



JUZGADO CUARTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, veintinueve (29) de septiembre de dos mil veinte (2020)

RADICADO N°: 73001-33-33-004-**2016-00066-00**
MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: TERESA DE JESUS CANTILLO POLO Y OTROS
DEMANDADO: NACION-MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

I- ASUNTO A DECIDIR

Agotadas las etapas procesales previstas en la norma, procede el Despacho a dictar el fallo que en derecho corresponde, dentro del presente medio de control de REPARACIÓN DIRECTA promovido por la señora TERESA DE JESÚS CANTILLO POLO Y OTROS en contra de la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL, radicado bajo el No. 73001-33-33-004-**2016-00066-00**

II- ANTECEDENTES

1.- Pretensiones:

En audiencia inicial¹ realizada el 31 de mayo de 2018, se estableció que la parte demandante, a través de apoderado, solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

“En relación con las pretensiones, estas consisten en que se declare administrativa y extracontractualmente responsable a la entidad demandada, de la totalidad de los perjuicios causados a los demandantes por la muerte del señor EDILSON JOSE SARMIENTO CANTILLO (Q.E.P.D) a manos del soldado profesional FREDDY SAENZ MOTA el día 13 de noviembre de 2014, ocurrida presuntamente por fallas del servicio de vigilancia, protección y seguridad a cargo de la demandada.

Como consecuencia de la anterior declaración de responsabilidad, se condene a la de demandada a pagar a cada uno de los demandantes a título de indemnización, los perjuicios que les fueron causados.”.

2. Fundamentos fácticos

Se establecieron como hechos relevantes dentro del presente medio de control los siguientes en la audiencia inicial²

¹ Fls. 416 y ss

² Ibídem

1. El señor EDILSON JOSE SARMIENTO CANTILLO ingresó al Ejército Nacional como soldado profesional el día 24 de abril de 2005, luego de prestar su servicio militar obligatorio.
2. El día 13 de noviembre de 2014 a las 23:30 horas, durante una instrucción de ataque y contraataque, el SLP SAENZ MOTTA FREDY accionó su arma de dotación contra humanidad del también SLP SARMIENTO CANTILLO EDILSON, causándole su muerte.
3. Por los hechos aquí narrados, se adelanta en contra del soldado profesional FREDY SAENZ MOTTA, investigación penal y disciplinaria.
4. Los demandantes atribuyen la muerte del soldado profesional EDILSON JOSE SARMIENTO CANTILLO a una falla del servicio público de vigilancia, protección y seguridad a cargo de la entidad demandada.

3. Contestación de la demanda³

Así se dejó consignada la oposición de la parte demandada al interior de la audiencia inicial:

“Aduce la apoderada de la entidad demandada en su escrito de contestación, que se encuentra demostrado que el EJÉRCITO NACIONAL no es responsable del deceso del señor EDILSON JOSE SARMIENTO CANTILLO, teniendo en cuenta que la causa eficiente del daño estuvo en el comportamiento personal de un miembro de la Institución Militar quien accionó su arma de dotación oficial.

Agrega, que en el presente caso el señor EDILSON JOSE, cuando decidió enlistarse en la milicia asumió los riesgos que esta actividad conlleva, por lo cual, sería injusto imputar responsabilidad alguna al EJÉRCITO NACIONAL en el caso de su muerte.

Solicita que en caso de una eventual condena, se reste del rubro indemnizatorio de perjuicios materiales, lo recibido por el demandante a título de pensión de sobrevivientes, liquidación de prestaciones sociales y demás emolumentos.

Argumenta a su vez, que de conformidad con el material probatorio allegado al plenario, la muerte del señor EDILSON JOSE SARMIENTO CANTILLO fue consecuencia del disparo que le propinó su homologado tras sostener una acalorada discusión, por lo cual, debe analizarse su conducta irrespetuosa y la desobediencia de las órdenes del superior, como causa directa de su fallecimiento.

³ Fls. 417

Propuso como excepciones las que denominó FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA, HECHO DE UN TERCERO, RIESGOS PROPIOS DEL SERVICIO, CULPA EXCLUSIVA DE LA VICTIMA Y CONCAUSA.”.

4. Actuación Procesal

Presentado el proceso ante la Oficina Judicial para su correspondiente reparto el día 11 de febrero de 2016, correspondió el mismo a este Despacho, quien mediante auto de fecha 11 de abril de 2016, admitió la demanda (fol. 186 y s.s.).

Una vez notificadas las partes, el Ministerio Público y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 190 y s.s.), dentro del término de traslado de la demanda, la Entidad demandada contestó la misma, formulando excepciones y allegando las pruebas que pretendía hacer valer (fls. 201 y ss respectivamente)

Mediante providencia de fecha 31 de octubre de 2016, se fijó fecha para llevar a cabo la respectiva audiencia inicial de que trata el artículo 180 del CPACA, la cual se inició el 9 de febrero de 2017, siendo suspendida en la etapa de saneamiento, habida consideración que se dispuso la admisión del llamamiento en garantía propuesto por la parte accionada respecto del señor FREDY SAENZ MOTA. (Fls. 397 y ss).

Por auto del 30 de enero de 2017, el Despacho resolvió de manera desfavorable, solicitud de acumulación de procesos presentada por la parte demandada, teniendo en cuenta que en este expediente ya se había señalado fecha para adelantar audiencia inicial. (Fls. 392 y ss).

El 7 de noviembre de 2017, este Despacho declaró ineficaz el llamamiento en garantía propuesto por el Ejército Nacional. Dicha decisión fue apelada y, mediante auto del 17 de abril de 2018, el Tribunal Administrativo del Tolima confirmó la decisión impugnada. (Fls. 426 y ss).

Una vez surtido el trámite anterior, se dio continuación a la audiencia inicial el 31 de mayo de 2018, agotándose en ella las instancias previstas en legal forma (Fls. 416 y ss) y disponiéndose que una vez se contara con la prueba documental decretada, se señalaría fecha para la celebración de la audiencia de pruebas.

La audiencia de pruebas se verificó el 15 de agosto de 2019 y, por considerarse innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, al interior de aquella y de conformidad con el artículo 181 del CPACA, se ordenó a las partes presentar por escrito sus alegatos de conclusión. (Fls. 449 y ss).

5. Alegatos de Conclusión

5.1. Parte demandada (fol. 452 y s.s.)

A través de su apoderada solicitó que las pretensiones de la demanda sean denegadas,

teniendo en cuenta que la forma en cómo sucedieron los hechos ponen en evidencia que el actuar del señor SARMIENTO CANTILLO fue el único factor determinante para la concreción del daño, razón por la cual solicita la declaratoria de la excepción denominada culpa exclusiva de la víctima o en su defecto, la concausa, habida consideración que aparece plenamente demostrado que el comportamiento de aquél, constituyó una ofensa grave a la integridad del también soldado profesional SAENZ MOTA.

5.2. Parte demandante (Fls. 455 y ss).

Por medio de su apoderada la parte demandante solicitó al Despacho acceder a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que a partir de las pruebas aportadas al expediente es posible establecer la falla del servicio imputable a la parte accionada, puesto que está demostrado que el autor de la muerte del señor SARMIENTO CANTILLO, era también un soldado profesional, que se encontraba en servicio activo y que perpetró dicho acto con su arma de dotación oficial.

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Este Juzgado es competente para conocer y fallar el presente medio de control, por la naturaleza de éste, el órgano que según la demanda debe responder patrimonial y administrativamente por la indemnización solicitada, la cuantía y por el factor territorial, es decir, por ser este Departamento el lugar donde ocurrieron los hechos que según el escrito de demanda, causaron perjuicios de índole material y moral a los demandantes, según voces del artículo 156 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, al definir qué en los procesos de reparación directa se determinará la competencia por el lugar donde se produjeron los hechos.

2. Problema Jurídico.

En armonía con la fijación del litigio realizada en la diligencia de audiencia inicial corresponde al Despacho determinar si *¿Es administrativa y extracontractualmente responsable la NACION – MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL, por los daños antijurídicos causados a los demandantes con ocasión de la muerte del soldado profesional EDILSON JOSE SARMIENTO CANTILLO (Q.E.P.D), ocurrida el día 13 de noviembre de 2014 a manos del también soldado profesional FREDDY SAENZ MOTTA?*

3. Tesis Planteadas.

3.1. Tesis de la Parte Demandante.

Considera la parte demandante que debe condenarse a la demandada al pago de los perjuicios de índole inmaterial y material causados en razón del deceso del señor EDILSON JOSE SARMIENTO CANTILLO, lo cual se produjo presuntamente por una falla del servicio, cimentada en el hecho de que su muerte se verificó a manos de un compañero suyo, también soldado profesional, con su arma de dotación oficial.

3.2. Tesis de la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional

Adujo que en el presente asunto se configura la causal eximente de responsabilidad denominada culpa exclusiva de la víctima, debido a que el comportamiento de esta fue el único factor determinante para la concreción del daño. Sin embargo, si lo anterior no prospera, solicita que ha de declararse la concausa.

4. Tesis del Despacho.

La tesis que sostendrá el Despacho se circunscribe a afirmar que se encuentra acreditada la existencia de responsabilidad de la entidad demandada por el daño antijurídico cuya reparación pretenden los demandantes, por cuanto del material probatorio arrojado al expediente, es posible concluir que, la muerte del señor EDILSON JOSE SARMIENTO CANTILLO, fue el resultado de una falla en el servicio.

5. Fundamentos de la Tesis del Despacho.

5.1. La responsabilidad patrimonial del Estado.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia establece que el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas y se requiere de la concurrencia de varios elementos a saber: **(i)** el daño antijurídico, **(ii)** la imputabilidad jurídica y fáctica del daño a un órgano del Estado y, **(iii)** el nexo causal entre el daño y la actuación u omisión de la administración.

El **Daño Antijurídico** es entendido en la jurisprudencia Contencioso – Administrativa como *“la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho”, en otros términos, aquel que se produce a pesar de que “el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de causales de justificación”*⁴.

⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Bogotá, D.C., nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012). Radicación número: 68001-23-15-000-1997-03572-01(22366).

De acuerdo a una debida interpretación del artículo 90 Constitucional, el H. Consejo de Estado⁵ ha enseñado, que la responsabilidad del Estado se origina, de un lado, cuando existe una lesión causada a la víctima que no tiene el deber jurídico de soportar y, de otro, cuando esa lesión es imputable fáctica y jurídicamente a una autoridad pública. Dicha Tesis fue avalada por la Corte Constitucional en Sentencia C-333 de 1993, en donde expresó, que además de constatar la antijuridicidad del daño, el juzgador debe elaborar un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión.

Al referirnos a la **imputación jurídica y fáctica**, debemos remitirnos a lo explicado por la Sección Tercera del H. Consejo de Estado que considera que *“imputar, para nuestro caso, es atribuir el daño que padeció la víctima al Estado, circunstancia que se constituye en condición sine qua non para declarar la responsabilidad patrimonial de este último (...) la imputación del daño al Estado depende, en este caso, de que su causación obedezca a la acción o a la omisión de las autoridades públicas en desarrollo del servicio público o en nexo con él, excluyendo la conducta personal del servidor público que, sin conexión con el servicio, causa un daño”*⁶

A partir de la disposición Constitucional señalada, la jurisprudencia y la doctrina contencioso administrativa han desarrollado distintos regímenes de responsabilidad imputables al Estado, como (i) el subjetivo, que se basa en la teoría de la falla del servicio y (ii) el objetivo, que obedece a diferentes situaciones en las cuales la entidad demandada está llamada a responder, por un lado, con ocasión del ejercicio de actividades peligrosas o la utilización de elementos de la misma naturaleza, caso en el cual se habla del régimen del riesgo excepcional, y por otro, debido a la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, caso en el cual estamos en presencia del régimen del daño especial, por ende, corresponde al Juez analizar los hechos de cada caso concreto y determinar el régimen de responsabilidad aplicable, para resolver el asunto sometido a su consideración de acuerdo con los elementos probatorios allegados, aunque el demandante haya encuadrado el contencioso en un título de imputación disímil, pues en acciones de reparación directa, domina el principio de *iura novit curia*.

De otro lado, en cuanto al **nexo de causalidad**, nuestro Órgano de Cierre⁷ trayendo a colación apartes de la Doctrina Francesa ha considerado que éste, es el elemento principal en la construcción de la responsabilidad, esto es la determinación de que un hecho es la causa de un daño, pues desde el punto de vista teórico resulta fácil, en criterio de los autores, diferenciar el tratamiento del nexo de causalidad dentro de los títulos objetivo y de falla. En tratándose de la falla de
l servicio, la relación de causalidad se vincula directamente con la culpa, con la irregularidad o la anormalidad.

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. Dr. Alier Eduardo Hernández Enríquez, de fecha 01 de marzo de 2006.

⁶ Sentencia del 21 de octubre de 1999, expediente 10948, M.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P. María Elena Giraldo Gómez, Sentencia del 10 de agosto de 2005, Rad. 73001-23-31-000-1997-04725-01(15127).

En síntesis, existe una cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado, en forma de mandato imperativo, aplicable a todas las autoridades estatales y en todos los ámbitos de la responsabilidad, siendo una garantía para los administrados, con la consecuente obligación para el Estado de repetir contra sus agentes, cuando la administración pública haya resultado condenada y se demuestre la culpa grave o el dolo de los mismos.

5.2. DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR DAÑOS DERIVADOS DEL EJERCICIO VOLUNTARIO DE FUNCIONES DE DEFENSA Y SEGURIDAD

En cuanto a los daños sufridos por quienes dentro de la estructura del Estado desempeñan funciones de alto riesgo, relacionadas directa o indirectamente con la defensa y seguridad del mismo, tal y como ocurre con los miembros de las Policía y el Ejército Nacional, vinculados de manera voluntaria, la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha dicho que en estos casos, por regla general, la responsabilidad del Estado no se ve comprometida en razón a que tales daños se producen con ocasión de la relación laboral que los vincula con el mismo Estado, salvo, que se logre demostrar la configuración de una falla en el servicio o el sometimiento a un riesgo excepcional.

Tal postura quedó esbozada en sentencia del 26 de febrero de 2009⁸ así:

“Sin duda alguna, la vinculación profesional a un cuerpo de seguridad como la Policía Nacional, implica la existencia de unos riesgos que se deben asumir, este deber, sin embargo, deja de existir cuando con una conducta negligente e indiferente de la institución, se pone a su personal en una situación de indefensión y por ende constitutiva de una falla del servicio, que impone el deber patrimonial de responder en nombre del Estado colombiano, en los términos del artículo 90 de la Constitución”.

La cual fue posteriormente reiterada el 3 de diciembre de 2014⁹ así:

“De acuerdo con el mismo precedente, el común denominador del daño antijurídico reclamado como consecuencia de la muerte o de las lesiones de un miembro de las fuerzas armadas, es el de la “exposición a un elevado nivel de riesgo para la integridad personal”. Esto indica pues, que quien ingresa voluntaria o profesionalmente a las fuerzas armadas, está advertido que debe afrontar situaciones de alta peligrosidad, entre las que cabe encuadrar el eventual enfrentamiento con la delincuencia. En ese sentido, el precedente de la Sala indica que las fuerzas militares y los cuerpos de seguridad del estado “se encuentran expuestos en sus actividades operativas de inteligencia, o en general, de restauración y mantenimiento del orden público...conllevan la necesidad de afrontar situaciones de alta peligrosidad, entre ellas, el eventual enfrentamiento con la delincuencia de la más diversa índole o la utilización de armas...”

⁸ Exp. 31842. CP. Enrique Gil Botero.

⁹ Exp. 26737. CP. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Como consecuencia de lo anterior, se establece un régimen prestacional especial, que reconoce la circunstancia del particular riesgo a que se somete todo aquel que ingresó voluntaria y profesionalmente a lo que se agrega, que esto llevará a que se active la denominada “indemnización a for-fait”, lo que no excluye la posibilidad de que pueda deducirse la responsabilidad y por tanto la obligación de reparar el daño causado, si se demuestra que el daño fue causado por falla del servicio o por exposición de la víctima a un riesgo excepcional.

(...)

Cuando se concreta un riesgo usual surge el derecho al reconocimiento de las prestaciones y de los beneficios previstos en el régimen laboral especial...sin que en principio resulte posible deducir responsabilidad adicional del estado por esta razón de la producción de los consecuentes daños, a menos que se demuestre que los mismos hubieren sido causados...por una falla del servicio o riesgo excepcional”.

Así las cosas, solamente habrá lugar a declarar patrimonialmente responsable al Estado colombiano, por los daños infringidos a miembros de sus cuerpos armados, cuando los mismos, a pesar de tener relación con las funciones a cargo de los organismos, tengan como causa determinante una falla en el servicio o la ocurrencia de un riesgo excepcional o distinto al que estuvieren sometidos los demás miembros de la respectiva fuerza, vinculados a través de la misma modalidad –voluntaria-.

DE LO PROBADO EN EL PROCESO.

Al expediente fue allegado el siguiente material probatorio relevante:

- Registro civil de defunción del señor EDILSON JOSE SARMIENTO CANTILLO, según el cual, su deceso se verificó el 13 de noviembre de 2014. (Fl. 41).
- Oficio 1311 del 22 de julio de 2016, mediante el cual, el Director de Preservación de la Integridad y Seguridad del Ejército informa que, el Cartucho de Seguridad por la vida se implementó desde el 22 de septiembre de 2005 y que consiste en un dispositivo plástico inerte con una palanca que se carga manualmente en el fusil Gail, convirtiéndose en una herramienta de control visual que le permite al Comandante y/o a los servicios internos, verificar que el personal no porte el fusil con cartucho de guerra en la recámara, evitando el disparo en forma accidental. (Fls. 224 y ss)
- Copia del expediente prestacional del señor EDILSON JOSE SARMIENTO CANTILLO, dentro del cual reposan entre otras:
 1. Informativo administrativo por muerte No. 007/2014 del 18 de noviembre de 2014, perteneciente al Batallón de Infantería No. 17 GR Domingo Caicedo de Chaparral Tolima, según el cual, “*De acuerdo a informe presentado por el CP RUALES VELA EDINSON, comandante de la primera sección del primer*

pelotón de la Compañía A, adscrito a esta Unidad Táctica, en cumplimiento a la orden de operaciones Faraón misión táctica Napoleón, antes de iniciar el ensayo del plan de reacción y contra ataque se escucha una discusión fuerte de palabras entre el SLP SAENZ MOTA FREDY y el SLP SARMIENTO CANTILLO EDILSON JOSE, desconociéndose la causa y motivo por el cual se había iniciado la discusión, citado suboficial manifiesta haberles ordenado que pararan la discusión, continuaron con la discusión más fuerte, el SLP SAENZ le dice al SLP SARMIENTO “catre hijueputa” y el SLP SARMIENTO le responde “La gran puta de su madre” en ese momento el SLP SAENZ con su arma de dotación le apunta al SLP SARMIENTO disparándole en varias ocasiones. El SLP SARMIENTO fue trasladado al Hospital del municipio de San Antonio donde fue atendido por urgencias y debido a la gravedad de las lesiones falleció el SLP SARMIENTO CANTILLO EDILSON JOSE.”. (Fl. 248).

2. Resolución No. 0148 del 9 de enero de 2015 según la cual, con cargo al presupuesto del Ministerio de Defensa Nacional, se reconoce pensión de sobrevivientes a MARILUZ GONZALEZ ARENAS y HEILEN DAJHANNA SARMIENTO, en su condición de compañera permanente e hija respectivamente, del fallecido SARMIENTO CANTILLO EDILSON JOSE. (Fls. 257 y ss).
3. Informe suscrito por el comandante de la Sección Apolo 11 el 14 de noviembre de 2014, según el cual, *“Siendo las 23:30 horas aproximadamente me encontraba reunido con los soldados de apolo 11 organizando y recordando los puestos de reacción en caso de ataque a las instalaciones donde se efectuaría el ensayo del plan de reacción y contra ataque de acuerdo a lo ordenado por el cdte de pelotón. Al estar impartiendo las respectivas ordenes escucho una discusión entre el SLP SARMIENTO CANTILLO EDILSON y el SLP SAENZ MOTTA FREDY, desconociendo el motivo del altercado me acerco hacía ellos y les llame la atención diciéndoles que dejaran el problema a un lado que íbamos a comenzar con el ensayo; ellos hacen caso omiso a lo que les digo y continúan insultándose muy alteradamente. En uno de los insultos el SLP SAENZ MOTTA FREDY le dice a SARMIENTO “catre hijueputa” respondiéndole el fallecido “la gran puta de su madre” y es ahí donde el SAENZ MOTTA FREDU apunta con el fusil al SLP SARMIENTO disparándole en varias ocasiones. Al momento de los primeros disparos me encuentro en medio de los mencionados donde por pocos centímetros soy alcanzado por los proyectiles. De inmediato tomo al SLP SAENZMOTTA FREDY por su brazo y el chaleco gritándole que no le dispare más y tratando de quietarle el fusil, descarga otros disparos sobre el SLP Sarmiento quien se encontraba ya en el piso herido...”*. (Fls. 266 y ss).
- Copia de la investigación disciplinaria seguida en contra del SLP SAENZ MOTA FREDY por los hechos acaecidos el 13 de noviembre de 2014 en San Antonio, en los cuales perdiera la vida el también SLP SARMIENTO CANTILLO EDILSON JOSE, dentro de la cual reposan entre otras:

1. Auto de apertura. (Fl. 273 y ss).
2. Declaración rendida por el SS FAGUA QUIROZ MAURICIO, informando que para el día de los hechos se encontraba con el pelotón apolo 1 en la base de San Antonio, realizando operaciones de control territorial del área y que *“siendo las 23:00 horas se procede a levantar al personal y dar inicio con el plan de reacción, se distribuye el personal y se procede a pasar revista de ellos, siendo aproximadamente las 23:30 escuche varios disparos hacía la parte occidental de la base y se procede a verificar la situación y al llegar al punto el SLP SARMIEMTO CANTILLO EDILSON se encuentra herido e inmediatamente se llama al enfermero SLP LEON NIÑO EDILBERTO a prestarle los primeros auxilios, al ver que la situación se complica se procede a llamar a la ambulancia del pueblo pero al ver que no llegaba se procede a llevar al soldado en una camilla al Hospital de San Antonio al mando del CP Ruales, minutos más tarde nos informan vía telefónica que el soldado fallece,. En ese momento se le recoge el armamento al SLP SAENZ MOTTA y se leen los derechos del capturado.”*. Al preguntársele si sabía si existía algún problema entre los soldados SARMIEMTO y SAENZ manifestó que no y que el comportamiento de éste último era bueno “no ponía problema para nada”. (Fl. 352)
3. Informe rendido por el SS FAGUA QUIROZ MAURICIO en relación con la muerte del SLP SARMIEMTO (Fl. 353) coincidente con su declaración.
4. Informe suscrito por el MY WILMAR MARIN RAMIREZ quien en relación con los hechos objeto de debate indicó: *“...A las 23:30 aproximadamente se escucha un rafagazo en dirección parte occidental de la base, se va inmediatamente a verificar la situación de esos disparos y al llegar al sitio se encuentra al SIP EDILSON SARMIEMTO CANTILLO herido por arma de fuego atendido por el SIP EDILBERTO LEON NIÑO, enfermero, quien le presta los primeros auxilios. Llamo al CP EDISON RUALES YELA le pido explicaciones del evento ya que el suboficial se encontraba con el personal reunido y me informa que el SIP SARMIEMTO hizo una chanza de mal gusto al SIP FREDDY SAENZ MOTTA y posterior a eso hubo unos insultos. El SIP SAENZ carga su arma de dotación personal de forma voluntaria y le dispara al SIP SARMIEMTO causándole varias heridas...”*. (Fl. 353).
5. Informe suscrito por el TE VARGAS MATAMOROS JOSUE JAIR, quien en relación con los hechos objeto de debate manifestó: *“...Siendo aproximadamente las 23:30 horas escucho unos disparos sobre el sector sur occidental de la base y procedemos a verificar la situación, al llegar al punto se encuentra al SLP SARMIEMTO CANTILLO EDILSON herido siendo atendido por el SLP LEON NIÑO EDILBERTO, enfermero APOLO 1. Al ver la situación del soldado procedo a llamar la ambulancia del hospital de San Antonio y al ver que no llega se procede a llevar al soldado herido hacía el centro médico donde minutos más tarde me informan vía telefónica su muerte...Se verifica la situación con el persona del soldados de apolo 1 quienes manifiestan que el soldado que le disparó a su compañero fue el SLP*

SAENZ MOTTA FREDDY y que realizó esta acción al disgustarse con su compañero por unas chanzas que no le gustaron, propinándole varios disparos en diferentes partes del cuerpo...”. (Fls. 354 y ss).

6. Registro de actuaciones y desempeños significativos correspondientes al SLP SAENZ MOTTA FREDY en el cual se consignaron múltiples conceptos positivos respecto del mismo, en relación con la ética militar y sus condiciones personales, resaltando su lealtad, abnegación, su actitud y disposición de colaboración, entre otras. (Fls. 367 y ss).

- Copia del protocolo de necropsia del occiso EDILSON SARMIENTO CANTILLO, en el que se concluyó que su muerte fue por heridas por proyectil de arma de fuego (carga única de alta velocidad) y la manera de muerte, homicidio. (Fl. 4 y ss Cuad. Pruebas Dte).
- Copia auténtica del proceso penal seguido en contra del señor FREDY SAENZ MOTTA dentro de la cual reposan entre otras:

1. Informe ejecutivo FPJ 3 en el cual se indican las labores adelantadas en relación con el deceso del señor EDILSON SARMIENTO CANTILLO, tales como inspección a lugares y entrevistas. (Fls. 8-10 Cuad. Pruebas Dte).

2. Acta de derechos del capturado. (Fl. 20 Cuad. Pruebas Dte.)

3. Audiencia de legalización de captura, formulación de imputación de cargos e imposición de medida de aseguramiento al señor FREDY SAENZ MOTTA. (Fls. 21 y ss).

4. Entrevista de MARIA NUBIA SAENZ, MARIA DEL TRANSITO BERMUDEZ CASTRO, MANUEL CAICEDO MURCIA, NAYIVE AIDE ARDILA DIAZ y MILLER ALDANA HERNANDEZ, quienes al unísono manifestaron conocer al señor FREDY SAENZ MOTTA y a su familia, describiendo al primero como una persona trabajadora, educada, calmada, que no le gustaba meterse en problemas. Así mismo, los entrevistados aseveraron que el señor SAENZ MOTTA cuando se encontraba de permiso, iba a la finca de su familia a trabajar con su papá y hermano, tiempo durante el cual refieren jamás haberlo visto portando un arma. (Fls. 30-34).

5. Escrito de acusación en contra del señor FREDY SAENZ MOTA. (Fls. 44 y ss).

6. Entrevista rendida por MAURICIO FAGUA QUIROZ, sargento segundo del Ejército Nacional quien en relación con los hechos indicó: *“Siendo las 23 horas procedo a levantar al personal para dar inicio al plan de reacción y contra ataque al igual que el CP RUALES YELA EDINSON distribuyo mi personal y procedo a pasar revista. Siendo aproximadamente las 23:30 escucho varios disparos sobre el sector sur occidental de la base y*

procedemos a verificar la situación y al llegar al punto se encuentra al SLP SARMIENTO CANTILLO EDILSON herido siendo atendido de inmediato por el enfermero SLP LEON NIÑO EDILBERTO quien le presta los primeros auxilios. Al ver la situación se procede a llamar a la ambulancia del Hospital de San Antonio y al ver que no llega se lleva al soldado herido donde minutos más tarde me informan vía telefónica que el fallecimiento del soldado. Se verifica la situación con el personal de soldados y con el cabo primero RUALEZ quien me manifiesta que tenía al personal de soldados reunidos para efectuar el plan de reacción cuando estos dos soldados empezaron una discusión por una chanza de mal gusto e insultándose el SLP SAENZ MOTTA FREDY con su arma de dotación le propina varios disparos en diferentes partes del cuerpo al SLP SARMIENTO...”. (Fls. 47 y 48).

7. Entrevista del soldado profesional EDILBERTO LEON NIÑO, informando en relación con los hechos que *“...el día de ayer 13/11/2014 siendo aproximadamente las 23:30 horas yo me encontraba en mi cambuche alistándome para dar cumplimiento a un plan de reacción ordenado por mi Mayor Marín...en ese momento escuche varios disparos al parecer de fusil, de inmediato reaccione y alisté mi botiquín para estar listo ante cualquier tipo de situación que se presentara y casi de inmediato empezaron a gritarme y llamarme “enfermero, enfermero”, yo salí corriendo del cambuche y observe el lugar de donde me estaban llamando y me dirigí hacia allí y encontré al soldado SARMIENTO botado en el piso y herido y por tal motivo inicie rápidamente a tratar de controlarle la hemorragia de una de sus piernas y proceder a canalizarlo para compensarle la pérdida de sangre...yo únicamente hice lo que estuvo a mi alcance para tratar de salvarle la vida a mi compañero y no sabía que era lo que había pasado, tiempo después escuche que otro soldado le había disparo pero desconozco los motivos...”. (Fls. 50-51).*
8. Entrevista de EDINSON RUALES YELA, cabo primero del Ejército quien en relación con los hechos afirmó: *“...Siendo las 23: 30 horas me encontraba reunido con los soldados profesionales de APOLO 11 organizando y recordando los puestos de reacción ...al estar impartiendo las respectivas ordenes escucho una discusión entre el SLP SARMIENTO CANTILLO EDILSON y SLP SAENZ MOTTA FREDY, desconociendo el motivo del altercado me acercó hacia ellos y les llamé la atención diciéndoles que dejaran el problema a un lado que íbamos a comenzar con el ensayo; ellos hacen caso omiso a lo que les digo y continúan insultándose muy alteradamente. En uno de los insultos el SLP SAENZ MOTA le dice al SLP SARMIENTO “catre hijueputa” respondiéndole el fallecido “la gran puta de su madre” y es ahí donde el SAENZ MOTTA FREDU apunta con el fusil al SLP SARMIENTO disparándole en varias ocasiones. Al momento de los primeros disparos me encuentro en medio de los mencionados donde por pocos centímetros soy alcanzado por los proyectiles. De inmediato tomo al SLP SAENZMOTTA FREDY por su brazo y el chaleco gritándole que no le dispare*

más y tratando de quietarle el fusil, descarga otros disparos sobre el SLP Sarmiento quien se encontraba ya en el piso herido...”. (Fls.52 y 53).

9. *Informe pericial de balística forense practicado sobre el proyectil recuperado del cuerpo del SLP fallecido SARMIENTO CANTILLO, a partir del cual se pudo establecer que el mismo fue disparado por un arma de fuego tipo fusil de igual calibre, con cañón de ánima de seis estrías con rotación hacía la derecha, entre los que se encuentra la marca GAIL. (Fls.59 y ss).*
10. *Entrevista del soldado profesional HENRY BUITRAGO informando en relación con los hechos: “...A Saenz lo distinguí más o menos en febrero de este año, es un buen soldado, callado, demasiado callado, no era indisciplinado, que haya visto que problemático no...Para esa noche muy a las 11 en punto nos reunimos en el punto para hacer ejercicio el grupo como tal, en ese momento fue cuando yo escuche la discusión entre los dos individuos SAENZ y SARMIENTO, porque sonó un pedo que se le tiró SARMIENTO y comenzó la discusión, el uno, o sea SAENZ le decía porque no respetaba no le enseñaron a respetar y el otro le respondió es mi culo y yo me cagó donde sea, y ahí escuche unas palabras que creo que era SAENZ que le decía a SARMIENTO pues sáquelo gonorrea, no sé a qué se refería, fue cuando escuche un madrazo por parte de SARMIENTO y al instante sonaron los disparos...En una ocasión anterior habían tenido un altercado SAENZ y SARMIENTO porque SARMIENTO se le había tirado un pedo y SAENZ le dijo mi drago o no me acuerdo, pero respetuosamente, eso si para que, le dijo no haga eso, eso está mal hecho y el otro se le rio. El man SARMIENTO...cargaba un cuchillo...”. (Fl. 72)*
11. *Entrevista de WILSON JONEL JIMENEZ PARRA, soldado profesional indicando en relación con los hechos: “Conocer a SAENZ como tal no porque llevaba tres meses trabajando con el, un pelado muy callado, con el solo cuestión de trabajo...Ese día estuvimos en el pueblo en una seguridad, llegamos como a las 10 de la noche...al llegar a la base nos informan que tenemos que levantarnos a las 11 de la noche para un plan de reacción, entonces estábamos reunidos esperando la orden de mi cabo RUALES para ubicarnos cada quien en su respectivo sitio, todo empezó porque SARMIENTO se tiró un pedo, lo puedo decir porque cerca a el, entonces SAENZ le dice que si no le había enseñado a respetar, se lo dijo de buena manera y SARMIENTO le dice que el culo era de el, en esas palabras y que el se los tiraba donde le diera la gana. Empiezan a discutir y a tratarse mal y ahí fue cuando mi cabo RUALES se acerca a tratar de calmarlos y yo me retiro un poco, ahí fue cuando de lejitos escuche que le dice SAENZ a SARMIENTO sáquelo hijueputa pero no se a que se refería y cuando le dice eso SARMIENTO le nombra a la mamá y eso en cuestión de segundos es que suenan los disparo...Sarmiento cargaba un cuchillo que no dejaba para nada... Hacía como un mes o un mes largo SARMIENTO se tiró un pedo cuando estábamos almorzando SAENZ le dice que porque le falta al respeto*

pero de muy buena manera y GUARIN también le dijo que no hiciera eso que estaba mal...”. (Fl. 73)

12. Entrevista al soldado profesional CARLOS MAURICIO GUARIN NARANJO, quien en relación con los hechos de la demanda dijo: “...Si yo a SAENZ lo distingo hace varios años se puede decir que desde que entró de profesional, una persona muy culta, seria, para mi excelente soldado...Ese día habíamos estado de seguridad en el pueblo y mi cabo nos dijo que a las 11 de la noche íbamos hacer un plan de reacción. Llegamos como a las diez pasadas a la base a San Antonio...A las 11 mi cabo RUALES nos comenzó a llamar y a reunirnos para saber que íbamos a hacer. Los muchachos comenzaron a salir y SAENZ con SARMIENTO quedaron juntos, yo estaba como a 4 metros de ellos, cuando SARMIENTO se le tiró un pedo a SAENZ y SAENZ le dijo que lo respetara que porque tenía que cagarsele a el, que si no le habían enseñado educación en su casa, se lo dijo respetuosamente, no guache, entonces SARMIENTO le dijo que el culo era de él y que el se cagaba donde fuera y tanto el uno como el otro llegaron a palabras grotescas y la verdad es que SARMIENTO hizo como un movimiento porque el tenía el fusil hacía el lado derecho y el mueve el brazo derecho hacía la cintura como buscando algo y es cuando SAENZ le dice pues sáquelo gonorreá hijueputa porque SARMIENTO lo ofendía y le decía malas palabras, eso fue lo que se vio y después SAENZ le dispara...En una ocasión estábamos almorzando y SARMIENTO paso y se le tiro un pedo prácticamente a SAENZ en la cara porque el estaba sentado en la silla táctica...”. (Fl. 74).
13. Entrevista del soldado profesional FERNEY DE JESUS CARMONA CLAVIJO informando en relación con los hechos: “Nosotros el día de los hechos llegamos de montar seguridad en el pueblo, nos dieron la orden que a las once de la noche teníamos un ensayo de plan de reacción y mi cabo nos tenía reunidos y ahí fue cuando SARMIENTO se tiró un pedo estando al lado de FREDY, quien le dijo mi dragoneante respete que me imagino que en su casa le enseñaron buenos modales, el se lo dijo en forma pasiva, nadie pensaba que era un problema. SARMIENTO le respondió que el se pediaba donde a él se le diera la gana, SAENZ le dijo que lo respetara que el también era un ser humano y ahí fue donde inicio las palabras fuertes de SARMIENTO a FREDY, le dice hijueputa el culo es mio y yo me cago donde se me de la gana, FREDY le respondió que mas hijueputa el, en esas llega mi cabo a calmar el problema, mi cabo RUALES le decía que dejara la maricada quieta que se calmaran los dos, en esas mi cabo se regresó y ellos siguieron, SARMIENTO le dice a SAENZ que el no era más hombre que el, SAENZ le respondió que hijueputa y en ese instante no vi que maniobra hizo SARMIENTO porque estaba oscuro y lo único que daba reflejo era un bombillo y ahí fue cuando SAENZ le dice sáquelo gran hijueputa y entonces hubo silencio y SAENZ se estaba alejando y fue cuando SARMIENTO le insulta la mamá a SAENZ y es cuando se escuchan los disparos...”. (Fl. 75)

14. Sentencia del 26 de octubre de 2016, mediante la cual, el Juzgado Penal del Circuito de Chaparral Tolima, condena al señor FREDY SAENZ MOTTA como autor responsable del homicidio simple cometido en estado de ira a quien en vida respondía al nombre de EDILSON JOSE SARMIENTO CANTILLO. (Fls. 134 y ss).

- Despacho comisorio adelantado por el Juzgado Promiscuo de Pivijay-Magdalena, a través del cual se recepcionaron los siguientes testimonios (CDS Fls. 107 del Cuad. Pruebas Dte):

a) **Adolfo Sierra**, informando que conoció al señor EDILSON JOSE SARMIENTO CASTILLO, porque era sobrino de la “mujer” de uno de sus hermanos; que al momento de su muerte su núcleo familiar estaba conformado por sus padres y 3 hermanos; que tenía una niña con una “muchacha” pero no sabía si vivían juntos. Refirió que el señor SARMIENTO CASTILLO era una persona responsable, respetuosa y muy amigable; que cuando llegaba a Pivijay se quedaba donde sus tías. Indicó que antes de su deceso se desempeñaba como soldado profesional del Ejército Nacional pero que no sabía el lugar en el que prestaba sus servicios ni cuánto ganaba. Refirió que conocía a todos sus tíos maternos y procedió a señalar sus nombres: Alfredo, Elinda, Edit, Obdulio y Yolanda Cantillo; sostuvo que eran 11 tíos maternos y que todos son cuñados de su hermano. También indicó conocer a algunos de los tíos paternos del fallecido, entre ellos a Susana Sarmiento que es su vecina; a Marta Sarmiento y a una tía menor que no recuerda su nombre. Adujo que el difunto era bastante familiar y que tenía entendido que ayudaba económicamente a sus padres. Sostuvo que, con su deceso, se produjo afectación sentimental y económica a su núcleo familiar.

b) **Carmen Ana Montero**, informando que conoció al señor EDILSON JOSE SARMIENTO CANTILLO, desde que era pequeño; que al momento de su deceso aquél era soldado profesional del Ejército Nacional pero que desconoce cuánto devengaba. Indica que conocía más a su familia por el lado paterno. Aseveró que en el barrio le decían al fallecido el “nene”. Refirió que para el momento de su deceso vivía con su esposa en Ibagué pero que siempre estaba pendiente de su familia, especialmente de su abuela y de su madre, pero también de sus tíos. Manifestó que conoció 3 hermanos del difunto y que conoció también a los Sarmiento, que era la familia paterna de aquél; que distingue a la madre del fallecido EDILSON JOSE pero que no tiene relación cercana con ella. Indicó que antes de su fallecimiento, el señor SARMIENTO CANTILLA tenía una excelente relación con su familia, que era un buen hijo; que él ayudaba a su familia y que socializaba mucho con las personas.

Al preguntársele por los nombres de los familiares del occiso, el testigo indicó que conocía a sus tías Marta, Edit y Susana Sarmiento, Aleida, Cipriano, Edilson que era el papá y la señora Teotilde que era la abuela. De sus primos, mencionó a Kelly, Javier y Catherine Gómez. En cuanto a las relaciones

familiares del difunto, indicó que era excelente persona, que era buen hijo, hermano, sobrino, que siempre visitaba a su familia y estaba prestó a colaborarle.

Describió al fallecido como una persona buena, carismática. Indicó que muchas veces lo vio en Pivijay. Finalmente aseveró que con su muerte, su familia sufrió mucho porque el ayudaba económicamente a sus padres, a su abuela y a su esposa, al punto que cuando recibía su sueldo, según lo manifestó el testigo, le decía que enviara dinero a su familia en Pivijay.

c) **Estrella Margot Orozco**, informando que conoce a Teresa de Jesús Cantillo, a Edilson Amador y Teotilde Amador Cantillo, que son tíos del fallecido; que el núcleo familiar del occiso Edilson José Sierra Cantillo, estaba conformado por la señora Teresa que era su mamá, el señor Edilson que era su padre y sus hermanos Isabel, Helmer y Wilfar Sarmiento; manifestó que el fallecido tenía un hijo con una muchacha pero que desconocía sus nombres. Aseveró que el fallecido tenía una buena relación con sus padres y que les colaboraba; manifestó también, que el señor Edilson José para el momento de su fallecimiento era soldado profesional del Ejército. Al preguntársele por los nombres de los familiares del obitado refirió: Su madre era Teresa de Jesús Cantillo, el padre era Edilson Amador Sarmiento Palma, tenía tíos paternos que eran Susana, Marta, Edith y Anuar Sarmiento. De los tíos maternos conozco a Carmen Helena, Erilda, Evis, Obdulio, Ana y Sara, Cantillo. Manifestó que con el deceso del señor Edilson José su núcleo se vio afectado no solo emocionalmente por lo trágico de su deceso, sino también a nivel económico porque el ayudaba a su familia.

d) **Gilberto Cantillo**, informando que conoció al señor Edilson José Sarmiento Cantillo, porque fueron vecinos y que al momento de su deceso, aquél fungía como soldado del Ejército Nacional; lo describió como una persona amigable; indicó que su relación familiar era buena, es decir, que tenía una convivencia sana al interior de su familia; que prácticamente se criaron todos en la casa de la abuela paterna. Manifestó que el fallecido cada 6 meses y cada fin de año iba Pivijay y se quedaba en la casa de la abuela, con las tías, pero que en el interior en donde trabajaba, vivía con su esposa e hijo. Al preguntársele por el nombre de los padres del fallecido, el testigo aseveró que su padre era Edilson Sarmiento y su madre Teresa Cantillo; que tenía dos hermanos Wilfran y Geotiste; así mismo, indicó que conoce a los tíos del fallecido y procedió a nombrarlos así: Edit, Martha Sarmiento, Edilson, Cipriano Sarmiento, Armando, Anuar Sarmiento. Por parte materna indico conocer a su madre y a Obdulio, su tío.

Indicó que el señor Edilson José cuando visitaba Pivijay se reunía con sus primos y amigos a jugar fútbol. Finalmente, aseveró que su núcleo familiar se vio afectada con su muerte, porque era muy querido al interior del mismo.

e) José de Jesús Polo, informando que conoció al señor Edilson desde muy pequeño porque siempre estaban en la vecindad; afirmó compartir amistad con su familia. Manifestó que el señor Edilson José llevaba una vida armoniosa familiar con sus tíos paternos y maternos, que siempre que visitaba Pivijay iba a la casa de su abuela. Al preguntársele por la conformación de la familia del difunto aseveró que su madre era Teresa de Jesús Cantillo y su padre era Edilson Sarmiento; que tenía dos hermanos Wilfran y Teotiste Sarmiento Cantillo y que aparte de ellos, había un medio hermano de padre llamado Helmer Sarmiento. En cuanto a sus tíos maternos afirmó conocer a Carmen Elena Cantillo, Isabel Cantillo, Alfredo Cantillo, Manuel Cantillo y de los paternos indicó conocer a Marta y Susana Sarmiento.

Manifestó saber que, para el momento de su muerte, el señor Edilson se desempeñaba como soldado profesional y además, que ya había conformado un hogar, pero que desconocía si tenía hijos.

Refirió que el fallecido Edilson José cuando visitaba Pivijay siempre compartía con sus tíos, amigos y vecinos y que le gustaba jugar fútbol. Finalmente, indicó que la muerte de Edilson afectó a toda su familia porque era un familiar muy querido.

f) Sofanor Hurtado, informando que la señora Martha Sarmiento le pidió el favor que fuera su testigo en relación con el conocimiento de su sobrino, el fallecido señor Edilson, afirmando que efectivamente lo conoció porque fueron vecinos y en la infancia jugaban juntos; indicó que las relaciones familiares del señor Edilson eran buenas porque no había problemas o discusiones; que para cuando el lo conoció, vivía en la casa que era vecina de la suya, con sus papás, hermanos, su abuela, sus tíos y primos.

Al preguntársele por el nombre de los familiares del hoy occiso indicó: Su padre es Edilson, su tío Armando, sus tíos Ciprian Sarmiento, Edit y Martha Sarmiento, Susana y leila Sarmiento, también esta su primo Edwin Caballero hijo de Marta, Aleili hija de Edith y los hermanos del occiso Wilfran y Teotiste. La abuela del difunto era la señora Teotiste. A la madre del occiso aseveró no conocerla.

Manifestó que cuando el señor Edilson llegaba a Pivijay compartía con sus familiares y amigos y que le gustaba jugar fútbol. Por último, expresó que con la muerte del señor Edilson su familia se vio afectada.

ANÁLISIS DEL DESPACHO

Para el asunto bajo análisis se encontró probado el **daño**, toda vez que aparece debidamente acreditado el deceso del soldado profesional EDILSON JOSE SARMIENTO CANTILLO, con el registro civil de defunción, así como también, con el

protocolo de necropsia, ambos, visibles a folios 41 del Cuad. Ppal. y 4 del Cuad. Pruebas Dte, respectivamente.

En cuanto a la **imputación** de ese daño a la parte accionada se refiere, habrá de señalarse que, tal y como se indicó párrafos atrás, por regla general, cuando el daño es provocado con armas de dotación oficial, es aplicable un régimen objetivo por riesgo excepcional. Sin embargo, tal título de imputación se emplea cuando quien soporta el daño es un particular, pero, cuando ese daño recae en personas que desempeñan funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, como ocurre en este caso, tales como los militares y agentes de policía, el escenario cambia, toda vez que, en principio, estos deben soportar los daños que constituyan la materialización de los riesgos inherentes a la misma actividad y sólo habrá lugar a su reparación integral cuando la causa de los mismos sea constitutiva de falla del servicio, o cuando se somete al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar los demás miembros de la institución que ejerzan la misma actividad.

Así lo dijo el H. Consejo de Estado¹⁰:

“(...) quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares, agentes de policía o detectives del DAS, asuman los riesgos inherentes a la misma actividad y están cubiertos por el sistema de la indemnización predeterminada o automática (a forfait), establecida en las normas laborales para el accidente de trabajo o en las previsiones especiales que cobijan a los conscriptos. Sólo habrá lugar a la reparación cuando dicho daño se haya producido en los siguientes eventos:

*a. **Por falla del servicio.** A este respecto, dijo la Sala Plena en sentencia del 13 de diciembre de 1983, expediente No. 10.807:*

“1. La doctrina, en el caso de accidente sufridos por agentes del Estado ha sostenido como norma general que la víctima no puede pretender más reparación de los derechos a la pensión de que es titular en virtud de su estatuto laboral. La aplicación de esta regla llamada ‘Forfait de la pensión’ naturalmente hace referencia a los daños sufridos por un funcionario en ejercicio de sus funciones y en forma común. Por esta razón, el régimen de prestaciones suele estar en armonía con la actividad que se cumple. Así al asumir mayores riesgos profesionales se tiene derecho a una mayor protección prestacional. En el caso de los militares, por ejemplo, este principio se cumple, no sólo destinando un régimen de mayores prestaciones dados sus riesgos especiales sino también un régimen de excepción para soldados y oficiales ubicados en zonas especialmente peligrosas. En principio el régimen de indemnizaciones refleja estas ideas. Si las heridas o la muerte sufrida por un militar son causadas dentro del servicio que prestan, las prestaciones por invalidez o muerte las cubren satisfactoriamente. Tal es el caso

¹⁰ Sentencias de 5 de diciembre de 2006, exp, 20 621 M.P. Ruth Stella Correa Palacio y de 10 de agosto de 2005, exp, 16.205, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

del militar que sufre lesiones en combate o el agente de policía que muere en la represión del delito.

*2. No obstante cuando el daño se produce en forma independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio, **sino que han sido causadas por falla del servicio, el funcionario, o el militar, en su caso, que las sufre o sus damnificados tienen derecho a ser indemnizados en su plenitud...***

*(...) **También se dan los casos en que los hechos exceden los riesgos propios de ejercicio:** tal es el caso del militar que perece en accidente de tránsito debido a falta de sostenimiento del vehículo oficial que lo transporta, o el militar que perece en accidente de avión debido a que éste fue defectuosamente reparado por el servicio de mantenimiento. **En todos estos casos la actividad propia del militar no juega ningún papel y su no indemnización plena rompería el principio de la igualdad de los ciudadanos ante la ley.***

“(...) No sería justo que la calidad de servidor público prive a un ciudadano del derecho de recibir la protección propia del Estado y de ser indemnizado por las fallas del servicio, bien por acción o bien por omisión”¹¹.

***b. Cuando se someta al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar sus demás compañeros.** Ha considerado la Sala que cuando se expone al funcionario a un riesgo mayor se vulnera el principio de igualdad frente a las cargas públicas y hay lugar a la indemnización plena o integral de los perjuicios causados. Así, en providencia del 3 de abril de 1997, expediente No. 11.187, se precisó:*

*“Valga precisar en cuanto al riesgo que asumen quienes se vinculan a las fuerzas armadas, que ese riesgo cobija a todos los integrantes por igual. **Solo cuando alguno de ellos es puesto en circunstancias que intensifican el riesgo puede hablarse de que se rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas.** Pero el principio de la igualdad siempre debe mirarse referidos a quienes se encuentran en condiciones de igualdad, en este caso frente a los demás miembros del cuerpo armado”.*

Al amparo de las anteriores precisiones jurisprudenciales y conforme al caudal probatorio antes relacionado, para el Despacho es claro que la muerte del soldado profesional EDILSON JOSE SARMIENTO CANTILLO, resulta imputable al Ejército Nacional, por las razones que a continuación pasan a exponerse:

Está acreditado que en el municipio de San Antonio – Tolima, el 14 de septiembre de 2014, aproximadamente a las 23:30 horas, en las instalaciones del Batallón de Infantería No. 17 GR Domingo Caicedo, antes de dar inicio al ensayo del plan de reacción y contra ataque en desarrollo de la operación FARAON misión táctica NAPOLEON, se encontraban reunidos los soldados profesionales del pelotón Apolo 1,

¹¹ Se verificó también la inexistencia de dicha falla, entre otras, en sentencias del 12 de diciembre de 1996, Exp. 10.437; del 28 de agosto de 1997, Exp: 10.021 y del 3 de mayo de 2001, Exp: 12.338.

incluidos los señores EDILSON JOSE SARMIENTO CANTILLO (q.e.p.s) y FREDDY SAENZ MOTTA, entre quienes se presentó una discusión, que culminó con el deceso del primero de los mencionados, a causa de los disparos que le propinara el segundo con su fusil de dotación oficial. (Fls. 234 y ss Cuad. Ppal. 2).

Igualmente, está acreditado que el SLP SAENZ MOTTA FREDY tenía su fusil de dotación cargado, incumpliendo así las ordenes impartidas al respecto, en relación con mantener el mismo con el cartucho de seguridad. Así lo refirió el Comandante Sección Apolo 11 en el informe levantado en relación con los hechos objeto de debate al indicar que:

“...En el momento del accidente, el SLP SAENZ MOTTA FREDY tenía su fusil de dotación cargado, donde incumplió de acuerdo a las órdenes de carácter permanente de las respectivas ordenes del día de mantener su fusil con el cartucho de seguridad”. (Fl. 237 del Cuad. Ppal.).

Ciertamente, dentro del proceso está comprobado que para la época de los hechos, año 2014, el Ejército Nacional ya había adoptado el uso del cartucho de seguridad como dispositivo ideado por dicha institución para prevenir incidentes por disparos accidentales, dispositivo que debe ser usado por puestos de mando, unidades tácticas, bases fijas, compañías de instrucción, retenes o áreas de vivac, e inclusive en áreas de operaciones y durante actividades que incluyen el servicio de guardia, centinela, seguridad, ejercicios de reacción y ceremonias, tal como lo informó mediante oficio allegado a este proceso por el Director de Preservación de la Integridad y Seguridad del Ejército. (Fls. 224 y ss)

Y es que según se desprende de la orden de operaciones No. 090 Napoleón del 1° de noviembre de 2014, obrante a folios 299 y siguientes, en cuyo desarrollo se encontraban para el momento de los hechos, los para ese entonces, soldados profesionales EDILSON JOSE SARMIENTO CANTILLO (q.e.p.s) y FREDDY SAENZ MOTTA, la implementación del cartucho de seguridad no era una medida ajena al pelotón Apolo 1 al que pertenecían aquellos, puesto que dentro de las instrucciones de coordinación se consignó expresamente: ***“ No. 15 Pasar revista constantemente del armamento, que este el cartucho de seguridad, no debe haber cartucho en la recámara del fusil para evitar accidentes...”***.

Ahora bien, tal orden era perfectamente clara para los soldados del pelotón Apolo 1, puesto que según se consignó en el formato informe de patrullaje visible a folios 319 y ss del Cuad. Ppal. 2, en relación con la misión NAPOLEON, al pelotón de la Compañía Apolo se le dio una explicación detallada y minuciosa sobre la misión que se iba a ejecutar, dentro de la cual se encontraba comprendido como se precisó párrafos atrás, lo atinente al cartucho de seguridad.

Todo lo anterior, permite concluir que el 13 de noviembre de 2014, a altas horas de la noche, momentos antes de que los soldados del Pelotón Apolo 1 ejecutaran el ensayo el plan de reacción y contra ataque, en desarrollo de la misión NAPOLEON y sin que mediara una situación de riesgo o combate que los obligara a reaccionar, entre los

soldados profesionales EDILSON JOSE SARMIENTO CANTILLO (q.e.p.s) y FREDDY SAENZ MOTTA, se presentó un altercado, y, este último al portar su fusil cargado y desatender las instrucciones que sus superiores le habían impartido en el manejo de las armas, disparó mortalmente al soldado SARMIENTO CANTILLO.

De lo anterior se desprende sin duda alguna, la desatención a la directriz del Ejército Nacional en cuanto a la utilización del denominado cartucho de seguridad o cartucho de la vida para efectos de garantizar la integridad de los militares en condiciones fuera de combate.

Por tanto, corroborada la existencia de una falla del servicio atribuible al Ejército Nacional, porque se contravino la directiva emanada de la misma institución, en virtud de la cual, las armas deben tener instalado el respectivo cartucho de seguridad en todo momento, excepto cuando las tropas tengan el enemigo a la vista, debe decirse que esta falla fue determinante en la producción del daño -muerte del soldado profesional SARMIENTO CANTILLO-, pues este no se habría producido si el fusil asignado al también soldado profesional SAENZ MOTTA hubiera tenido instalado el cartucho de seguridad cuyo uso era obligatorio; pero por el contrario, en el presente caso, se comprobó que el mencionado fusil se encontraba cargado y desasegurado.

Para el despacho, el sucumbir a manos de un compañero de la institución no puede bajo ninguna óptica asumirse como un riesgo propio del servicio y tampoco la entidad puede desligarse de la actividad desarrollada por uno de sus agentes en contra de su compañero, en desarrollo de actividades propias del servicio, para determinar que se trata de una conducta personal que no le compromete, pues precisamente el uso adecuado y autorizado de las armas durante la prestación del servicio, constituye su actividad misional y es dicha garantía la que compromete su responsabilidad.

Así las cosas, habiéndose hallado configurados los elementos que estructuran la responsabilidad estatal al amparo del artículo 90 de la Constitución, pasará el Despacho a resolver lo atinente a la indemnización de perjuicios.

INDEMNIZACIÓN DE PREJUICIOS

➤ De los perjuicios morales.

La reparación del daño moral tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas con el daño. Dicho padecimiento, se presume respecto de sus seres queridos más cercanos, en atención a las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, entendida la familia como núcleo básico de la sociedad.

Nuestro Órgano de Cierre, en reciente jurisprudencia ha sugerido los montos o topes indemnizatorios con base en los cuales se deben imponer condenas con ocasión a perjuicios morales¹², así:

“A fin de que en lo sucesivo, se indemnicen 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.”.

Conforme a la misma sentencia de unificación, 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, y finalmente, para el nivel 5 deberá ser probada la relación afectiva.

En este caso, se solicita el reconocimiento de este tipo de perjuicio de la siguiente manera:

¹² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera – Sala Plena. Consejero Ponente: Consejera ponente: Olga Mérida Valle de La Hoz. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014). Radicación número: 50001-23-15-000-1999-00326-01(31172)

Nombre	Parentesco	Monto
TERESA DE JESÚS CANTILLO POLO	MADRE (Fl. 39).	100 SMLMV
EDILSON AMADOR SARMIENTO PALMA	PADRE (Fl. 39)	100 SMLMV
TEOTISTE ISABEL SAMIENTO CANTILLO	HERMANA (Fl. 50)	50 SMLMV
WILFRAN SARMIENTO CANTILLO	HERMANO (Fl. 59)	50 SMLMV
ELMER DAVID SARMIENTO YANCY	HERMANO (Fl. 66)	50 SMLMV
ANNIE FONTALVO SARMIENTO	SOBRINA (Fl. 53)	35 SMLMV
NICOLAS DAVID ROMERO SARMIENTO	SOBRINO (Fl. 56)	35 SMLMV
WENDY VANESSA SARMIENTO DAGER	SOBRINA (Fl. 62)	35 SMLMV
EDILSON JOSE SARMIENTO DAGER	SOBRINA (Fl. 64)	35 SMLMV
CARMEN ELENA CANTILLO POLO	TIA (Fl. 71)	35 SMLMV
CARLOS ALBERTO CANTILLO POLO	TIO (Fl. 75)	35 SMLMV
OBDULIO ALBERTO CANTILLO POLO	TIO (Fl. 78)	35 SMLMV
YOLANDA ESTHER CANTILLO POLO	TIA (Fl. 80)	35 SMLMV
ALFREDO RAFAEL CANTILLO POLO	TIO (Fl. 83)	35 SMLMV
JOSE DAVID CANTILLO POLO	TIO (Fl.87)	35 SMLMV
MANUEL MARIA CANTILLO POLO	TIO (Fl. 90)	35 SMLMV
EVIS MARIA CANTILLO POLO	TIO (Fl. 92)	35 SMLMV
SARA OLGA CANTILLO POLO	TIA (Fl. 95)	35 SMLMV
ANA VICTORIA CANTILLO POLO	TIA (Fl. 98)	35 SMLMV
ERILDA ISABEL CANTILLO POLO	TIA (Fl. 101)	35 SMLMV
ARMANDO JULIO SARMIENTO FERREIRA	T/PRIMO	35 SMLMV
CIPRIANO JOSE SARMIENTO FERREIRA	T/PRIMO (Fl. 112)	35 SMLMV
ANUAR MANUEL SARMIENTO FERREIRA	T/PRIMO (Fl. 115)	35 SMLMV
SUSANA ISABEL SARMIENTO FERREIRA	T/PRIMO (Fl. 118)	35 SMLMV
LEIDA LUZ SARMIENTO FERREIRA	T/PRIMO (Fl. 121)	35 SMLMV
EDIT ISABEL SARMIENTO PALMA	T/PRIMO (Fl. 124)	35 SMLMV
MARTA CECILIA SARMIENTO PALMA	T/PRIMO (Fl. 127)	35 SMLMV
GLENDA MARGARITA POLO CANTILLO	PRIMO (103)	25 SMLMV
JESUS DAVID POLO CANTILLO	PRIMO (Fl. 106)	25 SMLMV
JANER DAVID MEJIA CANTILLO	PRIMO (Fl. 109)	25 SMLMV
FRANCISCO SEGUNDO YEPES CANTILLO	PRIMO	25 SMLMV
MAXIMO SEGUNDO YEPES CANTILLO	PRIMO	25 SMLMV
YORCELIS YEPES CANTILLO	PRIMO	25 SMLMV
AYDA LUZ YEPES CANTILLO	PRIMO	25 SMLMV
LIBARDO ELIAS YEPES CANTILLO	PRIMO	25 SMLMV
RITA JOSEFA CANTILLO ACOSTA	PRIMO	25 SMLMV
OBDULIO JOSE CANTILLO ACOSTA	PRIMO	25 SMLMV
ROBERTO LUIS SALAS CANTILLO	PRIMO	25 SMLMV
RITA ISABEL SALAS CANTILLO	PRIMO	25 SMLMV
EDWIN JOSE CABALLERO SARMIENTO	PRIMO (Fl. 130)	25 SMLMV
ALEIDYS IESBEL GOMEZ SARMIENTO	PRIMO (Fl. 133)	25 SMLMV

Teniendo en cuenta que para los niveles 3 y 4 en los que se encuentran los tíos, primos y sobrinos, conforme a la sentencia de unificación, se requiere para acceder al reconocimiento de perjuicios morales en caso de muerte, además de la prueba que acredite el parentesco, la prueba de la relación afectiva, desde ya deberá advertir el Despacho que, frente a las siguientes personas se denegará el reconocimiento del precitado perjuicio, habida consideración que no acreditaron tales presupuestos:

En el caso de los demandantes que a continuación se mencionan, el reconocimiento del precitado perjuicio se denegará, **toda vez que no se acreditó siquiera el respectivo parentesco con la víctima.**

FRANCISCO SEGUNDO YEPES CANTILLO
MAXIMO SEGUNDO YEPES CANTILLO
YORCELIS YEPES CANTILLO
AYDA LUZ YEPES CANTILLO
LIBARDO ELIAS YEPES CANTILLO
RITA JOSEFA CANTILLO ACOSTA
OBDULIO JOSE CANTILLO ACOSTA
ROBERTO LUIS SALAS CANTILLO
RITA ISABEL SALAS CANTILLO
ARMANDO JULIO SARMIENTO FERREIRA

En lo que respecta a los siguientes demandantes, de igual forma, se denegará el reconocimiento de suma dineraria alguna por concepto de perjuicio moral, habida consideración que aunque acreditaron la prueba del estado civil o lo que es lo mismo, el parentesco con la víctima, no ocurrió igual en cuanto a la demostración de la relación afectiva para con la misma.

Y es que si bien, para tal efecto la parte demandante petitionó como prueba la recepción de varios testimonios, los cuales efectivamente fueron recaudados, lo cierto es que los declarantes se limitaron en sus relatos a indicar que conocían a los miembros de la familia del hoy fallecido EDILSON JOSE SARMIENTO CANTIILLO y/o a mencionar los nombres de algunos de sus tíos tanto paternos como maternos o incluso, también de algunos de sus primos, su sola mención, no le permite a este Despacho tener por demostrada la relación afectiva a la que se refiere el H. Consejo de Estado en la precitada sentencia de unificación, a efectos de reconocer perjuicios morales en los niveles 3 y 4 respectivamente, puesto que cuando se alude a ello lo que se pretende significar es que debe acreditarse que entre el reclamante y la víctima había una cercanía y unos lazos afectivos y de unidad y cariño.

ANNIE FONTALVO SARMIENTO
NICOLAS DAVID ROMERO SARMIENTO
WENDY VANESSA SARMIENTO
EDILSON JOSE SARMIENTO DAGER
GLENDA MARGARITA POLO CANTILLO
JESUS DAVID POLO CANTILLO
JANER DAVID MEJIA CANTILLO
CARLOS ALBERTO CANTILLO POLO
JOSE DAVID CANTILLO POLO
EDWIN JOSE CABALLERO SARMIENTO
ALEIDYS ISABEL GOMEZ SARMIENTO
CARMEN ELENA CANTILLO POLO
CARLOS ALBERTO CANTILLO POLO
OBDULIO ALBERTO CANTILLO POLO
YOLANDA ESTER CANTILLO POLO
ALFREDO RAFAEL CANTILLO POLO
JOSE DAVID CANTILLO POLO

MANUEL MARIA CANTILLO POLO
EVIS MARIA CANTILLO POLO
SARA OLGA CANTILLO POLO
ANA VICTORIA CANTILLO POLO
ERILDA ISABEL CANTILLO POLO
CIPRIANO JOSE SARMIENTO FERREIRA
ANUAR MANUEL SARMIENTO FERREIRA
SUSANA ISABEL SARMIENTO FERREITA
EDIT ISABEL SARMIENTO PALMA
MARTHA CECILIA SARMIENTO PALMA

Por lo anterior, el reconocimiento de perjuicios morales por la muerte del señor EDILSON JOSE SARMIENTO CANTILLO, se efectuará exclusivamente respecto de los siguientes demandantes, porque conforme a la jurisprudencia en cita, cumplieron los presupuestos para tal efecto, así:

TERESA DE JESÚS CANTILLO POLO	MADRE (Fl. 39).	100 SMLMV
EDILSON AMADOR SARMIENTO PALMA	PADRE (Fl. 39)	100 SMLMV
TEOTISTE ISABEL SAMIENTO CANTILLO	HERMANA (Fl. 50)	50 SMLMV
WILFRAN SARMIENTO CANTILLO	HERMANO (Fl. 59)	50 SMLMV
ELMER DAVID SARMIENTO YANCY	HERMANO (Fl. 66)	50 SMLMV

Finalmente, y en lo que se refiere al reconocimiento de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante a favor de los señores TERESA DE JESÚS CANTILLO POLO y EDILSON AMADOR SARMIENTO PALMA, en su condición de padres de la víctima, ha de indicar esta instancia que el mismo será denegado, no solo porque no se demostró la dependencia económica de aquellos frente al mismo, así como tampoco una enfermedad o incapacidad, sino también, porque se estableció que el señor EDILSON JOSÉ, para el momento de su deceso tenía más de 25 años¹³, no era hijo único¹⁴ y ya había conformado su propio hogar¹⁵.

COSTAS

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 188 del C.P.A.C.A., salvo en los procesos donde se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las disposiciones del Código de Procedimiento Civil, hoy C.G.P.

A su turno, el artículo 365 del C.G.P., fija las reglas para la condena en costas, señalando en su núm. 1º que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso. Por su parte, el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, señala los parámetros para su fijación.

Así las cosas, se condenará en costas de primera instancia a la PARTE DEMANDADA, siempre y cuando se hubieren causado y en la medida de su comprobación. Por

¹³ Fls. 39 y 41 del Cuad. PPal.
¹⁴ Fls. 50 y ss del Cuad. Ppal.
¹⁵ Fls. 257 y ss del Cuad. Ppal.

Secretaría se tasarán incluyendo en la liquidación el equivalente a dos (02) Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes por concepto de agencias en derecho de conformidad con el Acuerdo No. PSAA16-10554 agosto 5 de 2016 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura.

En mérito de lo expuesto el Juzgado Cuarto del Sistema Oral Administrativo de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLÁRESE a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional administrativa y patrimonialmente responsable por la muerte del señor EDILSON JOSÉ SARMIENTO CANTILLO (q.e.p.d), en las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se consignaron en la parte motiva de esta decisión.

EN CONSECUENCIA de lo anterior,

SEGUNDO: CONDÉNASE a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional a pagar, por concepto de perjuicios morales las siguientes sumas de dinero:

TERESA DE JESÚS CANTILLO POLO	MADRE (Fl. 39).	100 SMLMV
EDILSON AMADOR SARMIENTO PALMA	PADRE (Fl. 39)	100 SMLMV
TEOTISTE ISABEL SAMIENTO CANTILLO	HERMANA (Fl. 50)	50 SMLMV
WILFRAN SARMIENTO CANTILLO	HERMANO (Fl. 59)	50 SMLMV
ELMER DAVID SARMIENTO YANCY	HERMANO (Fl. 66)	50 SMLMV

TERCERO: CONDÉNASE en costas de esta instancia a la demandada. Tásense, tomando en cuenta como agencias en derecho la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO: NIÉGUENSE las demás pretensiones de la demanda.

QUINTO: A la presente sentencia se le dará cumplimiento en los términos de los artículos 192 y 195 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

SEXTO: En aras del acatamiento de éste fallo, expídase al extremo demandante copia con constancia de ser aquella que presta mérito ejecutivo.

SÉPTIMO: ORDÉNASE la devolución de los remanentes que por gastos del proceso consignó la parte demandante, si los hubiere.

RADICADO N°:
MEDIO DE CONTROL:
DEMANDANTE:
DEMANDADO:
Sentencia de primera instancia

73001-33-33-004-2016-00066-00
REPARACIÓN DIRECTA
TERESA DE JESUS CANTILLO POLO Y OTROS
NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL

OCTAVO: Ejecutoriado el presente fallo, archívese el expediente, previas las anotaciones de rigor.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



**SANDRA LILIANA SERENO CAICEDO
JUEZA**