

# REPÚBLICA DE COLOMBIA



## JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE CALI

### SENTENCIA No. 004

Santiago de Cali, enero dieciocho (18) de dos mil diecisiete (2017).

<b>Medio de Control</b>	Reparación Directa
<b>Radicación</b>	76001333300520140023400
<b>Demandante</b>	LUZ MERY CALDERÓN GUAPACHO
<b>Demandado</b>	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL
<b>Juez</b>	CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ

Profiere el Despacho sentencia de primera instancia dentro del medio de control de reparación directa, instaurado a través de apoderado judicial, por la señora LUZ MERY CALDERÓN GUAPACHO, en contra de la Nación MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL.

### 1. DECLARACIONES Y CONDENAS

- 1.1. Declarar solidaria, administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, por la muerte del señor soldado profesional HUMBERTO MARTÍNEZ CALDERÓN.
- 1.2. Como consecuencia de la anterior declaración, condenar a la entidad demandada a pagar a cada uno de los demandantes las siguientes sumas de dinero:

#### 1.2.1. Perjuicios Inmateriales morales:

El equivalente a doscientos (200) salarios mínimos legales mensuales.

#### 1.2.2. Perjuicios Materiales

El equivalente a ciento noventa y seis millones ciento treinta y nueve mil quinientos pesos (\$194.400.000 - sic).

Sumas actualizadas por el IPC e intereses moratorios aumentados con la variación del promedio de costos al consumidor.

## 2. HECHOS

Según la demanda se refiere a manera de resumen:

- 2.1. El señor HUMBERTO MARTÍNEZ CALDERÓN, es hijo de LUZ MERY CALDERÓN GUAPACHO quien dependía económicamente de aquel, prestó servicios al Ejército Nacional durante 14 años, 2 meses y 22 días, hasta marzo 11 de 2012 fecha en la cual falleció en desarrollo de operativo militar adelantado en LA FRÍA – MUNICIPIO DE PRADERA VALLE DEL CAUCA.
- 2.2. Mediante la Resolución No. 5783 de agosto 10 de 2012, se expresa que devengaba la suma de \$972.069 mensuales, al momento de fallecer.
- 2.3. El operativo militar dentro del cual pereció el señor MARTÍNEZ CALDERÓN estuvo precedido de falla de servicio por cuanto su muerte precipitó ya que no se tomaron medidas tales como realización de inteligencia militar, registro y control del área, desminado de la zona; negligencia al desembarcar en el lugar afectado por falta de previsión y planeación; en un lugar desventajoso para la tropa, sin posibilidad de despejar el sector.
- 2.4. La demandante ha sufrido de soledad, aflicción, congoja, desespero y demás efectos inherentes al fallecimiento de un hijo en tales circunstancias.

## 3. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Invoca la demanda, la Carta Política artículo 90; la Ley 1437 de 2011, artículos 78, 86 y 206 al 214; la Ley 446 de 1998 artículo 31 y el Código Civil artículos 4, 5 y 8.

Refiere la demanda que según la normatividad expresada el Estado debe responder por los daños antijurídicos que cause y sean imputables a la Administración, atendiendo que quien lo padece, no tiene el deber de soportarlo y cita para el efecto de manera textual, jurisprudencia del Consejo de Estado.

En el caso que nos ocupa, afirma el libelo, se debe aplicar el principio de igualdad ante las cargas públicas y por consiguiente se debe indemnizar proporcionalmente el daño causado, que se da como consecuencia de daños causados por hechos, omisiones, operaciones administrativas, o la ocupación temporal o permanente de inmuebles o por hechos y omisiones imputables a los agentes estatales.

#### **4. RAZONES DE DEFENSA**

El apoderado de la entidad demandada se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que no existe prueba de la producción de un daño antijurídico por parte del EJÉRCITO NACIONAL que implique a su vez la realización de situaciones constitutivas de falla del servicio.

El demandante se vinculó voluntariamente a la entidad demandada y por ello asume el riesgo que le es propio de la actividad que ejerce, situación ratificada a nivel jurisprudencial que igualmente cita textualmente, para diferenciarla de situaciones en desarrollo de las cuales.

Adicionalmente refiere que existió culpa de la víctima, en cuanto en desarrollo del operativo militar en el cual falleció no acató las instrucciones de cuidado de no moverse a ningún otro lugar, justamente por la posibilidad de que se detonase una mina de las características expresadas.

#### **5. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

##### **5.1. Parte demandante:**

La apoderada de la parte demandante luego de efectuar un resumen de los hechos de la demanda y referirse de manera genérica a las pruebas que reposan en el proceso, insiste en afirmar la falla del servicio con sustento en la circunstancia de presunta omisión de labores de inteligencia a que hace alusión la demanda, en especial, por ausencia de planeación adecuada del operativo que debía realizarse.

También insiste en invocar las disposiciones precisadas como fundamentos de derecho para afirmar la teoría de que se probó en el proceso la existencia del daño antijurídico y su imputabilidad a la Administración, con arreglo a las reglas jurisprudenciales trazadas por el Consejo de Estado.

## **5.2. Parte demandada:**

Resalta nuevamente la ausencia de prueba del daño antijurídico y de la imputabilidad del mismo en cabeza del EJÉRCITO NACIONAL, así como la teoría del riesgo que asumió el señor HUMBERTO MARTÍNEZ CALDERÓN al momento de enlistarse voluntariamente como tal, al amparo de la jurisprudencia que existe sobre el particular, sobre la base del régimen prestacional que además existe a favor de tales personas.

Sostiene nuevamente que en realidad la muerte del señor MARTÍNEZ CALDERÓN obedeció a la acción de un tercero respecto del cual la víctima había asumido su riesgo y quien de todas formas pereció al desatender las órdenes que le impartieron.

**5.3. Agente del Ministerio Público:** No conceptuó.

## **6. CONSIDERACIONES**

### **6.1. PROBLEMA JURÍDICO**

Conforme al acontecer procesal, para resolver de fondo el presente medio de control y teniendo en cuenta la fijación del litigio efectuada en la audiencia inicial, debe el Juzgado determinar si es responsable administrativa y extracontractualmente la entidad demandada por el daño antijurídico causado, con ocasión del fallecimiento del señor HUMBERTO MARTÍNEZ CALDERÓN, en desarrollo de un operativo militar, realizado el 11 de marzo de 2012.

Visto lo anterior, se determinará si la muerte del señor MARTÍNEZ CALDERÓN, se generó por una falla en el servicio, derivada de la falta de planeación de operativo militar, hechos ocurridos en la Vereda LA FRÍA del Municipio de PRADERA.

### **6.3. DESARROLLO DEL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO**

Para resolver el problema jurídico antes planteado, se procederá a:

- (i) Realizar un análisis sobre la responsabilidad extracontractual del Estado, el daño antijurídico y su imputabilidad al mismo;

- (ii) Efectuar una valoración probatoria ya su vez, determinar si en el **caso concreto**, le asiste o no a los demandantes el derecho reclamado.

### 6.3.1. RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO – DAÑO ANTIJURIDICO E IMPUTABILIDAD

Como primera medida, obligatorio es recordar que el artículo 90 de la Constitución Política, establece un principio general de responsabilidad patrimonial extracontractual en cabeza del Estado, principio que a su vez está fundamentado en la noción de daño antijurídico, (entendido éste como aquel que la víctima no tiene la obligación de soportar) y la imputabilidad del mismo al Estado.

Sobra mencionar, que cada uno de los títulos de imputación de responsabilidad extracontractual del Estado, valga decir, *falla del servicio*, *riesgo excepcional* y *daño especial*, emanan de actuaciones estatales diferentes, y por ende se desarrollan de distinta forma y poseen reglas y requisitos distintos para su configuración, y que cada una de estas formas mediante las cuales se desarrollan estos títulos de imputación, constituyen los denominados regímenes de imputación, que bien pueden ser objetivos o subjetivos.

El régimen objetivo, es aquel en el cual no se evalúa la conducta estatal para determinar su responsabilidad, sino que lo determinante es el daño y su antijuridicidad, siendo atribuible a los títulos de imputación de *daño especial* y *riesgo*; y el subjetivo, es aquel en el cual si es determinante la conducta estatal, pues solo existirá responsabilidad cuando esta sea fallida, tardía, imprudente, irregular, valga decir, reprochable u omisiva; razón por la cual, el elemento esencial para establecer responsabilidad, cuando estamos frente al régimen subjetivo, es la estructuración de la culpabilidad por parte del agente estatal bajo el título de *falla en el servicio*.

Ahora bien, sobre la aplicación de los títulos de imputación, el Consejo de Estado en reiterada jurisprudencia ha manifestado<sup>1</sup>:

*“En lo que refiere al derecho de daños, como se dijo previamente, 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*

<sup>1</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección A, sentencia del 12 de marzo de 2014. Radicación número: 68001-23-15-000-1998-00405-01(30648), C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

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.**

“En consecuencia, 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 Estado, tal y como se explicó previamente en esta providencia” (Se resalta).

Así, será el juez quien en virtud de la aplicación del principio *iura novit curia*, determine en cada caso concreto el régimen de responsabilidad aplicable y por ende el título de imputación que deba emplearse.

De otra parte, los elementos que sirven de fundamento a la responsabilidad son esencialmente el daño y su imputación a la Administración; siendo el daño el primero de ellos, es necesario aclarar que este debe tener el carácter de antijurídico, sobre este tema, el Consejo de Estado ha discurrido bajo el siguiente temperamento<sup>2</sup>:

“El daño constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace inocuo el estudio de la imputación frente a la entidad demandada; esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril cualquier otro análisis, comoquiera que es el umbral mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

“Así las cosas, **el daño se refiere a aquel evento en el cual se causa un detrimento o menoscabo, es decir, cuando se lesionan los intereses de una persona en cualquiera de sus órbitas, es “la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera”**<sup>3</sup> (...)”

(...) es pertinente señalar, que la constatación de éste no es suficiente para que se proceda a su indemnización; en efecto, el daño debe ser cualificado para que sea relevante en el mundo jurídico, por ello la Constitución Política en el artículo 90 señala que “el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas (...)” (Se resalta).

Sobre la antijuridicidad del daño, esta misma providencia puntualizó:

“La antijuridicidad<sup>4</sup> se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es “contrario a derecho”<sup>5</sup>, “es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico apprehendido en su totalidad”<sup>6</sup>, ello se refiere a que se desconozca cualquier disposición normativa

<sup>2</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, subsección C, sentencia del 10 de septiembre de 2014, C.P. Enrique Gil Botero. **Radicación número: 05001-23-31-000-1991-06952-01(29590).**

<sup>3</sup> ORGAZ Alfredo. El daño resarcible. 2ª Edición. Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires. Pág. 36. En ese mismo sentido VÁSQUEZ Ferreira Roberto en su obra Responsabilidad por daños. Ed. Depalma, Buenos Aires. Pág. 174 lo definió así: “El daño es la lesión a un interés jurídico.”

<sup>4</sup> Término que ha sido aceptado por un sector de la doctrina como sinónimo de injusto, y en ciertos eventos de ilícito.

<sup>5</sup> BUSTOS Lago José Manuel, Ob. cit. Pág. 45.

<sup>6</sup> Nota del original: “Cfr. BUERES, A. J.: <<El daño injusto y la licitud>> op. Cit., p. 149. En el mismo sentido, entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO, G.: Derecho Penal. Parte General, op cit., p. 343: <<Para la determinación de la antijuridicidad resulta decisivo el ordenamiento jurídico en su conjunto>>”. BUSTOS Lago José Manuel. Ob. cit. Pág. 50.

del compendio normativo, sin importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad del daño<sup>7</sup>.

“En ese orden, la antijuridicidad puede ser estudiada en el plano formal y en el material: el primero de ellos se evidencia con la simple constatación de la vulneración a una norma jurídica, y el segundo se refiere a la lesión que se produce con esa vulneración, en los derechos de un tercero<sup>8</sup>, aspectos que deben estar presentes para que el daño sea indemnizable.

“Sin embargo, es preciso señalar que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también aquel que atenta contra un bien jurídicamente protegido, en palabras de Roberto Vázquez Ferreyra, “la antijuridicidad supone una contradicción con el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural. En esta formulación amplia caben los atentados al orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales del derecho y hasta el ejercicio abusivo de los derechos<sup>9,10</sup>(...)”

En síntesis, el daño objeto de reparación se configura cuando:

- i) Tiene el carácter de antijurídico;
- ii) Se trasgrede un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento y,
- iii) Posee una connotación cierta, valga decir, que se pueda apreciar materialmente y no sea un simple supuesto.

Así, existe responsabilidad estatal cuando se configura un daño de carácter antijurídico, atendiendo a que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, y una vez verificada la ocurrencia de un daño de esta índole, surge el deber de indemnizarlo plenamente, siempre y cuando este sea imputable al Estado; resarcimiento que debe ser proporcional al daño sufrido.

Sobre la imputabilidad, basta mencionar que se trata del componente que permite atribuir jurídicamente un daño a un sujeto determinado, o en el caso concreto, a la entidad demandada.

### 6.3.2. Régimen aplicable para daños sufridos por soldado profesional o voluntario

<sup>7</sup> Sobre el concepto de daño antijurídico resulta ilustrativo, la breve reseña que sobre el mismo presentó, VÁZQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 128.: “En una primera aproximación, Compagnucci de Caso define a la antijuridicidad como “el acto contrario a derecho, considerado este último concepto como una concepción totalizadora del plexo normativo.”

“Gschnitzer entiende por antijuridicidad “una infracción de una norma, ley, contrato, ya norma expresa, ya atentado a la finalidad que la norma persiga o lesiones principios superiores”.

“En el campo penal, Mezger define la antijuridicidad –injusto- como el juicio impersonal- objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.”

<sup>8</sup> BUSTOS Lago José Manuel. Ob. Cit. Pág. 51 a 52.

<sup>9</sup> Nota del original: “así lo expusimos en nuestra obra *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*, ED. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, p.67. Ver también Alberto Bueres en *El daño injusto y la licitud...*, ob. cit., p. 149, y Omar Barbero, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Edit. Astrea, Bs. As., 1977, p. 106.”

<sup>10</sup> VÁZQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 131.

Adicionalmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que cuando se trata de personal que voluntaria o profesionalmente ingresa a los cuerpos o fuerzas de seguridad del Estado, el régimen aplicable varía y se encuadra en la falla del servicio debido a que la conducta haya sido negligente o indiferente, de tal manera que se deja al personal expuesto a una situación de indefensión.

Al respecto, ha precisado la jurisprudencia<sup>11</sup>:

*“(...) En este segundo supuesto, el precedente de la Sala emplea como premisa el concepto de “acto propio” o de “riesgo propio del servicio” (que como se dijo, dadas las especiales circunstancias de la toma de la Base Militar del Cerro de Patascoy puede resultar inconstitucional por violación de los principios y derechos constitucionales, y por incumplir obligaciones (sic) (sic) derivadas del bloque ampliado de constitucionalidad –artículo 93 de la Carta Política - respecto a la protección de los derechos humanos), que ha llevado a plantear que los “(...) derechos a la vida y a la integridad personal del militar profesional constituye un riesgo propio de la actividad que dichos servidores públicos ordinariamente despliegan, riesgo que se concreta, por vía de ejemplo, en eventos en los cuales infortunadamente tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones como consecuencia de combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de operaciones de inteligencia(...)”*

El criterio que sirve de sustento a dicho planteamiento, obedece a la circunstancia de que el daño antijurídico reclamado como consecuencia de la muerte o de las lesiones de un miembro de las fuerzas armadas se caracteriza por la circunstancia de:

*“(...) exposición a un elevado nivel de riesgo para la integridad personal(...)”*.

Con sustento en lo expresado se ha dicho además 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 (...)”*

Como consecuencia de lo anterior, se establece un régimen prestacional especial, que reconoce la circunstancia del particular riesgo a que se somete a todo aquel que ingresó voluntaria y profesionalmente, situación que llevará a que se active la denominada:

---

<sup>11</sup> Fallos de marzo 1 de 2006 (Expediente No. 14002); agosto 30 de 2007 (Expediente No. 15724); febrero 25 de 2009 (Expediente No. 15793); febrero 4 de 2010 (Expediente No. 18371); febrero 18 de 2010 (Expediente No. 17127)

*“indemnización a for-fait” (...) lo que no excluye la posibilidad 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.*

En síntesis en términos generales se considera que el riesgo lo asume quien ejerce voluntariamente la actividad de control del orden público, no obstante por vía excepcional se admite la posibilidad de existir falla del servicio o riesgo excepcional.

## 7. VALORACION PROBATORIA Y ESTUDIO DEL CASO CONCRETO

Respecto a las pruebas aportadas al proceso, es menester indicar que fueron decretadas y practicadas conforme a las reglas contenidas en el Código General del Proceso, entre octubre 8 de 2015<sup>12</sup> y noviembre 11 de 2016<sup>13</sup>; por consiguiente, serán valoradas de acuerdo a los parámetros fijados en dicha norma procedimental.

Así las cosas, el Despacho, en aras de respetar el principio constitucional de buena fe, así como el deber de lealtad procesal, reconocerá valor probatorio a la prueba documental que obra en el proceso en su gran mayoría en copia simple, y que surtidas las etapas de contradicción, no fueron cuestionadas en su veracidad por las partes, pues tal argumentación es acorde con los planteamientos realizados por la Sección Tercera del Consejo de Estado, a través de **Sentencia de Unificación** de agosto 28 de 2013, con ponencia del Consejero ENRIQUE GIL BOTERO, Radicación N° 05001-23-31-000-1996-00659-01(25022)<sup>14</sup>.

Por lo anterior, los documentos aportados con la demanda, así como los recaudados a lo largo del proceso a solicitud de las partes y que en casi su

<sup>12</sup> Fecha en la que se decretaron las pruebas en audiencia inicial (folios 156 al 158 Cuaderno No. 1).

<sup>13</sup> Fecha de celebración de la última sesión de audiencia de pruebas (folios 221 y 222 Cuaderno No. 1).

<sup>14</sup> “Así las cosas, cuando entre en vigencia el acápite correspondiente a la prueba documental, contenida en el C.G.P., se avanzará de manera significativa en la presunción de autenticidad de los documentos, lo que es reflejo del principio de buena fe constitucional; lo anterior, toda vez que de los artículos 243 a 245 del C.G.P., se pueden extraer algunas conclusiones: i) los documentos públicos o privados, emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, se presumen auténticos, ii) es posible que las partes los tachen de falsos o los desconozcan, lo que originará que se surta el respectivo trámite de la tacha, iii) los documentos se pueden aportar al proceso en original o en copia, iv) las copias, por regla general, tendrán el mismo valor probatorio que el documento original, salvo disposición especial en contrario, v) cuando se aporta un documento en copia, corresponde a la parte que lo allega indicar –si lo conoce– el lugar donde reposa el original para efectos de realizar el respectivo cotejo, de ser necesario, y vi) las partes pueden solicitar el cotejo de los documentos aportados en copias.

Por consiguiente, el legislador ha efectuado un constructo que busca superar la rigidez y la inflexibilidad de un sistema procesal basado en los formalismos, que distancia a las partes en el proceso, crea costos para los sujetos procesales y, en términos de la teoría económica del derecho, desencadena unas externalidades que inciden de manera negativa en la eficiencia, eficacia y la celeridad de los trámites judiciales.”

totalidad reposan en copia simple en el expediente, prestan el suficiente mérito probatorio y así serán valorados para tomar la presente decisión de fondo.

Finalmente, se dará valor probatorio a la totalidad de testimonios recepcionados en este proceso a solicitud de ambas partes.

Así las cosas, al resolver el caso concreto se debe precisar que teniendo en cuenta que en el presente asunto se debate la supuesta omisión en que incurrió el EJÉRCITO NACIONAL con relación a la realización del operativo militar marzo 11 de 2012, el régimen de responsabilidad aplicable es el de falla del servicio, en el cual deben los actores demostrar los elementos de la responsabilidad propios de este régimen, como son:

- i) La existencia de un daño antijurídico que configure la lesión o perturbación de un bien jurídicamente protegido;
- ii) Un hecho que configure una falla del servicio de la entidad, sea por retardo, irregularidad, ineficacia, omisión o ausencia del mismo, y;
- iii) El nexo causal entre el hecho dañoso y la falla o la falta del servicio deprecada.

De acuerdo con la cita jurisprudencial, es de importancia para el Despacho deducir si la actividad que ejercía el señor HUMBERTO MARTÍNEZ CALDERÓN fue herido en desarrollo de una de las actividades que por virtud de su deber voluntariamente adquirido de restablecer el orden público, había adquirido o si, por el contrario, la administración debe ser declarada responsable y como consecuencia de ello existe un nexo causal, entre la muerte del demandante y la actividad de la Administración, una de cuyas probables modalidades puede ser la prueba de la omisión en el deber de planear adecuadamente un operativo militar.

Así mismo, según los planteamientos esbozados en la contestación de la demanda se hace preciso establecer si se demostró que en la producción del daño medió una causa extraña como la fuerza mayor, o el hecho exclusivo y determinante de la víctima o de un tercero.

Según lo expuesto, deberá el Despacho analizar, uno a uno, los diferentes elementos integradores del régimen de responsabilidad a aplicar; advirtiendo desde

ya, que en caso de no lograrse acreditar cualquiera de ellos, por parte de los demandantes, se denegarán las súplicas de la demanda, sin que se haga necesario continuar con el estudio de los restantes.

### **7.1. Daño Antijurídico**

Como ya se explicó con anterioridad, el daño antijurídico ha sido definido por la jurisprudencia del Consejo de Estado como aquel daño que se produce a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo, es decir, que no es justificado, por lo tanto, no todos los daños son susceptibles de ser indemnizados y solamente es indemnizable el daño que supere los mínimos de tolerancia de las personas en la sociedad.

En consecuencia, sólo puede entenderse como antijurídico el daño que causa un perjuicio personal y cierto a los derechos de la víctima, restringido con intromisiones intolerables, esto es, que es limitado de forma tal que excede la obligación jurídica de soportarlo.

De conformidad con lo anterior, como pruebas de la causación del daño obran en el expediente las siguientes:

#### **7.1.1. Documentos aportados con la demanda:**

7.1.1.1. Copia auténtica de registros civiles de nacimiento de ALEXANDER MARTÍNEZ CALDERÓN, HUMBERTO MARTÍNEZ CALDERÓN, EDWIN FABIÁN CALDERÓN GUAPACHO<sup>15</sup>.

7.1.1.2. Copia simple de Informe Administrativo por muerte **en combate** del señor HUMBERTO MARTÍNEZ CALDERÓN, rendido con base en concepto del Mayor JAIRO ERNESTO MALDONADO MELO, así como informe rendido por el Capitán DIEGO FERNANDO BARBOSA OLARTE, conforme al cual después de insertar la primera rotación de la Compañía C (Asalto Directo aerotransportado), sobre las 21 30 horas de marzo 10 de 2012 aproximadamente, se mencionó que el sector estaba muy quebrado y afectado por la instalación de artefactos explosivos, razón por la cual se recomendó que debían quedarse quietos, no obstante sobre las 22 30 el soldado MARTÍNEZ CALDERÓN activó un artefacto dentro del dispositivo de seguridad, causándole mutilación de los miembros inferiores y después de ser

---

<sup>15</sup> Folios 14 al 17 Cuaderno No. 1

asistido en primeros auxilios sobre las 23 00 horas y retirado del área, entra sin signos vitales a la Clínica VALLE DE LILÍ, situación reportada sobre las 00 45 horas<sup>16</sup>.

7.1.1.3. La identidad del occiso es verificada mediante diligencia de confrontación de la huella dactilar del cadáver respecto de la huella impresa en la cédula de ciudadanía No. 79.991.662, allegado en copia simple, según consta en informe de Acta de Inspección de Cadáver No. 2012010176001000617, según informe de marzo 1 de 2012, rendido por el Técnico Forense adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses EDUARDO CASTELLANOS ZAMBRANO<sup>17</sup>; con sustento en el cual se solicita expedir el respectivo Registro de Defunción ante la Registraduría Nacional del Estado Civil Seccional CALI por homicidio por explosivo, precedido del correspondiente Certificado de Defunción, expedido por la Médica DIANA MARCELA HERNÁNDEZ CASTAÑO y de la solicitud de entrega del cuerpo a personal del EJÉRCITO NACIONAL autorizado para tales eventos<sup>18</sup>.

7.1.1.4. Copia simple de Hoja de Servicios de HUMBERTO MARTÍNEZ CALDERÓN, expedido de manera restringida para pago de prestaciones sociales, que menciona un tiempo físico total de 14 años, 2 meses, 22 días<sup>19</sup>.

7.1.1.5. Copia parcial simple de la Resolución No. 5783 de agosto 10 de 2012, a través de la cual se reconoce sustitución de pensión originada en el fallecimiento del señor HUMBERTO MARTÍNEZ CALDERÓN, sin especificar beneficiario<sup>20</sup>.

7.1.1.6. Copia simple de la Hoja No. 1 del oficio No. 756 expedido por BATALLÓN DE FUERZAS MILITARES, MD – CGFM – CE – DAVAAA – BRFER – BFER 3 – 22 de julio 10 de 2013, a través del cual se da respuesta a ARMANDO SOLANO GARZÓN (apoderado de la parte actora), sobre documentación relacionada con el fallecimiento de HUMBERTO MARTÍNEZ CALDERÓN<sup>21</sup>. A través de informe de mayo 17 de 2013, se rinde informe especificando entrega de informe con anterioridad<sup>22</sup>.

7.1.1.7. Copia simple del Informe de marzo 20 de 2012, rendido por el subteniente DAVID STIK DÍAZ CASTIBLANCO, sobre el deceso de HUMBERTO MARTÍNEZ

---

<sup>16</sup> Folios 18 y 51 Cuaderno No. 1

<sup>17</sup> Folios 19 y 22 Cuaderno No. 1

<sup>18</sup> Folios 20, 21 y 23 Cuaderno No. 1

<sup>19</sup> Folios 24 y 25 Cuaderno No. 1

<sup>20</sup> Folios 26 y 27 Cuaderno No. 1

<sup>21</sup> Folio 28 Cuaderno No. 1

<sup>22</sup> Folios 48, 49 y 50 Cuaderno No. 1

CALDERÓN, en el cual consta la realización de 3 rotaciones a las 21 30 horas, 22 horas y 22 08 horas del grupo BETA y el arribo en otro lugar del Grupo EXDE. Se informó que por lo avanzado de la hora no se podía descartar la presencia de campos minados, pero a esa hora era imposible buscarlos por lo cual se decidió que nadie se moviera, no obstante sobre las 22 30 horas sintió la explosión y al indagar sobre el tema se verificó que no se encontraba dentro de la "BPM", porque según coordenadas de la BPM era N03° 23' 29.5" – W 76° 10' 19.5" y el lugar donde cayó el comando era N03°23'29.9" – W 76° 10' 19.5"<sup>23</sup>.

7.1.1.8. También se allegó la orden de Operaciones No. 13 MARTE, con el fin de ubicar a JOSÉ GREGORIO LASSO CESPEDES, a través de 8 objetivos, ubicados en sectores próximos a las coordenadas descritas<sup>24</sup>.

7.1.1.9. Copias simples informales de cédulas de ciudadanía de ALEXANDER MARTÍNEZ CALDERÓN (foto ilegible)<sup>25</sup>, LUZ MERY CALDERÓN GUAPACHO, EDWIN FABIÁN CALDERÓN GUAPACHO (foto ilegible) y HUMBERTO MARTÍNEZ GUAPACHO (foto ilegible).

7.1.1.10. Con la contestación de la demanda, se allegó información de contenido similar consistente en informe término de misión CLAVE MARTE y anexos<sup>26</sup>, informe administrativo por muerte<sup>27</sup>, copias informes Libro COB consecutivo de reportes durante la fecha de los hechos<sup>28</sup>, denuncia penal Sección de derechos Humanos, situación de las tropas marzo 8 al 10 de 2012, informe de presencia de artefactos explosivos en el sector de los hechos, registros de nacimiento y defunción del señor HUMBERTO MARTÍNEZ CALDERÓN<sup>29</sup>, libro COB de fecha de los hechos y certificación de cursos militares adelantados por la víctima.

7.1.1.11. Con ocasión de la información requerida en el escrito de demanda, se allegó al proceso oficio 00781 de diciembre 11 de 2015, a través del cual se allega la necropsia del occiso HUMBERTO MARTÍNEZ CALDERÓN que ratifica como causa de muerte explosión con artefacto explosivo como consecuencia de lesiones causadas con esquirlas<sup>30</sup> y copias del expediente prestacional (cesantías y pensión)<sup>31</sup>, el cual incluye informe de homicidio en combate, solicitud de hojas de

---

<sup>23</sup> Folios 29 y 30 Cuaderno No. 1

<sup>24</sup> Folios 29 al 47 Cuaderno No. 1

<sup>25</sup> Folios 52, 53, 54 y 55 Cuaderno No. 1

<sup>26</sup> Folios 99 al 101, 102 al 126 Cuaderno No. 1

<sup>27</sup> Folio 97 Cuaderno No. 1

<sup>28</sup> Folios 140 al 148 Cuaderno No. 1

<sup>29</sup> Folios 98 y 149 Cuaderno No. 1

<sup>30</sup> Folios 2 al 8 Cuaderno No. 3

<sup>31</sup> Folios 1, 11 al 45 Cuaderno No. 3

servicio, informe administrativo por muerte, registro civil de defunción y de nacimiento, solicitudes de trámite del reconocimiento prestacional, copia de la cédula de ciudadanía de la beneficiaria, declaración de dependencia económica y certificado de supervivencia tramitado ante notario, Hoja de Servicios, liquidación, certificación de antecedentes prestacionales, liquidación de cesantías, cédula de ciudadanía del señor HUMBERTO MARTÍNEZ CALDERÓN, Resolución No. 135637 de mayo 10 de 2012, que ordena el pago de cesantías a favor de la beneficiaria respectiva LUZ MERY CALDERÓN GUAPACHO; solicitud de Informe sobre muerte del señor HUMBERTO MARTÍNEZ CALDERÓN; comprobantes de pagos realizados a favor de la beneficiaria del señor MARTÍNEZ CALDERÓN<sup>32</sup>.

Además se allegó oficio No. 021 – 169 de marzo 16 de 2016, a través del cual se remite por parte del Fiscal 152 Seccional de PRADERA – VALLE, copia de proceso No. 7600160001932012 – 07214, adelantado con ocasión del Homicidio de HUMBERTO MARTÍNEZ CALDERÓN, el cual incluye verificación de elementos que estaban con el cadáver en la morgue del Hospital VALLE DE LILI, su identificación dactilar confrontando la cédula de ciudadanía, la denuncia de los hechos e informe sobre los mismos rendidos por autoridades militares, como consecuencia de acto terrorista<sup>33</sup>.

7.1.1.12. Así mismo con ocasión de las pruebas solicitadas en el escrito de contestación de la demanda, se anexó al proceso copias del expediente prestacional, tipo cesantías definitivas y pensión sustituta<sup>34</sup>.

En cuanto a cesantías, nuevamente se hace referencia al informe administrativo, urgencia del trámite requerido, registros de nacimiento y de defunción, solicitud de trámite, copia de cédula de ciudadanía de la beneficiaria y certificado de supervivencia y dependencia económica de LUZ MERY CALDERÓN GUAPACHO ante Notaría, copia de cédula de ciudadanía del señor HUMBERTO MARTÍNEZ CALDERÓN, liquidación de la cesantía definitiva, certificación de antecedentes prestacionales, orden de pago de cesantía definitiva y la notificación a la beneficiaria, peticiones de información requeridas por la beneficiaria y apoderado de la beneficiaria.

En cuanto a pensión se allega certificación tiempo de servicios entre noviembre 30 de 1997 y marzo 12 de 2012 (extendido a junio 12 del mismo año para fines

---

<sup>32</sup> Folios 113 al 116 Cuaderno No. 3

<sup>33</sup> Folios 46 al 82 Cuaderno No. 2

<sup>34</sup> Folios 1 al 62 Cuaderno No. 2

prestacionales), hoja de servicios, copias de la Resolución No. 5783 de agosto 10 de 2012, mediante la cual se ordena el reconocimiento de la pensión a favor de la beneficiaria (ahora demandante) y de los actos atinentes a su notificación, formato de liquidación de la pensión, informe resumido del fallecimiento del señor HUMBERTO MARTÍNEZ CALDERÓN y de otras personas heridas y fallecidas en combate y fuera de combate, solicitudes de trámite y allegar documentos, informe administrativo de muerte, registro civil de defunción, registro civil de nacimiento, copia cédula de ciudadanía de la beneficiaria, certificado de supervivencia.

## **7.2. PRUEBA TESTIMONIAL**

A través del Despacho Comisorio No. 01 de marzo 28 de 2016, se solicitó apoyo con el fin de recepcionar testimonio al señor DAVIS STIK DÍAZ CASTIBLANCO, quien a propósito del deceso del señor HUMBERTO MARTÍNEZ CALDERÓN señaló<sup>35</sup> manifiesta haber sido el comandante del operativo, el cual se planificó, teniendo en cuenta la posibilidad de encontrarse con la instalación de artefactos explosivos, y señala que el occiso era encargado de cargar explosivos en caso de situaciones adversas, debía manipularlas, era explosivista, de mayor experiencia en edad y en el Ejército Nacional, con capacidad de orientar a los demás soldados. Aclara que quien iba adelante era el más experto en detectar artefactos explosivos y que el señor MARTÍNEZ pasó de cuarto, al paso que el testigo le correspondía el quinto puesto. La gente que integra el Batallón del cual formaba parte el occiso, era de la mayor experiencia y conocimientos al interior del Ejército Nacional. Considera que por la forma como pudo quedar enterrado el artefacto explosivo, no le fue posible detectarlo al señor MARTÍNEZ, quien fue remitido con vida al hospital antes de una hora de ocurrida la explosión y por un helicóptero, operativo que se suspendió dadas las circunstancias.

En suma, el daño antijurídico alegado se concreta con las lesiones personales y secuelas antes descritas, en razón al mencionado operativo militar, que, además, de lesiones por mutilación de sus dos (2) piernas, le produjo la muerte al señor HUMBERTO MARTÍNEZ CALDERÓN.

Se concluye entonces de lo dicho respecto de la prueba documental y testimonial referenciados, que el daño antijurídico causado respecto del señor HUMBERTO MARTÍNEZ se encuentra acreditado, en la medida que fue herido con un artefacto explosivo que le produjo la mutilación de sus dos (2) piernas y que al llegar a la

---

<sup>35</sup> Folios 84 al 112 Cuaderno No. 3

Clínica VALLE DE LILÍ ya no presentaba signos vitales, situación que es ratificada con los informes militares de la producción de la situación, así como con los informes elaborados por el Instituto Nacional de Medicina Legal y ciencias Forenses sobre identificación y causas de la muerte del señor MARTÍNEZ.

Tal situación conjuntamente con el tema planteado en el testimonio, no permite dudar acerca del daño antijurídico en la vida e integridad del señor HUMBERTO MARTÍNEZ.

## **7.2. ¿Existen hechos u omisiones constitutivas de falla del servicio?**

El informe administrativo menciona que el ataque fue planeado mediante Maniobra Directa Aerotransportada, y que el comandante EXDE informó el 10 de marzo de 2012, a las 9 30 p. m. que el área estaba muy contaminada por artefactos explosivos, y que indicó a los soldados que trataran de no moverse por la difícil situación<sup>36</sup>; no obstante sobre las 22 30 horas el soldado profesional HUMBERTO MARTÍNEZ activó un artefacto explosivo dentro del dispositivo de seguridad BPM, causando la mutilación de sus miembros inferiores y que a pesar de haber recibido primeros auxilios y ser rescatado en helicóptero del lugar de ocurrencia de los hechos, arribó sin signos vitales a la CLÍNICA VALLE DE LILI sobre las 00 45 a. m.

La situación es ratificada en alguna medida en la descripción operacional de CROACIA 2<sup>37</sup>, quien expresa además que la zona donde se realizó la inserción era muy empinada, terreno quebrado y difícil.

También dice que la primera rotación cayó sobre las 21 30 horas, la segunda a las 22 horas y la tercera a las 22 08 horas. Además explica que al ordenar al cabo inspeccionar el área, le indicó que no se podía hacer nada debido a que estaba muy tarde y que el área de caída era muy contaminada por explosivos, y que el perro "*quedaba loco*" y que por esa razón dio la instrucción de no moverse porque era un sitio desconocido y de pronto había un campo minado.

Sobre las 22 30 se produjo una muy leve explosión que fue la que afectó al soldado MARTÍNEZ, quien con ocasión de la misma perdió sus piernas y que al revisar el lugar se encontraba dentro del dispositivo, es decir en el sitio de ubicación previsto con tal finalidad.

---

<sup>36</sup> Folio 97 Cuaderno No. 1

<sup>37</sup> Folios 108 y 109 Cuaderno No. 1

Las coordenadas BETA eran N 03° 23` 29. 5" W 76° 10` 19,5" y las de la caída del soldado eran N 03° 23`29,9" W 76° 10` 19,5". El resto del informe operativo se refiere es a la salida del personal del lugar.

No obstante lo dicho documentalmente, la persona que fue llamada como testigo presencial de los hechos, indica que los soldados siguieron transitando en busca de su objetivo según las coordenadas, y que después de haber sorteado incluso algunas situaciones de riesgo debido a la detección de instalación de artefactos explosivos, ya fue sobre las 2 00 a. m. que se activó la explosión que hirió al occiso HUMBERTO MARTÍNEZ, de quien se afirma le correspondía el cuarto orden de lugar de desplazamiento, después de iniciar el recorrido con los cuatro (4) soldados más experimentados en este tipo de procedimientos.

Al respecto explica que sabían que en el terreno probablemente habría artefactos explosivos; por lo cual el de mayor experiencia pasó de 1º, luego otras dos personas y finalmente el ahora occiso que pasó de 4º turno en el lugar en la fila que tenía y que si bien al testigo le correspondía el 5º turno, después de que los otros cuatro (4) compañeros hubieran pasado por el punto donde se produjo la explosión, la causa de la explosión fue que el afectado probablemente no pudo percibir la instalación del artefacto hábilmente ocultado por miembros de la subversión.

Al respecto el Despacho considera que si el operativo militar fue planeado con conocimiento de la posibilidad de tener que enfrentarse a la instalación de artefactos explosivos (situación respecto de la cual fue informado el personal que iba adelantarle al momento de hacer las tres caídas de personal), que es contradictoria la afirmación de la orden de suspender la puesta en marcha del operativo debido a la oscuridad y a la actitud del canino que se podía volver loco por la instalación de mucho artefacto explosivo y la probable presencia de un campo minado, con la prueba testimonial, en cuanto la orden de avanzada prosiguió en horas de la noche a pesar de las circunstancias y que lo que se tuvo en cuenta fue la gran experiencia de los soldados en tales temas y justamente que quienes pasaron de primero, segundo, tercero y cuarto lugar eran los mejores soldados del grupo comando precisamente por el testigo a quien le correspondía el quinto lugar.

Lo anterior por cuanto al margen de que se afirme que para realizar el operativo se dispuso la presencia del personal mejor entrenado existente al interior del Ejército

Nacional, las condiciones de su práctica no permitían que siguiera el desarrollo del mismo según se expresa en los informes respectivos, debido precisamente a las dificultades físicas de acceso al lugar y a la posibilidad de instalación de artefactos explosivos que desorientaba al canino y las máquinas detectoras de explosivos, una vez se produjo el arribo en proximidades del sitio en el cual se debía producir el operativo militar.

En tal sentido, se considera falla del servicio el hecho de afirmar que el señor MARTÍNEZ CALDERÓN probablemente no alcanzó a percibir el artefacto que lo afectó, debido probablemente a la habilidad del personal subversivo en ocultarlo, toda vez que lo indicado en tales casos era cumplir la orden de esperar a que se percibiera mejoría en las condiciones de aproximación al lugar donde se encontraba el blanco, según el relato de las órdenes impartidas por la superioridad militar y ello desvirtúa la afirmación de que haya sido culpa de la víctima su avance en lugar no autorizado, toda vez que fue por orden equivocada de su superior inmediato que dicha actividad se produjo, en cuanto desatendió el balance inicial del lugar y las órdenes que al respecto se produjeron.

Lo que es más, una vez se produjo la explosión que afectó al señor HUMBERTO MARTÍNEZ, no se dio ningún cruce de disparos o lanzamiento de objetos explosivos por parte de la subversión hacia miembros del Ejército.

Por el contrario una vez se produjo la explosión, a su vez se produjo la decisión de no proseguir con el operativo militar y por el contrario se dio una contra orden de evacuación de todo el personal convocado para impedir que eventualmente resultaren heridas otras personas, debido a la proliferación de instalación de artefactos explosivos<sup>38</sup> en el campo minado que debían enfrentar justo en el lugar de arribo al lugar desde donde debían iniciar el recorrido para determinar el blanco.

En tal sentido el Despacho estima que surge una evidencia probatoria de falla del servicio en la planeación y en la puesta en marcha del operativo, toda vez que con anterioridad a su realización y a pesar de conocer la posibilidad de probable ubicación de artefactos explosivos y al respecto encuentra el Despacho que según el documento que sirvió de base para realizar el asalto aéreo y terrestre<sup>39</sup>, no se menciona en ninguno de sus apartes, la probable existencia de riesgo de terreno quebradizo y de la probable instalación de artefactos explosivos y campo minado

---

<sup>38</sup> Ver testimonio allegado a folio 112 del Cuaderno No. 3, en medio magnético

<sup>39</sup> Folios 119 al 137 Cuaderno No. 1

ni la forma como se debería manejar la situación por parte de la tropa que debía realizar el ataque una vez ubicados en el área terrestre.

Una vez verificada la existencia de la instalación de un campo minado, se omitió además cumplir con las órdenes de esperar un mejor posicionamiento de la tropa y por el contrario se dispuso la avanzada de un grupo de soldados que si bien eran experimentados, no tenían todas las facultades para avisorar la instalación de la totalidad de los artefactos explosivos debido a lo avanzado de la noche.

Lo anterior, no obstante se había detectado la probable presencia de un campo minado, frente al cual se había dispuesto no avanzar, sino quedarse esperando en el sitio de ubicación hasta mejorar las condiciones operativas.

A dicha conclusión se llega, por la circunstancia de que inmediatamente el mando militar se percata de que la existencia del campo minado cobró una víctima, se dispone no movilizar al resto del grupo en busca de su objetivo de combate, sino abortar la misión, lo cual se cumple abordando nuevamente los helicópteros en retorno a su lugar de origen y por cuanto al parecer solo se empleó un canino para detectar la existencia de material explosivo abundante del cual se dijo “*se vuelve loco*”, sin hacer ninguna referencia a parejas, conforme se dijo en el documento de planeación del operativo.

Aunque se habla de la posibilidad de dirigirse “*binomios caninos orgánicos*”, no se especifica de qué manera actuarían ni a quien protegerían y en qué forma.

Tampoco se analiza la conveniencia de realizar el ataque en horas nocturnas, es decir entre las 10 00 p. m. y 2 00 a. m. aproximadamente y la forma como se manejará el tema de la probable presencia de explosivos, en un terreno que presenta dificultades físicas de acceso, por lo quebrado, ni en el tema de visualización del objetivo y de avance por coordenadas, diversa de la habilidad de los mejores soldados del Ejército Nacional.

Aunque del equipo de los integrantes de la tropa se menciona la posibilidad de utilizar visores de refuerzo nocturnos, así como caninos, lo cierto es que su ineficacia se acredita, con base en el hecho afirmado de que una explosión leve, permitió acabar con la vida de un soldado y suspender todo un operativo militar aerotransportado, por enfrentarse a un campo minado según se menciona en los informes y en la prueba testimonial referenciada.

Si quien estuvo presente en el operativo menciona que fue la experiencia de los soldados de mejor capacidad para asumir el reto de enfrentar a un grupo armado, más no así otros factores como la forma de avanzar hacia el objetivo empleando detectores de explosivos naturales o artificiales o empleando medidas diversas del sentido de la vista con apoyo de visores nocturnos, es evidente que el operativo adolece de deficiencias y en tal sentido se produjo una falla del servicio, en cuanto se expuso a las personas que intervinieron en el operativo militar a circunstancias de riesgo grave e inminente de afectación por la presencia de múltiples artefactos explosivos y en esencia el soldado no es muerto en el ejercicio de un combate conforme se dice en tales informes, sino en un campo minado que por los antecedentes del operativo, se trataba de una situación que debía ser valorada para efectos de asumir medidas de prevención y que nunca se adoptaron, es decir existe omisión de la autoridad en la planificación y realización del operativo y la Administración debe responder por falla del servicio.

## **8. LIQUIDACIÓN DE PERJUICIOS**

### **8.1. Daño emergente**

El apoderado de la parte actora, en su escrito de demanda se limita a solicitar el reconocimiento de perjuicios materiales de forma genérica, por lo que el Despacho entiende que solicita la indemnización tanto de un daño emergente, como de un lucro cesante.

Sobre el daño emergente, debe decirse que con el material probatorio recaudado a lo largo del proceso, no logró acreditarse su causación, en efecto, no se demostró que la demandante haya tenido que incurrir en gasto alguno como consecuencia del daño que el Estado le irrogó en el presente asunto. Por lo anterior dicha pretensión será negada.

### **8.2. Lucro Cesante**

En el sub lite, el lucro cesante atañe a lo dejado de percibir por la señora LUZ MERY CALDERON GUAPACHO con ocasión a la muerte de su hijo, el Soldado Profesional HUMBERTO MARTINEZ CALDERON, lo que en primer término nos indica que para efectos de la demandante ser acreedora de dicha indemnización

deberá demostrar su dependencia económica respecto al señor MARTINEZ CALDERON.

Sobre este aspecto, el Consejo de Estado en reciente pronunciamiento dispuso<sup>40</sup>:

**“(…) la Sala en jurisprudencia reiterada ha sostenido que por virtud de las reglas de la experiencia, los hijos que han cumplido los 25 años de edad se emancipan del hogar y conforman su propia familia, razón por la cual se considera que es hasta esa época que estos ayudan a sus padres económicamente, a no ser que se acredite alguna situación especial que demuestre que los padres derivaban su sostenimiento únicamente de la víctima<sup>41</sup>”.**

2. En el presente caso, si bien está acreditado que el señor Neiro Jesús Pertuz Orozco laboraba como embolador de zapatos para obtener su sustento, también se encuentra acreditado de conformidad con su registro civil de nacimiento que para el momento en el cual se produjo su deceso como consecuencia de la actuación irregular del Estado, contaba con 27 años de edad, teniendo en cuenta que nació el 8 de enero de 1967 (f. 14, c. 1).

**3. Adicionalmente, la parte demandante no acreditó que existiera una circunstancia excepcional por virtud de la cual el señor Pertuz Orozco, a pesar de su edad, continuara aportando dinero para el sostenimiento de su madre, la señora Sonia Olinda Orozco Jiménez. Por el contrario, de conformidad con lo señalado por la actora en la denuncia penal incoada<sup>42</sup> (f. 98, c. 1), para el momento de su deceso el señor Pertuz Orozco no convivía con ella, sino con el señor Juan Pertuz Caballero -su padre-, circunstancia que a su vez permite entrever que ya no contribuía económicamente con el hogar de la ahora demandante.**

**4. Por ese motivo, se procederá a denegar la indemnización solicitada por la señora Sonia Olinda Orozco Jiménez por concepto de perjuicio material en la modalidad de lucro cesante.”** (se resalta).

Así las cosas, atendiendo el precedente jurisprudencial en cita, tenemos que en el expediente se acreditó que el señor HUMBERTO MARTINEZ CALDERON nació en mayo 14 de 1979<sup>43</sup> y falleció en hechos ya relacionados en marzo 11 de 2012<sup>44</sup>, esto es, cuando contaba con 32 años de edad, razón por la cual se presume que ya se encontraba emancipado de su familia, no siendo dable aducir que aportara económicamente para el sostenimiento de la demandante.

Adicional a ello, en el plenario no obra prueba que demuestre, como se afirma en la demanda, que la señora CALDERON GUAPACHO dependía económicamente del señor MARTINEZ CLADERÓN, pues sobre el particular, solo se observa una declaración extraproceso realizada a instancias de la Notaría Única del Círculo de San Luis Tolima<sup>45</sup>, la cual no cuenta con valor probatorio alguno si en cuenta se tiene que fue rendida por la propia demandante.

<sup>40</sup> Consejo de Estado, Sala del Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de mayo 2 de 2016, C.P. DANILO ROJAS BETANCOURTH. Radicación número: 47001-23-31-000-1995-04635-01(35399)

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2011, exp. 17471, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>42</sup> Documento que puede ser valorado como una confesión extrajudicial espontánea, teniendo en cuenta que la misma fue trasladada al presente proceso con el cumplimiento de la totalidad de los requisitos legales.

<sup>43</sup> Folio 15 cuaderno principal.

<sup>44</sup> Folio 17 ibidem.

<sup>45</sup> Folio 60 cuaderno 2.

Lo anterior, por cuanto la prueba en comento se pretende introducir como un testimonio extraprocesal sin citación de la contraparte en los terminos del artículo 188 del C.G.P., disposición que a su vez indica que el documento que contenga la declaración deberá ceñirse a lo dispuesto en el artículo 221 ibídem, referente a la práctica del interrogatorio, artículo que por su parte está contenido en el capítulo V del código en mención, denominado “**Declaración de Terceros**”.

Surge con nitidez de lo expuesto, que las declaraciones extraproceso (como la que obra en el expediente) deberán ser rendidas por terceros a quienes les conste de manera directa o indirecta lo que en efecto están declarando y no por las mismas partes, razón suficiente para descartar la prueba referida y que se repite, constituye el único documento que refiere sobre la dependencia económica de la demandante respecto a la víctima.

Siendo así, al haberse acreditado que el señor HUMBERTO MARTINEZ CALDERON falleció contando con más de 25 años de edad y no poderse probar que la demandante dependía económicamente de él, el perjuicio material solicitado a título de lucro cesante necesariamente deberá ser negado.

### **8.3. Perjuicios Morales:**

Respecto a los **perjuicios morales**, estos refieren a la aflicción, congoja, padecimiento o angustia que se causa a la persona directamente afectada, y/o a sus familiares o personas cercanas. Por lo anterior, debe mencionarse que respecto a la acreditación del perjuicio moral solicitado por la madre de la víctima en casos de muerte, el Consejo de Estado ha indicado que<sup>46</sup>:

*“(...) **tratándose de los padres, hermanos, hijos y abuelos basta la acreditación del parentesco para que se presuma el perjuicio moral**, por cuanto las reglas de la experiencia hacen presumir que la muerte de un pariente cercano causa un profundo dolor y angustia en quienes conforman su núcleo familiar, por las relaciones de cercanía, solidaridad y afecto, surgidas en el ámbito de la familia (...)*” (se resalta).

Ahora, para acreditar la existencia del perjuicio moral se allegó una copia del registro civil de nacimiento de la víctima, señor HUMBERTO MARTINEZ CALDERON, con la que se demuestra que la señora LUZ MERY CALDERÓN GUAPACHO ostenta la calidad de madre de aquel.

<sup>46</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 26 de febrero de 2015, C.P. Olga Melida Valle de la Hoz, **Radicación número: 47001-23-31-000-2002-01357-01(37569)**.

Así las cosas se presume que la señora CALDERÓN GUAPACHO se vio afectada emocional y anímicamente por la muerte de su hijo, el señor HUMBERTO MARTINEZ CALDERON, lo que lleva a inferir la existencia de un perjuicio moral que evidentemente debe repararse, máxime cuando la entidad demandada no desvirtuó la presunción de aflicción que se desprende del vínculo existente entre ambos.

En suma, teniendo en cuenta que la demandante es acreedora del perjuicio moral invocado, a fin de verificar el *quantum* del mismo, se tendrán en cuenta los nuevos criterios adoptados por el Consejo de Estado, de la siguiente forma<sup>47</sup>:

*“(...) En consecuencia, para la reparación del perjuicio moral en caso de muerte se han diseñado cinco niveles de cercanía afectiva entre la víctima directa y aquellos que acuden a la justicia calidad de perjudicados o víctimas indirectas, los cuales se distribuyen así:*

*“Nivel No. 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 No. 2. Donde se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos). A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio.*

*“Nivel No. 3. Está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil. A este nivel corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio.*

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

*“La siguiente tabla recoge lo expuesto:*

GRAFICO No. 1					
REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE MUERTE					
	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
Regla general en el caso de muerte	Relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales	Relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos)	Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil	Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil.	Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados
Porcentaje	100%	50%	35%	25%	15%
Equivalencia en salarios mínimos	100	50	35	25	15

*“Así las cosas, 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.*

<sup>47</sup> Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, Exp. 26251, M.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

“En casos excepcionales, como los de graves violaciones a los derechos humanos, entre otros, podrá otorgarse una indemnización mayor de la señalada en todos los eventos anteriores, cuando existan circunstancias debidamente probadas de una mayor intensidad y gravedad del daño moral, sin que en tales casos el monto total de la indemnización pueda superar el triple de los montos indemnizatorios antes señalados. Este quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño. (...)” (se resalta).

De conformidad con lo anterior, para efectos de efectuar la liquidación del perjuicio moral en casos de muerte, deberá tenerse en cuenta el grado de cercanía o parentesco que tenía la persona que reclame el perjuicio, con el fallecido, este criterio determinará según la tabla transcrita, el valor en salarios mínimos a pagar por concepto de perjuicio moral.

Con base en estos parámetros, a los cuales se acoge plenamente el Despacho, y habida cuenta que se acreditó que la señora LUZ MERY CALDERÓN GUAPACHO era la madre de la víctima, el monto establecido para aquella, a efectos de resarcir el perjuicio moral causado, es el equivalente en pesos a **CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES**.

## 9. COSTAS

Según lo dispuesto en el artículo 188 del CPACA, la sentencia siempre dispondrá sobre la condena en costas, pero su liquidación y ejecución, será atendida conforme a lo preceptúa el Código General del Proceso. Ahora bien, el numeral 1° del artículo 365 ib.<sup>48</sup>, entre otras cosas, establece que: “se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...)”

Pues bien, el artículo 188 del CPACA ha sido objeto de análisis por parte del Consejo de Estado, Corporación que le otorgó la siguiente interpretación<sup>49</sup>:

“(...) Si bien una lectura rápida de la disposición que antecede, podría llevar a la errónea interpretación de que la condena en costas debe imponerse en forma **objetiva**, es decir, de manera forzosa, automática e ineluctable en todos aquellos procesos contencioso administrativos en los cuales se ventile un interés de carácter individual o particular, **lo cierto es que cuando la norma utiliza la expresión “dispondrá”, lo que en realidad está señalando es que el operador jurídico está llamado a pronunciarse en todos los casos sobre si es o no procedente proferir una condena en costas en contra de la parte que ha visto frustradas sus pretensiones procesales.**” (se resalta).

Es claro entonces, según lo expuesto, que el criterio para condenar en costas en esta jurisdicción no atiende un carácter objetivo, lo que quiere decir que no siempre ineluctablemente la parte vencida en la litis deberá ser condenada en costas, contrario a ello, corresponde al juez determinar la procedencia de tal

<sup>48</sup> Aplicable por remisión expresa del artículo 306 de la ley 1437 de 2011.

<sup>49</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 16 de abril de 2015, C.P. Guillermo Vargas Ayala. **Radicación número: 25000-23-24-000-2012-00446-01.**

condena; razón por la cual, el Despacho varía la posición objetiva que sobre este tema ha venido aplicando, para así acoger la postura del máximo órgano de cierre de esta jurisdicción en el entendido de implementar un criterio subjetivo respecto al estudio de condena en costas. En punto al tema, es necesario traer a colación lo dispuesto en el numeral 8º del artículo 365 del C.G.P. que a la letra reza:

**“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS.** *En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:*

*“(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.”*

Así las cosas, atendiendo lo argumentado líneas arriba, concluye este juzgador que en el presente asunto no se probó la causación de costas que deban ser reconocidas en favor de la parte victoriosa de la litis, razón por la cual, el Despacho se abstendrá de emitir una condena en tal sentido.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Cali, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO.- DECLARAR ADMINISTRATIVA Y EXTRACONTRACTUALMENTE RESPONSABLE** a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, por los perjuicios ocasionados a la demandante, con motivo de la muerte del señor HUMBERTO MARTINEZ CALDERON acaecida en marzo 11 de 2012 con ocasión a la falla del servicio en que incurrió la entidad demandada, según se argumentó en precedencia.

**SEGUNDO.-** Consecuente con lo anterior, **CONDENAR** a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL, a pagar a la señora LUZ MERY CALDERÓN GUAPACHO la suma equivalente en pesos a **CIEN (100) SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES**, por concepto del perjuicio moral padecido.

**TERCERO.- NEGAR** las demás pretensiones de la demanda, según lo expuesto.

**CUARTO.- SIN COSTAS** en esta instancia según lo argumentado precedentemente.

**QUINTO.- ORDENAR** a la entidad demandada cumplir este fallo en los términos del artículo 192 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Los intereses moratorios se devengarán a partir de la ejecutoria de esta providencia en los términos previstos en el inciso 3 del artículo 192 y el numeral 4° del artículo 195 ibídem.

**SEXTO.-** En firme la presente sentencia se le comunicará a la entidad demandada, adjuntándole copia íntegra, para su ejecución y cumplimiento, conforme lo señala el inciso último del artículo 203 del CPACA.

**SÉPTIMO.- LIQUIDAR** los gastos del proceso, **DEVOLVER** los remanentes si los hubiere y **ARCHIVAR** las diligencias, previas las anotaciones respectivas en el sistema Justicia Siglo XXI. De igual forma, se autoriza la expedición de las copias de esta sentencia en los términos del artículo 114 del Código General del Proceso.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**CARLOS ENRIQUE PALACIOS ÁLVAREZ**  
Juez

