

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN B

Bogotá D.C., diecisiete (17) de junio de dos mil veintidós (2022)

MAGISTRADO PONENTE: FRANKLIN PÉREZ CAMARGO

EXPEDIENTE: 110013336037201600284 01
DEMANDANTE: ANA ELENA FRANCO MARIN Y OTROS
DEMANDADO: NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – ARMADA NACIONAL
Asunto: Sentencia de segunda instancia

MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación formulado por el demandante en contra de la sentencia del 30 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Administrativo de Oralidad Circuito Judicial Bogotá, por medio del cual negó las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. Lo que se demanda

El 6 de septiembre de 2016, los señores Ana Elena Franco Marín, Omar Valencia Franco, Gloria Patricia García Franco, Dorisol Vaslencia Franco y Luis Guillermo Bustamante Valencia, por medio de apoderado, presentaron demanda bajo el medio de control de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional, con la finalidad de que se declare administrativa y patrimonialmente responsable por la desaparición del infante de marina Huberney Valencia Franco, mientras prestaba el servicio militar obligatorio, por lo que formuló las siguientes pretensiones:

“3.1. DECLARESE QUE LA NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa - Armada Nacional) es responsable administrativamente por el daño antijurídico causado a los demandantes ANA ELENA FRANCO MARÍN, OMAR VALENCIA FRANCO, GLORIA PATRICIA GARCÍA FRANCO, DORISOL VALENCIA FRANCO y LUIS GUILLERMO BUSTAMANTE VALENCIA por la desaparición del infante de marina HUBERNEY VALENCIA FRANCO mientras prestaba servicio militar obligatorio en el Batallón Fluvial No 80 de Buenaventura como consecuencia de las acciones y omisiones atribuibles a dichos miembros de la Armada Nacional.

3.2. CONDENESE A LA NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa - Armada Nacional) a pagar a los DEMANDANTES por concepto de Perjuicios Morales Subjetivos (Pretium Doloris), los salarios mínimos legales mensuales que a continuación se indican (por su valor en pesos a la fecha ejecutoria de la providencia que apruebe la conciliación), junto con los intereses comerciales y/o moratorios que se causen a partir de tal ejecutoria:

<i>Solicitante</i>	<i>Relación</i>	<i>Cantidad</i>	<i>Valor Actual</i>
<i>ANA ELENA FRANCO MARIN</i>	<i>Madre</i>	<i>200 SMLMV</i>	<i>\$137.890.000,00</i>
<i>OMAR VALENCIA FRANCO</i>	<i>Padre</i>	<i>200 SMLMV</i>	<i>\$137.890.000,00</i>

GLORIA PATRICIA GARCIA FRANCO	Hermana	100 SMLMV	\$68.945.000,00
DORISOL VALENCIA FRANCO	Hermana	100 SMLMV	\$68.945.000,00
LUIS GUILLERMO BUSTAMANTE VALENCIA	Sobrino	100 SMLMV	\$68.945.000,00
TOTALES		700 SMLMV	\$482.615.000,00

3.3. CONDENESE A LA NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa Armada Nacional) a pagar a los DEMANDANTES ANA ELENA FRANCO MARÍN Y OMAR VALENCIA FRANCO, padres del infante de y marina desaparecido joven HUBERNEY VALENCIA FRANCO, por concepto de Perjuicios Materiales de Lucro Cesante, las sumas de dinero que corresponderían a la ayuda que dejaron de percibir del joven hasta el día del cumplimiento de los 25 años de edad (25 de noviembre de 2011), a razón de SEISCIENTOS CUATRO MIL SETENTA Y OCHO PESOS M/L (\$ 604,078,00) mensuales -suma actualizada a la fecha de presentación de este escrito, ajustadas con base en los índices de precios al consumidor que correspondan al mes de diciembre de 2011 y al mes anterior a la ejecutoria de la providencia que ponga fin a esta demanda, junto con los intereses comerciales y moratorios que se causen a partir de tal ejecutoria, sumas que hoy se estiman así:

Solicitante	Ind. Debida	Ind. Futura	Ind. Total hoy
ANA ELENA FRANCO MARIN	\$32,637.206,53	\$ 0	\$32,637.206,53
OMAR VALENCIA FRANCO	\$32,637.206,53	\$ 0	\$32,637.206,53
TOTAL PERJUICIO			\$65.274.413,05

3.4. CONDENESE A LA NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa - Armada Nacional), a pagar a los DEMANDANTES ANA ELENA FRANCO MARÍN y OMAR VALENCIA FRANCO, padres del infante de marina desaparecido joven HUBERNEY VALENCIA FRANCO por Perjuicios por Daño a la Salud - Fisiológicos, por la alteración de su vida después de la muerte de su hijo, así como la modificación de sus hábitos, su forma de relacionarse socialmente, lo cual los está induciendo a desarrollar alternativas de vida distintas, que impactan en el despliegue y realización de su personalidad en el mundo exterior, los salarios mínimos legales mensuales que a continuación se indican (por el valor en pesos a la fecha de ejecutoria de la providencia que apruebe la conciliación), junto con los intereses moratorios que se causen a partir de tal ejecutoria:

Solicitante	Relación	Cantidad	Valor Actual
ANA ELENA FRANCO MARIN	Madre	200 SMLMV	\$137.890.000,00
OMAR VALENCIA FRANCO	Padre	200 SMLMV	\$137.890.000,00
TOTAL PERJUICIO			\$275.780.000,00

3.5. CONDENESE A LA NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa Armada Nacional) a pagar a los demandantes las costas judiciales a que haya lugar. (Arts. 188 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo).

3.6. ORDÉNESE A LA NACION COLOMBIANA (Ministerio de Defensa - Armada Nacional) cumplir la sentencia en la forma prevista en los Arts. 192 y 195 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”

2. Hechos y fundamentos de la demanda

Indicó que, Huberney Valencia Franco ingresó a prestar el servicio militar obligatorio en calidad de infante de la marina regular el 15 de septiembre de 2005, en el Municipio de Coveñas, en el orgánico del Batallón Fluvial No. 80 de Buenaventura.

Explicó que, Huberney Valencia Franco dentro del traslado al Batallón Fluvial No. 80 de Buenaventura a finales de 2006, le informó la situación de maltrato y dificultad con sus superiores, lo que se evidenció ante el temor que tenía de regresar y que culminó ante las amenazas de iniciar un proceso penal por desertión y la comunicación que hizo a la señora Ana Elena Franco en la que expuso las irregularidades y dificultad por la prestación del servicio militar.

Manifestó que, las últimas comunicaciones que realizó Huberney Valencia Franco con su familia fue en septiembre de 2007, por lo que la señora Ana Elena Franco comenzó a llamar al Batallón para que le informara sobre la estadía de su hijo, por su parte el capitán informó que se le había dado de baja del servicio activo en la infantería de marina por mal comportamiento y no conocía de su paradero.

Sostuvo que, se presentó denuncia por la desaparición de Huberney Valencia Franco ante la Personería Municipal de Santa Rosa de Cabal, la Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación en las que no se obtuvo resultados de la investigación por motivo de la desaparición.

Preciso que, el 16 de febrero de 2011 la señora Ana Elena Franco Marín presentó queja ante la Procuraduría General de la Nación- Regional Risaralda en la ciudad de Pereira, pues la Personería del Municipio de Santa Rosa de Cabal no esclareció la desaparición de Huberney Valencia Franco, la cual fue remitida ante la Procuraduría Provincial de Buenaventura que en comunicación del 1 de septiembre de 2011 le informó del archivo de la diligencia preliminar mediante auto No. 086 del 23 de agosto de 2011 en la que dispuso que no existía mérito para adelantar la investigación.

Mencionó que, mediante escrito del 8 de septiembre de 2011 la señora Ana Elena Franco Marín interpuso recurso de apelación en contra de la decisión adoptada por la Procuraduría Provincial de Buenaventura en la que indicó que la Armada Nacional habría indicado al momento de la incorporación que en caso de que el joven no sea activo se informaría de inmediato a los padres, lo cual no ocurrió, por lo que resolvió en oficio No. 039 de 18 de enero de 2012, en la que informó que se revocó su decisión y ordenó continuar con la investigación. En oficio No. 639 del 18 de abril de 2012, se remitió el proceso ante la Procuraduría Delegada para las Fuerzas Militares de Bogotá, en la que no hubo un avance.

Informó que, la última actuación que se adelantó dentro de la investigación

fue el 25 de junio de 2013 ante la Personaría Municipal de Santa Rosa de Cabal- Risaralda, en la diligencia de ampliación de la denuncia y el 26 de junio de 2014, la señora Ana Elena Franco presentó derecho de petición información a la Armada Nacional de la fecha de ingreso, informe sobre el estado de salud, el proceso disciplinario o penales que se hubieran adelantado y las investigaciones que adelantó por motivo de la desaparición, la cual no fue resuelta por la entidad, por lo que interpuso acción de tutela de a que tuvo conocimiento el Tribunal Superior de Medellín por lo que informó que el desacuartelamiento administrativo fue en cumplimiento de la orden administrativa de personal de 3 de septiembre de 2007, suministrado la información contenido en los libros y archivos del batallón.

Señaló que, con la información obtenida por la Armada Nacional se tuvo conocimiento de: i) el proceso penal por desertión que se adelantó en contra de Huberney Valencia Franco, en la que ordenó detención preventiva desde el 29 de mayo de 2007; ii) el 12 de septiembre de 2007, fue valorado por psicología quien indicó que no quiso que se le practicara el examen; y iii) en oficio del 30 de noviembre de 2007, el Juzgado de instrucción remitió a la Fiscalía Penal Militar el proceso penal que se venía adelantando en contra de Huberney Valencia Franco, de los cuales no se aportó documentos.

Aseguró que, en el mes de enero de 2015 la Fiscalía General de la Nación remitió comunicación a la señora Ana Elena Franco Marín como respuesta a la petición elevada por motivo de la denuncia, en la que indicó que el reporte de desaparecimiento figura para noviembre de 2008 y la Armada informó que el citano no estaba en la institución por mal comportamiento sin aportar otra información ante la autoridad judicial.

5. Sentencia de primera instancia

En sentencia del 30 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Administrativo de Oralidad Circuito Judicial de Bogotá, resolvió:

“PRIMERO. Se niegan las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO. Fijese por concepto de agencias en derecho, en primera instancia, a cargo de la parte demandante como quedó indicado en esta providencia.

TERCERO. En firme la presente decisión, por Secretaría líquidese remanentes, archívese el expediente, y finalícese el proceso en el sistema SIGLO XXI. (...)”

Lo anterior, bajo los siguientes argumentos:

“(…)
DEL DAÑO

De conformidad con lo señalado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, el daño es el primer elemento que debe analizarse a efectos de realzar el juicio de responsabilidad del Estado.

Ahora bien, en relación con las características del daño ocasionado por el

Estado que resulta indemnizable, el Consejo de Estado señalo que “dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable, anormal y que le trate de una situación jurídicamente protegida.”

Sobre la presunta desaparición del joven HUBERNEY VALENCIA FRANCO reposa queja de la señora Ana Elena Franco Marín de fecha 16 de febrero de 2011 ante la Procuraduría general de la Nación, en el que señala:

"el día 17 de septiembre de 2005 mi hijo, llamado Huberney Valencia Franco ingreso a prestar el servicio en las Fuerzas Militares, como no todavía no tenía el bachillerato, el debía prestar el servicio por dos años, mi hijo se comunicaba todos los días conmigo , a si fuera un solo minuto pero siempre me llamaba, pero desde el 14 de septiembre del 2007 mi hijo nunca más me volvió a llamar (...)"

El 22 de marzo de 2011 la Procuraduría Regional de Risaralda remitió la queja a la Procuraduría Provincial de Buenaventura Valle del Cauca (fl . 24)

El 1 de septiembre de 2011 la Procuraduría Provincial de Buenaventura Valle del Cauca señaló que se adelantó indagación preliminar en carácter averiguatorio contra funcionarios del Batallón Fluvial de Infantería de Marina No. 80 de Buenaventura , sin embargo , con auto de 23 de agosto de 2011 se ordenó la terminación de la actuación y archivo por no existir mérito para continuar con la investigación , ya que se pudo establecer que no era la primera vez que el infante de marina se ausentaba de la base militar. (fl . 23)

Contra la mencionada providencia se presentó recurso de apelación el 8 de septiembre de 2011 por la señora Ana Elena Franco, pues al momento de embarcarlos hacia Coveñas fue informado que en caso de tener que regresarlos serían previamente informados (fl . 22)

Con oficio de 18 de enero de 2012 le fue informado a la señora FRANCO MARIN que , con auto de 25 de noviembre de 2011 se ordenó revocar la decisión del 23 de agosto de 2011 y en su lugar continuar con el trámite del proceso.

Obra oficio de 18 de abril de 2012 de la Procuraduría Provincial de Buenaventura. Valle del Cauca que ordenó remitir por competencia el proceso seguido contra el Capitán de Infantería de Marina BRIGADIER GARZON DAZA a la Procuraduría Delegada para Fuerzas Militares de la Procuraduría General dela Nación. (fl . 20)

(...)

En ese sentido, se encuentra acreditado que el joven Huberney Valencia Franco ingresó a prestar el servicio militar obligatorio desde el 28 de octubre de 2005 y fue desacuartelado el 3 de septiembre de 2007.

Debe indicarse que si bien obran anotaciones en el folio de vida del conscripto y libro de guardia para la fecha 7 de septiembre de 2007 , incluso respuesta a petición por parte del Comando Batallón Fluvial de Infantería de Marina de fecha 23 de octubre de 2014 en el que se indica que el 12 de septiembre de 2007 el soldado VALENICA FRANCO HUBERNEY fue remitido para valoración por psicología , posteriores a la fecha de la OAP de desacuartelamiento , el Despacho no tiene certeza de las razones de las mismas , o sí como señala el actor en sus alegatos de concusión existió una presunta manipulación de los documentos al interior de la entidad demandada insinuando que para el 7 de septiembre de 2007 aún no se había realizado el desacuartelamiento aun , sin embargo , lo cierto es que no obra prueba que dé cuenta de tal argumento , sino que se trata de fundamentos meramente especulativos , máxime si se desconocen las resultas del proceso adelantado por el Ministerio Publico y tampoco se evidencia tal circunstancia en el proceso penal derivado de la

denuncia de la señora Franco Marin .

En cuanto a que debe tomarse como indicio el hecho de que fue solicitada información sobre el paradero del soldado, sin que se hubiese dado respuesta alguna por la entidad, encuentra el Despacho que respecto el derecho de petición de 19 de junio de 2014 se emitió respuesta por el Batallón Fluvial de IM No. 80 de fecha 23 de octubre de 2014; así mismo, debe indicarse que si bien obra comunicación de 25 de octubre de 2010 de la Personería Municipal de Santa Rosa de Cabal dirigida al Batallón Fluvial No. 80 en nombre de la señora Ana Elena Franco Marín solicitando información, no se acredita su entrega o recibido por lo que no puede indicarse que no dio respuesta a la misma.

(...)

Aunado a lo anterior, de la documental aportada por la parte actora se evidencia que al joven Huberney Valencia Franco le fue abierto proceso penal militar por el delito de desertión, proceso del cual conoció el Juzgado 102 de Instrucción penal militar, quien resolvió el 28 de mayo de 2007 su situación jurídica provisional con detención preventiva sin beneficio de libertad provisional por la presunta comisión del delito de desertión (fl. 45 cuad. pruebas), así mismo se tiene que mediante oficio del 27 de julio de 2007 se comunicó que le había sido otorgada la libertad provisional a partir de la fecha y que el referido debía pasar a la fila a continuar prestando el servicio militar. (fl. 46 cuad. pruebas)

También se advierte que al soldado durante su prestación del servicio militar le fueron adelantados distintos informes por hechos del 4 de marzo, 13 de marzo de 2006, 27 marzo de 2006, 8 de julio, 30 de agosto de 2006, en los que se puso de presente que el soldado se evadía del servicio y dejaba abandonado el puesto de centinela y el armamento.

Ahora, en cuanto a que el joven era sujeto de maltrato y dificultades con sus superiores, tampoco se aportó prueba que probara tal afirmación.

En ese sentido, al acreditarse que el joven Valencia Franco fue desacuartelado el 3 de septiembre de 2007 porque abandonó las filas sin previa autorización de los respectivos comandantes por más de 5 días consecutivos, es decir, que incurrió en actos de insubordinación e indisciplina al decidir evadirse del servicio, el Despacho no encuentra obligación de la entidad demandada en adelantar acciones relacionadas con el infante de marina diferentes a ordenar su captura, tal y como fue indicado en la OAP de desacuartelamiento, máxime todos los antecedentes relacionados con la evasión de la prestación del servicio militar y la mayoría de edad con la que contaba el joven para esa fecha.

En conclusión, si bien la parte actora señala que se trata de la desaparición de un soldado que quiere hacerse pasar por una desertión, no existe ningún elemento probatorio que permita tener por cierta tal afirmación como quiera que, a pesar de que se abrieron investigaciones penales y disciplinarias, no obra fallo condenatorio donde se concluya que se trató de una desaparición. Tampoco obra prueba de los supuestos malos tratos recibidos por el soldado, ni se desvirtuó que el soldado, quien para la fecha de los hechos ya era mayor de edad, había sido desvinculado por haberse evadido de la prestación del servicio, conducta que ya había presentado con antelación.

Ahora bien, si se estudiara el presente caso bajo el bajo el régimen de responsabilidad objetiva por la relación especial de sujeción y el deber correlativo de protección a cargo del Estado, recuerda el Despacho que jurisprudencia ha señalado que basta con demostrarse que la concreción del la daño haya acaecido durante la prestación del servicio militar obligatorio y que la prestación del servicio haya sido la causa del daño; sin embargo, en el presente asunto se reitera que el soldado prestó el servicio militar obligatorio

en el Ejército Nacional desde el 28 de octubre de 2005 y fue desacuartelado el 3 de septiembre de 2007 por haberse evadido del servicio, en ese sentido, no es dable exigir al Estado garantizar la integridad psicofísica del soldado regular por estar sometido a su custodia y cuidado, máxime si se desconocen los móviles de la presunta desaparición y teniéndose que fue sólo reportado como desaparecido hasta el 4 de noviembre de 2008, por lo que habrá de negarse las pretensiones de la demanda. (...)

6. Del recurso de apelación

El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, en la que solicita se revoque la sentencia de primera instancia, y en su lugar, acceda a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos:

“(...) Discrepo de las apreciaciones realizadas por el despacho respecto que los argumentos presentados por la suscrita apoderada en cuanto a que el desaparecido infante de Marina Huberney Valencia Franco se encontraba activo dentro de las filas del Comando del Batallón Fluvial de Infantería de Marina No. 24, con posterioridad al 3 de septiembre de 2007, se traten de argumentos meramente especulativos.

(...)

Para la suscrita recurrente no es posible que una autoridad judicial, en un caso de desaparecimiento de un conscripto, donde los accionantes, en especial doña Ana Elena, lleva tanto tiempo buscando a Huberney, realice interpretación de la prueba aportada exigiendo mayores medios de convicción probatoria de la falla en el servicio en que incurre el Estado a través de sus instituciones, a la parte que es la afectada por los hechos que se demandan.

¿Cómo es posible que existan documentos en la entidad demandada que informen de un desacuartelamiento administrativo el día 3 de septiembre de 2007 (Orden Administrativa de Personal 048) y que posteriormente existan otros (libro oficial de guardia BAFLIM80) de la misma autoridad, que evidencien que el infante de marina Huberney Valencia Franco el día 07 de septiembre de 2007 el 1 - MAR Valencia Franco Huberney de la Compañía de Asalto Fluvial, se había evadido otra vez ? ¿Cómo es posible evadirse de una unidad militar cuándo ya se ha sido desacuartelado y supuestamente no se encontraba en las filas del BAFLIM 80? ¿Cómo es posible estar evadido y ser enviado a practicarse exámenes psicológicos el 12 de septiembre de 2007? ¿Cómo ingresó nuevamente Huberney para volver a desertar? No es especulación, como lo afirma el A - quo, que existe un documento obrante en el plenario en el que consta la respuesta dada por la misma entidad demandada, bajo radicado 0255 de 23 de octubre de 2014, que en el numeral 6° indica que para el 12 de septiembre de 2007, Huberney Valencia Franco estaba en las filas de la institución castrense y se pretendía realizarle un examen psicológico, señalando que "(...) el citado IMR no permitió el examen y se fue."

Según las pruebas aportadas al plenario, no es cierta la afirmación que Huberney Valencia Franco haya prestado servicio entre el 28 de octubre de 2005 y el 3 de septiembre de 2007. La evidencia es contundente respecto que éste se hallaba dentro del BAFLIM 80 para el 12 de septiembre de 2007, última fecha con la cual se tiene noticias que Huberney estaba con vida.

No es posible que se afirme de manera ligera que "(...) el citado IMR no permitió el examen y se fue.", sin que la institución castrense haya realizado algún esfuerzo por ubicarle, para esta apoderada no tiene presentación que el Juez de Primera instancia considere que no tiene ninguna consecuencia la conducta negligente del Estado y sus agentes de la Armada Nacional, al no llevar a cabo

ninguna acción efectiva tendiente a dar con el paradero de Huberney y por el contrario, resulte eximiendo de responsabilidad e imponiendo mayores cargas probatorias a la parte que hizo todo el esfuerzo para demostrar, como en efecto lo fue, desaparición ocurrió mientras el conscripto se encontraba bajo responsabilidad del que la estado.

Con lo expuesto, se considera que la parte demandante ha fundamentado sus peticiones y ha presentado argumentos conclusivos sustentada desde una perspectiva de evidencia documental que esta apoderada allegó, siendo la única del proceso y no de meras especulaciones como hace ver el despacho de primera instancia. Es de resaltar que la entidad demandada, ni siquiera contestó la demanda y durante estos largos años no ha hecho esfuerzo alguno, ni siquiera en el presente proceso para demostrar la diligencia debida en el manejo de la vida de infante de marina Huberney Valencia, dejando el mensaje que las entidades castrenses son absolutamente irresponsables e impunes en el manejo la vida y la custodia que ejercen sobre los jóvenes a los cuales se les obliga a prestar el servicio militar obligatorio.

(...)

II. SOBRE LA VALORACIÓN DE HECHOS PREVIOS DE DESERCIÓN DEL IMAR HUMBERNEY VALENCIA FRANCO COMO EXONERATIVOS DE RESPONSABILIDAD DE LA ARMADA NACIONAL.

(...)

El fallador de primera instancia al parecer considera que el proceso penal por deserción motiva el posterior desacuartelamiento administrativo de Huberney pues lo asume evadido desde antes del 3 de septiembre de 2007, fecha en la cual considera que se da por terminado el servicio militar con el consecuente cese de la responsabilidad del Estado en la guarda y custodia de Huberney, lo cual genera la eximente de responsabilidad denominado hecho de la víctima.

Dicha interpretación probatoria, de la cual discrepa esta apoderada, se trata de un argumento sofisticado, falso o si se quiere, falaz, tal y como se pasa a exponer:

El primer argumento probatorio para demostrar lo contrario a lo concluido por el A - quo, se encuentra en el hecho que el desaparecimiento de Huberney no ocurrió producto de la deserción que investigó y sancionó el Juez 102 de Instrucción Penal Militar, pues Huberney fue capturado y estuvo detenido por tales hechos hasta el 24 de agosto de 2007, fecha en la cual se le dio su libertad provisional siendo obligado a reintegrarse al servicio militar activo. Al respecto la prueba aportada por esta apoderada evidencia lo afirmado en tanto que

1. Que los documentos donde reposa el parte diario de personal de la compañía de Asalto Fluvial No 80, para el 2 de septiembre de 2007, informan el ingreso de Huberney Valencia ubicado en "Isla Naval", desde el 24 de agosto de 2007.

El segundo argumento para demostrar el error interpretativo de fallador de primera instancia se encuentra en los documentos en los cuales reposa la orden administrativa de personal No 048 de 3 de septiembre de 2007, expresamente señala que desacuartelan administrativamente a personal "ausente en filas ". No es posible que el 2 de septiembre se encuentre en Isla Naval en un Batallón en el mar adyacente a Buenaventura y al día siguiente se afirme que se está desacuartelado por estar ausente de las filas, a través de una orden dada en la ciudad de Bogotá.

El tercer argumento para controvertir y oponerme a lo concluido por el Juez de Primera instancia, es la prueba obrante en el expediente, radicado No 0355 de 15 de agosto de 2013, en la cual el Mayor de Infantería de Marina Navarro Castro Leonardo, da respuesta a oficio No 1298 de 18 de julio de 2013 dirigido por el Secretario de la Procuraduría Provincial de Buenaventura, en el cual

manifiesta que anexa

"03 fotocopias de los folios N ° 384-385-386 del libro oficial de guardia BAFLIM80, en el cual el señor STCIM Ladino Andrés entrega el servicio de guardia a las 0830R horas el día 07 de septiembre de 2007 al señor TECIM Garzón Daza Bigrabiel registrando como novedad la evasión de la Unidad del IMAR Valencia Franco Huberney de la Compañía de Asalto Fluvial "(Folio 44 y 101 a 104 del expediente).

Se reitera, existe evidencia que Huberney, estuvo del 7 al 12 de septiembre acuartelado en el BAFLIM80, que si bien se informa el 7 de septiembre de su evasión, está probado que para el 12 de septiembre se encontraba nuevamente dentro de la institución fecha en la cual se le hizo remisión a psicología y que fue en este periodo en que al parecer acaeció su desaparición.

Es importante resaltar que la vinculación del joven VALENCIA FRANCO a la entidad demandada se dio como Infante de Marina Regular, según puede apreciarse en el artículo 1° de la Orden Administrativa de Personal No 180 de 28 de octubre de 2005, esto significa que conforme al literal a del artículo 13 de la Ley 48 de 1993, vigente para ésta época, el tiempo de servicio activo era de 24 meses, es decir, aun le restaba poco más de un mes para continuar en el servicio activo y fue en este periodo que se dio la desaparición.

Pese a lo anterior, y es un análisis que se echa de menos en el fallo impugnado que la Armada no aportó ningún documento que diera cuenta que se iniciara la búsqueda de Huberney, cuando de manera escueta la Armada informa que iba a realizarse valoración por psicología, pero que "el citado IMR no permitió el examen y se fue. "La evidencia documental muestra que el infante de manera para el 12 de septiembre de 2007 se encontraba activo en el servicio militar, según informa y se reitera, en la respuesta de radicado 0255 de 23 de octubre de 2014, y la entidad demandada no aportó ninguna prueba de haberse adelantado procesos posteriores por deserción, como tampoco demostró la diligencia debida en buscar a Humbernet y una vez se fue del examen psicológico que le pretendían practicar.

Por lo anterior, y contrario a lo afirmado por el Juez 37 Administrativo, el análisis de responsabilidad si debió darse bajo el régimen de responsabilidad objetiva, en tanto para el momento del desaparecimiento de Huberney este NO SE ENCONTRABA EVADIDO, si bien existían antecedentes de deserción, la concreción del daño SI se dio durante la prestación del servicio militar obligatorio, en tanto el desacuartelamiento administrativo realizado por la Armado, no fue efectivo toda vez que la evidencia probatoria muestra lo contrario, esto es, que Huberney estaba con vida, al interior de la Armada, nueve (9) días después del presunto desacuartelamiento realizado. (...)"

8. Trámite Segunda instancia

- Por auto del 12 de mayo de 2022, se admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia de primera instancia.

II. CONSIDERACIONES

En principio, de conformidad con el artículo 328 del Código General del Proceso, el estudio del recurso de apelación se centrará en los argumentos expuestos por el apelante, sin lugar a analizar aspectos que no fueron objetos del recurso de alzada.

Aclarado lo anterior, en este acápite se realizará lo siguiente: (i) el análisis de los presupuestos procesales, (ii) se establecerá el problema jurídico a resolver, (iii) se precisará el régimen de responsabilidad aplicable al caso y (iv) se estudiará el caso concreto sometido a estudio.

1. Presupuestos procesales

Competencia

La Sala es competente para decidir el asunto de conformidad con el artículo 153 del CPACA en concordancia con el numeral 6 del artículo 155 del CPACA. Así mismo, de conformidad con el artículo 328 del CGP, como el fallo fue recurrido solamente por el apoderado de la parte demandada, la competencia de la Sala se circunscribe a la revisión de la materia del recurso y al estudio de los presupuestos procesales.

Legitimación en la causa

Por activa

La señora Ana Elena Franco Marín y el señor Omar Valencia Franco están legitimados en la causa como padres de Huberney Valencia Franco como consta en el registro civil de nacimiento. (Fl. 6, c2)

La señora Gloria Patricia García Franco, Dorisol Valencia Franco, están legitimados en la causa por activa, como hermanas de la víctima como consta en el registro civil de nacimiento. (Fls. 7 y 8, c2)

Luis Guillermo Bustamante Valencia está legitimado en la causa por activa, como sobrino de la víctima de acuerdo al registro civil de nacimiento. (Fl. 43, c2)

Por pasiva

La Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional se encuentra legitimada en la causa por **pasiva** toda vez que se trata de la entidad a la que se le imputa responsabilidad por la desaparición de Huberney Valencia Franco mientras prestó el servicio militar obligatorio.

2. Caducidad del medio de control

De acuerdo a lo decidido por esta Corporación en sentencia del 19 de julio de 2017, se tendría que de acuerdo al material probatorio allegado el proceso no puede considerarse caducada el medio de control de reparación directa, en la medida en que no se ha proferido sentencia dentro del proceso penal que se venía adelantando ante la Fiscalía General de la Nación por la desaparición de Huberney Valencia Franco.

En consecuencia, no ha operado la caducidad del medio de control de reparación directa promovida por la señora Ana Elena Franco Marín y otros en contra la Nación- Ministerio de Defensa- Armada Nacional, dado que hasta la fecha de la presentación de la demanda no ha resuelto la situación jurídica en el proceso penal que se adelantó por la desaparición de Huberney Valencia Franco.

3. Problema Jurídico

En los términos de la impugnación, la Sala deberá determinar si la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional es administrativa y patrimonialmente responsable por la desaparición de Huberney Valencia Franco mientras prestaba su servicio militar obligatorio.

4. La responsabilidad del Estado

La responsabilidad extracontractual del Estado encuentra sustento en el artículo 90 de la Constitución Política que consagra la obligación de aquel, de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de la autoridad.

Del contenido de la norma constitucional mencionada, derivan los elementos que deben estar presentes al momento de declarar la responsabilidad del Estado, siendo ellos la existencia de un daño antijurídico y que el mismo sea imputable a la entidad pública demandada.

En cuanto al régimen jurídico aplicable a los daños ocasionados a conscriptos, el Consejo de Estado¹ ha señalado:

Responsabilidad del Estado por daños causados a conscriptos.

El deber de prestar el servicio militar tiene rango constitucional en el Estado colombiano, así, el artículo 216 de la C.P., consagra que “Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan para defender la independencia nacional y las instituciones públicas”.

En aras de la prevalencia del interés público (art. 1° de la C.P.) y conforme al principio de solidaridad social (art. 95 de la C.P.), la Ley 48 de 1993 “por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización” impuso límites razonables al ejercicio de las libertades de los varones colombianos al preceptuar que están obligados a definir su situación militar a partir de la fecha en que cumplan su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes la definirán cuando obtengan su título de bachiller, hasta el día en que cumplan los cincuenta (50) años de edad (art. 10); y de otra parte, al determinar las modalidades para atender la obligación de prestación del servicio militar obligatorio, así: como soldado regular, de 18 a 24 meses; soldado bachiller, de 12 meses; auxiliar de policía bachiller, 12 meses; y como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses (art. 13).

¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 30 de julio de 2008, C.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Exp. 18725.

Correlativamente, el Estado adquiere un deber positivo de protección frente a los varones que son destinatarios de dicha carga pública, la cual, a su vez, lo hace responsable de todos los posibles daños que la actividad militar pueda ocasionar en los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento jurídico a toda persona, salvo que se pruebe una causal eximente de responsabilidad.

El deber positivo de protección de los derechos de todos los ciudadanos, en especial de aquellos que prestan el servicio militar obligatorio, no sólo debe responder a las garantías constitucionales y supraconstitucionales, sino corresponderse con el necesario reconocimiento del valor intrínseco del ser humano, sin importar su condición o posición, ya que en el fondo se procura la tutela efectiva de su dignidad, y no se puede simplemente asumir la pérdida de vidas humanas o las lesiones de los miembros de las fuerzas armadas, en especial de los soldados conscriptos, como un riesgo asumible por parte de nuestra sociedad para tratar de atender las necesidades públicas.

Así las cosas, el deber positivo de protección que corresponde al Estado, aspira a que en el ejercicio de las actividades peligrosas asignadas a los conscriptos se disminuyan al máximo los riesgos para sus bienes jurídicos tutelados, esto es, que las fuerzas militares actúen dentro de los límites de lo permitido y en ejercicio de sus deberes de sujeto defensor y custodio del soldado.

*Cuando del deber de prestar el servicio militar obligatorio se derivan daños a la integridad sicofísica del conscripto, que exceden la restricción de sus derechos fundamentales de locomoción o libertad, etc., esta Corporación ha avalado la aplicación de distintos títulos de imputación de responsabilidad al Estado, ya sean los de carácter objetivo -daño especial o riesgo excepcional-, o la falla del servicio cuando se encuentre acreditada la misma, **siendo causales de exoneración o atenuación, el hecho de la víctima o de un tercero, o la fuerza mayor**².*

Sobre el particular, la jurisprudencia de la Sección se pronunció en el siguiente sentido:

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

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

2 Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 15 de octubre de 2008, C.P.: Enrique Gil Botero. Exp. 18586.

corresponderá a la parte demandada”.

En conclusión, la obligación constitucional de prestar el servicio militar y la consecuente restricción de derechos que ello implica para los soldados conscriptos, le impone al Estado una especial obligación de seguridad, protección, vigilancia y cuidado de la vida, la salud y, en general, de la integridad personal de los mismos. El incumplimiento del deber objetivo de cuidado, decantado en la ley y los reglamentos, que deriva en la causación de un daño antijurídico, puede ser imputado al Estado a título de daño especial, riesgo excepcional o falla del servicio, según lo determine el juez con fundamento en el principio iura novit curia. (Subrayado y negrilla fuera de texto).

De conformidad con lo anterior, y teniendo en cuenta que ha sido reiterada la jurisprudencia del Consejo de Estado, es claro que respecto de los daños sufridos por quienes prestan el servicio militar obligatorio, la responsabilidad estatal se estructura bajo un régimen objetivo, daño especial, en virtud de la ruptura del principio de igualdad en la asunción de las cargas públicas, debido a que el ingreso a las fuerzas armadas ocurre en razón del acatamiento del mandato constitucional previsto en el artículo 216 de la Constitución Política.

En general, como se expuso anteriormente, son dos los postulados que fundamentan la responsabilidad extracontractual del Estado: i) El daño antijurídico y ii) la imputación del mismo a la administración. Al respecto, la Corte Constitucional ha dicho que la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es el daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual es indemnizable.

En consecuencia, frente a los conscriptos, el Estado tiene una obligación de resultado, lo que significa que, si no devuelve al ciudadano en similares condiciones a las que se encontraba antes de su reclutamiento, debe responder patrimonialmente por los perjuicios que éste haya sufrido durante el tiempo en el cual fue sometido a la prestación del servicio militar; siempre y cuando se demuestre que los perjuicios sufridos fueron con ocasión de la prestación.

Así mismo, el Estado podrá exonerarse de responsabilidad si en el caso en concreto intervino una causa extraña, esto es, fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima, el hecho de un tercero, o la culpa personal de agente desligada del servicio.

Dado que los demandantes pretenden una indemnización de perjuicios con ocasión de la desaparición Huberney Valencia Franco, advierte la Sala que el caso bajo estudio debe ser manejado a título de imputación del régimen de responsabilidad objetiva y analizará así el asunto.

5. Caso en concreto

Daño antijurídico

En el presente caso, está demostrado el daño antijurídico que aduce en la demanda, el cual consistente en la desaparición de Huberney Valencia Franco del cual puso en conocimiento a la Procuraduría General de la Nación ante la queja presentada por la señora Ana Elena Franco Marín por las presuntas irregularidades en que habría incurrido funcionarios de las Fuerzas Militares.

Una vez probado el daño antijurídico corresponde a la Sala analizar si tal daño es imputable a la Nación –Ministerio de Defensa –Armada Nacional.

Imputabilidad

Tratándose del caso específico de la relación que surge entre el Estado y el conscripto, el Consejo de Estado³ (2013) ha sido enfático en determinar que respecto de las personas que se ven obligadas a prestar el servicio militar, el Estado asume la posición de garante al someter la voluntad del soldado y disponer de la libertad individual de éste para un fin determinado, creándose así una relación de especial sujeción que hace que la administración responda por los daños sufridos por ellos mientras se encuentren prestando su servicio militar obligatorio.

El Estado como garante de los conscriptos tiene la obligación de vigilancia y cuidado sobre este tipo especial de soldados, tanto dentro de las instalaciones donde se preste el servicio militar como en el desarrollo de actividades propias del servicio. En este sentido, la posición de garante de la administración se traduce en el deber de devolver al soldado conscripto en las mismas condiciones psicológicas y físicas en las cuales este ingresó a la institución militar.

Sobre la imputación por la desaparición se tiene la siguiente información:

El 20 de enero de 2006, el Grupo Fluvial del Segundo Comando del Batallón Fluvial No. 80 tramitó la actuación por el procedimiento abreviado, en el cual requirió informe escrito sobre los hechos relacionadas con las actuaciones adelantadas por Huberney Valencia Franco. (Fl. 29, c2)

Mediante comunicación del 20 de enero de 2006, la Brigada Fluvial de Infantería de Marina No. 2 informó al Capitán de Fragata Comandante del Batallón Fluvial No. 80 en el que menciona el comportamiento del infante de marina Valencia Franco Hurbeney orgánico de esa unidad, en la que

3 Consejo de Estado Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Sentencia del 17 de abril de 2013, Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera, Radicado No. 25183

indicó que ha incurrido en faltas disciplinarias como las de evadir labores de patrullera y abandonar el armamento. (Fl. 64, c2)

El 8 de abril de 2006, ante el Batallón Fluvial de Infantería de Marina No. 80 se presentó informe posible delito deserción en contra de Huberney Franco Valencia dentro del cual se hizo la siguiente narración:

Con toda atención me dirijo al Señor CAPITAN DE FRAGATA DE LM COMANDANTE BATALLON FLUVIAL DE INFANTERIA DE MARINA N° 80 con el fin de poner en su conocimiento que a la fecha el IMAR 1093213408 (VALENCIA FRANCO BERNEY quien se evadió de la unidad desde 27 de Marzo de 2006 y hasta la fecha no ha hecho presentación en ninguna unidad militar, se ha llamado a la señora ANA ELENA FRANCO fin convenza a su hijo de que regrese a prestar su servicio militar, lo ha enviado dos veces pero se devuelve, se alcanzó a hablar con él y quedo de venir el fin de semana pero no lo hizo, dicho IMAR es reincidente por que el día sábado 04 de Marzo a la 0800R salió de la unidad sin autorización y duro 09 días evadido se le envió un telegrama anexado a dicho informe, solicito muy comedidamente se le abra proceso por este delito ya que acuerdo a la ley 522 de agosto 12 de 1999 del CODIGO PENAL MILITAR capitulo III Articulo 128 Numeral 1 que a la presente reza Quien Este incorporado Al Servicio Militar realice alguna de las siguientes conductas como son: 1. Se ausente sin permiso por más de cinco días consecutivos del lugar donde presta su servicio. 2. No se presenta a los superiores respectivos dentro de los cinco días siguientes en que se cumpla su turno de salida, una licencia, una incapacidad, un permiso o una terminación de comisión” teniendo en cuenta que acuerdo a los fundamentos anteriores el IMAR VALENCIA FRANCO BERNEY se encuentra inmerso en posible delito de deserción. (Fl. 50, c2)

El 13 de marzo de 2006, el Batallón de Infantería de Marina No. 80 presentó informe por el delito de deserción en contra de Huberney Franco Valencia en la que informa que el día 4 de marzo de dicha anualidad el sujeto salió de la unidad sin la autorización del comandante de la compañía sin justificación, por lo que fue detenido por EJERCOL en el kilómetro 23, indicando que:

“(...) Se ha llamado en repetidas ocasiones al teléfono que esta en el cuadro de filiación se hablo con su señora madre Gloria García quedo de mandarlo lo embarco en PEREIRA se devolvió, para su casa y su señora madre quedo de traerlo ella personalmente IMAR un día antes se le había dado permiso para ir a sanidad y regreso en la tarde hasta el momento lleva 09 días evadido sin justificación alguna, por lo tanto el imar puede estar cometiendo posible delito de deserción. (...)” (Fl. 51, c2)

El 13 de mayo de 2006 ante el Batallón Fluvial No. 80 se dio inicial proceso penal en contra de Huberney Franco Valencia por el delito de deserción de acuerdo con el informe el 8 de abril de 2006. (Fls. 47-49, c2)

El 9 de julio de 2006, el Batallón Fluvial No. 80 realizó informe en el cual puso en conocimiento que Huberney Franco Valencia salió de la unidad el 8 de julio de 2006 sin autorización del comandante y que a la fecha no se presentó en el batallón y a ninguna unidad militar. (Fl. 52, c2)

El 11 de julio de 2006, el Batallón Fluvial No. 80 presentó informe por el

delito de deserción dentro del cual se hizo las siguientes anotaciones:

“(...) Con toda atención me dirijo al señor Capitán de Fragata COMANDANTE BATALLON FLUVIAL DE IM. N° 80 con el fin de informar la novedad ocurrida con el IMAR 1093213409 VALENCIA FRANCO HUBERNEY el cual salió de la unidad el día 08 de julio de 2006 sin permiso y sin autorización del comandante de la unidad ni de la compañía y que hasta la fecha no se ha presentado al batallón y a ninguna unidad militar.

Cabe resaltar que el IMAR VALENCIA FRANCO es reincidente en este tipo de falta vista ha salido en diferentes oportunidades sin autorización acuerdo con informe anexado al folio de vida de fecha 13 de Marzo de 2006 y se pasó como posible delito de deserción, llegando el día 15 de Marzo de 2006, siendo traído por su señora madre Ana Elena Franco, después de muchas llamadas y 01 telegrama que se envió.

El IMAR se evade el día 27 de Marzo otra vez y llega después de varias llamadas y acompañado de su señora madre realiza presentación siendo recibido por el señor Segundo Comandante del Batallón Fluvial de Infantería de Marina, quedando nuevamente a bordo, a los 12 días de estar en la unidad al cual me toco uniformarlo por que había botado el uniforme lo coloque de IMAR Jardinero y se evade otra vez sin importarle que habíamos quedado con él y su mama que se iba a portar y cumplir con todas las órdenes del servicio, llegando el día 29 de junio de 2006, después de tres meses de haberse evadido de la unidad llegando en compañía de su señora madre y volver a quedar con todo el personal que en este tiempo había madurado y que quería continuar con su servicio, no consiente con esto desde que llego se ha evadido 02 veces El día 07 de Julio de 2006, llegando en las horas de la noche y el día 09 de Julio de 2006 acuerdo informe del suboficial de guardia anexado y el cual no ha hecho presentación y eso que se ha llamado a su casa para que regrese. (...)”

El 1 de septiembre de 2006, el Batallón Fluvial No. 80 dirigió comunicación ante el Capitán de Corbeta Álvarez Velásquez Fredy Segundo Comandante BAFLIM 80 en la que informó que Huberney Valencia Franco para el 30 de agosto de 2006 en la que solicitó permiso para cobrar su bonificación en la tesorería, sin que se haya hecho presente en la unidad militar, siendo una conducta de falta leve de acuerdo con el régimen disciplinario de las Fuerzas Militares. (Fl. 54, c2)

El 28 de octubre de 2006, el Batallón Fluvial No. 80 informó sobre la situación de Huberney Valencia Franco indicando que para el 16 de octubre de 2006 tuvo que buscar al sujeto por no asistir a la formación, comentando que habría salido desde la mañana y no conoce de su paradero hasta el 28 de octubre del mismo año. (Fl. 91, c2)

El 3 de noviembre de 2006, el Batallón Fluvial No. 80 informó al Capitán de Corbeta de IM Segundo Comandante del Batallón Fluvial informó la novedad sobre el comportamiento de Huberney Valencia Franco al no presentarse a la formación por lo que tuvo que ingresar a su alojamiento para despertarla, pero este se opuso demostrando una completa desatención de sus deberes. (Fl. 92, c2)

El 27 de julio de 2007, el Juzgado 102 de Instrucción Penal Militar le concedió libertad provisional a HUBERNEY FRANCO VALENCIA, en la que

dispuso continuar prestando su servicio militar obligatorio. (Fl. 46, c2)

El 25 de octubre de 2010, la Personería Municipal presentó solicitud de información ante el Batallón Fluvial No. 80, ante la denuncia presentada por la señora Ana Elena Franco en los que puso en conocimiento la desaparición de Huberney Valencia Franco, indicando que:

“(...) A la fecha se desconoce el paradero del Uberney, han pasado más de tres años sin que se conozca el destino de éste luego de la última llamada que le hiciera en el mes de septiembre de 2007 a su madre, caso del cual se ha instaurado en la Fiscalía General de la Nación en la ciudad de Pereira en el departamento de desaparición la respectiva denuncia.

En se orden de ideas, en calidad de Agentes del Ministerio Público y como Defensor del Pueblo Local, me permito solicitarles como autoridad competente para ello se sirvan remitir copia del expediente del joven UBERNEY VALENCIA FRANCO, así como informe de las acciones que dieron lugar a la presunta baja del servicio militar de éste joven, de igual manera se servirá indicar si existe por parte de la Armada Nacional investigación sobre la presunta desaparición de éste ciudadano colombiano. (...)” (Fls. 25 y 26, c2)

El 16 de febrero de 2011, la señora Ana Elena Franco Marín presentó denuncia por la desaparición de Huberney Valencia Franco ante la Procuraduría General de la Nación, en la que hizo la siguiente descripción:

“(...) CONTESTO: el día 17 de septiembre de 2005 mi hijo, llamado Huberney Valencia Franco, ingresó a prestar servicio en las Fuerzas Militares, como no todavía no tenía el bachillerato, él debía prestar el servicio por dos años, mi hijo se comunicaba todos los días conmigo, a si fuera un solo minuto pero siempre llamaba, pero desde el 14 de septiembre del 2007 mi hijo nunca más me volvió a llamar, yo me preocupe por él y me comuniqué con el Capitán Madrid, Juez Penal Militar de la Infantería de Marina, le pregunte por mi hijo, que llevaba muchos días que no se comunicaba conmigo y él me respondió que lo volviera a llamar en 5 o 10 minutos que él se iba a comunicar al Batallón, para ver que había pasado con él, cuando me volví a comunicar con el Capital, me dijo que en el Batallón le habían dicho que a mi hijo hacia 15 días lo habían dado de baja, yo le pregunté que por qué y me respondió que le habían dicho que por problemas de mal comportamiento, a partir de ese momento nunca más, en todo este tiempo, he vuelto a saber de mi hijo, se encuentra desaparecido ya hace más de tres años a la primer parte que yo me dirigí a averiguar por él fue a la Armada, en Pereira, que fue donde él se presentó, la respuesta que me dijeron allá fue que me tenía que comunicar a la oficina de personal en Bogotá y me dieron un número, en el cual nunca me respondieron por más que insistiera, luego me dirigí en octubre del 2010, me dirigí a la Personería Municipal de Santa Rosa de Cabal (...)”

El 8 de septiembre de 2011, la señora Ana Elena Franco presentó recurso de apelación en contra de la decisión emitida por la Procuraduría por motivo de la queja. (Fl. 22, c1)

El 18 de abril de 2012, la Procuraduría Provincial de Buenaventura remitió comunicación ante la señora Ana Elena Franco Marín en la que informó que mediante auto No. 394 del 9 de abril de 2012, ordenó remitir el expediente sobre la queja presentada contra el Capitán de Infantería Brigadier Garzón Daza por la presunta desaparición de Huberney Valencia Franco. (Fl. 20, c2)

El 25 de junio de 2013, ante la Personería Municipal de Santa Rosa de Cabal se presentó la señora Ana Elena Franco Marín para la ampliación de queja que se radicó en contra del Capitán Brigabiel Garzón Daza ante la desaparición de Huberney Valencia Franco, en el que agregó que:

“(...) PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho, si en la actualidad ha tenido noticias de su hijo HUBERNEY VALENCIA FRANCO, donde se encuentra, a que actividad se dedica. CONTESTO: Desde el momento de la desaparición de él no volví a saber nada de él. PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho, si ha logrado entrevistarse con personas que puedan dar pistas sobre el lugar donde se encuentra el joven HUBERNEY VALENCIA FRANCO. CONTESTO: No, ninguna persona. PREGUNTADO: Sírvase informar al Despacho qué pruebas tiene o información fundada, que permita conocer de los móviles de la desaparición de HUBERNEY VALENCIA FRANCO. CONTESTO: Lo único que yo sé es que yo llame a averiguar al batallón a preguntar el porqué del silencio de mi hijo pues él tenía como costumbre llamarme casi a diario o timbrarme para que yo le devolviera la llamada. Logre comunicarme con el Capitán Madrid, él me informó que había averiguado en el batallón y le habían dicho que hacía quince días no estaba en el batallón y que lo único que te habían dicho era que le habían dado la baja por mal comportamiento, yo le pregunté que qué comportamiento y el capitán me dijo que no le habían dicho, solo que le habían dado de baja por mal comportamiento. PREGUNTADO: Sírvase manifestar si conoce la dirección y/o teléfono de algún compañero que haya prestado servicio militar con HUBERNEY VALENCIA FRANCO y que pueda aportar datos a esta investigación. CONTESTO: No señor, no conozco ningún domicilio ni nada de alguno de ellos. PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho, si durante el tiempo que el joven HUBERNEY VALENCIA FRANCO se encontraba prestando el servicio militar como infante de marina regular, le comentó de algún problema al interior de las fuerzas armadas, en caso positivo, qué fue lo que sucedió. CONTESTO: No señor, nada. PREGUNTADO: Sírvase manifestarle a este Despacho qué otras acciones ha adelantado con ocasión de la presunta desaparición de su hijo HUBERNEY VALENCIA FRANCO. CONTESTO: Pues lo que he llevado a la Procuraduría de Pereira, lo que he llevado a la Procuraduría de Buenaventura de donde me notificaron que ya estaba el caso en la Procuraduría General de la Nación, pues yo empecé por denunciar en el CTL de Pereira, y después en la Personería de acá de Santa Rosa y después a la Procuraduría de Pereira y ahí fue donde empezó ya la investigación. PREGUNTADO: Sírvase informarle al Despacho qué le ha manifestado la infantería de marina acerca del paradero de HUBERNEY VALENCIA FRANCO. CONTESTO: Nada, nada nada. PREGUNTADO: Sírvase manifestar al Despacho, si tiene algo más que agregar, enmendar, aclarar, corregir o suprimir en la presente diligencia. CONTESTO: Si, yo siempre he visto muy extraño que le hayan dado la baja a mi hijo faltándole tan poco tiempo para terminar el servicio, entonces por qué esperaron a que le faltara tan poco para terminar para darle la baja por mal comportamiento, yo creo que si le dieron la baja debe haber un papel con la firma de él o algo así, yo pienso que si eso hubiera sido así como ellos dicen, él inmediatamente se hubiera venido o me hubiera contado cuando me llamaba porque él me tenía mucha confianza a mí, era muy apegado a mí. (...)”

El 19 de junio de 2014, la señora Ana Elena Franco Marín en calidad de madre del infante de marina Huberney Valencia Franco presentó solicitud ante Batallón Fluvial No. 80 de Buenaventura, en la que requirió la siguiente información:

1. Solicito se me certifique la fecha de ingreso y el estado de salud en que se encontraba en ese momento mi hijo el joven HUBERNEY VALENCIA FRANCO, identificado con la C.C. No 1.093.213.409.

2. *Copia auténtica del acta de adscripción al servicio y hoja de vida - incluyendo los ingresos devengados del erario público, si los tenía, (en cuantía discriminada) de mi hijo HUBERNEY VALENCIA FRANCO, identificado con la C.C. No 1.093.213.409.*

3. *Copia autentica de los informes, partes, informativos, y demás documentos que se tengan en los archivos de la entidad, y relacionados con la prestación del servicio militar de mi hijo HUBERNEY VALENCIA FRANCO, identificado con la C.C. No 1.093.213.409.*

4. *Copia autentica del acta de desacuartelamiento de mi hijo HUBERNEY VALENCIA FRANCO, identificado con la C.C. No 1.093.213.409.*

5. *Se me Informe si mi hijo HUBERNEY VALENCIA FRANCO, identificado con la C.C. No 1.093,213.409, llegó a padecer accidentes en caso afirmativo, me aportarán copia autentica de los respectivos informes e informativos administrativos por lesión existentes.*

6. *Se me informe si mi hijo HUBERNEY VALENCIA FRANCO, identificado con la C.C. No 1.093.213.409, llegó a padecer enfermedades en caso afirmativo, me aportarán copia autentica de la historia clínica que repose en el batallón o ante la Dirección de Sanidad de la Armada Nacional, en caso de no tenerlo en su poder, me indicarán que médicos o instituciones clínicas lo trataron.*

7. *Solicito se me informe si llegaron a iniciarse procesos penales o disciplinarios en contra de mi hijo HUBERNEY VALENCIA FRANCO, identificado con la C.C. No 1.093.213.409, en caso afirmativo, me indicará qué autoridades civiles o militares conocieron dichos procesos, por qué faltas disciplinarias o delitos fue investigado o procesado y bajo qué radicados se tramitaron o se tramitan los mismos.*

8. *Solicito se me informe si existen o existieron al interior de la Armada Nacional, investigaciones penales o disciplinarias con ocasión de la desaparición de mi hijo HUBERNEY VALENCIA FRANCO, en caso afirmativo me proporcionará información del radicado del proceso y del estado de las investigaciones, con el fin de hacerme parte en los mismos.*

9. *Solicito se me informe si la desaparición de mi hijo HUBERNEY VALENCIA FRANCO, identificado con la C.C. No 1.093.213.409, fue reportada a autoridades administrativas o judiciales, en caso afirmativo, solicito se me entregue copia autentica de dichas denuncias.*

10. *Solicito se me entregue certificación del tiempo que permaneció prestando su servicio militar obligatorio mi hijo el joven HUBERNEY VALENCIA FRANCO, identificado con la C.C. No 1.093.213.409.*

11. *Solicito se me entregue copia del seguro de vida que las fuerzas militares adquieren para quienes ingresan a prestar servicio militar obligatorio. (...)*

El 23 de octubre de 2014, el Comando Batallón Fluvial de Infantería de Marina No. 24 dio contestación al derecho de petición elevado por la señora Ana Elena Franco Marín, en los que suministro información relacionada con la desaparición de Huberney Valencia Franco, en los que informó lo siguiente:

“(...) Teniendo en cuenta el derecho de petición suscrito por Usted, adiado 19 de junio de 2014, recibido en éste Comando el día 25 de agosto de 2014 de manera respetuosa me permito dar respuesta al mismo en los siguientes

términos:

1. En 03 (TRES) folios útiles y legibles remito Orden Administrativa de Personal No 180 del 28 de octubre de 2005, mediante la cual se da de alta a un personal de Infantes de Marina Regular, tercer contingente de 2005, entre los que se lee a numeral 726 el IMR 1093213409 VALENCIA FRANCO HUBERNEY.

2. En 04 (CUATRO) folios útiles y legibles remito Orden Administrativa de Personal N° 034 del 07 de febrero de 2006, por la cual se traslada a un personal de Infantes de Marina Regulares, entre los que encuentra a numeral 126 el IMR 1093213409 VALENCIA FRANCO HUBERNEY.

3. En 03 (TRES) folios útiles y legibles remito Orden Administrativa de Personal N° 048 del 03 de septiembre de 2007, por la cual desacuartela administrativamente a un personal de Infantes de Marina Regulares y de mi Pueblo de la Armada Nacional y en la que se observa a numeral 53 el IMR 1093213409 VALENCIA FRANCO HUBERNEY.

4. En 76 folios útiles y legibles remito la totalidad de la documentación encontrada en los archivos del Batallón Fluvial de 1.M No 24 en relación con el IMR 1093213409 VALENCIA FRANCO HUBERNEY.

5. Respecto a los interrogantes sobre accidentes y enfermedades, se indagó con el SVCIM SÁENZ MARTÍNEZ FRANCI, Jefe de historias clínicas, si en el Establecimiento de Sanidad Militar No 3056 que presta sus servicios en la guarnición de Buenaventura (Valle del Cauca) reposa información del IMR 1093213409 VALENCIA FRANCO HUBERNEY, indicando que en ese ESM no reposaba registro de atención de ninguna clase al precitado.

6. En lo que respecta a las investigaciones penales que se adelantaron contra el IMR 1093213409 VALENCIA FRANCO HUBERNEY, le informo que según lo reportado por el Juzgado de Instrucción Penal Militar, ese Despacho Judicial adelantó proceso penal así:

DELITO: Deserción.

RADICADO N°: 1058 - J102IPM

FECHA INICIO: 02 de abril de 2006

DENUNCIANTE: CCEIM ÁLVAREZ VELÁSQUEZ FREDDY

FECHA DENUNCIA: 16 de mayo de 2006

SITUACIÓN JURÍDICA: Se resuelve situación jurídica provisional y se impone medida de aseguramiento consistente en detención preventiva desde el 29 de mayo de 2007. Concediéndose libertad el 27 de julio de 2007, suscribe la investigada acta de caución juratoria.

El 12 de septiembre de 2007 se remite el IMR 1093213409 VALENCIA FRANCO HUBERNEY, para valoración por psicología, indicando la profesional de la salud que el citado IMR no permitió el examen y se fue.

Con oficio No 911 del 30 de noviembre de 2007 el Juzgado Instructor remite con destino a la Fiscalía Penal Militar ante Juez de Instancia de Brigadas por término de instrucción el sumario adelantado contra el IMR 1093213409 VALENCIA FRANCO HUBERNEY.

7. Revisado el archivo muerto, libros radiadores y estadísticas de esta Unidad Militar no se evidenció que se hubiera adelantado investigación alguna por la presunta desaparición el IMR 1093213409 VALENCIA FRANCO HUBERNEY. (...)” (Fls. 29-31, c2)

Ahora bien, de acuerdo a las pruebas aportadas al proceso la Sala encuentra que los hechos que dieron lugar a la presunta desaparición de Huberney

Franco Valencia ocurrieron mientras prestaba el servicio militar obligatorio pues de acuerdo a la narración de los hechos la ausencia del soldado ocurrió desde inicios de septiembre del año 2007 conforme a la narración que presentó la señora Ana Elena Franco Marín dentro de la denuncia presentada ante la Fiscalía General de la Nación y la Personería, sin embargo, dentro de la información registrada por la Armada Nacional se evidencia una incongruencia en los términos, pues mediante orden administrativa de personal No. 048 del 3 de septiembre de 2007 se dispuso por orden administrativa desacuartelar a la víctima, pero dentro de los libros de oficial de guardia BAFLIM80, en el que registra la entrega del servicio de guardia indicando que para el 7 de septiembre del mismo año el mencionado soldado estaba evadiendo la unidad.

Asimismo, se tiene conocimiento que para el 12 de septiembre de 2007 Huberney Valencia Franco fue remitido para valoración de psicología, pero no decidió realizar el examen y prefirió retirarse sin que el profesional en salud pudiera atenderlo, lo cual es contradictorio pues según consta en el acto administrativo de la entidad este soldado habría sido desvinculado de la institución desde el 3 de septiembre de la misma anualidad.

Por su parte, el juez de primera instancia dentro de los argumentos formulados en la demanda establece que el demandante no cumplió con la carga probatoria para acreditar los hechos de la demanda, los cuales aseguran estar indefinidos, por lo cual la carga probatoria resulta ser invertida, en el sentido que le correspondía al Armada Nacional allegar al plenario la prueba en virtud de la cual demostrara que su desaparición ocurrió con posterioridad a su desvinculación a la institución, pues de las pruebas documentales aportadas no hay una certeza de la fecha exacta en que ocurrió.

Quiere decir lo anterior, que resulta imputable a la entidad demandada la desaparición de Huberney Valencia Franco, en primer lugar, porque como ya se afirmó, los hechos acaecieron cuando éste prestaba su servicio militar obligatorio y en segundo lugar, en virtud de la posición de garante del Estado respecto del conscripto, le asiste a la entidad demandada la obligación de resultado de devolver al accionante en las mismas condiciones que tenía cuando éste ingresó a prestar el servicio militar.

En todo caso resulta imputable al Estado la desaparición en comento, dada la relación de especial sujeción que surge entre el Estado y sus soldados conscriptos, a quienes por su especial tipo de vinculación únicamente se les podrán restringir ciertos derechos como el de locomoción, por lo que si se vulnera cualquier otro derecho jurídicamente tutelado, como la integridad física, salud o vida, recae en la administración la obligación de indemnización.

Así las cosas, y en aplicación de la teoría del depósito, la Armada Nacional

debía retornar a la vida civil al conscripto en las mismas condiciones en que este ingresó a prestar el servicio militar, situación que no ocurrió, pues se comprobó la desaparición del soldado Huberney Valencia Franco, motivo por el cual, le asiste responsabilidad a la entidad demandada por la causación del daño alegado en la demanda y por tanto, deberá ser condenada a la reparación del mismo.

4.3. Liquidación de perjuicios

Con base en lo anterior se examinarán los perjuicios solicitados en la demanda y que corresponden a los perjuicios morales y materiales en la modalidad de lucro cesante.

Al respecto la Sala considera:

Daños inmateriales

Perjuicios morales

El Consejo de Estado, mediante sentencia del 30 de junio de 2011, definió el daño moral así:

Cuando se hace referencia al daño moral, se alude al generado en "el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien". Este daño tiene existencia autónoma y se configura una vez satisfechos los criterios generales del daño: que sea particular, determinado o determinable, cierto, no eventual y que tenga relación con un bien jurídicamente tutelado. El daño moral producto de lesiones puede configurarse tanto en la persona que sufre la lesión, a la que se conoce como víctima directa, como también en sus parientes o personas cercanas, víctimas indirectas⁴.

Quiere decir lo anterior, que el daño moral hace parte de la órbita interna del individuo que lo padece y se refleja en los dolores o padecimientos sufridos con ocasión a la lesión a un bien. Este tipo de daño puede predicarse de la víctima directa de la lesión o de sus parientes y personas cercanas.

En cuanto a la prueba de la existencia del daño moral, se ha considerado que en los parientes del afectado, cuando se logra acreditar el parentesco, se presume⁵ hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, es decir, respecto de los padres, hermanos, abuelos e hijos del afectado y su

⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 30 de junio de 2011, expediente N°. 19001-23-31-000-1997-04001-01 (19836).

⁵ Sentencia del Consejo de Estado del 30 de junio de 2011, consejero ponente Danilo Rojas Betancourth. Cuando ha tratado el tema de la prueba de la existencia de los perjuicios morales en los parientes del afectado, **esta Corporación ha considerado que el hecho de que esté acreditado el parentesco representa un indicio para la configuración de ese daño en los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, esto es, respecto de los padres, hermanos, abuelos e hijos del afectado y de su cónyuge o compañera permanente** (Negrilla fuera de texto).

cónyuge o compañero(a) permanente. Lo anterior, teniendo en cuenta que entre los parientes existen vínculos de afecto y ayuda mutua.

Respecto a la tasación de perjuicios morales en caso de muerte, se deberá determinar el monto de la indemnización atendiendo a lo dispuesto en la sentencia de unificación del 28 de agosto de 2014, expediente 27709, donde se fijaron los siguientes parámetros de liquidación de perjuicios inmateriales:

A fin de que en lo sucesivo, se indemnizen de manera semejante los perjuicios morales reclamados por la muerte de una persona, como en el presente caso, la Sala, a manera de complemento de lo decidido en la sentencia mencionada en el párrafo que antecede, decide unificar su jurisprudencia sobre el particular, a partir del establecimiento de cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa del daño o causante y quienes acuden a la justicia en calidad de perjudicados o víctimas indirectas; así:

Nivel 1. Comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno - filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (1er. grado de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables). A este nivel corresponde el tope indemnizatorio de 100 smlmv.

Nivel 2. Se refiere a la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (hermanos, abuelos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.

Nivel 3. Abarca la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.

Nivel 4. Aquí se ubica la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio.

Nivel 5. Comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

La siguiente tabla recoge lo expuesto:

REPARACIÓN DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Regla general en el caso de muerte	Relación afectiva conyugal y paterno – filial	Relación afectiva del 2° de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 3er de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4° de consanguinidad o civil.	Relación afectiva no familiar (terceros damnificados)
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

Para los niveles 1 y 2 se requerirá la prueba del estado civil o de la convivencia de los compañeros. Para los niveles 3 y 4, además, se requerirá la prueba de la relación afectiva. Para el nivel 5, deberá ser probada la relación afectiva.

Ahora, dentro de las pruebas se aportó el dictamen elaborado por Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en los que se practicó la valoración por médicos especialistas en psicología quienes determinaron que los aquí demandantes no se les detectó un daño psíquico a raíz de los hechos material de investigación por motivo de la desaparición de Huberney Valencia Franco, como obra a folios 2-6/10-13/ 17-20/24-27/31-34 del cuaderno de pruebas, sin embargo, no puede desconocer que la valoración se practicó pasado más de 10 años después de la desaparición y ello no desvirtúa la presunción del concepto de daño moral que prevé el Consejo de Estado, por lo que se reconocerá de acuerdo a lo dispuesto en la mencionada sentencia de unificación.

Como quiera que en el presente caso se probó la calidad de padres y hermanos de la víctima directa, la Sala ordenará el pago de la siguiente indemnización por concepto de perjuicios morales:

DEMANDANTE	CALIDAD	RECONOCER
Ana Elena Franco Marín	Madre	100 SMLMV
Omar Valencia Franco	Padre	100 SMLMV
Gloria Patricia García Franco	Hermana	50 SMLMV
Dorisol Valencia Franco	Hermana	50 SMLMV

En cuanto al reconocimiento de perjuicios morales en favor de Luis Guillermo Bustamante Valencia como sobrino, no se cuentan con elementos probatorios que permitan acreditar la relación afectiva que tenía antes de la desaparición del Huberney Valencia Franco, por lo que se negará el reconocimiento de los perjuicios morales en su favor.

Perjuicios por violencia a bienes o intereses constitucional y convencionalmente afectados

Respecto de la prueba del daño moral padecido por las víctimas de desaparición forzada, la Sección Tercera del Consejo de Estado⁶ ha manifestado que constituye un hecho notorio que es la desaparición forzada produce daño moral a quienes lo padecen, por lo cual no es necesario acreditar el dolor, la angustia y la desolación que sufren quienes se ven obligados a emigrar del sitio que han elegido como residencia o asiento de su actividad económica. En ese sentido se ha precisado que *“quienes se desplazan forzosamente experimentan, sin ninguna duda, un gran sufrimiento, por la vulneración múltiple, masiva y continua de los derechos fundamentales, como lo ha señalado reiteradamente la Corte Constitucional”*⁷.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2017. radicado interno 50941, M.P. Hernán Andrade Rincón.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 26 de enero de 2006, Radicación 25000232600020010021301 y del 15 de agosto de 2007, Rad. 190012331000200300385-01, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

En efecto, cuando una persona bajo amenazas y tratos crueles, inhumanos y degradantes, sometida a múltiples atropellos, humillaciones y vejámenes se ve impelida a abandonar sorpresivamente el lugar donde reside de manera habitual, donde tiene asiento en ese momento su vida, donde el afectado y su familia desarrollan sus respectivos proyectos de vida, donde echan raíces las personas que integran una determinada comunidad - grande, mediana o pequeña, resulta evidente que quien padece esa atroz circunstancia, sufre un profundo estado de miedo, angustia e impotencia, lo cual deviene en un grave perjuicio moral⁸.

Para la tasación del perjuicio moral en casos de desplazamiento, la Sala tomará lo señalado por el Consejo de Estado que ha hecho la siguiente precisión en reciente sentencia:

Para la tasación de los perjuicios morales por el hecho del desplazamiento, se dará aplicación al criterio de la Subsección "B" según el cual, por comparación con casos similares, es procedente otorgar una indemnización equivalente a 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada una de las víctimas, bajo el presupuesto de que el aludido tipo de menoscabo se presume por el solo hecho del desplazamiento forzado⁹.

En este caso, según se probó en el proceso, los demandantes Ana Elena Franco Marín, Omar Valencia Franco, Gloria Patricia García Franco y Dorisol Valencia Franco familiares de desaparecido, por lo cual resulta apenas natural que, en cuanto sufrieron ese flagelo, se sientan moralmente afectados.

Así las cosas, habrá lugar a reconocerle a cada uno de ellos, a título de daño moral, las sumas de dinero equivalente a **50 SMLMV**, dada su calidad de afectados tras la desaparición de Huberney Valencia Franco mientras prestaba el servicio militar obligatorio, en razón que no se reveló circunstancia especial que involucrara un grado de mayor sufrimiento y de acuerdo con los montos concedidos en otros casos que han sido de conocimiento del alto tribunal¹⁰.

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de febrero de 2010, Exp. 18.436, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 3 de mayo de 2013, rad. 32274, M.P. Danilo Rojas Betancourth, reiterada en sentencia del 1° de agosto de 2016, Sección Tercera, Subsección B, rad. 36080. M.P. Danilo Rojas Betancourth.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera: sentencias del 26 de enero de 2006, Radicación 25000232600020010021301, CP. Ruth Stella Correa Palacio y sentencia del 15 de agosto de 2007, A.G. rad. 190012331000200300385-01. CP. Mauricio Fajardo. En la primera sentencia se condenó a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército-Policía Nacional, a pagar la suma de 50 s.m.l.m.v. a cada una de las 260 desplazadas del corregimiento La Gabarra del municipio de Tibú, Norte de Santander, durante los meses de mayo y agosto de 1999, quienes ante la inminencia de un ataque paramilitar tuvieron que abandonar La Gabarra y dirigirse a otros lugares del departamento de Norte de Santander y de allí dirigirse a buscar refugio en la República Bolivariana de Venezuela, y en municipios como La Vaquera, El Cerrito y El Ranchito, en el Estado de Zulia. En el segundo caso se condenó a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional a pagar el equivalente a 50 s.m.l.m.v. a cada una de las 82 personas desplazadas tras la incursión de grupos paramilitares en la región del Naya departamento del Cauca, el 12 de abril de 2001.

Daño a la salud

De otro lado, la parte demandante solicitó el reconocimiento de los daños materiales y fisiológicos que se habrían causado a la señora Ana Elena Franco Marín y el señor Omar Valencia Franco, por la alteración de su vida después de la desaparición de su hijo Huberney Valencia Franco. Al respecto, la Sala precisa que esa categoría ya no se reconoce en esta jurisdicción, sin embargo, se tendrá en cuenta la tipología vigente en la jurisprudencia, para indemnizar los perjuicios que resulten acreditados en el expediente y hayan sido alegados

El Consejo de Estado ha definido dos categorías autónomas de perjuicio inmaterial, distintas al perjuicio moral, que son el daño a la salud (lesión a la integridad psicofísica de una persona) y la vulneración relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente protegidos¹¹. En el presente caso, no se demostró la alteración de las condiciones psicofísicas de los demandantes, por lo que la Sala no reconocerá los perjuicios solicitados por dicho concepto.

Perjuicios materiales

Lucro cesante

El Consejo de Estado ha sostenido que la indemnización por lucro cesante procede respecto de aquellos que comprueben la dependencia económica de la persona fallecida, sin embargo, al tratarse de la *familia tradicional*, existe una presunción de la dependencia económica de los hijos con los padres hasta que cumplan la edad de 25 años (y viceversa), y, una presunción entre cónyuges o compañeros permanentes, quienes son dependientes económicamente durante la vida probable del otro¹², los demás deberán probarlo.

Al respecto, el Consejo de Estado (...) *ha colegido que cuando los padres demandan el perjuicio en comento a raíz de la defunción de uno de sus hijos, si bien es factible colegir que esa ayuda se prestaba, ello sólo es viable, en principio, desde el momento en que dicho hijo hubiera adquirido capacidad productiva hasta el cumplimiento de sus 25 años edad, toda vez que se ha estimado que en esa edad las personas usualmente deciden independizarse y formar un hogar aparte del de sus padres, haciéndoseles imposible continuar prestándoles ayuda*¹³.

Adicional a lo anterior, en el expediente obran declaraciones rendidas por la

¹¹ Consejo de Estado Sección Tercera Subsección B sentencia del 21 de noviembre de 2021, C.P. Alberto Montaña Plata, Radicado 18001233100020100018501

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 23 de marzo de 2017, Exp. 50941, C.P. Hernán Andrade Rincón.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 8 de junio de 2017, Exp. 50352, C.P. Danilo Rojas Betancouth.

señora María Consuelo Flores quien manifestó que la señora Ana Elena Franco Marín y el señor Omar Valencia Franco dependían económicamente de Huberney Valencia Franco, manifestaciones que no fueron tachadas de falsas por la entidad demandado, motivo por el cual, procede la Sala a liquidar esta modalidad de perjuicio, teniendo en cuenta las reglas que el Consejo de Estado ha señalado para tal fin¹⁴.

Revisado el material probatorio, no se tiene prueba de conceptos devengados por el causante, sin embargo, es cierto que se presume que una persona en edad productiva devenga por lo menos el salario mínimo, razón por la que a falta de prueba, la liquidación del perjuicio debe hacerse con base en el salario mínimo legal mensual vigente.

Aclarado lo anterior, para efectos de fijar la renta que servirá de base de liquidación de la indemnización, se tomará el salario mínimo actual, \$1.000.000, a este valor se le restará un 25% como presunción de lo que el desaparecido utilizaba para su propio sostenimiento, por lo que resulta una base de liquidación de \$750.000.

Como Huberney Valencia Franco contaba con 19.81 años cuando desapareció (12 de septiembre de 2007), se tiene que el tiempo a liquidar es de 5.20 años (62.46 meses), tiempo que le faltaba para cumplir 25 años, periodo del que se presume la ayuda que recibirían sus padres, de manera que se trata de lucro cesante consolidado el que se debe liquidar.

Para liquidar el **lucro cesante consolidado** se deberá aplicar la siguiente fórmula:

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

Donde:

S	=	Suma a obtener.
RA	=	Renta actualizada (\$750.000)
i	=	Tasa mensual de interés puro o legal, es decir, 0,004867.
n	=	Número de meses a indemnizar desde el 12 de septiembre de 2006 al 25 de noviembre de 1986= 62.46 meses
1	=	Es una constante

$$S = \$750.000 \frac{(1 + 0.004867)^{62.46} - 1}{0.004867}$$

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 22 de abril de 2015, Exp. 19146, C.P. Stella Conto Díaz.

S = \$54.591.179

Se tiene, entonces, que durante el tiempo consolidado los padres del Huberney Valencia Franco dejaron de percibir una renta total de **\$54.591.179** destinada al apoyo que el hijo les hubiese brindado si viviese. En este caso se dará la mitad al padre (\$27.295.589) y la mitad restante a la madre (\$27.295.589).

5. Conclusiones

En razón a las consideraciones expuestas, la Sala revocará la sentencia del 30 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Administrativo de Oralidad Circuito Judicial de Bogotá, y en consecuencia, se declarará la responsabilidad administrativa y patrimonialmente responsable a la Nación – Ministerio de Defensa – Armada Nacional por la desaparición de Huberney Valencia Franco mientras prestaba el servicio militar obligatorio, por lo que se condenará al pago de los perjuicios por concepto de daños materiales en la modalidad de lucro cesante y por daños inmateriales en la modalidad de daños morales.

La Ley 1437 del 2011 reguló en el capítulo VI todo lo concerniente al contenido de la sentencia, los efectos y cumplimiento de la misma, por lo tanto, esta providencia deberá cumplirse en los términos de los artículos 192 y 195 de la mencionada ley (con sus respectivas modificaciones y derogatorias por la Ley 2080 de 2021).

III. COSTAS

De conformidad con lo señalado en el numeral 4 del artículo 365 del CGP, cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas de ambas instancias. Por lo tanto, se fija como agencias en derecho a favor de la parte demandante, conforme a lo previsto en el numeral 3.1.2 del artículo 6 del Acuerdo N° 1887 de 2003, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes a la ejecutoria presente providencia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN B**, administrando justicia en nombre de la **REPÚBLICA DE COLOMBIA** y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia del 30 de noviembre de 2021, proferida por el Juzgado Treinta y Siete (37) Administrativo de Oralidad del Circuito

Judicial de Bogotá, de conformidad a lo expuesto en la parte resolutive.

SEGUNDO: DECLARAR al Ministerio de Defensa –Armada Nacional responsable administrativa y patrimonialmente por los daños antijurídicos causados a los demandantes con ocasión a la desaparición de Huberney Valencia Franco mientras prestaba su servicio militar obligatorio.

TERCERO: CONDENAR al Ministerio de Defensa -Armada Nacional a pagar de manera solidaria los daños materiales en la modalidad de lucro cesante en favor de los padres de Huberney Valencia Franco, las cuales son:

Accionante	Vinculo	Sumas a reconocer
Luz Helena Franco Marín	Madre	\$27.295.589
Omar Valencia Franco	Padre	\$27.295.589

CUARTO: CONDENAR al Ministerio de Defensa -Armada Nacional a pagar de manera solidaria los daños inmateriales en la modalidad de daño moral, las cuales se reconocer en las siguientes sumas de dinero:

DEMANDANTE	CALIDAD	Perjuicios morales	Perjuicios por violación a bienes o intereses constitucional y convencionalmente afectados
Ana Elena Franco Marín	Madre	100 SMLMV	50 SMLMV
Omar Valencia Franco	Padre	100 SMLMV	50 SMLMV
Gloria Patricia García Franco	Hermana	50 SMLMV	50 SMLMV
Dorisol Valencia Franco	Hermana	50 SMLMV	50 SMLMV

QUINTO: Compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación para que inicie investigación por motivo de la desaparición de Huberney Valencia Franco.

SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO: Adviértase a las partes que contra esta providencia no procede recurso ordinario alguno. En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

OCTAVO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen. Liquidense por Secretaría del juzgado los gastos del proceso. En caso de que pasados dos años, no hayan sido reclamados por la parte accionada, la Secretaría del juzgado declarará la prescripción a favor del Consejo Superior de la Judicatura – Dirección Ejecutiva de Administración Judicial o de la entidad que haga sus veces.

NOVENO: Por Secretaria de la Sección Tercera NOTIFICAR esta decisión: a)

A las partes, a los correos electrónicos: demandante:
krestrepon@gmail.com: demandado:
notificaciones.bogota@mindefensa.gov.co; jrgutierrez.abogado@gmail.com.
b) Al representante del Ministerio Público, al siguiente correo electrónico:
monicaivon@hotmail.es. Lo anterior, de conformidad a las direcciones
electrónicas que reposan en el plenario.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

(Aprobado en sesión de la fecha, acta No.)

FRANKLIN PÉREZ CAMARGO
Magistrado

HENRY ALDEMAR BARRETO MOGOLLÓN
Magistrado

CLARA CECILIA SUÁREZ VARGAS
Magistrada

YM

Constancia: El presente proveído fue firmado electrónicamente por los suscritos Magistrados pertenecientes a la Subsección B, Sección Tercera, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la plataforma SAMAI. Por tanto, se garantiza la autenticidad, integridad, conservación y posterior consulta, de conformidad con el artículo 186 del CPACA, modificado por el artículo 46 de la Ley 2080 de 2021.