833.203).

Por concepto de perjuicios inmateriales en la modalidad de daño a la salud.

Por vitud de la alteración de la unidad sicofisica que casusó la ostensible afectación del derecho fundamental a la salud de Omar Arisoto Pinto Cruz, atribuida a la accinada, deberá cancelarse a Omar Ariosto Pinto Cruz la suma equivalemte a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, esto es, no menos de SESENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS ($61.600.000)

Por concepto de perjuicios inmateriales en la modalidad de daño moral.

A Omar Arisoto Pinto Cruz, identificado con cédula de ciudadanía 1.053.585.838, la suma no inferior a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, esto es, no menos de SESENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS ($61’600.000).

A Yenny Lorena Pinto Cruz identificada con cédula de ciudadanía 1.057.583.045, la suma no inferior a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, esto es, no menos de SESENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS ($61’600.000).

A Luis Alonso Pinto Rincón identificado con cédula de ciudadanía 74.337.235, la suma no inferior a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, esto es, no menos de SESENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS ($61’600.000).

A Ana Marleny Cruz Pinto, identíficada con cédula de ciudadanía 40.027.919, la suma no inferior a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, esto es, no menos de SESENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS MIL

PESOS ($61’600.000).

A Juan Sebastian Pinto Cruz, identifícado con cédula de ciudadanía 1.053.587.048, la suma no inferior a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, esto es, no menos de SESENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS ($61’600.000).

A Deisy Vanessa Pinto Cruz, menor de edad, representada por sun madre Ana Marleny Cruz Pinto, la suma no inferior a CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES, esto es, no menos de SESENTA Y UN MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS ($61’600.000).

Condenar a la parte demandada a pagar las costas y agencias en derecho, que con el trámite del presente proceso se llegaren a causar (artíuclo 188 Ley 1437 de 2011).

Como consecuecia de la condena en abstracto que eventualmnete se profiera, según las circunstacias probatorias del proceso, se disponga dar cuplimiento a lo preceptuado por el artículo 193 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

La condena respectiva será ajustada en los términos del inciso final del artículo 187 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Ordenar que la condena sea satisfactoria en los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Aministrativo y Contencioso Administrativo”.

# Los hechos

Las pretensiones de la demanda se edificaron, en síntesis, en las siguientes afirmaciones3.

* + 1. Omar Ariosto Pinto Cruz nació el 28 de abril de 1992.
		2. Omar Ariosto Pinto Cruz y los demandantes son hijos y hermanos.
		3. Omar Ariosto Pinto Cruz fue incorporado al Ejército Nacional para prestar el servicio militar obligatorio en calidad de soldado campesino, mediante acto administrativo DIRTRA 364 de 14 de diciembre de 2009, a partir de 14 de agosto de 2010.
		4. Fue dado de alta mediante acto administrativo OAP-EJC 1023 de 23 de enero de 2012, en el grado de Soldado Campesino una vez finalizanda la prestación del servicio militar obligatorio, por lo que prestó sus servicios a

favor de la Nación – Ministerio de Defensa - Ejercito Nacional durante 1 año y 5 meses.

* + 1. Al momento de su ingreso a prestar el servicio militar obligatorio, el señor Omar Ariosto Pinto Cruz padecía “hipercifosis” tal y como consta en la fórmula de 7 de enero de 2011 del Dispensario del Batallón de Artillería No. 1 “Tarqui”, firmada por la médica que lo atendió para ese momento.
		2. Según su expediente laboral, expedido por el Batallón de Artillería No. 1 “Tarqui”, en los exámenes médicos de ingreso NO se dejó anotación de las afecciones de salud preexistentes.
		3. Conforme con el concepto médico del 6 de enero de 2012 de la enfermería del mismo Batallón, emitido por la médica Carol Johana Sánchez se concluyó que presentaba “*hipercifosis adquirida sistemática + escoliosis dorso lumbar”*
		4. La preexistencia de hipercifosis, comportaba una causal de inaptitud para el servicio, atendiendo a las previsiones del artículo 61 del Decreto 94 de 1989.
		5. La incorporación al servicio militar obligatorio implicó para Omar Ariosto Pinto Cruz las cargas propias del desempeño del servicio en su condición de soldado campesino, esto es, los duros ejercicios físicos, las extensas caminatas con el pesado equipo militar a cuestas, los momentos de guardia, las operaciones militares y en ocasiones el maltrato físico de sus superiores, entre otros.
		6. La alteración en la columna vertebral de Omar Ariosto Pinto Cruz, existente para el momento de su incorporación al servicio militar se agravó seriamente, en razón a las actividades propias del servicio.
		7. Según concepto de ortopedia de 15 de septiembre de 2014, el actor sufrió una lesión que simultáneamente complicó la lesión con la que ingresó

al servicio militar obligatorio “*hipercifosis”,* en tanto, se generó una desviación lateral en la columna conocida como *“escoliosis”.*

* + 1. Las condiciones físicas del señor Omar Ariosto Pinto Cruz, fueron agravadas por el servicio militar, la “*hipercifosis”,* al finalizar el servicio militar obligatorio, devino en *“cifoescoliosis torácica”,* es decir, se sumó a la cifosis preexistente una escoliosis.
		2. Finalizado el servicio militar obligatorio, Omar Ariosto Pinto Cruz le fueron retirados todos los servicios médicos por parte de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y sus solicitudes tendientes a obtener atención médica en razón al deplorable estado de salud en el que se encontraba después de terminar su servicio.
		3. Realizada una serie de trámites con el fin de obtener todos los conceptos médicos destinados a la valoración de la Junta Medico Laboral del Ejército, trámites que tomaron más de 1 año por causas derivadas del actuar de Sanidad del Ejercito Nacional, fue posible obtener un dictamen definitivo del estado de salud el 26 de marzo de 2014 el cual fue notificado el 29 de mayo siguiente.

2.2.15. El dictamen de la Junta Medica Laboral del Ejército, contenido en el Acta No. 67729 de 26 de marzo de 2014, se analizaron los conceptos especializados de ortopedia, otorrinolaringología y audiometría y psiquiatría, para concluir que Omar Ariosto Pinto Cruz presentaba las siguientes afecciones:

Por parte de la especialidad de ortopedia:

1. Cifoescoliosis torácica tratada con laminectomía.
2. Osteospenia de columna
3. Artrodesis de columna lumbar y torácica.
4. Secuela: dorsolumbagia crónica con limitación.

Por parte de la especialidad de otorrinolaringología:

1. “*tinnitus bilateral”.*

Y por parte de la especialidad de psiquiatría:

* 1. episodio psicótico.
		1. Los hallazgos por la especialidad de psiquiatría le generaron un índice previsto en el artículo 79 del Decreto 94 de 1979, correspondiente a depresión reactiva grado medio.
		2. La patología psiquiátrica que presentaba el señor Omar Ariosto Pinto Cruz, causó hospitalización en hospital psiquiátrico entre el 1 y el 15 de abril de 2013.
1. 2.18. Adicionalmente, tal como se reseñó en el dictamen de 26 de marzo de 2014, Omar Ariosto Pito Cruz fue sometido a una laminectomía y artrodesis de columna lumbar y torácica para tratar la patología vertebral, intervenciones consistentes en la inserción de 19 tornillos a lo largo de su columna, como se evidencia en la ortoradiografía que se acompaña con la demanda.
	* 1. Mediante concepto de ortopedia de 15 de septiembre de 2014, se estableció que las afecciones que presenta el demandante en su columna vertebral, fueron producto de i) la mala o errónea incorporación y ii) lesión durante la prestación del servicio militar obligatorio.
		2. Omar Ariosto Pinto Cruz se encuentra en estado de invalidez, según la calificación jurídica que de esa institución hace la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1150 de 1994, entre otros.

1.2.21.- Las afecciones que padece Omar Ariosto Pinto Cruz, reseñadas en el dictamen de 26 de marzo de 2014, fueron causadas durante la prestación

del servicio obligatorio y con ocasión del mismo. Igualmente, la disminución ostensible en la capacidad psicofísica del señor Pinto Cruz se constituyen en un daño antijurídico imputable al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

1.2.22.- Las lesiones que padeció Omar Ariosto Pinto Cruz implican daño moral para él y su núcleo familiar *(fls 9 a 12 Cdrno1).*

# Los fundamentos de derecho4

Las pretensiones se apoyaron en el contenido normativo de los artículos 90 de la Constitución Política, en la Ley 48 de 1993 y en el Decreto 2048 de 1993.

# La contestación a la demanda5

Encontrándose en la oportunidad legal para el efecto, la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda.

Sobre los hechos dijo, en lo fundamental, que debían probarse. Ello en la medida en que aceptó los que daban cuenta de la época de nacimiento del demandante lesionado, el parentesco entre los demandantes y su incorporación al servicio, dijo que debían probarse los que aludían a defectos en la incorporación y que los que referían consecuencias eran afirmaciones de la demanda.

Frente a las pretensiones sostuvo que las patologías presentadas por Omar Ariosto Pinto Cruz era consecuencia de unas enfermedades de tipo común (*1- cifoescoliosis torácica – 3- episodio psicótico inespecífico),* por lo que no podía ser garante de afecciones congénitas de tipo genético o de origen cognitivo, por cuanto la etiología de la afección desvirtuaba la presunción de aptitud conceptuada en el momento de la incorporación, aunado a que la

4 Folio 12.

5 Folio 212.

causa del daño era ajena a la actividad militar.

Señaló que del Acta de la Junta Médico Laboral No. 67729 de 26 de marzo de 2014 se extraía otra afectación catalogada como enfermedad profesional *(2. Exposición Crónica a ruido valorado… dejan como secuela tinnitus)* pero ni en la demanda, ni en el proceso había prueba que acreditara el cómo, el cuándo y el dónde se originó la misma, circunstancias que debían probar los demandantes.

Alegó que no podía fundamentarse la responsabilidad del Estado en una indebida incorporación del demandante, por cuanto el conscripto guardó silencio en el momento en que fue reclutado y no informó sobre las afecciones que venía padeciendo desde tiempo atrás, las cuales no eran posibles de detectar en el procedimiento que se realiza en los términos de la Ley 48 de 1993 para la incorporación, pero que el actor sí debió, bien manifestarlas o bien impugnar la decisión a través de la cual fue incorporado a la institución castrense y no esperar a que sus patologías empeorarán para luego pretender responsabilizar a la entidad por su propia omisión.

La parte demandada fue enfática en señalar que no existían pruebas que permitieran determinar que la lesión o lesiones esgrimidas por el demandante, a partir de las cuales se pretendía edificar la responsabilidad administrativa, hubieran sido causadas como consecuencia de las actividades propias de la prestación del servicio militar obligatorio.

Finalmente formuló las siguientes excepciones: Caducidad de la acción de reparación directa, por el paso del tiempo, más de 2 años desde el retiro del servicio a la prestación de la demanda, e inepta demanda por indebido agotamiento de la vía gubernativa en la medida en que lo demandado no fue objeto de agotamiento de procedibilidad pues la conciliación se presentó antes de la emisión del Acta de la Junta**.**

# Los alegatos de conclusión en la primera instancia

* 1. **De la parte demandante6.** Insistió en la falla en el trámite de incorporación en la medida en que la cifosis correspondía a una circunstancia que determinaba la inaptitud para el servicio, así mismo en el hecho de que se hallaba demostrada la enfermedad y su evolución hacia una patología más grave, hipercifosis que causó cifoescoliosis, así como la afectación mental, las que a su vez generaron la pérdida de la capacidad laboral.
	2. **De la parte demandada.** En la oportunidad guardó silencio.

# La sentencia de primera instancia7

Mediante sentencia del 5 de febrero de 2020, el Juzgado Primero Administrativo del Circuito Judicial de Sogamoso, decidió:

“PRIMERO. DECLARAR administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional, por la indebida incorporación al servicio militar obligatorio en calidad de soldado campesino de la que fue objeto el joven Omar Ariosto Pinto Cruz.

SEGUNDO. CONDENAR a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional a pagar por concepto de perjuicios morales las siguientes sumas de dinero, expresadas en salarios mínimos mensuales legales vigentes a la fecha de ejecutorio de la presente sentencia:

* La suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Omar Ariosto Pinto Cruz.
* La suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Ana Marleny Cruz Pinto.
* La suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Luis Alonso Pinto Rincón.
* La suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Yenny Lorena Pinto Cruz.
* La suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Juan Sebastián Pinto Cruz.
* La suma de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de Deisy Vanessa Pinto Cruz.

TERCERO. CONDENAR a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional, a pagar al señor Omar Ariosto Pinto Cruz, en calidad de víctima directa y a título de indemnización cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de daño a la salud.

6 Folio 787

7 Folio 803

CUARTO. CONDENAR a la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional a pagar al joven Omar Ariosto Pino Cruz la suma de ciento sesenta y seis millones ciento seis mil cuatrocientos quince pesos con cuarenta y cuatro centavos ($166’106.415,44), por concepto de lucro cesante consolidado.

QUINTO. CONDENAR a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional a pagar al Joven Omar Ariosto Pinto Cruz la suma de doscientos catorce millones ochocientos diecisiete mil seiscientos cuatro pesos, con setenta y siete centavos ($124’817.604,77) por concepto de lucro cesante futuro.

SEXTO. Condenar en costas a la Nación- Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por secretaria tácense. Para tal fin, se fija como agencias en derecho la suma de dos millones de pesos ($2.000.000)…”.

En la sentencia no hubo pronunciamiento sobre las excepciones de caducidad e ineptitud de demanda por indebido agotamiento de la vía gubernativa, toda vez que fueron resueltas en la audiencia inicial realizada el 8 de octubre de 2015.

En relación con el fondo del asunto, se señaló que, en la definición de la situación militar de los jóvenes bachilleres, los inscritos son sometidos a una evaluación de aptitud psicofísica, entendida como el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes y potencialidades de orden físico y psicológico que deben reunir las personas para ingresar y permanecer en el servicio activo de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en consideración a su cargo, empleo o funciones.

Así, en un primer examen los profesionales de sanidad al servicio de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional determinaban la aptitud de los candidatos para la prestación del servicio militar, siendo su obligación dejar consignadas todas las circunstancias sobre la capacidad psicofísica del aspirante y refrendadas con su firma, obligación que una vez satisfecha, debía indicar el preciso estado de salud con el que ingresaban los conscriptos.

Señaló que el primer examen de incorporación a las filas debía ser cuidadoso y detallado, pues de ello dependía que se pudieran evitar

posteriores afectaciones o pérdidas entre quienes ingresaban a prestar el servicio militar.

Igualmente, que, una vez terminada la primera evaluación, se elaboraba un acta en la que se dejaba constancia de los conscriptos aptos, no aptos, aplazados y eximidos y la anotación de las causales de inhabilidad, aplazamiento o exención. Por consiguiente, quienes se consideraban aptos quedaban desde ese momento bajo la supervisión y vigilancia de las autoridades de reclutamiento, hasta su entrega a las diferentes unidades militares o de policía.

Adicional a lo anterior, antes de la incorporación definitiva, la ley preveía como última instancia para la determinación de la capacidad psicofísica de los conscriptos un segundo examen que podría realizarse de oficio o a solicitud del interesado, examen que, si corrobora la aptitud para el servicio posibilita la finalización del proceso de incorporación y daba lugar a la entrega del personal a las respectivas unidades militares o de policía, previa realización del sorteo correspondiente.

Lo anterior, sin perjuicio del tercer examen que debía realizárseles en la respectiva institución entre los 45 y 90 días posteriores a la incorporación, con el fin de constatar la presencia de inhabilidades incompatibles con la prestación del servicio militar y del examen de retiro en el que se evaluaba nuevamente la capacidad psicofísica del personal incorporado a las Fuerzas Militares y a la Policía.

Halló acreditado el daño por el que se reclamó reparación, como quiera que Omar Ariosto Pinto Cruz fue diagnosticado con una incapacidad permanente parcial que derivó de una disminución de su capacidad laboral en un porcentaje de 68.58% mediante acta No. 67729 de 26 de marzo de 2014, expedida por la Junta Médico Laboral de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, siendo declarado no apto para la actividad militar y en consecuencia, para continuar prestando su servicio militar obligatorio en calidad de soldado campesino.

Señaló que no existían medios de convicción que permitirán establecer que Omar Ariosto Pinto Cruz hubiera tenido conocimiento de la patología que padecía al momento de ingresar a prestar el servicio militar, pues a pesar de habérsele realizado 2 exámenes médicos por parte de los galenos y psicólogos del Distrito de Reclutamiento No. 8, no se registró anomalía que le impidiera efectuar las actividades propias del servicio militar.

A lo anterior se agregó que, además de la sintomatología de la cifosis (hipercifosis para ese momento), se hizo manifiesta cuando el demandante ejercía las funciones propias del soldado campesino, motivo por el cual debió ser atendido primeramente en el Dispensario del Batallón Tarqui – Unidad Militar donde el actor prestaba servicio, siendo este el lugar donde, precisamente le fue diagnosticada la enfermedad en comento.

En consecuencia, el *a quo* consideró que la entidad demandada no realizó en debida forma los exámenes médicos al accionante y desconoció los artículos 15 y siguientes del Decreto 2048 de 1993, como quiera que éstos no se efectuaron de forma cuidadosa y detallada, pues en las actas que se deben levantar después de realizar tales exámenes debe constar cualquier alteración en el estado físico de los conscriptos, anotaciones que no se advierten en el caso del demandante, lo que conllevó a un deterioro considerable e inevitable del estado de su salud.

Por lo anterior, el juez de primera instancia concluyó que la entidad demandada era responsable de los daños irrogados al señor Omar Ariosto Pinto Cruz y a su núcleo familiar, en razón de que las limitaciones ortopédicas, nasales y psiquiátricas que padecía el demandante se presentaron durante el tiempo en que prestó su servicio militar, no siendo esta una carga que debieran soportar quienes prestan un servicio a la Patria, que además es de carácter imperativo con el único fin de contribuir a la preservación de las instituciones y en general del orden público y social.

Además, fue del criterio de que frente a los conscriptos se predicaba una

relación de especial sujeción que si bien implicaba una restricción a ciertas libertades, no conlleva su renuncia a derechos como la integridad psicofísica, y era por ello que el ordenamiento había previsto, además de un riguroso proceso de incorporación, toda una serie de obligaciones y garantías tanto para preservar su salud como para recuperarla, de manera que éstos, luego de prestar su servicio militar pudieran reincorporase a la sociedad civil en las condiciones en que ingresaron y que les posibilitara continuar su proyecto de vida.

# La apelación8

La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida por el *a quo,* con fundamento en lo siguiente:

Dijo que las patologías presentadas por Omar Ariosto Pinto Cruz eran consecuencia de unas enfermedades de tipo común *(1. Cifoesoliosis torácica- 3- episodio psicótico inespecífico),* razón por la cual no podía ser garante de afecciones de carácter genético o de origen congénito del actor y, en esa medida, la causa del daño era ajena a la actividad militar.

Sostuvo que no podía fundamentar la responsabilidad en una indebida incorporación, por cuanto el conscripto al momento del reclutamiento guardó silencio sobre las afecciones que venía padeciendo desde tiempo atrás, las cuales no eran posible de detectase a través del procedimiento que se realizaba de conformidad con la Ley 48 de 1993; sin embargo, el afectado sí debió, manifestar o impugnar la decisión a través de la cual se incorporó a la institución castrense en forma oportuna y no esperar a que sus patologías empeoraran para luego pretender responsabilizar a la demandada de su propia omisión.

Insistió en que en el presente caso se configuró la excepción de caducidad del medio de control de la referencia, por las siguientes razones:

8 Folio 831.

* El demandante presentó solicitud de conciliación el 7 de marzo de 2013 la cual fue declarada fallida en audiencia celebrada en 7 de mayo del mismo año, por falta de ánimo conciliatorio.
* El supuesto “daño antijurídico” consistió en la equivocada o errónea incorporación del Soldado Campesino Omar Ariosto Pinto Cruz, en razón de que padecía una enfermedad que, en palabras de la parte demandante, lo hacía no apto para la prestación del servicio militar, razón por la cual y como consecuencia de dicha incorporación, su salud se agravó por la prestación del servicio en el lapso comprendido entre el 14 de agosto de 2010 y el 14 de enero de 2012 y el acta de la Junta Médico Laboral le fue notificada al interesado solo hasta el 29 de mayo de 2014.

En consecuencia, si “el daño” estaba determinado por una indebida incorporación al servicio militar, al demandante le correspondía incoar la respectiva demanda hasta el 14 de enero de 2014.

Con todo, se debía tener en cuenta que el requisito de procedibilidad de la conciliación se agotó el 7 de marzo de 2013, cuando había trascurrido 1 año, 1 mes y 1 día desde la terminación de la prestación del servicio militar, por lo que el termino de caducidad del medio de control se suspendió y fue reanudado el 8 de mayo de 2013 – día siguiente al de expedición de la constancia de conciliación-, lo que significaba que el tiempo faltante de 11 meses y 9 días, vencía el 18 de abril de 2014, pero la demanda solo fue interpuesta hasta el 20 de enero de 2015 cuanto el término estaba más que vencido.

De otra parte, la entidad recurrente consideró que al contar el término de caducidad desde la fecha de expedición del Acta de la Junta Medico Laboral, cuando ya se había agotado la conciliación en fecha anterior a la expedición de tal acta, se configuró una inepta demanda por indebido agotamiento de la vía gubernativa, comoquiera que tal documento no existía pero aun así se realizó la conciliación, es decir, que ya se conocía el momento desde el cual

se había producido el daño y no fue solo hasta cuando se expidió el acta de la junta médica.

En cuanto a la referida acta, adujo que en la misma no se indicó el cuándo, ni el cómo ocurrieron las patologías del accionante, sumando a que fueron catalogadas como de origen común, pues la única que fue identificada como enfermedad profesional fue la relacionada con afecciones correspondientes a otorrinolaringología, cuya causación o registro data de 31 de mayo de 2013, es decir, que ésta no fue objeto de conciliación prejudicial.

Reiteró que el demandante tenía a su disposición la posibilidad y obligación de informar las patologías que presentaba, circunstancia sobre la cual no había evidencia alguna en el expediente. No se desconocía que Omar Ariosto Pinto Cruz en la época de la demanda presentara una pérdida de su capacidad laboral, pero ésta no se podía endilgar a la entidad demandada por el solo hecho de la prestación del servicio militar obligatorio, pues no resultaba lógico que por este hecho se pudiera presumir la responsabilidad de la entidad demandada *(fls. 842 – 846).*

# Los alegatos en la segunda instancia

* 1. **De la parte demandante9.** Sostuvo que la sentencia de primer grado, en cuanto accedió a las pretensiones debía ser confirmada en la medida en que bastaba confrontar el estado de salud al ingreso y al retiro para aceptar el daño, así mismo que ése era consecuencia de los defectos en el proceso de incorporación dado que la patología que padecía el demandante lesionado era causal de no aptitud.

Sobre la apelación de la parte demandante sostuvo que no estaba llamada a prosperar porque i) la omisión del demandante en informar sobre su padecimiento no se hallaba demostrada y ii) la caducidad se hallaba decidida desde la audiencia de 8 de octubre de 2015.

9 Folio 870

* 1. **De la parte demandada10.** En esa oportunidad reiteró los argumentos de la apelación que daban cuenta, de un lado, que no faltó en el proceso de incorporación, entre otras cosas porque la enfermedad que padecía el demandante lesionado era imposible de establecer en los exámenes que se cumplían en ese estadio del servicio militar, así mismo insistió en la caducidad del medio de control.

# CONSIDERACIONES

1. **Competencia funcional del *ad quem***

La competencia funcional del juez de segunda instancia está limitada por las razones de inconformidad expresadas por el recurrente en el recurso de apelación. Lo anterior significa que las competencias del juez de la apelación, cuando el apelante es único, no son irrestrictas, pues están limitadas, en primer lugar, por el principio de la *non reformatio in pejus* (art. 31 de la Constitución Política y 328 del CGP), y en segundo, por el objeto mismo del recurso, cuyo marco está definido, a su vez, por los juicios de reproche esbozados por el apelante, en relación con la situación creada por el fallo de primera instancia.

Así pues, al *ad quem* le está vedado, en principio y salvo las excepciones hechas por el legislador, revisar temas del fallo de primera instancia que no fueron objeto de impugnación, como quiera que los mismos quedan excluidos del siguiente debate y, por lo tanto, debe decirse que, frente a dichos aspectos, termina por completo la controversia.

En el *sub lite*, se observa que la sentencia sólo fue recurrida por la parte demandada, quien enfiló sus reparos frente a *(i)* la oportunidad del medio de control y *(ii)* a la imputación del daño, porque, de un lado, correspondía a enfermedades comunes y, de otro, no fue consecuencia de una acción u

10 Folio 865.

omisión suya, una falta en el proceso de incorporación, a lo sumo de la omisión del lesionado de informar, en ese estadio, su estado de salud o impugnar el acto administrativo de incorporación.

# La caducidad del medio de control

De manera genérica la caducidad ha sido definida como un fenómeno jurídico que limita el ejercicio de los derechos individuales y subjetivos de los administrados para la reclamación judicial de los mismos, en desarrollo del principio de la seguridad jurídica bajo criterios de racionalidad y suficiencia temporal, el cual, según lo ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado *“(…) busca atacar la acción por haber sido impetrada tardíamente, impidiendo el surgimiento del proceso (…)”11.*

La caducidad ha sido considerada como un instituto que permite garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia, representa una manifestación clara del principio de seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general12 y ofrece certeza jurídica13 toda vez que evita la incertidumbre respecto al deber de reparar un daño antijurídico14 y ataca la acción por haber sido impetrada tardíamente.

El Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso

11 Consejo de Estado, Sección Tercera, Auto del 24 de enero de 2007, radicación: 20001- 23-31-000-2005-02769-01(32958), actor: Néstor José Duarte Tolosa contra Corelca S.A. y otro.

12 Corte Constitucional, SC-832 de 2001. Puede verse también sentencias C-394 de 2002, C-1033 de 2006, C-410 de 2010. “La caducidad es una institución jurídico procesal a través del cual, el legislador, en uso de su potestad de configuración normativa, limita en el tiempo el derecho que tiene toda persona de acceder a la jurisdicción con el fin de obtener pronta y cumplida justicia. Su fundamento se haya en la necesidad por parte del conglomerado social de obtener seguridad jurídica, para evitar la paralización del tráfico jurídico. En esta medida, la caducidad no concede derechos subjetivos, sino que por el contrario apunta a la protección de un interés general. La caducidad impide el ejercicio de la acción, por lo cual, cuando se ha configurado no puede iniciarse válidamente el proceso”.

13 Corte Constitucional, SC-115 de 1998.

14 Corte Constitucional, SC-832 de 2001. “La justificación de la aplicación de la figura de la caducidad en las acciones contencioso administrativas, tiene como fundamento evitar la incertidumbre que podría generarse ya sea por la eventual anulación de un acto administrativo, o el deber que podría recaer sobre el Estado de reparar el patrimonio del particular afectado por una acción u omisión suya. Así, en esta materia, se han establecido plazos breves y perentorios para el ejercicio de estas acciones, transcurridos los cuales el derecho del particular no podrá reclamarse en consideración del interés general”.

Administrativo (Ley 1437 de 2011), en el artículo 164, número 2, letra i) regula el término para instaurar el medio de control de reparación directa, término que, al ser inobservado, es sancionado con el fenómeno de la caducidad. La norma es del siguiente tenor:

“Artículo 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La

demanda deberá ser presentada:

[…]

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad: […]

i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia”.

En este orden de ideas, el término de caducidad del medio de control de reparación directa, de 2 años, comienza a computase, por regla general, a partir del día siguiente a la configuración de la acción u omisión causante del daño (hechos dañoso) y, de forma excepcional, desde cuando el demandante tuvo conocimiento del mismo (es decir, del hecho que genera el daño), en este último evento con la carga probatoria adicional indicada en la norma.

Ahora bien, para el caso de las lesiones (físicas o psicológicas), **incluyendo las sufridas en la prestación del servicio militar obligatorio**, la Sección Tercera del Consejo de Estado siguió el criterio en mención, pero en algunas ocasiones matizando la rigurosidad en la identificación de la fecha de inicio del cómputo, tomándola a partir del conocimiento de la magnitud del daño, para lo cual a veces acudió a la valoración realizada por una junta calificadora. En ese contexto, en sede de tutela se reconoció que no existía una posición pacífica sobre el asunto:

“Según lo expuesto, no existe una posición unificada al interior de la Sección Tercera del Consejo de Estado respecto del momento a partir del cual debe computarse el término de caducidad en el caso de lesiones sufridas por conscriptos.

Por lo tanto, independientemente de que los precedentes citados sean o no aplicables a los soldados profesionales, lo cierto es que **ni siquiera para el caso de los conscriptos existe una regla unificada según la cual el término de caducidad deba computarse a partir de la valoración realizada por la junta médica, tal como lo sostiene la parte actora.** (…)”15 (negrilla fuera del texto original).

Sobre la incidencia de la calificación de la pérdida de capacidad laboral en la contabilización de la caducidad, en la misma providencia se sostuvo:

“[L]**a fecha de conocimiento sobre la magnitud del daño, a través de la notificación del dictamen proferido por una Junta de Calificación de Invalidez no puede constituirse, en ningún caso, como parámetro para contabilizar el término de caducidad, por cuanto**:

**El dictamen proferido por una junta de calificación de invalidez no comporta un diagnóstico de la enfermedad o de la lesión padecida por una persona**, **pues la junta se limita a calificar una situación preexistente** con base en las pruebas aportadas, entre las cuales se destaca la historia clínica del interesado; además, la junta puede ordenar la práctica de exámenes complementarios para determinar aspectos necesarios que inciden en la valoración de cada caso concreto.

Su función es la de calificar la pérdida de capacidad laboral, el estado de invalidez y determinar su origen, es decir, **establecer la magnitud de una lesión respecto de la cual el afectado directo tiene conocimiento previo**, **en función de la capacidad laboral de la víctima, por tanto, no constituye criterio que determine el conocimiento del daño, elemento que importa para el cómputo del término de la caducidad, pues se resalta que debe diferenciarse el daño de su magnitud, porque la caducidad** pues se resalta, se debe diferenciar el daño de su magnitud porque la caducidad tiene relación y punto de partida con el conocimiento del primero.

Al hacerse depender el cómputo del término de caducidad de la notificación del dictamen practicado por la junta de calificación de invalidez, **se dejaría en manos de la víctima directa del daño la facultad de decidir el momento a partir del cual inicia el conteo,** pues podría diferir en el tiempo su notificación o, incluso, no realizar el trámite para la calificación de la pérdida de capacidad laboral, lo que dejaría en el limbo la fecha de inicio del conteo.

Adicionalmente, la calificación de invalidez no constituye un requisito de procedibilidad para demandar y, por ello, el afectado puede acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo en sede de reparación directa, aunque no se le hubiere valorado la magnitud de la lesión, por cuanto la exigencia de tal requisito para el cómputo de la caducidad implicaría la creación de un requerimiento que la ley no contempla. En este tema no existe tarifa probatoria y el demandante bien puede aportar o solicitar las pruebas periciales que estime pertinentes para probar el grado de afectación en el transcurso del proceso.

15 C.E., Sec. Quinta, Sent. 2018-01558-01(AC), sep. 19/2018. M.P. Alberto Yepes Barreiro.

Además, si el juez encuentra probado el daño, en este caso, la lesión, pero no su magnitud, bien puede imponer condena en abstracto para que, en incidente posterior, se determine el grado de afectación, **de ahí que no existe razón para contar el término de caducidad a partir de la valoración o notificación del dictamen realizado por parte de la junta. (**…)”16(Negrilla fuera del texto original).

El anterior criterio ha sido reiterado y aplicado recientemente por la Sección Tercera de la referida Corporación, tal como se muestra a continuación:

“[S]i bien en algunos eventos la jurisprudencia se ha valido de la prueba científica de la calificación de invalidez para establecer esa fecha (la de consolidación del daño), ello no equivale a que en todos los casos el término deba contabilizarse en tal forma; menos aún es necesario establecer la firmeza de tales calificaciones como si se tratara de un juicio de legalidad sobre ellas, pues tratándose de la acción de reparación directa, que deriva de hechos de la administración, son circunstancias fenomenológicas y no jurídicas las que permiten determinar la época de consolidación o conocimiento sobre la magnitud del daño.

**En efecto, no es el perjuicio, entendido como la pérdida de capacidad laboral el elemento fundamental para establecer el extremo inicial del cómputo de la caducidad. Es el daño y el conocimiento pleno sobre este y sus efectos el que habilitó dicho cómputo, con independencia de que para algunos casos ambos eventos puedan ser coincidentes**. (…)”17 (Negrilla fuera del texto original).

De conformidad con los elementos de convicción allegados en legal forma al proceso, para este particular se tienen por acreditados, básicamente, los siguientes hechos relevantes:

El 14 de diciembre de 2009, el señor Omar Ariosto Pinto Cruz ingresó al Ejército Nacional a prestar su servicio militar obligatorio, en calidad de soldado campesino. De ello da cuenta la certificación expedida por la Jefatura de Desarrollo de Humano, Dirección de Personal Ejército – Atención al Usuario en la que consta que:

“El señor SLC PINTO CRUZ OMAR ARIOSTO identificado con código militar 1053585838 con CC 1.053.585.838, fue SOLDADO del Ejército Nacional. Ingresó como soldado campesino mediante DIRTRA No. 0364 de 20091214 con novedad fiscal 20100814. Se retiró en el grado de SOLDADO CAMPESINO por TIEMPO DE SERVICIO MILITAR CUMPLIDO mediante

16 Ibídem.

17 C.E., Sec. Tercera, Sent. 2002-03230 (45815), jun. 4/2019. M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

OAP-EJC No. 1023 de 23 de enero de 2012 con novedad fiscal de 14 de enero de 2012, con un tiempo de servicio prestado a las fuerzas militares de 1 año, 5 meses y 0 días” *(fl 32 Cdrno 1).*

El 4 de enero de 2011, el Dispensario Batallón de Infantería No 1 “Tarqui” certificó que se trataba de un *“(…) paciente de 18 años con diagnóstico de hipercifosis se recomienda no uso de equipo o peso sobre el dorso para permitir una recuperación más pronta”* (*fl. 31 Cdrno 1).*

Según las órdenes médicas de la Dirección de Sanidad Militar, con anotaciones que datan de 5, 6, 7, 11 y 13 de marzo de 2011, se observa tratamiento de terapia física realizado a Omar Ariosto Pinto Cruz durante este periodo y además en las que se indica que, en la evaluación inicial y examen de postura que le fue realizado, presentó hipercifosis moderada, dolor a la palpación en región dorso-lumbar con retracciones musculares moderadas en flexores – extensores y rotadores de tronco, dolor al realizar cargas mayores a 5 kg, entre otros hallazgos *(fls. 227-228 cuaderno 1).*

También está demostrado, con la copia del fallo de tutela proferido por el Tribunal Administrativo de Boyacá el 29 de octubre de 2012, que Omar Ariosto Pinto Cruz presentó acción de tutela contra de la Nación –Ministerio de Defensa Nacional – Ejército Nacional – Batallón de Artillería No. 1 “Tarqui” de Sogamoso, por considerar amenazados sus derechos fundamentales de petición, debido proceso, seguridad social, salud, dignidad humana y mínimo vital, y en consecuencia, solicitó entre otras pretensiones, el restablecimiento inmediato de los servicios se salud e iniciar el trámite a fin de que la junta médico laboral del Ejército Nacional determinara el grado de pérdida de capacidad laboral que padecía.

En los hechos expuestos en la referida sentencia de tutela se señaló lo siguiente:

“Narra la demanda que el accionante prestó sus servicios como soldado campesino en el Batallón de Artillería No. 1 ‘Tarqui’ de la ciudad de Sogamoso durante el periodo comprendido entre el 27 de agosto de 2010 y el 14 de enero de ese año.

Que cuando ingresó a prestar su servicio militar obligatorio se encontraba en perfectas condiciones de salud y que al terminar quedó con graves dolencias en su espalda, lo cual, le impide llevar su vida en condiciones normales toda vez que no puede caminar grandes distancias, ni tampoco ninguna clase de actividad laboral…”18

Finalmente, en la misma sentencia se resolvió

“[O]rdenar al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y al Batallón de Artillería No. 1 ‘Tarqui’ de Sogamoso que en el término de cuarenta y ocho horas contados a partir de su notificación proceda a realizar **TODAS** las gestiones necesarias a fin de que en máximo quince (15) días se realice la valoración de retiro del actor a través de la Junta Médico Laboral y que de acuerdo al concepto emitido por éste se proceda de conformidad con el Decreto 1796 de 2000”19.

Igualmente, aparece en el expediente copia de fallo de tutela del 14 de agosto de 2014, del que se extrae que señor Omar Ariosto Pinto Cruz interpuso nuevamente acción de tutela contra el Ejército Nacional y otros, ante el Consejo Seccional de la Judicatura de Boyacá, con el fin de que le fueran reactivados sus servicios médicos. En dicha providencia, se ordenó tutelar los derechos fundamentales a la salud y vida en condiciones dignas del actor.

Según se lee en el referido fallo de tutela, el accionante para fundamentar su pretensión, expuso, entre otros, los siguientes hechos:

“[Q]ue en calidad de soldado campesino **prestó el servicio militar obligatorio establecido en la Ley 48 de 1993 y una vez finalizó el mismo, se vio en la obligación de acudir a la acción de tutela a fin de que se realizara una valoración del deterioro de su estado de salud como consecuencia de la prestación del mencionado servicio** en consecuencia se ordenó por parte del área de ortopedia del Hospital Militar con sede en Bogotá, una intervención quirúrgica tendiente a corregir la cifoscoliosis que conllevó la inserción de su columna vertebral de 38 tornillos de acero quirúrgico.

Que en cumplimiento del amparo constitucional referido la Junta Médica del Ejército Nacional, notificó al actor el 29 de mayo del presente año (2014) el acta en la que se dictaminó una pérdida de capacidad del 68.58% y en la misma se especificó que requería de controles periódicos por cirugía, en consecuencias en reiteradas oportunidades se dirigió al Dispensario del Batallón Tarquí con sede en Sogamoso, para que se ordenaran los controles que requería con

18 Folio 145.

19 Ibidem.

urgencia, sin embargo, le manifestaron que debido a que no tenía servicios médicos activados no era posible ordenar los mismo. (…) – Subrayado y negrilla fuera del texto original- *(fls. 156 y ss Cdrno 1)*

En la actuación también obra copia de la historia clínica del señor OMAR ARIOSTO PINTO CRUZ, de la cual, se extrae que, el 16 de diciembre de 2013, ingresó al hospital militar central, por presentar *“CUADRO CLÍNICO* ***DE DOS AÑOS DE EVOLUCIÓN*** *CONSISTENTE EN DORSALGIA Y DEFORMIDAD PROGRESIVA, VALORACIÓN PREVIA EL 16/05/13, DONDE SE EVIDENCIA CIFOSIS DE 60 GRADOS…” (fls. 77 y s.s. Cdrno 1).*

En la misma línea, reposa en el plenario historia clínica del actor expedida por el Hospital Verde de **22 de enero de 2013,** de cuyas anotaciones se destaca (*fls 480 y ss Cdrno 2):*

“Enfermedad actual: paciente asistente remitido según refiere del ejército (sanidad) al parecer por emisión de concepto.

Comenta cuadro clínico de 1 año de evolución de episodios de desorientación (…) insomnio de conciliación, alteración de las percepciones, (…) como factores asociados refiere el haber visto a su compañero muerto (suicidio por herida con arma de fuego en cara), comenta que secundario a los síntomas estuvo en manejo en clínica en Bogotá, no recuerda cual, por una semana pero no sabe el diagnostico, refiere haber salido sin manejo farmacológico.

[…]

**08/03/2013 consulta por ortopedia**

Problema

Paciente con trauma dorso lumbar con posterior dolor y cifosis progresiva que ha sido dolorosa y difícil control del dolor

[…]

**26/04/2013 consulta por ortopedia**

Edad 20 años Problema

1. Cifosis post fractura de columna dorsal
2. Dolor a nivel Columna dorsal y limitación funcional.
3. No déficit neurológico, motor ni sensitivo…”

En el Acta de Junta Médico Laboral No. 67729 de 26 de marzo de 2014, realizada al señor Omar Ariosto Pinto Cruz se indicó lo siguiente *(fls. 34- 36)*:

“Clasificación de las lesiones o afecciones y calificación de capacidad psicofísica para el servicio.

INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL NO APTO PARA ACTIVIDAD MILITAR

C. Evaluación de la Disminución de la capacidad laboral.

LE PRODUCE UNA DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL SESENTA Y OCHO PUNTO CINCUENTA Y OCHO (68.58%)…”

De conformidad con las pruebas que reposan en el plenario, la Sala encuentra demostrado que el señor Omar Ariosto Pinto Cruz prestó su servicio militar obligatorio como soldado campesino entre **el 14 de agosto de 2010 y el 14 de enero de 2012** en el Batallón de Artillería No. 1 “Tarqui” en la ciudad de Sogamoso; que desde el año 2011 (**4 de enero de 2011)**, esto es, encontrándose prestando servicio militar obligatorio, el demandante fue atendido en el dispensario del Batallón de Infantería por presentar: *“hipercifosis moderada”*, dolor a la palpación en región dorso - lumbar y al realizar cargas mayores a 5 kilogramos, razón por la que, en el mes de marzo del mismo año se le realizó por parte de Sanidad Militar terapia física con el fin de tratar su patología; que en el diagnóstico realizado en aquella oportunidad se recomendó “*no uso de equipo o peso sobre el dorso para permitir una recuperación más pronta”., y* que en la historia clínica del demandante que data del año **2013**, en la que se indica que el cuadro clínico del actor, para esa época, tenía **2 años de evolución,** apreciación que concuerda con el año en que, según las pruebas allegadas al plenario, fue atendido por primera vez en el Dispensario del Batallón de Infantería donde prestó su servicio militar **(enero de 2011)**, por presentar la misma patología que le fue tratada en 2013, es decir, “cifosis”.

Lo anterior evidencia que si bien desde el año 2011 el actor tenía conocimiento de sus dolencias y que ese conocimiento se proyectó hasta la terminación del servicio, 14 de enero de 2012, e incluso más allá, cuando se prestaron las tutelas o cuando se adelantó trámite de conciliación o cuando se definió la situación médico militar, el hecho generador del daño, la indebida incorporación, sólo fue establecida con la intervención de expertos, en el caso, los médicos de Sanidad Militar, que en cumplimiento de la sentencias de tutela determinaron lesiones, origen, evolución e impacto de ellas en la salud del demandante lesionado, lo que sólo tuvo lugar cuando finiquitó el proceso de definición de la capacidad psicofísica, es decir, el 29 de mayo de 2014, época en que se notificó el Acta de la Junta Médica.

A juicio de la Sala, y como lo decidido el *a quo,* en la audiencia inicial en la que se ocupó de las excepciones propuestas bajo el título de caducidad y falta de agotamiento del trámite administrativo, que se recuerda, dado el carácter de presupuesto procesal del medio de control puede ser reestudiada en esta instancia, en el caso no es posible tener como hito para efectos de computar el término de caducidad la época de la incorporación, o aquella en la que el deterioro de la salud del demandante lesionado se hizo evidente o la de retiro de servicio o la de agotamiento de la conciliación prejudicial, pues ellas no hicieron evidente la causa del daño, que en la narrativa de la demanda fue la incorrecta incorporación por la existencia de una circunstancia médica que la hacía improcedente, la que sólo resultó clara cuando se agotó el trámite de determinación de la situación médico militar que determinó la existencia de la cifosis, enfermedad que impedía la incorporación.

En las anteriores condiciones, a juicio de la Sala en el presente asunto no se configuró la caducidad del medio de control de reparación directa y se impone ahondar en los demás temas de la apelación.

# El daño y la imputación

En el caso, como quedó visto, la alzada, además de la oportunidad del medio de control, plantea un examen sobre la responsabilidad en cuanto al elemento de la imputación del daño, en la medida en que adujo, de una parte, que el daño, las enfermedades que padecía el demandante lesionado eran comunes y no tuvieron origen en ninguna actuación de la entidad demandada, menos en una falta y, en todo caso, que fueron causadas por la propia víctima.

Sobre el particular debe precisarse que el daño en el caso, más que la enfermedad, *“cifosis de origen congénito”* correspondió a la evolución de la misma a “*hipercifosis adquirida sistemática + escoliosis dorso lumbar”,* así como a la afectación a la salud física determinada por la *“tinnitus bilateral”* y

mental determinada por la *“psicosis”.*

Pues bien, sobre el particular, resultan relevantes los siguientes hechos que se hallan debidamente demostrados.

* El demandante lesionado fue vinculado al servicio militar mediante orden administrativa DIRTRA No. 0364 de 14 de diciembre de 2009, a partir del 14 de agosto de 2010.
* Fue examinado el 20 de agosto de 2010, y para esa época fue considerado apto para el servicio.
* En la época del examen no manifestó existencia de enfermedad alguna.
* En enero de 2011, requirió atención médica en el Dispensario del Batallón de Artillería Número 1 “Tarqui”, época en la nuevamente fue examinado y en la que fue diagnosticado así:

*“PACIENTE CON DIAGNÓSTICO MÉDICO HIPERCIFOSIS, A LA EVALUACIÓN INICIAL Y EN EL EXAMEN DE POSTURA PRESENTA HIPERCIFOSIS MODERADA, ESCAPULA ALADA, ESPASMOS MUSCULARES MODERADOS EN TRAPECIO Y FIBRAS SUPERIORES MEDIAS, INFERIORES, DOLOR A LA PALPACIÓN EN REGIÓN DORSO – LUMBAR CON RETRACCIONES MUSCULARES MODERADAS EN FLEXORES, EXTERIORES Y ROTADORES DE TRONCO, DOLOR AL REALIZAR CARGAS MAYORES A 5 KG, LA PACIENTE (SIC) MANIFIESTA QUE DOLOR EMPEZÓ HACE 6 MESES…”.*

* La enfermedad de columna que padecía el demandante lesionado, conforme con criterio técnico, del médico ortopedista y traumatólogo, perito en el trámite, de una parte, impedía la incorporación, y, de otra, podía agravarse con la actividad militar, así lo precisó el experto:

*“como parte de mi formación, tuve una rotación de un año y medio en el Hospital Militar Central, eso me da cierta cercanía con el proceso de vinculación. Lo que está escrito dice que una persona con esa deformidad [Cifosis] no tendría que ser incorporado, por lo tanto no es posible encontrar literatura médica que haga referencia a la afectación que pueden tener estos pacientes, porque de base no se incorporan […]. Consultado a otros colegas, es que sí, esas actividades [las propias de la vida militar] pueden influir en el desarrollo o el agravamiento de esa patología, [..] un ejercicio desproporcionado en una columna previamente afectada necesariamente tiene que producir una afectación en la persona…”*

* El demandante lesionado, además, presentó otras patologías, como aparece en la Historia Médica de la Clínica Verde y en la propia Acta de Junta, así:

“*Enfermedad actual: paciente asistente remitido según refiere del ejército (sanidad) al parecer por emisión de concepto.*

*Comenta cuadro clínico de 1 año de evolución de episodios de desorientación (…) insomnio de conciliación, alteración de las percepciones, (…) como factores asociados refiere el haber visto a su compañero muerto (suicidio por herida con arma de fuego en cara), comenta que secundario a los síntomas estuvo en manejo en clínica en Bogotá, no recuerda cual, por una semana pero no sabe el diagnostico, refiere haber salido sin manejo farmacológico…”*

Y,

“*IV. CONCEPTO DE ESPECIALISTAS.*

*[…]*

*Fecha 08/05/2013 Servicio: PSIQUIATRÍA*

*FECHA DE INICIO REFIERE DESE HACE 1 AÑO SE ENCUENTRA EN TRATAMIENTO POR SIQUIATRÍA REFIERE ‘UNA SOMBRA SE EM METIÓ POR EL CUERPO’…”*

*Fecha: 31/05/2013 Servicio: OTORRINO*

*FECHA DE INICIO PACIENTE QUE PRESENTO EXPOSICIÓN AL RUIDO INTENSO HACE 1 AÑO Y 7 MESES CON GRANADA DESPUÉS DE ESO SIENTE TINNITUS NO PULSÁTIL BILATERAL, NO DEJA DORMIR, ESTA INTERFIRIENDO CON SU VIDA…”.*

Las pruebas atrás referidas, le permiten a la Sala, como lo hizo el *a quo*, sostener que el daño, lesiones propias (avance de una enfermedad preexistente, aparición de otras dos, auditiva – *Tinnitus bilateral*, calificada como profesional o en el servicio y por causa del mismo - y mental – *psicosis,* con antecedente en experiencia del servicio, muerte, por disparo en la cara de un compañero) y de un miembro de la familia, hijo y hermano20, ocurrieron por razón de la actividad militar que se hizo posible con la declaración de aptitud posterior a la orden de incorporación al servicio sin la que no se hubieran presentado, por manera que son imputables a la entidad demandada.

Y no es posible aseverar, en el caso, que la fuente de la afectación tuvo como causa eficiente la omisión del demandante de dar cuenta de la “cifósis”

20 Folios 22 a 26.

que padecía, de una parte, porque no se alegó ni probó que éste conociera de la enfermedad y, de otra, porque su diagnóstico y evolución demandaba conocimientos que no se alegó ni probó que tenía el demandante lesionado y, en todo caso, a partir de prueba indirecta, indicio, resulta claro que dada condición social, persona joven y con formación básica, carecía de ellos.

Sobre este punto la Sala encuentra importante precisar que la culpa de la víctima como circunstancia que impide que se predique nexo de causalidad entre la actuación de la administración o título de imputación o deber jurídico de reparar y el daño, en el caso de la falta, debe tener unas características, a saber: que esté representada en una conducta que pueda calificarse como culpa, entre otras, en una acción u omisión que pueda catalogarse como negligente, imprudente, imperita o que desconoce un reglamento pertinente, irresistible para el demandado y exclusiva, y en el caso la circunstancia alegada, la omisión de informar la prexistencia de la cifosis, de cara a una eventual negligencia, demandaba que se alegara y se probara el conocimiento por parte del lesionado, que no se adujo ni se acreditó, y en todo caso, y dada, de una parte, su inclusión como circunstancia que determina la no aptitud para el servicio militar - letra d) del artículo 61 del Decreto Ley 094 de 1989) y de otra, la incidencia que tiene en la postura de un individuo, no era irresistible para la entidad, se itera, por el apoyo técnico, por parte de médicos, con el que contó al momento de realizar los exámenes, posteriores a la orden de incorporación.

En este orden de ideas, en el caso, además del daño (lesiones propias y de un ser querido – hijo y hermano), se demostró la falta en el proceso de incorporación originada en las actuaciones de la entidad demandada y que ésta fue la causa del tránsito de la cifosis a la hipercifosis y la escoliosis dorso - lumbar así como de la exposición a las contingencias de la actividad militar, a otras enfermedades, físicas y mentales, sin que pueda aceptarse que estuvo determinado por una omisión no probada del demandante lesionado, y la sentencia recurrida amerita ser confirmada.

# Las costas

Teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 188 del CPACA los numerales 4º y 8º del artículo 365 del CGP (criterio objetivo valorativo), la Sala condenará en costas a la parte demandada vencida en el proceso, en razón de que la sentencia de segunda instancia desestimó su recurso y, además, porque la parte demandante mantuvo actividad procesal durante todo el trámite de la instancia. Su liquidación, incluyendo las agencias en derecho, deberá llevarse a cabo una vez quede en firme esta providencia, siguiendo lo dispuesto en el artículo 366 del CGP.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Nº 3 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

# FALLA

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia del 5 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sogamoso, que accedió a las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte considerativa de la presente sentencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la parte demandada y a favor de la parte demandante de conformidad con lo previsto en el artículo 188 del CPACA., y los numerales 1.º y 8.º del artículo 365 del CGP. Por Secretaría del despacho de primera instancia procédase a la liquidación correspondiente, incluyendo las agencias en derecho, de acuerdo con lo establecido en el artículo 366 de la misma norma.

**TERCERO:** Una vez en firme la presente providencia, por Secretaría envíese el expediente al despacho de origen.

Esta providencia fue estudiada y aprobada por la Sala en sesión de la fecha.

# CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**DAYÁN ALBERTO BLANCO LEGUÍZAMO**

# Magistrado

**JOSÉ ASCENCIÓN FERNÁNDEZ OSORIO**

# Magistrado

**BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS**

# Magistrada