



Bogotá D.C., dieciocho (18) de diciembre de dos mil diecinueve (2019)

| | | |
|------------------------|---|--|
| JUEZ | : | ÁLVARO CARREÑO VELANDIA |
| Ref. Expediente | : | 110013343-064-2016-00427-00 |
| Demandante | : | Luis Enrique Maldonado Cárdenas |
| Demandado | : | NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA -EJERCITO NACIONAL |

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 108**

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

1.- Antecedentes

1.1.- La demanda

El 27 de julio de 2016 los señores Luis Enrique Maldonado Cárdenas, en nombre propio y en representación de su menor hija Taliana Carolina Maldonado Ayala; Carmen Alicia Cárdenas Gómez, Sandra Patricia Maldonado Cárdenas, Wilmer Javier Maldonado Cárdenas y Edith Johana Maldonado Cárdenas, por medio de apoderado judicial, presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la Nación – Ministerio de Defensa- Ejército Nacional, a efectos de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

“Declarar responsable a la demandada Nación, Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por los perjuicios morales, daño a la salud, alteración a las condiciones de vida, materiales, según corresponda, que le fueron causados a los demandantes, como consecuencia de las lesiones recibidas por Luis Enrique Maldonado Cárdenas, cuando se desempeñaba como Soldado Profesional y fue alcanzado por la explosión de un artefacto explosivo improvisado (AEI).-

Condenar a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, a pagar a favor de Luis Enrique Maldonado Cárdenas, Taliana Carolina Maldonado Ayala y Carmen Alicia Cárdenas Gómez la indemnización por **perjuicios morales**, en la cantidad de SESENTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES. (60 s.m.m.l.v.), para cada uno.

Condenar a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, a pagar a favor de Sandra Patricia Maldonado Cárdenas, Wilmer Javier Maldonado Cárdenas y Edith Johanna Maldonado Cárdenas, hermanos del lesionado, la indemnización por **perjuicios morales**, en la cantidad de treinta salarios mínimos mensuales legales vigentes. (30 s.m.m.l.v.), para cada uno.

Condenar a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional Ejército Nacional a pagar a favor de Luis Enrique Maldonado Cárdenas, lesionado y Taliana Carolina Maldonado Ayala hija del lesionado la indemnización por **daño a la salud**, por la cantidad de sesenta salarios mínimos mensuales legales vigentes. (60 s.m.m.l.v.), para cada uno.

Condenar a la Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, a pagar a favor de Carmen Alicia Cárdenas Gómez, madre del lesionado, la indemnización por **alteración a las condiciones de vida**, en la cantidad de sesenta salarios mínimos mensuales legales vigentes. (60 s.m.m.l.v.), para cada uno.

Condenar a La Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, a pagar a favor de Sandra Patricia Maldonado Cárdenas, Wilmer Javier Maldonado Cárdenas y Edith Johanna Maldonado Cárdenas hermanos del lesionado, la indemnización por **alteración a las condiciones de vida**, en la cantidad de treinta salarios mínimos mensuales legales vigentes. (30 s.m.m.l.v.), para cada uno.

Condenar a la Nación Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, a pagar a favor de Luis Enrique Maldonado Cárdenas, los perjuicios materiales por la suma de Ciento Veintiocho Millones Ochocientos Cuarenta y Dos Mil Novecientos Cuarenta y Cuatro Pesos (\$128.842.944.00), debidamente actualizados a la fecha de la sentencia".

1.2.- Hechos de la demanda

-. Luis Enrique Maldonado Cárdenas, se vinculó al Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional como Soldado Profesional, siendo asignado al Batallón de Combate Terrestre No 129, de la Brigada Móvil No 25, ubicada en el Municipio de Cáceres - Antioquia.

-. El día 05 de diciembre de 2013, en desarrollo de la operación Espartaco, en momentos en que el SLP. Luis Enrique Maldonado Cárdenas realizaba su desplazamiento, involuntariamente accionó un artefacto explosivo improvisado, cuya onda explosiva le causó heridas múltiples, entre ellas "*ulcera de la córnea, queratoconjuntivitis, herida del párpado y de la región periocular*", por lo que debió ser atendido por el enfermero de combate y luego evacuado hacia el Hospital Pablo Tobón Uribe en la ciudad de Medellín, para que se le prestara la atención especializada; Estos hechos quedaron descritos en el Informe Administrativo por Lesiones formato No 042968 del 13 de diciembre de 2013.

-. Como consecuencia de las lesiones recibidas y de acuerdo con la rehabilitación a la que se sometió, al SLP Luis Enrique Maldonado Cárdenas se le realizó Junta Médico Laboral hasta el 14 de abril de 2015, en la que se le determinó "*INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL NO APTO PARA ACTIVIDAD MILITAR - NO SE RECOMIENDA REUBICACIÓN LABORAL y DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL TREINTA Y OCHO PUNTO TREINTA Y SEIS POR CIENTO (38.36%)*". Decisión ratificada por el Tribunal Médico de revisión militar mediante acta del 01 de febrero de 2016.

-. Como consecuencia de estas lesiones y en apoyo a las decisiones médicas contenidas en las actas médicas, el soldado Luis Enrique Maldonado Cárdenas fue desvinculado del Ejército Nacional.

1.3.- Contestación de la demanda

La entidad accionada contestó la demanda (fls. 66 a 79), refiriéndose a cada uno de los hechos aducidos, oponiéndose a la totalidad de pretensiones al considerar que no ha incurrido en violación de normas de rango constitucional ni legal.

Explicó que se opone a la declaratoria de responsabilidad administrativa de su representada, pues se trata de un soldado profesional el cual se encuentra sometido al riesgo propio del servicio por la voluntariedad del mismo.

Indicó que, se configuró un eximente de responsabilidad, como lo es hecho exclusivo de un tercero lo que rompe el nexo de causalidad, toda vez que las lesiones sufridas por el Soldado Profesional Luis Enrique Maldonado Cárdenas, fueron el producto del actuar delictivo y terrorista de grupos insurgentes que delinquen en el sector donde se encontraba el grupo militar, y que instalaron el artefacto explosivo improvisado.

Estableció que la parte actora no probó la falla en el servicio de la entidad demandada, conforme al artículo 167 del Código General del Proceso, por lo que no puede pretender la declaratoria de responsabilidad,

Indicó que, la víctima era soldado profesional y al momento de los hechos se encontraba en desarrollo de actividades propias del servicio militar que exigían el desplazamiento del personal, asumiendo un riesgo propio de su condición de voluntario.

Propuso como excepciones: el hecho exclusivo de un tercero, y la innominada.

1.4.- Trámite procesal

La demanda fue presentada el 27 de julio de 2016, por auto de 18 de octubre de 2016 este Despacho la admitió, disponiendo su notificación a la parte demandada, (fl. 54-56).

En proveído del 15 de junio de 2017, se fijó como fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 para el día 9 de noviembre de 2017, haciendo las precisiones de rigor a las partes (fls. 167 C 1).

En la fecha y hora programada se celebró la audiencia inicial, en la cual se fijó el litigio en los siguientes términos:

"(...)Encuentra el Despacho que la fijación del litigio se centra en establecer si el Estado a través del Ministerio de Defensa - EJERCITO NACIONAL es responsable administrativa y extracontractualmente de los perjuicios presuntamente ocasionados a los demandantes por las lesiones sufridas por el SLP LUIS ENRIQUE MALDONADO CARDENAS en los hechos ocurridos el día 05 de diciembre de 2013 y en consecuencia determinar si existe lugar a condena por tal evento, si hay lugar al reconocimiento y pago de los perjuicios morales y materiales solicitados o si se configura algún eximente de responsabilidad." (Folio 174 Vfo).

En audiencia de pruebas realizada el día 23 de mayo de 2019, se dio por precluida la etapa probatoria, disponiendo en aplicación a lo previsto en el artículo 181 del CPACA, que las partes presentaran alegatos de conclusión por escrito dentro de los diez (10) días siguientes a la audiencia (folios 237 a 238 C1).

1.5.- Alegatos de conclusión

La parte demandada Nación –Ministerio de Defensa –Ejército Nacional a folios 239 a 242, señaló que no se le puede declarar responsable pues el hecho en que resultó lesionado el Soldado Profesional Luis Enrique Maldonado Cárdenas,

fue consecuencia del hecho de un tercero, por grupos al margen de la Ley, ajeno a la institución.

Expuso que se trató de un soldado profesional, que se encontraba sometido al riesgo propio del servicio por la voluntariedad que representa.

Concluyó con que no se demostró la falla en el servicio o el sometimiento a un riesgo excepcional, toda vez que ha dicho la jurisprudencia que este se configura cuando hay error táctico, se dejan de emplear medidas para prevenir o evitar un ataque, no se adoptan medidas de seguridad excepcionales a pesar de la inminencia del ataque; en el daño intervienen armas de dotación oficial, etcétera, situación que no ocurre en el presente evento pues no se aportó prueba alguna que permita determinar que se produjo una falla en el servicio. No obstante, sí se encuentra el informe administrativo por lesiones que da cuenta que el soldado profesional, fue lesionado en actos del servicio por acción directa del enemigo.

La parte demandante, no presentó alegatos de conclusión.

2.- CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6º y 156 numeral 6º del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Planteamiento del caso

La parte actora aduce que la entidad demandada debe responder patrimonialmente por los perjuicios irrogados, con ocasión de las lesiones y pérdida de capacidad laboral padecidas por Luis Enrique Maldonado Cárdenas, pues la entidad accionada incurrió en una falla en el servicio ya que se han creado unos límites que se concretan con las condiciones de seguridad y dotación para asumir el día a día que su tarea requiere. Bajo estas circunstancias al señor Luis Enrique Maldonado Cárdenas, se le expuso a un mayor riesgo lo que propició que su humanidad fuera afectada a causa del actuar omisivo del Estado que vulneró la convención de Ottawa incorporado a nuestro ordenamiento con la Ley 554 de 2000.

El extremo demandado por su parte señaló que la víctima era soldado profesional y al momento de los hechos se encontraba en desarrollo de

actividades propias del servicio militar, asumiendo un riesgo propio de su condición de voluntario.

Que las lesiones sufridas por el demandante fueron ocasionadas por el actuar de un grupo terrorista, por lo que los daños padecidos son completamente atribuibles al hecho de un tercero, y en tal sentido, el Estado debe ser exonerado.

Añadió que tampoco se sometió al demandante a un riesgo excepcional diferente o mayor al que debían afrontar sus compañeros, por cuanto el desplazamiento del soldado era esencial en la prestación del servicio que tenía asignado, por lo que se trataba de una carga normal que debía cumplir en desarrollo de su actividad.

2.3.- Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar **si en el caso concreto la NACIÓN- MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJERCITO NACIONAL debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte demandante con ocasión de las lesiones y pérdida de capacidad laboral padecidas por el Soldado Profesional LUIS ENRIQUE MALDONADO CÁRDENAS, cuando cumplía con funciones propias de su cargo y fue afectado por la onda explosiva de un artefacto explosivo improvisado.**

Para resolver el problema jurídico se partirá de los siguientes:

2.4.- Hechos probados

De la prueba documental aportada se encuentra demostrado que:

- . El señor Luis Enrique Maldonado Cárdenas estuvo vinculado al Ejército Nacional como Soldado Profesional, desde el 18 de julio de 2006 al 15 de marzo de 2016, según certificación de tiempo de servicio vista a folio 31 del plenario.
- . Del informe administrativo por lesiones de fecha 13 de diciembre de 2013, se evidencia que el soldado profesional Luis Enrique Maldonado Cárdenas el día 5 de diciembre de 2013 se encontraba en cumplimiento de la orden Espartaco orden administrativa de justicia misión táctica Somme en la vereda Bejuquilla del Municipio de Cáceres – Antioquia, en donde por onda explosiva al accionar un artefacto explosivo improvisado se le ocasionan heridas múltiples, fue extraído de la zona a la ciudad de Medellín al Hospital Pablo Tobón en el que se le diagnostica úlcera de la córnea, queratoconjuntivitis, herida en el párpado y de la región periocular (fl. 7)

- Como consecuencia de lo ocurrido el día 5 de diciembre de 2013, el soldado profesional Luis Enrique Maldonado Cárdenas resultó afectado de conformidad con lo consignado en el acta de junta medico laboral No. 77344 realizada el día 14 de abril de 2015 (fl. 13-14) ratificada por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía mediante Acta TML 15-2-641 (fl.15- 20). Se determinó una disminución de la capacidad laboral del 38.36% calificada como incapacidad permanente parcial, siendo no apto para la actividad militar, y posteriormente el acta No. 77344 fue aclarada mediante acta aclaratoria parcial No. 2626 del 30 de marzo de 2016, en el que se indicó que la pérdida de capacidad laboral obedecía al 45.76% (fl. 229).

- Se demostró que el SLP Luis Enrique Maldonado fue retirado del servicio activo por el Ejército Nacional a través de la orden administrativa de personal No. 1120 del 18 de febrero de 2016 (fl. 25-30)

3.- Caso concreto

3.1. Responsabilidad por hechos producidos a causa de la prestación voluntaria del servicio militar

El H. Consejo de Estado ha precisado que la responsabilidad patrimonial del Estado por daños generados en la actividad militar, debe examinarse bajo regímenes distintos atendiendo a la categoría del servicio, esto es, si el mismo ha sido prestado de manera obligatoria o voluntaria. En lo atinente a la responsabilidad por actos del servicio de personas que ingresan voluntariamente a las Fuerzas Militares o a la Policía Nacional, ha de analizarse con base en la falla en el servicio, o en su defecto bajo el riesgo excepcional.

En sentencia del 8 de febrero de 2012, el Consejo de Estado, Sección Tercera, expediente 23.308, con ponencia del Mg. Danilo Rojas Betancourth, actor Neftaly Vallejo Ortega, señaló:

DAÑOS SUFRIDOS POR MIEMBROS VOLUNTARIOS DE LA FUERZA PUBLICA - Títulos de imputación aplicables. Falla del servicio y riesgo excepcional

*Cuando se trata de daños padecidos en actos del servicio por personas que se han vinculado voluntariamente a las Fuerzas Armadas y de Policía Nacional **se ha de observar si éste se causó por la configuración de una falla del servicio o de un riesgo excepcional, o si se debió a la concreción del riesgo propio de dicha actividad. Esta distinción es de suma relevancia, por cuanto, de resultar probado los primeros supuestos se derivaría la responsabilidad en la administración, mientras que en el último no.** Esta Corporación ha determinado que la configuración de la falla en el servicio y el riesgo excepcional son los títulos de imputación que se analizan cuando una persona que voluntariamente se ha incorporado a la Policía Nacional o a las Fuerzas Armadas resulta afectada, de manera*

excepcional, con ocasión de actos del servicio. Y sólo pueden ser estos títulos de imputación, en razón a que el riesgo se estructura cuando acontece una situación extraordinaria respecto de lo que normalmente se asume al escoger dicha profesión, o como dice la jurisprudencia, cuando "a estos funcionarios se les somete a un riesgo superior al que normalmente deben soportar con ocasión de su actividad", esto es, cuando se expone a los servidores públicos a riesgos extraordinarios que superan los propios de su actividad (riesgo excepcional) o cuando se incumple un deber asignado a dichas entidades como por ejemplo lo es "el de brindar la instrucción y el entrenamiento necesario para el adecuado desempeño de sus funciones", o el de brindar las condiciones de seguridad necesarias cuando está acreditado el peligro que se encuentra por el cumplimiento de dichas funciones, o el de suministrar los elementos para permitir el cabal cumplimiento de sus obligaciones (falla del servicio).

Más adelante, en la misma decisión se expuso que el daño ocasionado como consecuencia del riesgo propio que asume la persona que voluntariamente ingresa a la Fuerza Armada, no genera responsabilidad del Estado.

DAÑOS SUFRIDOS POR MIEMBROS VOLUNTARIOS DE LA FUERZA POR RIESGO PROPIO DEL SERVICIO - No configura responsabilidad del Estado / DAÑOS SUFRIDOS POR MIEMBROS VOLUNTARIOS DE LA FUERZA POR RIESGO PROPIO DEL SERVICIO - Configuración de la indemnización a forfait

La jurisprudencia de esta Corporación ha explicado que constituye un riesgo propio de la actividad de los agentes de las Fuerzas Armadas y de Policía Nacional la afectación del derecho a la vida y a la integridad personal cuando desarrollan los objetivos constitucionales para los cuales fueron instituidos y que se manifiesta con actividades como combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, de operaciones de inteligencia, de inspección, de seguridad, de vigilancia o patrullaje, entre otras. La vinculación a dichas instituciones de manera legal y reglamentaria implica el amparo normativo en el régimen laboral que los rige y que cobija la asunción de los riesgos derivados de esta actividad. Cuando se concreta el riesgo que voluntariamente asumieron se constituye lo que se ha llamado por la doctrina francesa, indemnización a forfait".

3.2.- El daño antijurídico

Jurisprudencialmente, se ha entendido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho"; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a

pesar de que "el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de "causales de justificación"¹.

Igualmente, ha señalado el H. Consejo de Estado:

*"... El daño es uno de los presupuestos o elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, común a todos los regímenes (falla del servicio, presunción de falla, daño especial, trabajos públicos, etc), a tal punto que la ausencia de aquél imposibilita el surgimiento de ésta. Esto significa que no puede haber responsabilidad si falta el daño. Ahora bien, para que el daño sea resarcible o indemnizable la doctrina y la jurisprudencia han establecido que debe reunir las características de **cierto, concreto o determinado y personal**. En efecto, en la materia que se estudia la doctrina es uniforme al demandar la certeza del perjuicio. Tal es el caso de los autores Mazeaud y Tunc, quienes sobre el particular afirman: "Al exigir que el perjuicio sea cierto, se entiende que no debe ser por ello simplemente hipotético, eventual."²*
 (Negrilla fuera del texto)

Daño antijurídico que la parte actora, en el asunto que se estudia, hizo consistir en las lesiones y pérdida de capacidad laboral sufridas por Luis Enrique Maldonado Cárdenas, cuando cumplía con funciones propias de su cargo como Soldado Profesional, y fue afectado por la explosión de un artefacto explosivo improvisado.

Para acreditar la causación del daño antijurídico, se han aportado al expediente las siguientes pruebas:

- Informativo administrativo por lesiones No. 042968 suscrito por el Comandante del BACOT No. 129 "Pijaos" visible a folio 7 C1, en donde se consignaron las circunstancias de modo, tiempo y lugar de los hechos las cuales indicaron lo siguiente:

"(...) CONCEPTO

*Teniendo como referencia el informe de fecha 13 de diciembre de 2013, suscrito por el señor **ST. VILLAMIL PEÑA ELKIN JULIÁN** COMANDANTE "CRONOS 12" siendo aproximadamente las 08:30 del día 5 de diciembre de 2013 el SLP. MALDONADO CÁRDENAS LUIS ENRIQUE identificado con CC No. 88268444 Cúcuta- Norte de Santander; cumpliendo a la operación Espartaco orden de operación justicia misión táctica Somme" en coordenadas a la operación Espartaco orden de operación justicia misión táctica Somme" en coordenadas N072322-W751042, en la vereda Bejuquilla del municipio de Cáceres*

¹ Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

² Sección Tercera Consejero Ponente: Doctor RICARDO HOYOS DUQUE, 7 de mayo de 1998.

*Antioquia, donde por onda explosiva en accionar de un artefacto explosivo improvisado le ocasiona heridas múltiples; se le prestaron los primeros auxilios por parte del SLP ARIAS FORERO ARMANDO enfermero de combate de pelotón Cronos 12 manteniéndolo estable el Soldado Profesional fue extraído aproximadamente a las 12:30 para la ciudad de Medellín al hospital PABLO TOBÓN URIBE, donde fue atendido por el médico de turno diagnosticándole **ULCERA DE LA CORNEA, QUERATOCONJUNTIVITIS, HERIDA EN EL PARPADO Y DE LA REGIÓN PERIOcular.***

*IMPUTABILIDAD. De acuerdo al Art. Decreto 1796 de 14 de Septiembre de 2000 Literal "C" la lesión sufrida por el señor **SLP. MALDONADO CÁRDENAS LUIS ENRIQUE** identificado con CC No. **88168444**, ocurrió en el servicio como consecuencia del combate o en accidente relacionado con el mismo, o pr acción directa del enemigo en tareas de mantenimiento o restablecimiento del orden público.*

(...)"

- Acta de junta medico laboral No. 77344 realizada el día 14 de abril de 2015 (fl. 13-14) ratificada por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía mediante Acta TML 15-2-641 (fl.15- 20), en la que se determinó una disminución de la capacidad laboral del 38.36% calificada como incapacidad permanente parcial, siendo no apto para la actividad militar, y posteriormente el acta No. 77344 fue aclarada mediante acta aclaratoria parcial No. 2626 del 30 de marzo de 2016, en el que se indicó que la pérdida de capacidad laboral obedecía al 45.76% (fl. 229)

Por lo tanto, demostrada la existencia del daño, procederá el Despacho a establecer si el mismo es atribuible a la Administración.

3.3.- De la falla en el servicio – nexo causal con el daño

Adujó la parte actora que el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional debe responder por las lesiones y pérdida de capacidad laboral padecidas por el señor Luis Enrique Maldonado Cárdenas, mientras desempeñaba sus funciones como Soldado Profesional, siendo afectado por la onda explosiva de un artefacto explosivo improvisado.

Atribuye la responsabilidad del Estado bajo la falla del servicio, aun cuando señala que también se configura por el riesgo excepcional, por haberse sometido el soldado profesional a un riesgo mayor al que le correspondía;

indicó que el actuar omisivo del Estado vulneró la convención de Ottawa incorporado a nuestro ordenamiento con la Ley 554 de 2000.

Como se indicó en la jurisprudencia referida en líneas anteriores, tratándose de miembros voluntarios de las Fuerzas Armadas, cuando se invoca una o varias omisiones, la responsabilidad del Estado derivada de las mismas debe analizarse a la luz de la falla en el servicio, por lo que es necesario no solamente acreditar el daño, sino también que el mismo es atribuible a la entidad demandada, valga decir, el nexo causal entre el daño y la acción u omisión de la entidad.

Siendo así las cosas, se deben analizar las pruebas aportadas, con el fin de establecer si existe o no un nexo causal entre el daño y una acción u omisión de la administración, del cual se pueda inferir la responsabilidad de la entidad demandada.

En el Informe rendido por el Comandante Cronos 12, que sirvió como base para el Informe Administrativo por Lesiones No. 042968 (fls. 205-206 C1), se estableció lo siguiente:

*"Respetuosamente y con toda atención me permito informar los hechos ocurridos el día cinco (5) de diciembre de 2013 en cumplimiento a la Operación Espartaco Orden de Operación justicia de la Brigada Móvil 25 Misión Táctica Somme del BATALLÓN DE COMBATE TERRESTRE 129 que se inició en la base de alto dolores el 23 de noviembre de 2013, al paso de 10 días de infiltración, el día 23 de noviembre de 2013, al paso de 10 días de infiltración, el día 03 de diciembre de 2013 se llega a un sector conocido como la Quebrada Baquero en coordenadas 07°07'07" después de generarse un intercambio de disparos con estructuras del FRETE 36 de las ONT –FARC señor TC. CAMERO MENZA JOSÉ me ordena realizar movimiento en búsqueda de un helipuerto para la extracción de la unidad, por falta de aeronaves me dio la ante orden que me dirigiera hacia la base de alto dolores y en cumplimiento de esta orden del día cinco (5) de diciembre del 2013 en coordenadas 07°23'28"-75°10'32", se realiza la diana a las 05:00 horas, se ordena desayunar y se ordena alistarse para dirigirnos hacia la base de alto dolores ya que es la orden, se inicia movimiento y siendo las 08:30 horas se llega a una parte alta en donde el puntero se estrelló con un camino de herradura él hace alto y **se llama al c3. Ortega wllinton que es comandante del grupo exde, en ese momento el cabo revisa y hace un brecheo manual desde donde se encontraba el puntero hasta el camino para que la***

tropa saliera por el mismo lugar y no hubieran accidentes con artefactos explosivos improvisados de igual manera se le da la orden al personal pisar por donde ya pisado el equipo exde para así minimizar el peligro en ese momento yo me dirigí hacia la salida del camino en donde e encontraba ya el comandante del equipo exde, cuando estaba próximo a salir el soldado OSORIO MUÑOZ JOSÉ piso una mina, afectando a 4 soldados más, el soldado RUIZ GONZÁLEZ JOSÉ, el soldado VALDEZ RIVERA UBALDO, el soldado MALDONADO CÁRDENAS LUIS y el soldado ARCIA RICARDO LUIS ALFREDO, se informó a el oficial de operaciones de la brigada móvil 25 y a las 12:00 horas llegó el apoyo del ángel y evacuaron a los 5 soldados por la mina y por la onda explosiva . (negrilla del Desapcho).

De lo obrante en el proceso se evidencia que en el desplazamiento realizado el día 5 de diciembre de 2013 por la Brigada Móvil 25 Misión Táctica Somme del Batallón de Combate Terrestre 129, del que era parte el Soldado Profesional Luis Enrique Maldonado Cárdenas, se contaba con el grupo EXDE, el que verificó la zona previo al paso de los integrantes de la tropa para así descartar la presencia de artefactos explosivos al momento de llevar a cabo la Operación Espartaco, en la vereda Bejuquilla del municipio de Cáceres Antioquia, de conformidad con el informe obrante a folio 206 del expediente.

En el proceso se logró demostrar que el Soldado **LUIS ENRIQUE MALDONADO CÁRDENAS** se lesionó en las circunstancias descritas, también se demostró que i) El Soldado Luis Enrique Maldonado Cárdenas era miembro del Batallón de Combate Terrestre 129 ii) que el hecho ocurrió en el municipio de Cáceres-Antioquia, zona de conflicto armado y iii) que las lesiones producidas fueron producto de la onda explosiva de un artefacto explosivo improvisado.

En consecuencia es dable concluir que ocurrió en actos del servicio y que fue la concreción de un riesgo inherente a la actividad que desarrollaba como soldado profesional.

A la anterior conclusión llega el Despacho por cuanto el señor Luis Enrique Maldonado Cárdenas hacía parte del Ejército Nacional como Soldado Profesional desde hacía 9 años y 7 meses según el certificado de tiempo de servicio obrante a folio 31 del expediente, hecho que hace presumir que conocía no sólo los riesgos propios del servicio, sino la naturaleza de sus obligaciones y la forma de proceder en el ejercicio de las mismas; además su actividad militar como parte de un grupo de combate terrestre implicaba poner en riesgo su vida, pues podía ser sujeto de combates, emboscadas, o ataques de grupos subversivos y es un riesgo que afrontó voluntariamente cuando decidió hacer parte del Ejército Nacional.

En el sub examine, únicamente se acreditó que en desarrollo de la Misión Táctica Somme del Batallón de Combate Terrestre 129 llevada a cabo, en la vereda Bejuquilla del municipio de Cáceres Antioquia, el 5 de diciembre de 2013, producto del accionamiento de un artefacto explosivo improvisado AEI presuntamente instalado por miembros de FARC, el soldado profesional Luis Enrique Maldonado Cárdenas resultó afectado por la explosión, sufriendo trauma facial en parpado inferior derecho y mentón (fl. 16), por lo que se le dictaminó por parte de la Junta Médico Laboral, una pérdida de capacidad laboral del 38.36% calificada como incapacidad permanente parcial, siendo no apto para la actividad militar, y posteriormente el acta No. 77344 fue aclarada mediante acta aclaratoria parcial No. 2626 del 30 de marzo de 2016, en el que se indicó que la pérdida de capacidad laboral obedecía al 45.76% (fl. 229).

En ese sentido, considera el Despacho que se trata de un riesgo que asumió el militar, el SP LUIS ENRIQUE MALDONADO CÁRDENAS, quien en ejercicio de su cargo recibió órdenes para participar en la misión táctica.

Si bien se imputaron los hechos como causados en el servicio en combate por acción directa del enemigo, tal como lo refiere tanto el informe administrativo de lesiones como el acta de la Junta Médico Laboral, dicha circunstancia no acredita que los mismos fueron producto de una falla en el servicio.

Es importante mencionar que la parte actora no aportó elementos de juicio que pudieran darle al Despacho la certeza de la ocurrencia de una falla en el servicio, toda vez que no se aportó la copia de la *Operación Espartaco Orden de Operación justicia de la Brigada Móvil 25 Misión Táctica Somme del BATALLÓN DE COMBATE TERRESTRE 129*, por lo que no puede considerarse que la entidad demandada tenía un conocimiento previo de la presencia de artefactos explosivos improvisados y su ubicación, pues esto no se acreditó, por el contrario de los informes obrantes al proceso, sí se logró determinar que con la tropa se encontraba el grupo EXDE como unidad especial entrenada y capacitada para la búsqueda, localización y destrucción de artefactos explosivos en el área de operaciones; y que el mismo grupo EXDE realizó labores para establecer las condiciones del terreno.

Sobre el particular, el Consejo de Estado³ ha señalado:

"El fallo se debe apoyar en los hechos demostrados con las pruebas legalmente solicitadas, decretadas, practicadas y allegadas al proceso, las cuales determinan el sentido de la providencia, esto es favorable a las

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta C.P. Dra. María Nohemí Hernández Pinzón. Sentencia: Agosto 28 de 2003. Referencia: Expediente 3124

pretensiones si los hechos probados constituyen el supuesto de hecho de las normas invocadas por el demandante y que consagran los efectos jurídicos perseguidos en su demanda, o desfavorable al petitum en el caso contrario si no se acreditan los hechos alegados."

Sumado a lo anterior, el Consejo de Estado⁴ ha sostenido:

"Si bien es cierto que el juez debe cumplir un papel activo dentro del trámite procesal, pues a este le corresponde dirigir el proceso, no es menos cierto que debe actuar de conformidad con los límites y procedimientos señalados en la ley. De allí que no sea admisible que cada vez que alguna de las partes omite allegar al proceso las pruebas tendientes a probar los supuestos de hecho en que se fundamentan sus pretensiones o su defensa, sea el juez quien deba entrar a llenar tales vacíos o deficiencias probatorias, so pretexto de que actúa amparado bajo la facultad oficiosa que le asiste para decretar pruebas, puesto que tal prerrogativa solo puede ser ejercida cuando quiera que existan dudas o puntos oscuros respecto de un determinado tema (C.C.A. Art. 169, lo cual, en nada exime del deber probatorio que radica en cabeza de las partes". (Negrilla y subraya fuera del texto)

Conviene indicar que el Despacho no puede tener como demostrados los hechos narrados en el líbello relacionados con una eventual falla en el servicio por alguna de las omisiones analizadas, basándose en las solas afirmaciones que allí se hicieron, puesto que sólo puede adoptar decisiones de fondo a la luz de la verdad procesal, contenida en el material probatorio allegado al proceso de manera legal y oportuna, tal y como lo dispone el artículo 164 del Código General del Proceso, al preceptuar: **"Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso."**⁵ Adicionalmente, a las partes les corresponde, por disposición legal, la prueba de sus afirmaciones o de los hechos que aducen, pues así lo establece el artículo 167 del C.G.P. que señala: **"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen"**.

Por lo anterior, a juicio del Despacho, no se le puede endilgar responsabilidad alguna a la entidad demandada por cuanto de los elementos probatorios allegados y las pruebas practicadas en desarrollo del presente proceso, el Ejército Nacional actuó dentro del marco legal pertinente para llevar a cabo este tipo de operaciones y lo que ocurrió fue que se concretó un riesgo propio

⁴ Consejo de Estado. Sentencia del 4 de diciembre de 2006. Expediente: 16188. Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez.

⁵ Véanse el artículo 13 del mismo Código, y el artículo 230 de la Constitución Nacional.

de la actividad militar, que lamentablemente afectó al señor Luis Enrique Maldonado Cárdenas y a otros soldados, que se encontraban en desarrollo de la misma misión.

En suma, no se encuentra demostrada dentro del plenario alguna omisión de las atribuidas a la entidad demanda que estructure una falla en el servicio y que imponga la reparación del daño padecido por los demandantes por las lesiones y pérdida de capacidad laboral de LUIS ENRIQUE MALDONADO CÁRDENAS, por cuanto las mismas ocurrieron al materializarse un riesgo propio del servicio en su calidad de Soldado Profesional del Ejército Nacional, como quedó visto.

En ese sentido se concluye que no se encuentra demostrada dentro del plenario la falla en el servicio, en virtud de la cual se pretende derivar responsabilidad patrimonial en cabeza de la demandada a favor de la parte actora.

Ahora bien, respecto al incumplimiento del deber que le corresponde al Estado por el desminado en su jurisdicción, la Sala Plena de la Sección Tercera del H. Consejo de Estado en sentencia de unificación del 7 de marzo de 2018, sostuvo que la Administración no ha incumplido las obligaciones derivadas de la Convención de Ottawa y que ha realizado enormes esfuerzos para desactivar los campos minados sembrados en el territorio nacional y destacó⁶ que, si bien el desminado es una tarea prioritaria del Estado, debe tenerse en cuenta que es una labor dispendiosa, riesgosa y que implica elevados costos y todo un andamiaje interinstitucional⁷, pues no solo es tarea del Ministerio de Defensa.

Al respecto, en sentencia del 14 de febrero de 2019, Exp. 47392, indicó:

“(…)

*La Sala Plena recalcó que para dar cumplimiento a lo dispuesto en la Ley 554 de 2000 que aprobó la Convención de Ottawa, **el Estado colombiano solicitó una prórroga de 10 años, concedida hasta el 1 de marzo de 2021** y desde entonces ha realizado innumerables operaciones de desminado, como lo informa la Dirección para la Acción Integral contra Minas Antipersonal, Descontamina Colombia, de la Presidencia de la República, según un reporte publicado con corte al 31 de diciembre de 2018 (se transcribe de forma literal):*

⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 7 de marzo de 2018, exp. 250002326000 2005 00320 (34 359), CP: Danilo Rojas Betancourth.

⁷ Mediante la Ley 759 de 2002, se creó la Comisión Intersectorial Nacional para la Acción contra Minas Antipersonal, CINAMAP - adscrita al Departamento Administrativo de la Presidencia de la República e integrada por el Vicepresidente de la República, los Ministros del Interior, de Justicia, de Relaciones Exteriores, de Defensa Nacional y de Salud, el Director del Departamento Nacional de Planeación, el Director del Programa Presidencial para la Promoción, Respeto y Garantía de los Derechos Humanos y Aplicación del Derecho Internacional Humanitario, el Fiscal General de la Nación, el Comandante General de las Fuerzas Militares y el Director General de la Policía Nacional-, encargada de diseñar la acción del Estado para el cumplimiento de las disposiciones contenidas en la Convención de Ottawa y de promover y coordinar con las autoridades nacionales los procesos de cooperación entre Estados, la sociedad civil y la comunidad internacional, para el desminado humanitario, asistencia a víctimas, la promoción y defensa del Derecho Internacional Humanitario y campañas de concientización.

"En cumplimiento del Artículo 5 de la Convención de Ottawa, iniciaron en 2004 las primeras operaciones de Desminado Humanitario, realizadas en 35 bases militares protegidas por minas antipersonal de Bogotá D.C. y 19 departamentos, en las cuales se despejaron 158.830,86 m² y se ubicaron y destruyeron 3562 artefactos.

"Estas operaciones fueron realizadas por la Compañía de Desminado Humanitario, hoy en día Batallón de Desminado Humanitario - BIDES 60, con el monitoreo de la Organización de Estados Americanos - OEA, y veeduría internacional"⁸.

La sentencia de unificación de esta Sala⁹ precisó que solo en aquellos lugares que son objeto de priorización en materia de desminado, debido a la cantidad de accidentes registrados, la identificación de una "situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado" se torna evidente. De ahí que, la razonabilidad de la prevención se encuentra íntimamente ligada al concepto de la relatividad de las obligaciones del Estado.

Por tanto, esa relatividad implica que la determinación de una eventual falla por incumplimiento de las obligaciones que están a cargo del Estado debe ser analizada en cada caso particular, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo.

La Sala Plena de la Sección Tercera¹⁰ reiteró que **la obligación de desminar la totalidad del territorio nacional, en los términos de la Convención de Ottawa, no es aún exigible para el Estado y, por tanto, "la omisión en el logro a cabalidad de dicho compromiso no puede constituir la base de una condena por parte de esta jurisdicción"**; sin embargo, ello no obsta para que, entre tanto, el Estado ponga en marcha todos los esfuerzos económicos, tecnológicos, políticos, operativos y técnicos dirigidos a la obtención de esos propósito (...)" (Subrayado y negrilla fuera del texto).

En ese orden de ideas, observa el Despacho que tal y como lo ha señalado la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo, aún no se ha creado para el Estado Colombiano la obligación legal derivada de la Convención de Ottawa y por tanto, en el presente asunto no se encuentra demostrada la falla en el servicio señalada por la parte demandante, por cuanto no se evidencia alguna omisión en que hubiese podido incurrir la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y que hayan provocado las lesiones sufridas por el SLP LUIS ENRIQUE MALDONADO CARDENAS.

⁸ Consultado en: <http://www.accioncontraminas.gov.co/estadisticas/Paginas/Operaciones-de-Desminado-Humanitario.aspx>

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sala Plena, sentencia del 7 de marzo de 2018, exp. 250002326000 2005 00320 (34.359), CP: Danilo Rojas Betancourth.

¹⁰ Ibidem.

3.4.- Del riesgo excepcional

La parte actora señaló que los hechos que dan inicio a esta acción configuran la teoría del riesgo excepcional, por cuanto a una persona no se le puede obligar a asumir un riesgo por encima del normal que sufrimos todos por vivir en sociedad.

Al analizar la jurisprudencia referida en líneas anteriores y aplicarla al asunto que centra la atención del Despacho, se tiene que la entidad demandada no está llamada a responder patrimonialmente bajo ese título de imputación por las lesiones y pérdida de capacidad laboral padecidas por LUIS ENRIQUE MALDONADO CÁRDENAS, habida cuenta que al citado no se le expuso por cuenta de sus superiores a una situación extraordinaria respecto de lo que normalmente se asume al escoger la profesión de Soldado Profesional del Ejército Nacional, o a un riesgo superior al que normalmente deben soportar con ocasión de su actividad como miembro de las Fuerzas Armadas, sino que por el contrario, el mismo se concreta en un riesgo propio del servicio.

No existe prueba en contrario, es decir, que el pelotón del que formaba parte el citado militar, hubiese sido sometido a un riesgo superior al que normalmente deben soportar con ocasión de su actividad, o a riesgos extraordinarios que superan los propios de su actividad. Por el contrario, se trataba de la concreción del riesgo propio de la profesión de Soldado Profesional del Ejército Nacional que asumió al momento de incorporarse a la Institución, y de su roll dentro del batallón del que hacía parte, por lo que no le asiste responsabilidad patrimonial a la entidad demandada bajo ese título de imputación.

En este caso, cualquier daño ocasionado debe ser asumido por la persona que se vincula de forma voluntaria, más aún, cuando los demás compañeros de la operación táctica se encontraban expuestos al mismo riesgo, por lo que en el presente caso, al devenir las lesiones causadas al actor por la onda explosiva por la activación de un Artefacto Explosivo Improvisado, presuntamente instalado por parte de miembros de grupos al margen de la ley, esta circunstancia no puede ser atribuida a la entidad demandada.

En consecuencia, el problema jurídico planteado ha de resolverse de manera negativa, por cuanto la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL, no debe responder patrimonialmente por las lesiones y pérdida de capacidad laboral padecidas por LUIS ENRIQUE MALDONADO CÁRDENAS, cuando desarrollaba un operativo ofensivo contra grupos al margen de la ley, pues corresponde a un riesgo propio y ordinario del servicio, sin que se demostrara una falla atribuible a la entidad demandada, o una circunstancia de sometimiento a un riesgo excepcional.

Así las cosas, se negarán las pretensiones elevadas por la parte demandante.

4.- Costas y agencias en derecho: Se proferirá sentencia de condena en costas. Respecto de las denominadas agencias en derecho, su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura. Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 1 ordinal i fijándose para los procesos declarativos en general en primera instancia **con cuantía**, entre el 4% y el 10% de lo pedido.

Ahora bien, en concordancia con el artículo 2º del Acuerdo en mención, la determinación de las agencias *"tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites."*

Es por lo anterior, que el Despacho fija como agencias en derecho el cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo, a cargo de la parte demandante.

5.- DECISIÓN. En consecuencia, **el Juzgado Sesenta y Cuatro Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR la totalidad de pretensiones de la demanda, por las consideraciones sentadas en la parte motiva.

SEGUNDO: Condenar en costas a la parte demandante, y fijar como agencias en derecho a favor de la NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA –EJERCITO NACIONAL, el cuatro por ciento (4%) de las pretensiones de la demanda, negadas en el presente fallo.

TERCERO: La presente sentencia se notifica de conformidad con lo establecido en el artículo 203 del CPACA.

CUARTO: Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a favor de la parte actora, si los hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÁLVARO CARREÑO VELANDIA
JUEZ

ms