



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ

Ibagué, ocho (8) de mayo de dos mil veinte (2020)

RADICADO	73001-33-33-006-2016-00366-00
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE:	MILVIA YULIETH RAMÍREZ VALDERRAMA y OTROS
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
ASUNTO:	FALLA EN EL SERVICIO – MUERTE SOLDADO PROFESIONAL EN COMBATE

I. ANTECEDENTES

Surtido el trámite legal y de conformidad con lo establecido en el artículo 179 y 187, del C.P.A.C.A., se procede a dictar sentencia en el proceso que en ejercicio del medio de control de reparación directa promovieron los señores **MILVIA YULIETH RAMÍREZ VALDERRAMA** en nombre propio y en representación de **LUZ ESTRELLA AVILEZ RAMÍREZ y ÁNGEL ESTIVEN AVILEZ; y JUAN DAVID AVILEZ SANDOVAL** representado judicialmente por la señora **INGRI LORENA SANDOVAL** en contra de la **NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL**.

1. PRETENSIONES

1.1 Que se declare que la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL** es administrativamente responsable por los perjuicios morales, materiales, y daño a la vida de relación causados a **los accionantes** como consecuencia de la muerte del señor **ROBERTH ARTURO AVILEZ ACOSTA** en hecho ocurridos, el 10 de septiembre de 2014, en la Vereda San Isidro, corregimiento San José de las Hermosas, Jurisdicción del municipio de Chaparral, Tolima.

1.2. Como consecuencia de la anterior declaración, se condene a las accionadas al pago de los siguientes perjuicios:

1.2.1. Por concepto de perjuicios morales se reconozca y pague a cada uno de los demandantes el monto de 100 SMLMV.

1.2.2. Por concepto de daño a la vida de relación se reconozca a cada uno de los demandantes, la suma de \$20.000.000.00

1.2.3. Por concepto de perjuicios materiales:

1.2.3.1 *Lucro cesante*

1.2.3.2 PERJUICIOS MATERIALES PARA LA SEÑORA MILVIA YULIETH RAMIREZ VALDERRAMA

(...)

TOTAL, DE LA INDENMINZACION DEBIDA \$13.680. 000.00
TOTAL, INDEMNIZACION FUTURA\$109.442. 889.00
TOTAL, PERJUICIOS MATERIALES
PARA MILVIA JULIETH RAMIREZ VALDERRAMA.....\$123.123. 055.00

1.2.3.2 PERJUICIOS MATERIALES PARA LA MENOR LUZ ESTRELLA AVILEZ RAMIREZ

...

RESUMEN

DAÑO EMERGENTE\$ - 0 –
INDEMNIZACION DEBIDA\$ 4.560. 322.00
INDEMNIZACION FUTURA\$22.582. 428.00
TOTAL.....\$27.142. 750.00

1.2.3.3 PERJUICIOS MATERIALES PARA EL MENOR ÁNGEL ESTIVEN AVILEZ RAMIREZ

RESUMEN

DAÑO EMERGENTE\$ - 0 –
INDEMNIZACION DEBIDA\$ 4.560. 322.00
INDEMNIZACION FUTURA\$27.313. 622.00
TOTAL.....\$31.873. 944.00

1.2.3.4 PERJUICIOS MATERIALES PARA EL MENOR JUAN DAVID AVILEZ SANDOVAL

RESUMEN

DAÑO EMERGENTE\$ - 0 –
INDEMNIZACION DEBIDA\$ 4.560. 322.00
INDEMNIZACION FUTURA\$ 22.563. 631.00
TOTAL.....\$27.123. 953.00”

1.3 Que se ordene a la demandada, al pago de costas y agencias en derecho.

2. HECHOS

Como fundamento de las anteriores pretensiones, el apoderado judicial de los demandantes puso de presente los siguientes **hechos**:

2.1 Que el señor ROBERTH ARTURO AVILEZ ACOSTA nació el día 5 de mayo de 1981 y, convivía con la señora Milvia Yulieth Ramírez Valderrama desde el 11 de septiembre de 2005 y hasta el año de 2014 que falleció.

2.2 Que el señor Roberth Arturo Avilez Acosta era padre de Luz Estrella Avilez Ramírez, Ángel Estiven Avilez Ramírez y Juan David Avilez Sandoval.

2.3 Que el señor Avilez Acosta se incorporó al Ejército Nacional, como soldado profesional, y para la fecha de los hechos pertenecía al Batallón de Combate Terrestre No. 66, Adscrito a la Brigada Móvil No. 8, del Batallón de Artillería Tenerife, con sede en Neiva – Huila.

2.4 Que el día 10 de septiembre de 2014, el soldado profesional en compañía de sus compañeros de pelotón, se encontraba realizando labores de patrullaje, cuando al llegar a la altura de la Vereda San Isidro, corregimiento San José de las hermosas, Jurisdicción del municipio de Chaparral – Tolima, caminando hacia la parte alta de la montaña recorriendo el mismo camino que habían utilizado al bajar, el SP Avilez Acosta pisó una mina antipersonal, y seguidamente fueron atacados con tiros de fusil por integrantes del grupo guerrillero las FARC, perdiendo la vida el mencionado militar.

2.5 Que la escuadra a la que pertenecía Roberth Arturo Avilez Acosta no contaba con detector de metales ni perro detector de explosivos; y la mina antipersonal fue colocada por la guerrilla de las FARC después del paso del pelotón con la finalidad que explotara cuando regresaran, lo que sucedió luego que Avilez Acosta la pisara.

2.6 Aseguró que la muerte de Roberth Arturo Avilez constituyó una falla del servicio, dado que enviaron a la escuadra a un sector plagado de guerrilleros y minas antipersonales sin elementos de detección de metales o perros detectores de ellas.

3. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional** contestó la demanda (fl. 43-63), manifestando que se opone a las pretensiones de la demanda, argumentando que existe ausencia de responsabilidad en los hechos en que resultó lesionado el SP Roberth Arturo Avilez Acosta.

Como razones de defensa esbozó que, la víctima ingresó voluntariamente al Ejército Nacional, llevaba más 11 años como soldado profesional, lo que implica que no solo conocía, sino que aceptó los riesgos inherentes al ejercicio de la actividad. En ese sentido, aseguró que los elementos de prueba dan cuenta que el fallecimiento del señor Avilez Acosta fue en combate.

Propone como excepciones las de *“hecho exclusivo de un tercero, inexistencia de medios probatorios que endilguen responsabilidad a la entidad, riesgos propios del servicio y causa lícita”*.

4. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

4.1. Parte demandante. (Fls. 265-267)

La apoderada de la parte actora señaló que con los elementos de prueba que militan en el plenario, se demostró que la muerte del soldado profesional Avilez Acosta se produjo por haber pisado una mina antipersonal, que se encontraba en el camino, y no puso ser detectada debido a la falta de elementos para ello o perro detector de explosivos.

Señaló que, se acreditó que la accionada incumplió el deber normativo, al enviar a un grupo de soldados a una zona peligrosa (guerrillera) sin acompañamiento del grupo EXDE, que señala es obligatoria en todas las unidades. En ese sentido, aseguró que, la finalidad de dicho grupo es la detección de minas antipersonales, por lo que el hecho de no haber acompañado a la tropa el día de los hechos, lo que sometió a los soldados a un riesgo excepcional, toda vez que no pudieron inspeccionar el sector y detectar la existencia del explosivo.

Así mismo, sostuvo que la falla del servicio se materializó con la omisión de registrar el trayecto y detectar la mina antipersonal, razones por las cuales solicita se acceda a las pretensiones de la demanda.

4.2. Parte demandada.

La apoderada judicial en su alegaciones finales - folios 258-261, sostuvo que no es posible condenar al Ejército Nacional por los hechos en los que perdió la vida Roberth Avilez Acosta, por cuanto no se demostró la responsabilidad de la accionada en los hechos, en el entendido que su deceso ocurrió desarrollando tareas de mantenimiento del orden público, en cumplimiento de una misión institucional.

Señaló que, los elementos de prueba obrantes en el proceso dan cuenta que, el obitado pertenecía a un grupo especial que desarrollaba actividades en el sector en cumplimiento de la Misión Táctica “SIGOLOSO”; grupo que por su naturaleza y misión no le era viable llevar binomio canino.

Indicó que, el deceso del ya mencionado se produjo en el combate sostenido con integrantes del frente 21 de la ONT FARC, que los emboscó y atacó no solo con armas de fuego, sino que también utilizó artefactos explosivos, lo que en su sentir constituye actos propios del servicio.

Finalmente, consideró que no hay lugar al reconocimiento de perjuicios materiales, toda vez, que a través de Resolución No. 5827 del 26 de noviembre de 2014, se le reconoció pensión de sobrevivientes a los demandantes.

Con fundamento en los antes señalado solicita la entidad demandada se nieguen las pretensiones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DEL DESPACHO

5. PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Procede el despacho a determinar si, ¿la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional **es** administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios materiales e inmateriales causados a los demandantes como consecuencia de la muerte del soldado profesional ROBERTH ARTURO AVILEZ ACOSTA ocurrida en combate el 10 de septiembre de 2014 por la falla en el servicio consistente en la falta de acompañamiento de personal de explosivos en las labores desarrolladas en ejercicio de sus funciones?

6. TESIS QUE RESUELVEN EL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

6.1 Tesis de la parte accionante

Considera la parte actora, que la accionada es administrativamente responsable, por los perjuicios causados, pues la muerte de Roberth Arturo Avilez Acosta se dio en razón a que los superiores de este movilizaron a un grupo de soldados a una zona guerrillera sin medidas de seguridad y protección, como elementos de detección de minas antipersonales, lo que configuró una omisión, imputable a título de falla del servicio.

6.2. Tesis de la parte accionada

Manifestó que no es posible imputar responsabilidad al Estado por la muerte del señor Avilez Acosta, pues este era soldado profesional y su deceso se produjo en servicio activo, en cumplimiento de una misión institucional, y en un enfrentamiento con las ONT FARC, es decir en actos propios de servicio. En igual sentido, considera se pudo configurar el eximente de responsabilidad de culpa exclusiva de un tercero.

6.3. Tesis del despacho

Se negará lo pedido por los accionantes, como quiera que no se demostró la falla del servicio imputable al Ejército Nacional, pues la muerte de la víctima se produjo en actos del servicio como soldado profesional, en combate, y sin que fuera sometido a un riesgo superior o desproporcionado al asumido por él en sus labores diarias.

7. HECHOS PROBADOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

HECHOS PROBADOS	MEDIO PROBATORIO
1. Roberth Arturo Avilez Acosta tenía conformada unión marital de hecho con la señora Milvia Yulieth Ramírez Valderrama.	Documental. Resolución No. 5827 del 26 de noviembre de 2014 (Fl.172-173 cuaderno principal). Testimonial: Declaración de las señoras Xiomara Lisseth Medina Perdomo y Norma Constanza Perdomo Peña. (Audiencia de pruebas, 6 de septiembre de 2018, CD folio 236)
2. Que Avilez Acosta es padre de Luz Estrella Avilez Ramírez., Ángel Estiven Avilez Ramírez y Juan David Avilez Sandoval.	Documental. Copia registros civiles de nacimiento seriales Nos. 40539968, 55104053, y 40167584. (fls. 5 a 8).
3. Que la víctima se encontraba vinculado al Ejército Nacional, primero como soldado regular, y desde el 25 de febrero de 2003, como soldado profesional DIPER, y dado de alta el 10 de septiembre de 2014, causal: muerte en combate o por accion directa del enemigo.	Documental: Constancia de tiempo de servicio expedida por la Sección atención al usuario DIPER, del Ejército Nacional. (fls. 181, Cdno principal)
4. Que el señor Avilez Acosta falleció el 10 de septiembre de 2014.	Documental: Registro Civil de Defunción visible a folio 4 del cuaderno principal
5. Que el 10 de septiembre de 2014, siendo aproximadamente las 5:45 horas, tropas agregadas operacionalmente al Batallón Infantería No. 17 “Gral. Domingo Caicedo” en cumplimiento de la misión táctica “SIGILOSO” en coordenadas (035509-754144) en la vereda San Isidro corregimiento de San José de las Hermosas municipio Chaparral – Tolima, durante el combate de encuentro con terroristas del frente 21 ONT FARC causándole la muerte al soldado profesional (Q.E.P.D) AVILEZ ACOSTA ROBERT ARTURO... ... C. IMPUTABILIDAD DE ACUERDO AL DECRETO 4433 DEL 31-12-2004 LA MUERTE DEL SOLDADO PROFESIONAL (Q.E.P.D) AVILEZ ACOSTA ROBERTH ARTURO ... OCURRIO ARTICULO 19. MUERTE EN COMBATE.	Documental: Informe administrativo por muerte, No. 007/2014, (Fls. 11, y, 125, 126 Cdno principal)
6. Que mediante Resolución No. 5827 del 26 de noviembre de 2014, el Ejército Nacional reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual de sobrevivientes a favor de Milvia Yulieth Ramírez Valderrama, Luz Estrella,	Documental: Resolución No. 5827 del 26 de noviembre de 2014. (Fl. 172, 173, Cdno principal)

Ángel Estiven Avilez Ramírez y Juan David Avilez Sandoval	
7. Que a partir del día 1 de septiembre de 2014, orgánicos de Batallón de Infantería de montaña No. 17, “General Domingo Caicedo” con sede en Chaparral se organizaron en unidades para el combate, 11 en total, con el fin de ejecutar operaciones de control territorial (proteger), mediante los métodos de registro, control militar de área, ocupación, control militar de área rural, control militar de área urbana y maniobras de emboscada, presión y bloqueo, infiltración, estratagemas y métodos de engaño, acciones sorpresivas, sobre los municipio de Chaparral, Ataco y San Antonio del departamento del Tolima, esto ante posibles acciones terroristas del frente 21 FARC.	Documental: Orden de operaciones No. 075/ “SIGILOSO”. (Fls.68-75, Cdo principal).
8. Que acuerdo al lugar de los hechos y persona al mando, el señor Avilez Acosta estaba asignado a la “PRIMERA SECCION SEGUNDO PELOTÓN COMPAÑÍA “C” (BACOT 66), al mando ST DEHARQUIZ LEON SAID organizado (01-02-15 efectivos), sobre el sector de San Isidro, El Cairo, San José, la Alemania del Corregimiento las Hermosas, municipio de Chaparral – teniendo como tareas asignadas “... Realiza reconocimiento del área asignada bloqueando los corredores de movilidad y avenidas de aproximación, se debe tener en cuenta solo un dispositivo activo y dinámico que evita las acciones del enemigo, realiza registros esporádicos con maniobras de emboscada y movimientos de desubicación nocturnos realizando el plan hotel, ubicando puestos de observación sobre todas las sendas de aproximación a sus Bases de Patrulla Móvil, los puntos críticos establecidos mediante el análisis del terreno deben ser cubiertos con las armas de apoyo los factores (METTT-P) son los que determinan las tareas por hacer, debe trabajar las líneas de acción, sobre las veredas aledañas con el propósito de lograr desarticular las comisiones del frente 21, columna móvil Daniel Aldana y compañía de finanzas Manuelita Sáenz de las FARC”.	Documental: Orden de operaciones No. 075 “SIGILOSO”. (Fls.68-75, Cdo principal).
9. Que las circunstancias que rodearon los hechos sucedieron en desarrollo de la operación de control territorial “S. IGILOSO”, así: -El 9 de septiembre se recibe la información por parte del señor Mayor León Silva José Domingo de la presencia del tercer cabecilla	Documental: Informe patrullaje a la orden Faraón, orden fragmentaria “SIGILOSO”, unidad cobra 2, lapso de la operación 1 de septiembre -10 de septiembre 2014 (Fls. 116-118)

<i>del frente 21 quien se encontraba sobre el sector de san José, se reúne el personal y explica la intención, en las horas de la noche se inicia el movimiento con el personal de cobra 2 hacia la parte sur de la posición de la BOF se realiza un punto de disloque (sic) a 250 metros aproximadamente donde cobra 22 inicia movimiento hacia la parte sur occidente. Se cumple la intención del comandante del Batallón a las 04:00 horas se inicia movimiento hacia la BOF por orden de comandante del Batallón y aproximadamente a las 05:45 horas del 10 de septiembre a pocos metros de la BOF en coordenadas aproximados 03° 55'04'' 75° 41'44'' vereda San Isidro del corregimiento de San José de las Hermosas, municipio de Chaparral se tiene un combate de encuentro donde se presentan disparos y lanzamiento de AEI. Resultado inicialmente herido el soldado profesional Avilez Acosta Robert, ... Espitia Piraban Raúl y ST Deharquiz León Zaid, se les presta los primeros auxilios por parte del enfermero de combate pero minutos mas tarde muere el soldado profesional Avilez Acosta Roberth se continua el combate y minutos mas tarde llega un apoyo aéreo y nos apoyan por medio de ametrallamientos, aproximadamente a las 9:00 horas se realizó la extracción del soldado herido el soldado muerto hacia el sector de Chaparral Tolima donde nos brindan atención el personal del dispensario del Batallón Caicedo y luego nos remiten hacia la ciudad de Neiva.” Se reitera en el anexo del informativo de lesiones No. 007/2014</i>	-Radiograma resultados operacionales 4605 del 10 de septiembre de 2014. (fl.115) -Informe suscrito por el capitán Castañeda Cotamo Cesar – CDTE Compañía DRACO (Fl.126, Cdno principal)
10.Que los hechos acaecidos el 10 de septiembre de 2014, fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación quien a su vez inició las respectivas investigaciones penales, una bajo el radicado No. 731686000451201400506 del 10 de septiembre de 2014, por el delito Homicidio, Víctima ROBERTH ARTURO AVILEZ ACOSTA; y la otra, radicado No. 730016000432201402334 por utilización de medios y métodos de guerra ilícitos. Como información relevante se extractan del expediente radicado 2014 – 00506 los siguientes documentos: *Informe pericial de Necropsia No. 2014010173168000030 del 11 de septiembre de 2014. (fls. 28, Cdno 2)	Documental: Denuncia hechos 10 de septiembre de 2014, área general del corregimiento de San José de las Hermosas del Municipio de Chaparral – Tolima. (fls 127-152, Cdno Ppal) Investigación penal adelantada por la Fiscalía Segunda Especializada, bajo el No. 731686000451201400505. (Fls. 5 a 283, Cdno 2, Pbas parte demandante)

<i>CONCLUSION PERICIAL: El caso corresponde a soldado profesional quien sufre lesiones con artefacto explosivo en miembros inferiores con compromiso vascular a nivel de femoral profunda lo que ocasiona la muerte</i> <i>Causa básica de muerte: explosivos</i> <i>Manera de muerte: violento homicidio</i>	
11.Que los equipos de Explosivos y Demoliciones del Ejército Nacional cuentan con el siguiente material técnico para ubicar artefactos explosivos: a) <i>Detector de metales</i> b) <i>Equipo contra Artefactos Explosivos (ECAEX)</i> c) <i>Semoviente canino</i>	Documental: Oficio No. 20137800184871: MDN-CGFM-CE- JEM-CENAM-AJ
12. En relación con las circunstancias de modo tiempo, y lugar en que sucedieron los hechos, se recepcionó el testimonio del señor ANDY JOSE BARRIOS ARZUAGA, compañero de la víctima.	Testimonial: Soldado profesional Andy José Barrios Arzuaga. (CD audiencia de pruebas – 24 de abril de 2019, Fl.252)-.

9. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

De acuerdo con el artículo 90 constitucional, el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades; responsabilidad que se hace patente cuando se configura un daño antijurídico, entendido este, como aquel sufrido por un sujeto que no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio¹.

Así, el Consejo de Estado ha señalado que los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son en esencia el daño antijurídico, esto es la lesión patrimonial o extrapatrimonial sufrida por la víctima sin que tenga el deber de soportarla, y la imputación, como la atribución que de esa lesión se hace al Estado a partir de la acreditación de los títulos que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad.

10. DEL RÉGIMEN DE IMPUTACIÓN

En cuanto se refiere a la imputación, nuestro órgano de cierre ha precisado que, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, el artículo 90 de la Constitución Política no privilegió ningún régimen en particular, por lo que le corresponde al juez en cada caso acorde con los supuestos fácticos y jurídicos definir el título de imputación. Sobre el particular indicó:

¹ Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042; C.P. Enrique Gil Botero.

“En lo que refiere al derecho de daños (...) se observa que el modelo de responsabilidad estatal establecido en la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez la labor de definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte razones, tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción contenciosa ha dado cabida a la adopción de diversos “títulos de imputación” como una manera práctica de justificar y encuadrar la solución de los casos puestos a su consideración, desde una perspectiva constitucional y legal, sin que ello signifique que pueda entenderse que exista un mandato constitucional que imponga al juez la obligación de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas un determinado y exclusivo título de imputación. (...) el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado²”.

Ahora bien, la falla del servicio se ha reconocido como el título jurídico de imputación por excelencia cuando de lo que trata es de ejercer control de la acción del Estado ante el incumplimiento de una obligación a su cargo, y lo pretendido es el resarcimiento de los perjuicios derivados de un daño antijurídico ocasionado por el funcionamiento anormal de la administración que se concreta en la inobservancia de un deber legal, premisa frente a la cual si el Juez Administrativo debe ejercer control sobre una acción administrativa del Estado y si la reputada falla del servicio tiene el contenido de incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual³.

Precisamente, el Consejo de Estado en varias oportunidades se ha referido al régimen de falla del servicio para señalar que éste ha sido en nuestro derecho y continúa siendo el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria a cargo del Estado.⁴

Lo anterior, como quiera que de acuerdo con lo previsto en el artículo 2º de la Constitución, la razón de ser de las autoridades públicas es la de defender a todos los residentes en el país y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Omitir el cumplimiento de esas funciones no sólo genera responsabilidad personal del funcionario sino además responsabilidad institucional, que de ser continúa pone en tela de juicio su legitimación. Por lo tanto, el Estado debe utilizar todos los medios de que dispone para lograr que el respeto a la vida y demás derechos de las personas por parte de las demás autoridades públicas y particulares sea una realidad y no conformarse con realizar una simple defensa formal de los mismos.⁵

Frente a ello, ha precisado el Consejo de Estado:

² CE, Sección Tercera, Sala Plena. CP, HERNAN ANDRADE RINCON, diecinueve (19) de abril de dos mil doce (2012), Rad. No: 19001-23-31-000-1999-00815-01(21515).

³ Sentencias del 13 de julio de 1993, expediente No. 8163 y del 10 de marzo del 2011, expediente 17.738, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A Consejera ponente: GLADYS AGUDELO ORDOÑEZ Bogotá D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil once (2011) Radicación número: 66001-23-31-000-1999-03680-01(17520).

⁵ Sentencia de 15 de febrero de 1996. Consejo de Estado - Sección Tercera. Exp: 9940

“Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad. Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía⁶.”⁷

10.1. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS A MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA

El criterio para determinar la responsabilidad del Estado en este campo específico ha estado dominado por la noción de actividad riesgosa, para sostener que el personal militar, policial y afín, en el ejercicio de sus funciones, asumen una serie de riesgos propios del servicio.

En este sentido, a los miembros de los cuerpos de defensa y seguridad del Estado le es exigible el cumplimiento de deberes cualificados de defensa de la *“soberanía, independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”* al igual que les corresponde velar por el *“mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y las libertades públicas”* conforme a los postulados constitucionales contenidos en los artículos 217 y 218; es así como el cumplimiento de tales fines legítimos trae por consecuencia que en variados casos se exija de los miembros de los órganos de seguridad la ejecución de actividades que, en pro del bienestar general y la seguridad, revisten una amenaza de lesión a uno o varios intereses jurídicamente tutelados para los agentes del Estado.

A este respecto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que en cada caso deben precisarse las actividades que ejercen los miembros de la fuerza pública para determinar el nivel del riesgo al que se expone el agente del Estado, en los siguientes términos:

“también corresponde advertir que no todos los integrantes de la Fuerza Pública asumen los mismos riesgos y que por esa razón, a efectos de determinar en un evento concreto ese ‘riesgo profesional’, necesariamente ha de tenerse en cuenta la naturaleza de las funciones, la de las actividades y la

⁶ Sentencia del 30 de noviembre de 2006, expediente No. 14.880

⁷ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A Consejera ponente: HERNAN ANDRADE RINCON Bogotá, D.C., siete (7) de marzo de dos mil doce (2012) Radicación número: 25000-23-26-000-1996-03282-01(20042)

de la misión que al momento de los hechos le correspondía ejecutar, de conformidad con la labor escogida y la institución a la cual se vinculó.”⁸

En cualquier caso, es pertinente decir que los riesgos ordinarios que se presenten con ocasión de la actividad desplegada por los miembros de la fuerza pública no pueden ser de tal connotación que impliquen una renuncia de los derechos humanos y/o fundamentales; esto es, los mismos no pueden constituir una afectación desproporcionada a los derechos que les son inherentes al ser humano solo por la mera condición de serlo y ser partícipe de un Estado Social de Derecho; desde la perspectiva del test de proporcionalidad y a través de cada uno de sus subprincipios se observa:

- i) Que las actividades que despliega la fuerza pública son *idóneas* en tanto que persiguen la realización de un fin legítimo de orden constitucional expreso, como es la defensa de la soberanía, la libertad y el aseguramiento del ejercicio de los derechos y libertades públicas.
- ii) Los riesgos ordinarios asumidos por los miembros de la fuerza pública son *necesarios*, en tanto que, acorde a la realidad de nuestra sociedad, se hace imperiosa la existencia de cuerpos militares y policiales que hagan frente a las acciones tendientes a afectar el orden institucional, la democracia y los derechos y libertades de los individuos.
- iii) En el estadio de la proporcionalidad *stricto sensu* se tiene que los fines perseguidos corresponden a intereses de carácter difuso por cuanto no puede identificarse a una persona o grupo determinado como beneficiario y/o titular de tales prerrogativas, sino que los mismos residen en cabeza de todo el colectivo social. Empero, los derechos afectados con tales medidas son principalmente la vida e integridad física y mental de los miembros de la fuerza pública, que a su vez se constituyen en derechos inherentes al ser humano y que son reconocidos por diversos pactos de derechos humanos en el universo normativo.

En este orden de ideas se observa que por una parte, el reconocimiento y respeto por los derechos humanos se constituye como elemento básico en la construcción de los estados contemporáneos, pero a su vez, se tiene que, a partir de una perspectiva real, es condición necesaria que existan cuerpos armados del Estado que garanticen el orden institucional, las libertades y derechos de los ciudadanos.

De manera que, será proporcional y constituirá un riesgo ordinario asumido por los miembros de la fuerza pública los peligros que entrañe su función, siempre que i) la actividad desplegada esté acompañada de la adopción de las medidas técnicas y tácticas necesarias para la salvaguarda de sus derechos; ii) se enfrenten a riesgos anónimos, esto es, que sean generales y no que particularmente sean padecidos

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 4 de febrero del 2010, C.P.: Dr. Mauricio Fajardo Gómez, radicado: 27001-23-31-000-1998-00244-01(18371)

por un sujeto o grupo singular, y iii) se cuente con la formación profesional adecuada para afrontar los mismos.

Ahora bien, en consideración a las funciones que desempeñan los miembros de la fuerza pública y su exposición a riesgos especiales, se han adoptado medidas legislativas de orden laboral, fundadas en un criterio de igualdad material, en las cuales se establece un régimen diferenciado de prestaciones sociales, encontrándose entre ellas la denominada indemnización *a forfait*.

Respecto de la constitucionalidad de estas medidas, la jurisprudencia constitucional ha precisado:

“La existencia de prestaciones especiales a favor de los miembros de la fuerza pública, lejos de ser inconstitucionales, pretenden hacer efectivos los principios de igualdad material y equidad, a partir del establecimiento de unas mejores condiciones que permitan acceder a un régimen pensional más benéfico en tiempo, en porcentajes o en derechos, en aras equilibrar el desgaste físico y emocional sufrido durante un largo período de tiempo, por la prestación ininterrumpida de una función pública que envuelve un peligro inminente. Pero no se trata de reconocer privilegios o prerrogativas que desborden el contenido prestacional de la garantía a la seguridad social, es decir, la regulación especial que para el efecto establezca, debe enmarcarse dentro del fin constitucional que cumplen los preceptos superiores que la autorizan (C.P. artículos 150, numeral 19, literal e) y 217 y 218), y, además, debe ser proporcional a los hechos que le sirven de causa.”⁹

En este sentido el *forfait* de pensión o la indemnización *a forfait* se entiende como aquella prestación social especial, de carácter laboral, que se aplica en favor de los miembros de la fuerza pública cuando les sobrevienen graves lesiones o muerte con ocasión del cumplimiento de los actos de servicio, en otras palabras, cuando el acto lesivo ha tenido lugar en razón a los riesgos ordinarios que la función implica. Por tal razón, dicha figura jurídica no es asimilable con la indemnización de perjuicios que se decreta en sede judicial, pues mientras la primera opera por virtud de la ley y en razón a la existencia de una vinculación laboral especial, la segunda, esto es, la indemnización de perjuicios, tiene su aplicación en los casos en que se precise que el siniestro ha tenido lugar ora por una falla del servicio o bien por haber existido una conducta de la administración que generó una situación de riesgo excepcional para la víctima; por tal razón dichas figuras no son excluyentes ni tampoco la una afecta el reconocimiento y pago de la otra. Al respecto es preciso traer a colación la posición de nuestro órgano de cierre sobre la materia:

“De suyo, la relación laboral engendra una serie de derechos autónomos, independiente de que el funcionario o sus causahabientes, herederos o beneficiarios, según el caso, puedan invocar una indemnización plena y ordinaria de perjuicios en caso de lesión invalidante o de muerte; máxime cuando este resarcimiento pecuniario nada tiene que ver con esa prestación de servicios subordinados. [...] O sea, que a través de ese reconocimiento no se le está otorgando ninguna indemnización a esas personas, sino

⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-432/2004. M.P.: Dr. Rodrigo Escobar Gil.

simplemente pagándoles unas prestaciones sociales a las que tienen vocación por razón del nexo laboral de su causante. En cambio, la indemnización de perjuicios que se les reconoció separadamente en el proceso citado, tiene su origen y fundamento en la falla de servicio que produjo la muerte del Agente. O sea, que en el primer supuesto la obligación deviene de la ley y se sustenta en la relación laboral del causante; en el segundo, nace la responsabilidad que le compete a la Administración Pública en la muerte de aquel, por una falla del servicio. En ese orden de ideas, no es dable el descuento impetrado por la entidad recurrente.

“Si un agente del Estado con causa y por razón del ejercicio y por los riesgos inherentes a éste sufre accidente y sobrevive tiene derecho a las prestaciones laborales predeterminadas en la legislación laboral; pero si fallece son sus beneficiarios los que tienen el derecho a esas prestaciones. Este tipo de responsabilidad ha sido denominado “A forfait”. Pero, si el agente del Estado sufre un accidente por la conducta faliente o culposa de la misma persona que es su patrono pero en “forma independiente a la prestación ordinaria o normal del servicio” y/o “por fallas del servicio ajenas al trabajo profesional propio del agente” tiene derecho a solicitar la declaratoria de responsabilidad del Estado, por medio de la acción respectiva...”¹⁰

Con fundamento en las anteriores precisiones, se tiene que no todo aminoramiento a un derecho de un miembro de la fuerza pública en el ejercicio de sus funciones tiene la connotación para enervar, *per se*, la responsabilidad del Estado en razón a la protección legal de las contingencias ordinarias que surjan en contra de los miembros de la fuerza pública por medio de la indemnización *a forfait*¹¹, es por tal motivo, que se diluye la atribución al Estado de la responsabilidad por los daños causados en razón a que se ha afrontado un riesgo ordinario.

Por tal razón, para que sea procedente la imputación de responsabilidad del Estado por daños a miembros de la fuerza pública, es necesario demostrar que en la causación del daño antijurídico ha concurrido, a manera enunciativa, un desconocimiento de las reglas jurídicas y/o técnicas que reglan el ejercicio de la profesión riesgosa, que no se obró con la diligencia o el cuidado debido en la planeación de las acciones a emprender, que los medios de los que se dispone han sido defectuosos, o cualquier clase de acción u omisión que se consideren como constitutivas de falla del servicio¹².

Y por otra parte, el Consejo de Estado también ha acogido el criterio del riesgo excepcional como título de imputación en esta clase de asuntos, cuando se demuestre que el obrar de la administración ha sido legítimo, empero, en el

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 7 de agosto de 2000. C.P.: Dra. María Elena Giraldo Gómez. Radicado: 12544

¹¹ En este sentido: “El mismo ordenamiento jurídico, se ha encargado de establecer un régimen prestacional de naturaleza especial, que reconozca esa circunstancia de riesgo connatural a las actividades que deben desarrollar estos servidores públicos, cuando quiera que resulten lesionados o muertos en razón y con ocasión del cumplimiento de sus funciones, por lo cual se puede afirmar que, desde este punto de vista, los miembros de tales instituciones se hallan amparados de un modo que generalmente excede el común régimen prestacional de los demás servidores públicos, en consideración al riesgo especial que implica el ejercicio de las funciones a su cargo. [...] En esa medida, cuando el riesgo se concreta y el servidor público -agente de Policía, soldado, etc.- sufre lesiones o encuentra la muerte cuando se hallaba ejerciendo sus funciones y por razón de las mismas, surge el derecho al reconocimiento de las prestaciones sociales consagradas en el régimen laboral especial al que está sujeto...”. Sentencia de 3 de mayo de 2007. C.P.: Dr. Ramiro Saavedra Becerra. Radicado: 68001-23-15-000-1995-01420-01 (16200).

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de febrero del 2009, C.P.: Dr. Enrique Gil Botero. Radicado: 68001-23-15-000-1999-01399-01 (31842).

desarrollo de tales actuaciones se ha presentado una lesión para un miembro de la fuerza pública, como quiera que el acto dañoso ha afectado singularmente a un sujeto, ubicándolo en una situación de desproporcionada vulneración de derechos respecto de otros ciudadanos que comportan condiciones fácticamente análogas.

A partir de lo expuesto en precedencia, el presente asunto se analizará bajo la óptica del régimen subjetivo de responsabilidad, dada la calidad de soldado profesional de la víctima y la actividad desarrollada al momento de su deceso.

Así entonces, el Despacho analizará en primer lugar la existencia del daño, como primer elemento estructural de la responsabilidad, para seguidamente determinar sí el mismo resulta imputable a la accionada, de modo que, se procederá al estudio de cada uno de los elementos que estructuran la responsabilidad por falla del servicio.

11. DE LOS ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

11.1 EL DAÑO

En el presente caso, el daño consiste en la muerte del soldado profesional Roberth Arturo Avilez Acosta, el cual se corrobora con la copia del Registro Civil de Defunción indicativo serial No.9086434, en que se indica que falleció el 10 de septiembre de 2014¹³.

Igualmente, milita en plenario informe pericial de necropsia No. 2014010173168000030 del 11 de septiembre de 2014, que señaló: (...) **CONCLUSION PERICIAL:** *El caso corresponde a soldado profesional quien sufre lesiones con artefacto explosivo en miembros inferiores con compromiso vascular a nivel femoral profunda lo que ocasiona su muerte. Causa básica de muerte: explosivos. Manera de muerte: violento homicidio (...).*¹⁴

De acuerdo con los elementos de prueba citados se encuentra acreditado el daño alegado por los demandantes, que consiste en la muerte violenta del señor Avilez Acosta, a causa de un explosivo.

Determinado lo anterior, se procede a establecer si la muerte del Soldado profesional ROBERTH ARTURO AVILEZ ACOSTA es o no imputable a la accionada.

¹³Folio 4, Cdno 1

¹⁴Folio 28, Cdno 2 Pbas parte demandante

11.2 LA IMPUTACIÓN

Establecida la existencia de un daño antijurídico sufrido por los demandantes, es preciso entrar a estudiar el segundo elemento que corresponde a la imputación de ese daño al Estado.

Así las cosas, con los elementos de prueba que obran en el proceso se encuentra acreditado que:

-El señor Roberth Arturo Avilez Acosta prestó servicio militar en el Ejército Nacional desde el 05 de abril de 2001 y hasta el 15 de febrero de 2003; posteriormente, se incorporó como alumno soldado profesional DIPER, y a partir del 16 de abril de 2003 y hasta su deceso como soldado profesional, tiempo total de servicio 13 años 07 meses 24 días.¹⁵

-Que el señor Avilez Acosta (q.e.p.d) falleció en la Vereda San Isidro Corregimiento San José de las Hermosas, municipio de Chaparral, el 10 de septiembre de 2014, 05:45 horas, en desarrollo de una misión táctica, siendo calificada la misma como *“Muerte en Combate”*¹⁶.

En lo que atañe a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, se encuentra:

-La muerte del soldado profesional se produjo en desarrollo de la operación de control territorial No. 075 “SIGILOSO”, cuya misión a partir del 1 de septiembre de 2014, consistía en ejecutar operaciones de control territorial (proteger) mediante los métodos de registro, control militar de área, ocupación con técnicas de población civil en el área, control militar de área rural, control militar de área urbana y maniobras de emboscada, presión y bloqueo, infiltración, estratagemas y métodos de engaño, acciones sorpresivas, sobre los municipios de Chaparral, Ataco y San Antonio del departamento del Tolima, esto ante posibles acciones terroristas del frente 21 FARC .

- El 9 de septiembre de 2014, se recibe el siguiente informe de patrullaje a la orden Faraón – orden fragmentaria, “SIGILOSO” rendido por el señor ST Deharquiz Leon Zaid responsable de la primera Sección Segundo Pelotón Compañía “C” (BACOTT 66), quien presenció los hechos dado que al parecer comandaba la unidad Cobra 2:¹⁷

“por parte del señor Mayor León Silva José Domingo de la presencia del tercer cabecilla del frente 21 quien se encontraba sobre el sector de san José, se reúne el personal y explica la intención, en las horas de la noche se inicia el movimiento con el personal de cobra 2 hacia la parte sur de la posición de la BOF se realiza un punto de disloque (sic) a 250 metros aproximadamente donde cobra 22 inicia movimiento

¹⁵ Folio 181, Cdno Ppal

¹⁶¹⁶ Folio 11, Cdno Ppal

¹⁷ Folios 85-118, Cdno Ppal

hacia la parte sur occidente. Se cumple la intención del comandante del Batallón a las 04:00 horas se inicia movimiento hacia la BOF por orden de comandante del Batallón y aproximadamente a las 05:45 horas del 10 de septiembre a pocos metros de la BOF en coordenadas aproximados 03° 55'04'' 75° 41'44'' vereda San Isidro del corregimiento de San José de las Hermosas, municipio de Chaparral se tiene un combate de encuentro donde se presentan disparos y lanzamiento de AEI. Resultado inicialmente herido el soldado profesional Avilez Acosta Robert, ... Espitia Piraban Raúl y ST Deharquiz León Zaid, se les presta los primeros auxilios por parte del enfermero de combate pero minutos más tarde muere el soldado profesional Avilez Acosta Roberth se continua el combate y minutos más tarde llega un apoyo aéreo y nos apoyan por medio de ametrallamientos, aproximadamente a las 9:00 horas se realizó la extracción del soldado herido el soldado muerto hacia el sector de Chaparral Tolima donde nos brindan atención el personal del dispensario del Batallón Caicedo y luego nos remiten hacia la ciudad de Neiva.”

Del análisis de los anteriores medios de prueba, se establece que el Ejército Nacional con el fin de realizar una operación de control territorial en las veredas de los municipios de Chaparral, Ataco, y San Antonio, expidió la orden de operaciones No. 075 / SIGILOSO, la cual se empezó a ejecutar el 1 de septiembre de 2014, y tenía como objetivo transmitir a la población sensación de seguridad sin alterar el orden público; en desarrollo de dicha misión, el 09 de septiembre de 2014, el Soldado profesional Avilez Acosta en compañía de otros soldados inician movimiento hacia la parte sur de la posición de la BOF, dividiéndose en un punto los grupos y luego cuando se reúnen nuevamente para retornar al Batallón son sorpresivamente atacados con artefactos explosivos y disparos por integrantes de la guerrilla – FARC.

Se colige entonces que, la muerte del militar se produjo en actos del servicio, en desarrollo de una misión planificada, con roles establecidos y actividades determinadas y como consecuencia de un ataque sorpresivo de las FARC.

Ahora bien, como quiera que la parte actora fundamenta la falla del servicio en la ausencia de elementos de detección de minas antipersonales, es preciso traer a colación la declaración del señor ANDY JOSE BARRIO ARZUAGA, quien expuso en el presente medio de control las circunstancias de tiempo, modo y lugar del día de los hechos:

“... El día 10 de septiembre no tengo el año así claramente, salimos a un trabajo de área de campo, salió la patrulla donde iba Robert, la patrulla donde iba yo, llegamos a un punto la patrulla de Robert se quedó y la mía siguió a seguir el trabajo la misión encomendada y a las 4:30 de la mañana nos dieron la orden de regresarnos que ya no teníamos nada que hacer por ahí, porque ya no iba a pasar de pronto lo que estaban como esperando que pasara, entonces nos regresamos nos encontramos con la patrulla de Roberth nuevamente, arrancamos hacia o sea caminamos hacia el puesto de mando donde se encontraba mi mayor, en ese transcurso de camino, en ese camino que nosotros íbamos ehh la hora 5 no tengo la hora, fue entre las 5 y 40, 5:30 de la mañana, 5:20 en ese transcurso de tiempo sucedieron los hechos siguientes: Iba pues Robert, venía Rubén Cruz, seguía yo, cuando a la distancia pues se vieron 3 destellos de luz, que son bombas, minas, las activaron, activadas por el enemigo, pues, cuando entramos en contacto, eso fue una emboscada perpetrada por el enemigo que manejábamos en ese sector, que eran las FARC, la extinta FARC, el soldado Robert quedó tendido en el piso mientras nosotros repelíamos el ataque para que el enfermero lograra atenderlo como tenía que ser porque no podíamos llegar el enfermero que era el que podía atenderlo a él, siendo que Robert también era

enfermero él también cumplía con ese rol de enfermero, entramos en contacto continuo contra los subversivos que estaban ahí hasta que logramos llegar a Robert con el enfermero, cuando ya el enfermero llego pues yo me replegué hacia atrás, había un fuego, había fuego de ellos con otros dos compañero a repeler ese.... ataque para que no nos afectaran nuevamente cuando ya ahí dijeron que Robert había muerto, el enfermero pues hizo lo pertinente ya que no es médico, sino que es un enfermero que nos presta los primeros auxilios en el área de operaciones. **PREGUNTADO:** Don Andy infórmele al despacho si cuando sucedieron los hechos de modo tiempo y lugar tenían detectores de metales para poder prever esas minas antipersonales. **CONTESTO:** En el momento no llevábamos. **PREGUNTADO:** Infórmele al Despacho si tenían algún canino de detector de explosivos o algo para cubrir esas circunstancias. **CONTESTO:** En el momento no teníamos guías caninos ya que nosotros pertenecemos a unidades especiales donde no utilizamos guías caninos ya que ellos implican pues alarmas que no son convenientes para nosotros. **PREGUNTADO:** Indíqueme al Despacho que son unidades especiales. **CONTESTO:** Unidades especiales en ese entonces pues eran grupos de soldados distinguidos, soldados buenos, soldados con entrenamiento diferente, soldados con entrenamientos especiales... **PREGUNTADO:** Si esas unidades especiales tenían una ... como unas diferentes estrategias cuales eran las diferentes estrategias que ustedes para cuando se presentaran esas circunstancias conforme los hechos que sucedió en septiembre del 2014. **CONTESTO:** okey para esas situaciones no tenemos estrategias solo tenemos planes de contingencias que son atender nuestros heridos porque una mina o un campo minado no está ubicado no sabemos dónde esta nunca lo vamos a ver inclusive puede pasar llevando los equipos especiales, puede pasar porque no se ve y esa activación fue por mano del enemigo, no fue pisada nada, fue por una persona que tenía que estar escondida viéndonos con cables de distancia la activo, porque en el sitio no había donde pisarla, o sea como pisarla uno no podía ellos meter nada porque estaba limpio el camino para uno verla, lo único que ellos hicieron fue colocarla alrededor del camino donde había maraña o sea selva entonces ahí podíamos llevar el equipo que quisiéramos llevar cualquier equipo que uno pudiera llevar igual no la podíamos detectar. **PREGUNTADO:** Cuando usted le relato al señor Juez decía que ya Uds. venían de camino porque al parecer no sucedieron las situaciones y ahora dice usted que lo estaban esperando, por favor no explica un poco sobre ese tema. **CONTESTO:** Cuando bajamos estaba de noche, bastante pues estaba oscuro, si el enemigo nos hubiese estado esperando esa noche ahí éramos presa más fácil ya que estaba más oscuro el ruido se escucha más por el silencio de la noche entonces ya al regresar estaba más claro ya las aves los animales del entorno comienza a despertar a hacer más bulla, entonces por eso le digo que nos estaban esperando porque cuando pasamos para mí ese enemigo no estaba ahí sino cuando regresamos de pronto era que estaba el ahí. **PREGUNTADO:** Cuantas horas aproximadas hay desde el momento en que uds pasaron para el sitio que iban supuestamente y después se devolvieron, cuantas horas. **CONTESTO:** Del sitio donde quedo ubicada la patrulla de Robert al sitio de los hechos pues no hay horas ahí hay minutos hay por ahí 30-40 minutos, la verdad no tengo el tiempo referenciado, a donde yo estaba ahí si podían haber horas ... estaban conmigo ahí si podía haber más tiempo o sea por la caminata que es lenta, suave, despacio, con calma, sin afanes se gasta más tiempo que lo normal. **PREGUNTADO:** Ese tiempo es de 30-40 minutos en un tiempo de un paso suave. **CONTESTO:** El tiempo de un paso suave depende de la distancia no le puedo decir cuantos minutos se puede gastar uno de paso suave, pero del lugar de los hechos a donde estaba Robert le digo que hay 30-40 minutos por lo que nosotros bajamos muy suave, ya que en el día de regreso uno no se gasta 15 minutos entonces es la relatividad del tiempo por el modo de uno moverse en la noche. **PREGUNTADO:** Cuántas personas iban con uds aproximadamente. **CONTESTO:** Aproximadamente, un aproximado, un número aproximado ahora no lo tengo claro ahorita no lo tengo claro ya que eso fue años atrás, por ahí unos 15 hombres aproximadamente no tengo claro la cifra....**PREGUNTADO:** Señor Andy indica ud en el relato que para el día de los hechos 10 de septiembre se encontraban realizando un trabajo, aclárele al despacho a que se refiere con un trabajo. **CONTESTO:** Pues un trabajo era hacer una intercesión terrestre a un subversivo que de pronto por una fuente de inteligencia

humana iba a pasar por un sitio determinado el cual ese sitio determinado lo ubico mi grupo mi unidad donde estaba yo, mas no la otra unidad quedo de seguridad de nosotros mas arriba, ese era trabajo que íbamos a hacer una intercesión terrestre a un subversivo de la extinta FARC. **PREGUNTADO:** Señor Andy indíqueme al despacho si usted sabe o recuerda si esa misión estaba soportada en alguna orden de operaciones. **CONTESTO.** No tengo conocimiento de eso. **PREGUNTADO:** indíqueme al despacho o aclárele si dentro de su conocimiento a bien tiene que es una emboscada. **CONTESTO:** Una emboscada es un ataque sorpresa, no esperado, no esperado por ninguna de las partes digámoslo así que se encuentran en conflicto, eso es una emboscada un ataque sorpresa. **PREGUNTADO:** Indica usted que fueron presa pues de una emboscada por enemigos, podría usted indicarles que enemigos. **CONTESTO.** En ese entonces manejábamos grupos del frente 21 de la extinta FARC. **PREGUNTADO:** Es decir que el combate que usted manifiesta sostuvieron el día 10 de septiembre fue con integrantes de la extinta FARC. **CONTESTO.** Si fueron con integrantes de la extinta FARC. **PREGUNTADO.** Podría quizá usted hacerle una diferenciación dentro de su conocimiento a su señoría cual es como la diferencia si someramente entre una unidad fundamental y un grupo especial. **CONTESTO:** Una unidad fundamental un pelotón se encarga de cuidar, de patrullar sectores poblados, veredas, torres de energía, bases militares, un grupo especial ... llamado grupo especial en ese entonces pues, nosotros nos dedicábamos solamente a dirigirnos hacia objetivos de altos valores de la extinta FARC no éramos muy visibles, no teníamos la misma visibilidad de un pelotón, **PREGUNTADO.,** indíqueme al despacho como es cierto sí o no que la muerte del señor Roberth Arturo fue como consecuencia del combate sostenido con el enemigo. **CONTESTO.** Si eso fue consecuencia del combate sostenido con el enemigo ya que las heridas o sea los impactos que él recibió fue de una mina ya activada por el enemigo porque ya eso es lo que yo tengo entendido que fue por causa directa del enemigo. (...) **PREGUNTADO:** usted en ese día 10 de septiembre hacia donde se dirigían, como era el terreno. **CONTESTO:** primero que todo nos dirigíamos al puesto de mando, donde se encontraba el comandante del Batallón en ese entonces. **PREGUNTADO.** Donde estaba ubicado y como era esa zona. **CONTESTO.** Esa zona es montañosa, selvática, difícil acceso, donde nosotros íbamos ya era cerca de donde estaba el comando del Batallón no faltaban por ahí no más unos 300 metros, 400 donde se encontraba mi mayor, donde fueron los hechos. **PREGUNTADO:** El terreno era llano o estaban en ascenso. **CONTESTO.** Ahí en ese lugar el terreno un ascenso. **PREGUNTADO:** Ud manifiesta que habían pasado por ahí antes previamente y que fue de regreso cuando se presentaron los hechos. **CONTESTO.** Si nosotros ya habíamos pasado por ahí esa noche, la noche anterior y en la mañana regresamos por ahí por ese mismo sector ya que era pues el sitio más accesible hacia donde se encontraba el puesto de mando del Batallón.... **PREGUNTADO:** Ya que estaban en grupos separados ud no fue testigo presencial del momento en que se activó la mina, usted no estaba en el mismo grupo, usted me comenta que estaban en grupos diferentes. **CONTESTO:** Estábamos en grupos diferentes, pero veníamos Veníamos compactos y pues yo personalmente lo que le digo yo vi los destellos de luz, el sonido de la explosión fuerte. **PREGUNTADO.** Ustedes son un grupo especial, uds porque no cuentan con esa unidad de detector de metales ni de canino. **CONTESTO:** Por lo que nosotros no ... en ese momento no salieron... el batallón tiene, el batallón tenía en ese entonces, pero no salieron con nosotros porque nosotros no contamos con ello primero que todo, por lo que íbamos cerca y era un sitio donde siempre llegaban unidades de nosotros a cambuchar, a quedarse ahí, a descansar mientras que, por eso ese sitio ahí para nosotros era seguro. **PREGUNTADO.** Era un sitio conocido por uds. **CONTESTO.** Sí, un sitio conocido por nosotros. **PREGUNTADO.** Uds no habían escuchado si tenían conocimiento o informaciones de que el enemigo de pronto habría plantado algunas minas. **CONTESTO:** No teníamos esa información de que el enemigo había plantado ningunas minas. **PREGUNTADO:** A qué hora subieron a la montaña... aproximadamente a qué hora. **CONTESTO.** Nosotros descendimos de la montaña la noche anterior a hacer el trabajo que íbamos a hacer. **PREGUNTADO:** En qué momento regresaron. **CONTESTO.** En la madrugada, eso fue el lapso de 4.30, 5.30 – 5:40 de la mañana estábamos regresando suavemente. **PREGUNTADO.** Usted

*porque considera que esa mina fue activada por el enemigo utilizando ese mecanismo o como llego esa información a su conocimiento. **CONTESTO:** ya que, pues por lo que había cable entonces como pues nosotros vemos esa capacitación, nosotros nos capacitamos sobre esos temas, entonces ese cable no es activado por la persona por la víctima sino es activado por el victimario por esa persona que va a causar el daño porque esta en su poder a una distancia prudente para que no se cause daño el mismo, el victimario, entonces de esas minas quedo una todavía sin estallar y esa tenía el cable se le había partido ...gracias a Dios esa no estallo. **PREGUNTADO:** Ud manifestó que no había como pisar esa mina, en una respuesta anterior porque si el área era espesa, al parecer había mucha vegetación porque ud indico que no había como pisarla. **CONTESTO:** OK, aclaración alrededor de donde íbamos nosotros si era espesa, alrededor había maraña, monte, pero por donde íbamos en nuestro eje, era un eje donde se veía claro todo, o sea no, por eso le digo no había como pisarla ya que uno va con mucho cuidado y uno aprende a todo, entonces estaba limpio, el camino no estaba sucio para decir que se podía plantar si ellos hubiese plantado algo tenían que dejar algo removido, plantada, sembrada la mina ahí, la habíamos activado de regreso, de bajada en el momento que salimos de hacer el trabajo ahí la habíamos activado porque estaba enterrada por eso digo no había como pisarla porque entonces la acción de ellos fue colocarla a la orilla donde no la podíamos ver donde se confundía con la vegetación-*

De la declaración del señor Andy Barrios se extracta que: i) El día de los hechos salieron de la base dos patrullas, una en la que iba el extinto Roberth Avilez y la otra en la que iba el señor Andy Barrios, en algún lugar del camino se dividieron, y, luego de un rato en horas de la madrugada se juntaron para regresar a la base; 2) A eso de las 5:30 – 5:40 de la mañana fueron emboscados por integrantes del grupo guerrillero de las FARC que los atacaron con bombas, minas y disparos; 3) Que el señor Avilez no pisó una mina antipersonal, no estaba sembrada, sino que fueron atacados sorpresivamente por la guerrilla con artefactos explosivos activados por el victimario; 4) Que el señor Avilez Acosta contaba con entrenamiento especial, y pertenecía a un grupo especial que no utilizaban caninos 5) Que no existían amenazas ni indicios de ataque pues las patrullas tomaron ese camino de ida, por lo que se presume que el terreno había sido revisado, y vigilado.

En orden a lo anterior, es claro que el deceso del soldado Avilez Acosta fue producto de una emboscada, pero, no se evidencia en estos hechos la falla del servicio alegada, pues es claro que medio el factor sorpresa, pues fueron atacados por las FARC horas después de haber transitado por el mismo camino.

En esa secuencia habrá de concluirse que de acuerdo con los elementos de prueba que obran en el plenario, no es posible atribuir responsabilidad al Estado por el daño padecido por los accionantes, dado que el mismo es consecuencia de la materialización del riesgo propio que implica el ejercicio de las funciones de un integrante de la fuerza pública, teniéndose en cuenta además, el tiempo de servicios, la experiencia y el entrenamiento especial que según su compañero tenía.

Finalmente, habrá que señalar que la parte actora señala que el grupo no contaba con elementos de detección de minas antipersonales, empero, no demostró la situación de riesgo operacional de la patrulla, amenazas, informes de inteligencia que dieran cuenta de la amenaza del ataque, o vulnerabilidad del sector; pues, como se indicó en precedencia la operación se encontraba debidamente justificada

y consistía en controlar el territorio, para poder capturar un cabecilla del grupo insurgente, lo que hace presumir que habían dispuesto dispositivo de seguridad para poder llegar al lugar sigilosamente. También alude que no estaban acompañados por el grupo EXDE del Ejército Nacional pero no realizó esfuerzo probatorio para demostrar que el sector era peligroso, que el terreno estaba minado, o que existía sospecha de ataque con artefactos explosivos y que por lo tanto el grupo especial debía estar acompañado de este último, situación que quedó desvirtuada con la declaración recibida y transcrita, en el entendido que no fue una mina antipersona la que explotó y causó la muerte del señor Ávilez Acosta sino artefactos explosivos que fueron activados por miembros del grupo al margen de la ley, lo que no permite entonces establecer que la falta de un grupo de antiexplosivos haya sido causa efectiva del daño causado dentro del presente asunto.

En estas condiciones, como quiera que el daño es la consecuencia de la materialización del riesgo propio del servicio, pues la naturaleza de la actividad militar implica la asunción constante de riesgos, y en consideración al entrenamiento del militar y el grupo al cual se encontraba asignado, es claro que debe declararse probada la excepción de riesgo propio del servicio y causa lícita. En igual sentido, es importante señalar que no se demostró la falla del servicio alegada, por lo que no es posible declarar responsable a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL por los daños sufridos por la parte actora.

12. RECAPITULACIÓN

En orden a lo anterior, y conforme al material probatorio aportado al plenario, se declara probada la excepción de riesgo propio del servicio propuesta por el extremo pasivo de la litis, habida cuenta que se encuentra acreditado que la muerte del soldado profesional Roberth Arturo Avilez Acosta fue como consecuencia de una emboscada, seguida de un enfrentamiento armado entre el grupo COBRA 2 (unidad del obitado) y el grupo guerrillero de las FARC, en desarrollo de actividades de control territorial, es decir, en ejercicio de sus funciones.

13. CONDENA EN COSTAS

El artículo 188 del CPACA sobre la condena en costas señala que en la sentencia se dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil, pese a ello y como quiera que el compilado normativo antes mencionado fue derogado por el Código General del Proceso, serán estas las normas aplicables en el caso concreto para la condena y liquidación de costas.

Ahora bien, el artículo 365 del C.G.P dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto.

En el presente caso se observa que fue las pretensiones fueron despachadas desfavorablemente, razón por la cual de conformidad con el Acuerdo PSAA16-10554 del 5 agosto de 2016, expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, se fijarán las agencias en derecho a cargo de la parte actora **en la suma equivalente a 4% de lo pedido** y tenido en cuenta para determinar la competencia del presente asunto.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SEXTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción denominada “*RIESGOS PROPIOS DEL SERVICIO Y CAUSA LICITA*” propuesta por la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, de acuerdo a las razones expuestas en la parte motiva de esta de decisión. En consecuencia, **NIÉGUENSE** las pretensiones de la demanda

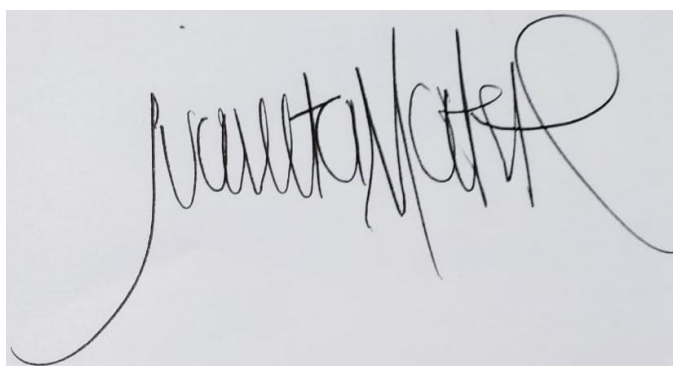
SEGUNDO: CONDENAR COSTAS en esta instancia a la parte actora, para tal efecto fíjese por concepto de agencias en derecho la suma correspondiente al 4% de lo pedido y tenido en cuenta para determinar la competencia del presente asunto.

TERCERO: Para efectos de la notificación de la presente sentencia, se ordena que por Secretaría se realice conforme el artículo 203 del C.P.A.C.A.

CUARTO: Liquídense los gastos del proceso, si hubiere remanentes devuélvanse a la parte demandante.

QUINTO: Archívese el expediente, previa anotación en el sistema informático “Justicia Siglo XXI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Juanita del Pilar Matiz Cifuentes', written over a light gray rectangular background.

JUANITA DEL PILAR MATIZ CIFUENTES
JUEZ