

**JUZGADO TREINTA Y SEIS ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD
DEL CIRCUITO JUDICIAL BOGOTÁ
-SECCIÓN TERCERA-**



Bogotá D.C., veintiuno (21) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

JUEZ	:	BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Ref. Expediente	:	1100133360362014-0012800
Demandante	:	ANA ROCÍO DELGADO MARTÍNEZ y otro
Demandado	:	NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA -EJÈRCITO NACIONAL

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 011**

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.

I.- Antecedentes

1.1.- La demanda

El 8 de mayo de 2014 la señora Ana Rocío Delgado Martínez, quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hijo Luccas Stheban Díaz Delgado, por medio de apoderado judicial, presentó 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:

-. Que la Nación Ministerio de Defensa-Ejercito Nacional, es administrativamente responsable de los perjuicios causados a los demandantes, por la muerte de su

EXPEDIENTE No: 110013336036-2014-00128-00
REPARACION –SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: ANA ROCÍO DELGADO MARTÍNEZ
DEMANDADO: NACION –MINISTERIO DE DEFENSA -EJERCITO

esposo y padre Aldemar Díaz García, ocurrida el 13 de febrero de 2012, cuando se encontraba vinculado al Ejército en calidad de Soldado profesional.

- Condenar a la Nación –Ministerio de Defensa –Ejército Nacional, como reparación del daño, a pagar a Ana Rocío Delgado Martínez, quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hijo Luccas Stheban Díaz Delgado, teniendo como soporte las siguientes bases de liquidación:

- . El salario mínimo legal mensual vigente.*
- . La vida probable de la víctima.*
- . Las fórmulas de matemática financiera aceptadas por el Consejo de Estado.*
- . La actualización de las condenas con base en el IPC.*

- Condenar a la Nación –Ministerio de Defensa –Ejército Nacional, a pagar a pagar a Ana Rocío Delgado Martínez, quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hijo Luccas Stheban Díaz Delgado, los perjuicios materiales a título de daño emergente.

- Condenar a la Nación –Ministerio de Defensa –Ejército Nacional, a pagar a pagar a Ana Rocío Delgado Martínez, quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hijo Luccas Stheban Díaz Delgado, los perjuicios morales así:

El equivalente a 250 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno.

- Condenar en costas y costos a la entidad demandada.*
- Que a la sentencia que se profiera se le de cumplimiento dentro de los términos previstos en los artículos 192 y 193 de la Ley 1437 de 2011.*

1.2.- Hechos de la demanda

- El señor Aldemar Díaz García contrajo matrimonio con la señora Ana Rocío Delgado Martínez el 22 de diciembre de 2007. Fruto de dicha unión se procreó al menor Luccas Stheban Díaz Delgado, existiendo muy buenas relaciones familiares.

- El señor Aldemar Díaz García ingresó al Ejército Nacional el 14 de enero de 1994 en condición de soldado regular. A partir del 1º de julio de 1995, se desempeñó como soldado voluntario.

- El señor Aldemar Díaz García, era orgánico del Batallón de Combate Terrestre No. 50 Batalla de Palonegro, con sede en el municipio de Larandía Caquetá, unidad a la cual prestó sus servicios cerca de 12 años.

- El señor Aldemar Díaz García, solicitó traslado el día 9 de agosto de 2011 a un Batallón del municipio de Popayán, debido a que su señora madre había sufrido un infarto.

- Mediante oficio No. 2011562725771 de 30 de agosto de 2011, se dio respuesta a la solicitud, informándole al señor Aldemar Díaz García, que de dicha petición se había corrido traslado al Comandante del Batallón de Combate Terrestre No. 50, para que estudiara la viabilidad del requerimiento, sin considerar su antigüedad en el Ejército y su larga permanencia en la unidad.

- A partir de ese momento el señor Aldemar Díaz García estuvo pendiente y habló en repetidas ocasiones con el Comandante del Batallón, para que dispusiera su

traslado, pero nunca obtuvo respuesta alguna, por lo que continuó con el cumplimiento de sus funciones.

- El día 13 de febrero de 2012 se produjo la muerte en combate del señor Aldemar Díaz García, en hechos que son materia de investigación por parte de las autoridades judiciales.

- Con lo anterior queda claro que a pesar que Aldemar Díaz García solicitó su traslado a una unidad diferente, en la que pudiera estar cerca de su núcleo familiar, nunca se le dio respuesta de fondo, a pesar de haberse elevado la solicitud con el lleno de los requisitos legales.

- Según varias Directivas y Resoluciones Ministeriales, los soldados profesionales que cumplan 17 años de servicio deben ser dejados en patio, y se les debe iniciar cursos de capacitación para preparar su retorno a la vida civil.

-.Resulta claro que existió una grave falla en el servicio porque el señor Aldemar Díaz García ingresó totalmente sano a la institución y a pesar que el Ejército cuenta con los mecanismos necesarios para brindar todo tipo de protección a sus miembros, no adelantó ningún procedimiento tendiente a evitar lo ocurrido.

- Se configura un riesgo excepcional, por cuanto al señor Aldemar Díaz García se le expuso a un riesgo superior al normal.

1.3.- Contestación de la demanda

La demandada contestó la demanda, oponiéndose a cada una de las pretensiones formuladas, al considerar que no existe responsabilidad de dicha entidad por la muerte del señor Aldemar Díaz García.

Formuló las siguientes excepciones de mérito:

- Riesgos propios del servicio y causa lícita. Adujo que el señor Aldemar Díaz García decidió enlistarse en las filas del Ejército por su propia voluntad, configurándose una causa lícita, y que por ende asumió todos los riesgos que la actividad como soldado profesional conlleva, entre las que se cuenta el restablecimiento del orden público. Que la muerte del citado sobrevino por un combate directo con el enemigo, que era una labor ordinaria de su profesión.

- Indemnización a forfait o vínculo laboral. Indicó que esa clase de indemnización corresponde a los daños sufridos por el servidor en ejercicio de sus funciones o con ocasión del mismo, como asunción de los riesgos propios de la actividad profesional, como lo fue para el presente evento, la

muerte ocurrida en combate, participando en operaciones de conservación y restablecimiento del orden público. Señaló que por la muerte del señor Aldemar Díaz García, se pagó una indemnización a sus familiares.

- Hecho de un tercero. Sostuvo que los daños sufridos por el señor Aldemar Díaz García, no estructuran por sí solos la falla del servicio del Ministerio de Defensa –Ejército Nacional, toda vez que de las pruebas se desprende el cumplimiento constitucional y las órdenes impartidas a la hora de ejecutar la operación “Emperador”, pues la entidad asumió el rol de defensa del territorio nacional, dando la orden de efectuarla a sus militares. Que fue en el cumplimiento de dicha misión que el citado soldado profesional falleció en combate directo con grupos al margen de la ley como lo eran las FARC, quienes fueron los causantes del daño.

1.4.- Trámite procesal

La demanda fue presentada el 8 de mayo de 2014 y mediante auto del 28 del mismo mes y año, el Despacho profirió auto admisorio, disponiendo su notificación a la parte demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (folios 86 y 87 C1).

En proveído del 11 de marzo de 2016, 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 28 de junio de 2016, haciendo las precisiones de rigor a las partes (fl. 225 C 1).

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

“(…) la fijación del litigio se centra en establecer las siguientes situaciones:

i.- La solicitud de traslado elevada por el señor Aldemar Díaz García, los motivos de la misma, el trámite efectuado, las directivas y resoluciones del Ministerio de Defensa relativas a las labores que debe cumplir el soldado profesional que lleva en servicio más de 17 años, dejados “en patios” y cursos de capacitación para su retorno a la vida civil, establecer si se omitió la solicitud de traslado.

ii.- Sobre la controversia jurídica respecto de la presunta responsabilidad patrimonial que pueda corresponder a la Nación – Ministerio de Defensa –Ejército Nacional, frente a la muerte del señor Aldemar Díaz García, en hechos acaecidos el día 13 de febrero de 2012". (folios 230 a 235 C1).

En audiencia de pruebas realizada el día 21 de junio de 2017, 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 338 a 342 C1).

1.5.- Alegatos de conclusión

La parte demandante, señaló que se encuentra demostrado que el señor Aldemar Díaz García, después de llevar más de 17 años al servicio del Ejército como Soldado Profesional, solicitó el traslado a un sitio menos peligroso y además, por cuanto su señora madre se encontraba delicada de salud.

Indicó que a pesar que el señor Aldemar Díaz García cumplió con los requisitos legales, no fue posible que se dispusiera su cambio a la ciudad de Popayán, para que pudiera compartir con sus familiares, a pesar que tenía más de 13 años en un Batallón de Orden Público o de zona roja, por lo que la entidad demandada debe reparar los perjuicios sufridos por la parte actora (fls. 343 y 344 C1).

La parte demandada guardó silencio.

II.- CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia

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

2.2.- De la caducidad de la acción

El artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo expresamente señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 164. OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR LA DEMANDA. La demanda deberá ser presentada:

(...)

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

(...)

i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia”.

En el presente evento, la muerte del señor Aldemar Díaz García, ocurrió el 13 de febrero de 2012, tal y como consta en el certificado de defunción visible a folio 3 C1.

Se tiene por tanto que el cómputo del término de caducidad inició el 14 de febrero de 2012, luego el término de los dos (2) años venció en principio el **14 de febrero de 2014.**

A pesar que la demanda se presentó el 8 de mayo de 2014, la misma fue oportuna.

Lo anterior por cuanto se cumplió con el requisito de procedibilidad para acudir ante la jurisdicción, (Ley 640 de 2001, en concordancia con el artículo 42 A de la ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 13 de la ley 1285 de 2009).¹ El término para incoar la demanda se suspendió desde el momento en que se presentó la conciliación prejudicial hasta que se agotó la misma (10 de febrero al 7 de mayo de 2014), como lo establece el artículo 21 de la Ley 640 de 2001².

¹Adicionado por el art. 13, Ley 1285 de 2009, así: Conciliación judicial y extrajudicial en materia contencioso-administrativa. A partir de la vigencia de esta ley, cuando los asuntos sean conciliables, siempre constituirá requisito de procedibilidad de las acciones previstas en los artículos 85, 86 y 87 del Código Contencioso Administrativo o en las normas que lo sustituyan, el adelantamiento del trámite de la conciliación extrajudicial.”

²Suspensión de la prescripción o de la caducidad. La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que éste trámite sea

2.3.- Legitimación en la causa

2.3.1.- Por activa

Sobre la legitimación en la causa, ha indicado el Consejo de Estado:

"(...) la legitimación en la causa se entiende como la calidad que posee una persona, bien sea para formular pretensiones u oponerse a ellas, por ser el sujeto de la relación jurídica de carácter sustancial.

En el presente asunto, se encuentran legitimados de hecho en la causa por activa los demandantes Ana Rocío Delgado Martínez, quien actúa en nombre propio y en representación de su menor hijo Luccas Stheban Díaz Delgado, en calidad de esposa e hijo de la víctima directa, como consta en los registros civiles de matrimonio y de nacimiento visibles a folios 4 y 5 C1.

2.3.2.- Por pasiva

Respecto de la legitimación en la causa, la jurisprudencia³ y la doctrina han distinguido entre la legitimación de hecho y la legitimación material.

En efecto, el honorable Consejo de Estado ha precisado:

*"La legitimación de **hecho es la relación procesal que se establece entre el demandante y el demandado por intermedio de la pretensión procesal**; es decir es una interrelación jurídica que nace de la imputación de una conducta en la demanda, y de la notificación de ésta al demandado; quien cita a otro y le atribuye está legitimado de hecho y por activa. y a quien cita y le atribuye está legitimado de hecho y por pasiva desde la notificación del auto admisorio de la demanda. En cambio la legitimación **material en la causa alude a la participación real de las personas, por regla general, en el hecho origen de la formulación de la demanda, independientemente de que haya demandado o no, o de que haya sido demandado o no**. Por tanto todo legitimado de hecho no necesariamente estará legitimado materialmente, pues sólo lo están quienes participaron realmente en los hechos que le dieron origen a la formulación de la demanda. En la legitimación en la causa material sólo se estudia si existe o no relación real de la parte demandada o demandante con la pretensión que se le atribuye o la defensa que se hace, respectivamente. En últimas la legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar*

exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 2 de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable".

³ Entre otras, sentencia del 11 de agosto de 2005, C. P. María Elena Giraldo, radicado 1996-04285; sentencia del 28 de abril de 2005, C. P. Germán Rodríguez Villamizar, radicado 1996-03266.

*sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado*⁴ (Subrayado fuera de texto).

En el presente asunto la acción se dirige contra la Nación –Ministerio de Defensa –Ejército Nacional, por cuanto la víctima prestaba a dicha entidad los servicios como Soldado Profesional, por lo que se encuentra legitimada de hecho por pasiva. Lo que atañe a su responsabilidad efectiva en los eventos que originaron el presente proceso, se definirá en el fondo del asunto.

2.4.- Planteamiento del caso

La parte actora aduce que la entidad demandada debe responder patrimonialmente por los perjuicios irrogados, con ocasión de la muerte del SP Aldemar Díaz García, ocurrida el 13 de febrero de 2012, en combate armado con miembros de la guerrilla de las FARC, mientras cumplía con funciones propias del servicio. Indicó que el citado había solicitado su traslado de un Batallón de Orden Público, por tener más de 17 años de servicio y por tener enferma a su señora madre, pero no se emitió decisión de fondo al respecto.

La parte demandada adujo que la muerte del Aldemar Díaz García se produjo por cuanto se concretó un riesgo propio del servicio, que asumió cuando decidió vincularse voluntariamente como Soldado Profesional.

Afirmó que además, a sus familiares se les dio una indemnización por la muerte del citado militar, y que en todo caso, su deceso fue producto de un combate directo con grupos al margen de la ley como lo eran las FARC, quienes fueron los causantes del daño.

2.5.- Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar **si en el caso concreto la Nación- Ministerio de Defensa Nacional- Ejército Nacional debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte demandante por la muerte de su familiar el SP Ademar Díaz García, cuando cumplía con funciones**

⁴ C. P. María Elena Giraldo Gómez. 18 de marzo de 2004, radicado 1996-02705.

EXPEDIENTE No: 110013336036-2014-00128-00
REPARACION –SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: ANA ROCÍO DELGADO MARTÍNEZ
DEMANDADO: NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA -EJERCITO

propias de su cargo, y tuvo un enfrentamiento armado con miembros de un grupo subversivo.

Lo anterior, teniendo en cuenta que había solicitado previamente traslado sin pronunciamiento alguno.

Para resolver el problema jurídico se partirá de los siguientes:

2.6.- Hechos probados

Valor probatorio de los documentos

Los documentos aportados por las partes se valorarán de conformidad con lo establecido en el artículo 246 del Código General del Proceso y, en la Sentencia de Unificación de la Sala Plena de la Sección Tercera del Consejo de Estado, de fecha 28 de agosto de 2013, Magistrado Ponente Enrique Gil Botero, dentro del expediente radicado No. 25022, actor Rubén Darío Silva Alzate, en la medida que no fueron tachados ni desconocidos por la contraparte de quien los aportó o solicitó su incorporación.

Respecto a la prueba testimonial

Se recaudaron dentro del presente proceso, los testimonios de los señores Nilson Niño Esteves, Luis Antonio Delgado y Jhonatan Stiben Berrio Moreno, en audiencia llevada a cabo el 3 de noviembre de 2016, y de Gratiniano Piraján Nieto en audiencia llevada a cabo el 21 de junio de 2017 (fls. 315 a 319 y 338 a 342 C1).

De la prueba documental aportada se encuentra demostrado que:

-. El señor Aldemar Díaz García, prestó sus servicios al Ejército Nacional en calidad de soldado regular desde el 14 de enero de 1994 al 30 de junio de 1995, y como Soldado Profesional desde el 1º de julio de 1995 al 13 de febrero de 2012. Estuvo adscrito al Batallón de Contraguerrillas No. 50 Batalla de Palonegro, como consta en los documentos vistos a folios 6 y 136 C1.

-. El 13 de febrero de 2012, el señor Aldemar Díaz García participaba en un operativo ordenado por sus superiores, cuando perdió la vida en un enfrentamiento con miembros de grupos al margen de la ley, como se desprende del Informativo Administrativo por Muerte No. 003 del 12 de febrero de 2012, en el que se indicó por cuenta del Comandante del Batallón de Combate Terrestre No. 50 Batalla de Palonegro, lo siguiente (fl. 10 C1):

“(…) De acuerdo al informe suscrito por el señor Cabo Primero ORREGO PARRA JOSE MANUEL, Comandante del Pelotón de seguridad EMPERADOR, Orgánico del BACOT -50 “Batalla de Palonegro”, en desarrollo de la operación “EMPERADOR”, misión táctica “FARAÓN”, Operación de control territorial, para el 13 de febrero de 2012 siendo aproximadamente las 09:55 horas, en coordenadas geográficas 01°46’27” – 74°06’57”, en la vereda San José de Caquetania, municipio de San Vicente del Caguán, estando en combate contra narcoterroristas de las ONT-FARC, el SLP. DÍAZ GARCÍA ALDEMAR CM 5.864.226 fue impactado por un proyectil a la altura del abdomen parte superior cerca al tórax, fue atendido de inmediato por el enfermero de combate pero aproximadamente a los dos minutos muere a causa de la herida.

De acuerdo al Decreto 4433 del 31 de diciembre de 2004, Artículo 19 la muerte del señor SLP. DÍAZ GARCÍA ALDEMAR C.C. No. 5.864.226 se produjo por “MUERTE EN COMBATE”.

Por los hechos ocurridos el 13 de febrero de 2012, donde perdió la vida el SP Aldemar Díaz García y otro, se adelantó la respectiva investigación disciplinaria, que fue aportada en CD que reposa a folios 300 a 302 C1.

III.- 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.

EXPEDIENTE No: 110013336036-2014-00128-00
REPARACION –SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: ANA ROCÍO DELGADO MARTÍNEZ
DEMANDADO: NACION –MINISTERIO DE DEFENSA -EJERCITO

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:

*“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.

*“**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 cubre 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”*”⁵.

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.”*⁶ (Negrilla fuera del texto)

Daño antijurídico que la parte actora, en el asunto que se estudia, hizo consistir en la muerte del señor Aldemar Díaz García, quien mientras desempeñaba sus funciones como Soldado Profesional del Ejército y realizaba una operación de control territorial, fue atacado por integrantes de un grupo al margen de la ley.

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

- Informativo administrativo por muerte suscrito por el Comandante del Batallón de Combate Terrestre No. 50 Batalla de Palonegro (fl. 10 C1).
- Registro Civil de Defunción correspondiente al señor Aldemar Díaz García (fl. 3 C1).

⁵ Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

⁶ Sección Tercera Consejero Ponente: Doctor RICARDO HOYOS DUQUE, 7 de mayo de 1998.

EXPEDIENTE No: 110013336036-2014-00128-00
REPARACION –SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: ANA ROCÍO DELGADO MARTÍNEZ
DEMANDADO: NACION –MINISTERIO DE DEFENSA -EJERCITO

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 la muerte del señor Aldemar Díaz García, ocurrida el 13 de febrero de 2012, en combate armado con miembros de la guerrilla de las FARC, mientras cumplía con funciones propias del servicio.

Lo anterior, por cuanto el citado había solicitado su traslado de un Batallón de Orden Público a otro más cercano a su familia, por tener más de 17 años de servicio y padecer su señora madre de una enfermedad, pero no se emitió decisión de fondo al respecto.

Atribuyó la responsabilidad del Estado bajo la falla del servicio, aun cuando señaló que también se configura por el riesgo excepcional, fundamentándose en los siguientes hechos y omisiones: *i.-) El señor Aldemar Díaz García solicitó su traslado a una unidad diferente, en la que pudiera estar cerca de su núcleo familiar, pero nunca se le dio respuesta de fondo, a pesar de haberse elevado la solicitud con el lleno de los requisitos legales. ii.-) Según varias Directivas y Resoluciones Ministeriales, los soldados profesionales que cumplan 17 años de servicio deben ser dejados en patio, y se les debe iniciar cursos de capacitación para preparar su retorno a la vida civil.*

Ahora bien, como la parte actora endilgó a la entidad demandada una falla en el servicio consistente en los hechos y omisiones que se acaban de indicar, debió señalar en concreto, cuál o cuáles disposiciones legales o reglamentarias contenían cada una de las normas o reglas que eventualmente fueron inobservadas o infringidas por los superiores de la víctima, y en todo caso, demostrar mediante cualquiera de los medios probatorios la conducta negativa de la entidad y el hecho de que debido a la misma, se generó el daño sufrido por la parte demandante. Sin embargo, solamente señaló en forma genérica que varias directivas y resoluciones ministeriales (sin decir cuáles), supuestamente establecen que los soldados

profesionales que cumplan 17 años de servicio deben ser dejados en patio, es decir, que se trata de una eventual exoneración en la participación de operativos que pongan en riesgo su vida, para cierto personal que cumpla con el requisito temporal.

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 fue atribuible a la entidad demandada, valga decir, el nexo causal entre el daño y la acción u omisión de la entidad.

Pues bien, a pesar de que la parte actora no indicó cuáles son las directivas o resoluciones ministeriales que contemplan dichos beneficios, las mismas se pueden extraer, en caso de que existan, de la normatividad que regula lo atinente al personal de Soldados Profesionales.

El Decreto No. 1793 del 14 de septiembre de 2000, establece el régimen de carrera y estatuto del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares. La mencionada disposición señala en su artículo 1º lo siguiente:

“ARTÍCULO 1. SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales son los varones entrenados y capacitados con la finalidad principal de actuar en las unidades de combate y apoyo de combate de las Fuerzas Militares, en la ejecución de operaciones militares, para la conservación, restablecimiento del orden público y demás misiones que le sean asignadas”.

El artículo 24 de la misma disposición señala:

ARTÍCULO 24. TRASLADO. Es el acto del Comandante de la Fuerza por el cual se transfiere a un soldado profesional en forma individual a una nueva unidad o dependencia militar, con el fin de prestar sus servicios en ella, estando obligado a cumplirlo.

Por su parte, el Decreto No. 1794 de 2000, establece el régimen salarial y prestacional del personal de soldados profesionales de las Fuerzas Militares, pero nada dice acerca de traslados.

EXPEDIENTE No: 110013336036-2014-00128-00
 REPARACION –SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA
 DEMANDANTE: ANA ROCÍO DELGADO MARTÍNEZ
 DEMANDADO: NACION –MINISTERIO DE DEFENSA -EJERCITO

En su artículo 12 establece:

“ARTICULO 12. TRES MESES DE ALTA. El soldado profesional con derecho a pensión, continuará dado de alta en la respectiva contaduría por tres (3) meses a partir de la fecha del retiro para la formación del correspondiente expediente de prestaciones sociales. Durante dicho lapso devengará la totalidad de los haberes correspondientes a su cargo. Este tiempo no se computa como de servicio”.

El Decreto 4433 de 2004, en su artículo 16 dispone:

“Artículo 16. Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

La Directiva Permanente MD-CGF-CE-JEDEH-DIPER-SJU-336 del 12 de junio de 2009, establece los procedimientos para la administración de personal. En las normas relativas a los traslados, se establece en dicho ordenamiento lo siguiente:

“(…)2.2. SECCIÓN DE TRASLADOS

(…)

2.2.1.- DESTINACIONES Y TRASLADOS DE OFICIALES, SUBOFICIALES, SOLDADOS Y CIVILES

2.2.1.1.- CONSIDERACIONES GENERALES

(…)

Las destinaciones y traslados son una necesidad dentro de la Fuerza y con ellos se busca asegurar los siguientes objetivos:

- 1.- Relevar oportunamente al personal asignado a Unidades que se encuentran altamente comprometidas en operaciones para el mantenimiento y restablecimiento del Orden Público.*
- 2.- Establecer un sistema de rotación, que dé a todo el personal la misma oportunidad de prestar sus servicios en las diferentes guarniciones del país.*
- 3.- Facilitar la reasignación motivada por ascensos y otras causas.*
- 4.- Recuperar y nivelar las Unidades que han sufrido disminución de sus efectivos por diferentes causas, tales como retiros, sanidad, personal que inicia diferentes cursos, creación de Unidades y otras novedades administrativas.*

Para el planeamiento y análisis de la Unidad de destino y efectiva consecución de los objetivos propuestos, se tiene en cuenta los siguientes criterios mínimos, dentro de los cuales prima en esencia las necesidades del servicio (…).

2.2.1.3.2.- INSTRUCCIONES PARA EL PERSONAL DE SOLDADOS

El personal de Soldados puede ser trasladado en forma individual, por necesidades del servicio debidamente comprobadas, con los apoyos y soportes que se relacionan en el formato 1-22 del INPER, anexando los documentos del caso.

(...)

El traslado de Soldados Profesionales se regirá por el artículo 24 del Decreto 1793 de 2000, los cuales para todos los efectos deberán contar con los respectivos apoyos y con el conducto regular.

(...)

Los traslados NO son Obligaciones sino una Condición que el Comando de la Fuerza tiene y cuya finalidad es la de poder resolver y atender algunas necesidades de fuerza mayor que se presentan en los Soldados, o de conveniencia para la Fuerza.

(...)

La Tercera Medida. Tienen prioridades y se deben contemplar algunas políticas de mando como:

1.- Soldados que lleven más de diez (10) años de permanecer en forma continua a las Brigadas Móviles y Batallones de Contraaguerrillas.

(...)

3.- Para todas las demás unidades deben permanecer mínimo Quince (15) años, con el fin de explotar al máximo los conocimientos del terreno y enemigo de esa jurisdicción.

4.- Los traslados serán analizados en virtud a que no se puede dejar las unidades sin personal experimentado y conedor del teatro de operaciones.

(...)

REQUISITOS PARA EL TRASLADO

1.- Solicitud de traslado dirigido al Comandante del Ejército, debidamente soportada y justificada.

2.- Apoyos Comandantes (Batallón, Brigada, División).

3.- Llevar como mínimo tres años en la Unidad.

4.- Existir la vacante en la Unidad de destino (...)."

Como se desprende de la normatividad señalada en líneas anteriores, todo traslado debe obedecer a las necesidades del servicio, y ha de ser analizado, por cuanto no se puede dejar a una unidad sin el personal experimentado necesario, y en todo caso, los traslados no son obligaciones sino condiciones que el Comando de la respectiva fuerza tiene y cuya finalidad es atender algunas necesidades de fuerza mayor que presenta el personal de soldados.

De las normas referidas, no encuentra el Despacho a cargo de la Nación – Ministerio de Defensa –Ejército Nacional, alguna de las obligaciones

señaladas por la parte actora como insatisfechas, y que en su sentir, ocasionaron la muerte del señor Aldemar Díaz García. En efecto, la parte actora señaló que *“los soldados profesionales que cumplan 17 años de servicio deben ser dejados en patio, y se les debe iniciar cursos de capacitación para preparar su retorno a la vida civil”*, es decir, corresponde a un trato diferenciado para que el soldado que cumpla con ese requisito temporal de servicio, no sea enviado al área de operaciones, sino que permanezca en los Batallones o Unidades Tácticas ocupados en labores administrativas.

Sin embargo, tales prerrogativas a favor del personal de Soldados Profesionales, no se encuentran establecidas en la normatividad relativa a traslados, analizadas en líneas anteriores.

Ahora bien, corresponde al Despacho dilucidar acerca de las solicitudes de traslado elevadas ante la entidad por cuenta del señor Aldemar Díaz García, así como las circunstancias en que ocurrió la muerte del citado, en aras a determinar si se le puede atribuir alguna responsabilidad a la demandada Nación –Ministerio de Defensa –Ejército Nacional por ese hecho.

Mediante escrito del 4 de agosto de 2011, la señora Ana Rocío Delgado Martínez, elevó ante el Comandante del Ejército solicitud de traslado de su esposo Aldemar Díaz García, del Batallón de Contraaguerrilla No. 50 al Batallón José Hilario López de la ciudad de Popayán (fls. 52 a 53 C1).

A través de escrito de fecha 4 de agosto de 2011, el PF Aldemar Díaz García solicitó ante el Comandante del Ejército, señor General Alejandro Navas Ramos, el traslado de unidad, en los siguientes términos (fl 34 C1):

“(…) Asunto: Solicitud traslado

De manera atenta y respetuosa me permito solicitar a mi General estudie la posibilidad de autorizar y ordenar a quien corresponda, me sea concedido mi traslado del Batallón de Contraaguerrilla No. 50 Batalla de Palonegro Brigada Móvil No. 06 al Batallón de Infantería No. 7 General José Hilario López de Popayán Cauca, por los motivos que presento a continuación:

1.- *Por encontrarme laborando en el departamento del Caquetá desde hace doce (12) años y tres (3) meses y de acuerdo a los lineamientos generales de la política institucional y los modelos de gestión humana, ya he cumplido con el tiempo para solicitar mi reubicación laboral al departamento del Cauca.*

2.- *Para apoyar económicamente y emocionalmente a mi madre, hijo y esposa quienes residen en la ciudad de Popayán y quienes están atravesando por una difícil situación económica actualmente, mi señora madre Edith Rebeca García se encuentra atravesando por un delicado estado de salud quien padece de Diabetes y un problema en el corazón. También para apoyar a mi hijo que tiene tan solo dos años de edad y le hace falta mi presencia.*

3.- *Porque deseo laborar en ese Batallón con el fin de estabilidad familiar”.*

Mediante escrito de fecha 9 de agosto de 2011, el PF Aldemar Díaz García solicitó ante el Jefe de Desarrollo Humano, señor Brigadier General Fernando Cabrera Artunduaga, el traslado de unidad, en los siguientes términos (fl 22 C1):

“(…) Asunto: Solicitud apoyo traslado

Con toda atención me dirijo a mi General Jefe de Desarrollo Humano, con el fin de solicitar su apoyo para mi traslado a la Tercera División o a alguna unidad de la Vigésima Novena Brigada, teniendo en cuenta los siguientes argumentos:

Siendo Soldado Profesional de 17 años y 6 meses de antigüedad, me hago cargo de mi madre de 63 años quien se encuentra en una condición de salud delicada, por haber pasado en el mes de mayo por una enfermedad coronaria que le provocó, según los médicos un infarto agudo en el miocardio, debido a esta situación mi madre necesita ciertos cuidados y no puede hacerlo por sí misma, por esta razón ella se encuentra viviendo en mi hogar el cual está ubicado en la ciudad de Popayán, bajo los cuidados de mi esposa quien a su vez se hace cargo de mi hijo de 2 años de edad.

(…)

Además de esto llevo laborando en el Batallón de Combate Terrestre No. 50 desde hace 12 años y 3 meses y por tanto debo apelar a que según los lineamientos generales de la política institucional y los modelos de gestión humana, ya he cumplido con el tiempo para solicitar mi reubicación laboral, pidiendo que sea el departamento del Cauca para poder apoyar a mi madre en su enfermedad y brindar a mi esposa e hijo una estabilidad familiar”.

La petición fue trasladada al Comandante del Batallón de Combate Terrestre No. 50 Batalla de Palonegro, mediante oficio No. 20115620165943 MDN-CGFM-CE-JEDEH-DIPER-SJU del 30 de agosto de 2011, y comunicado al peticionario ese mismo día, como consta a folios 32 y 33 C1.

A través de oficio No. 1765 MDN-CGFM-FUTCO-CEC-BRIM6-CJM de 23 de septiembre de 2011, el Comandante de la Brigada Móvil No. 6 Coronel Edgar Humberto León Teran, dio respuesta a la solicitud de traslado eleva por la señora Ana Rocío Delgado Martínez, en los siguientes términos (fl. 97 C1):

“(…)En respuesta a su petición, allegado a este Comando el día 15 de septiembre de 2011 en el cual solicita el traslado del señor PF ALDEMAR DÍAZ GARCÍA orgánico del Batallón de Combate Terrestre No. 50 al Batallón de Infantería No. 7 GR. José Hilario López(…) De esta manera, me permito indicarle lo siguiente:

1.- Por disposición del Art. 2 del Decreto 1793 de 2000 en lo que respecta a la Planta de personal de las Fuerzas Militares atendiendo las necesidades del servicio facultó al Ejército Nacional para que a través de la Directiva de Personal No. 0188 de 2009 señalara requisitos, procedimientos y consideraciones especiales para el traslado de Soldados Profesionales.

2.- En virtud del Art. 24 ibídem, para todos los efectos de traslados, deberán contar con los respectivos apoyos y con el conducto regular, sin embargo, es menester indicarle que los apoyos por parte de los Comandantes (Batallón, Brigada, División) obedece al análisis y evaluación de las necesidades del servicio en virtud a que no se puede dejar las unidades sin personal experimentado y conocedor del teatro de operaciones o cuando medie razones de Seguridad o Fuerza Mayor.

Los traslados No son una obligación sino una condición que el Comando de la fuerza tiene y cuya finalidad es la de poder resolver y atender algunas necesidades de fuerza mayor que se presentan en los Soldados, o de conveniencia para la Fuerza.

(…)

En consecuencia, valoradas las necesidades de fuerza mayor que presenta el mencionado profesional de la fuerza las cuales expone en su escrito y analizadas las necesidades del servicio, este Comando le indica que apoya las solicitudes de traslado, por tal razón, a través del suboficial régimen interno del Batallón de Combate Terrestre No. 50 y suboficial de la sección de personal de la Brigada Móvil No. 6 se ha dispuesto de lo necesario para el cumplimiento de dicho apoyo”.

Por los hechos acaecidos el 13 de febrero de 2012, en los cuales perdieron la vida el SP. Aldemar Díaz García y otro militar, se abrió la respectiva indagación preliminar No. 002 2012 BACOT-50, cuya copia en CD fue aportada a folios 300 a 302. Al abrir el CD y revisar la actuación allí contenida, se observa que consta de 4 carpetas así: “Carpeta No. 1 en 34

folios, Carpeta No. 2 en 106 folios, Carpeta No. 3 en 92 folios y Carpeta No. 4 en 16 folios”.

De la indagación preliminar se destaca lo siguiente:

- Mediante auto del 9 de abril de 2012, el Comandante del Batallón Terrestre No. 50, dispuso la apertura de la indagación con fines disciplinarios (carpeta No.1).

- A través de auto del 6 de febrero de 2013, se remitió por competencia la actuación al Comando de la Brigada Móvil No. 9, como consta a folios 85 a 89 de la carpeta No. 3.

En las copias aportadas que constan en el CD, no se allegó la decisión interlocutoria o definitiva frente a dicha indagación preliminar, es decir, si se abrió el respectivo proceso disciplinario, o se ordenó archivar las diligencias.

De lo que si obra prueba en el citado CD, es de las declaraciones de varios testigos presenciales de los hechos el CS Soto Tovar Oswaldo, el CP. Orrego Parra José Manuel, el SLP Moyano Niño Edely, el SLP Triviño Suarez Miguel y el SLP Medina Ospina Cristian Fabián, las cuales constan en la carpeta No. 2, de lo que se destaca (fls. 24 a 30 CD adjunto, carpeta No. 2):

“(…) DECLARACION DEL CS. SOTO TOVAR OSWALDO

(…) PREGUNTADO: Manifieste al despacho todo cuanto sepa y le conste sobre los hechos ocurridos el 13 de febrero de 2012, los cuales son objeto de la presente investigación, en los cuales y durante combate contra terroristas de las ONT-FARC, mueren los Soldados Profesionales DÍAZ GARCÍA ALDEMAR y RAMÍREZ BERNAL DUVERNEY. CONTESTO: (...)el día 13 aproximadamente a las 6 de la mañana el CP Orrego Parra me da la orden de custodiar al presunto subversivo y aun permanecemos en el mismo lugar, aproximadamente a las 7 de la mañana el cabo Orrego me da la orden de montar un PAC, donde terminaba una mata de monte, que había próxima al sitio donde nos encontrábamos. me da la orden de salir con cuatro soldados, verifico el personal, las comunicaciones y salgo a cumplir la orden hacía el sector que me indican, llego al sitio aproximadamente a las 8:10 horas (...)esa acción la realizo para brindar mayor seguridad a una aeronave que iba a llegar al sector para extraer al presunto subversivo, realizo el movimiento y la (sic) llegar a la parte más alta observo unas estructuras

abandonadas de las ONT-FARC, que de acuerdo a la historia era un campamento del Monojoy, le ordené al SLP Díaz que se desplazara hacía un árbol que le brindara cubierta y protección, para observar por medio de los lentes TASCÓN, que llevaba conmigo el sector, faltando aproximadamente unos cinco metros para llegar al árbol, el soldado recibe un disparo y cae boca abajo herido, al ver la situación tomé la posición de tendido e informe al resto del personal que iba conmigo (...) realicé arrastre bajo hasta donde se encontraba el soldado para reanimarlo pero el soldado ya estaba muerto (...)”.

“DECLARACION DEL CP. ORREGO PARRA JOSE MANUEL

(...)PREGUNTADO: Manifieste al despacho todo cuanto sepa y le conste sobre los hechos ocurridos el 13 de febrero de 2012, los cuales son objeto de la presente investigación, en los cuales y durante combate contra terroristas de las ONT-FARC, mueren los Soldados Profesionales DÍAZ GARCÍA ALDEMAR y RAMÍREZ BERNAL DUVERNEY. CONTESTO: El día 13 de febrero, me encontraba sobre coordenadas 01°46’42” –74°07’11”, con el Pelotón Emperador organizado a 01-0317, estando en desarrollo de la Operación EMPERADOR, Misión Fragmentaria FARAON, estando agregados operacionalmente a la Móvil No. 9, siendo aproximadamente las 05:50 horas, recibo la orden del señor Furia 6 de asumir la seguridad del presunto narcoterrorista Aldinieves Beltrán Adame Alias “RICARDO”, perteneciente al frente 81 de la Reinaldo Cuellar de la ONT-FARC, retenido el día anterior por el Pelotón BOMBARDA 6, procedo a darle la orden al CS SOTO TOVAR OSWALDO de que organice su equipo de combate y le reciba de seguridad del presunto narcoterrorista (...)siendo aproximadamente las 09:55 horas se reporta el CS Soto con un soldado herido, el SLP Díaz García Aldemar, que es herido con arma de fuego que le produce la muerte segundos después (...)”.

“DECLARACION DEL SLP MOYANO NIÑO EDELY

(...)PREGUNTADO: Manifieste al despacho todo cuanto sepa y le conste sobre los hechos ocurridos el 13 de febrero de 2012, los cuales son objeto de la presente investigación, en los cuales y durante combate contra terroristas de las ONT-FARC, mueren los Soldados Profesionales DÍAZ GARCÍA ALDEMAR y RAMÍREZ BERNAL DUVERNEY. CONTESTO: El día 13 de febrero estábamos cuidando un presunto terrorista, en la BPM, cuando recibimos la orden de que tocaba ir a asegurar el área para que viniera el helicóptero a sacar al sujeto, salió un equipo de combate hacía la maraña a mando de mi cabo Soto (...) mi cabo Soto se dirigió hacía allá con el soldado Triviño y con el difunto Díaz, eso fue una distancia de no más de 60 a 70 metros no más, dió la orden de que Piraján y Moyano nos quedáramos ahí, mientras ellos subían a la parte predominante, cuando ellos iban llegando a la punta, escuché los disparos, reaccionamos con Piraján hacía donde estaban ellos, eso lo hicimos en segundos porque no era lejos, pero desafortunadamente el difunto ya no tenía vida, nosotros nos fuimos en arrastre y Piraján llegó hasta donde el difunto(...)”.

“TESTIMONIO DEL SLP TRIVIÑO SUAREZ MIGUEL

(...)PREGUNTADO: Manifieste al despacho todo cuanto sepa y le conste sobre los hechos ocurridos el 13 de febrero de 2012, los cuales son objeto de la presente investigación, en los cuales y durante combate contra terroristas de las ONT-FARC, mueren los Soldados Profesionales DÍAZ GARCÍA ALDEMAR y RAMÍREZ BERNAL DUVERNEY. CONTESTO: Nosotros el día anterior habíamos cogido un sospecho (sic), igualmente al otro día teníamos que ir a prestarle seguridad a la aeronave que venía a recogerlo (...) **habíamos avanzado por ahí unos 50 metros cuando se escucharon dos disparos y ahí fue donde calló el soldado Díaz, ahí fue donde se desarrolló el combate y fue cuando llegaron los otros compañeros a apoyarnos y ahí fue cuando mataron a Ramírez Bernal, eso fue todo(...)**”.

“TESTIMONIO DEL SLP MEDINA OSPINA CRISTIAN FABIAN

(...)PREGUNTADO: Manifieste al despacho todo cuanto sepa y le conste sobre los hechos ocurridos el 13 de febrero de 2012, los cuales son objeto de la presente investigación, en los cuales y durante combate contra terroristas de las ONT-FARC, mueren los Soldados Profesionales DÍAZ GARCÍA ALDEMAR y RAMÍREZ BERNAL DUVERNEY. CONTESTO: (...) a eso de las 9:45 de la mañana mi cabo Orrego da a (sic) orden de alistarnos para ir a apoyar al PAC que había salido más temprano (...) al pasar la laguna nos encontramos con el soldado Piraján que ya estaba herido, nos dice que el soldado García ya había fallecido y que tuviéramos cuidado porque al parecer eran francotiradores, que buscáramos cubierta y protección, **mi cabo da la orden que avancemos para llegar hasta el cuerpo sin vida de mi Dragoneante Díaz (...)**”.

En audiencia de pruebas llevada a cabo el 3 de noviembre de 2016, rindió declaración en la sede del Juzgado el testigo Nilson Niño Esteves, quien para la fecha de los hechos era Soldado Profesional y se desempeñaba como Enfermero de Combate (fls. 315 a 319 C1), del cual se destaca lo siguiente:

“(...) Estaba en el momento de los hechos, el día anterior se había capturado a un guerrillero, al otro día se montó seguridad para extraer al guerrillero vía aérea. Iban 4 soldados con un cabo no se el nombre, a la parte alta a prestar seguridad (record 16:15). Como a las 8:30 escuché un disparo, y por el radio el cabo pidió ayuda, yo era el enfermero en esos días, fui por el botiquín y me demoré como 5 minutos, a Díaz le decían -El Tigre- (record 17:50). Cuando yo me acerqué al potrero, empezaron a sonar más disparos, pensábamos que el soldado estaba herido (record 19:30). Bajaba Piraján herido con un tiro en el brazo, le pregunté que pasó con el tigre, me dijo no hay nada que hacer esta muerto, que al parecer era un francotirador francotirador (record 20:20). Estaba esperando a otro herido pero después le dijeron que no estaba herido sino que había muerto, el combate estaba intenso (record 21:00). No tenía conocimiento que el soldado Díaz hubiese pedido traslado, pero se enteró cuando ocurrieron los hechos porque escuchó el comentario que huuuy, ese man había pedido traslado pero no le había salido (record 22:00). **No se si hay algo escrito para traslados después**

de un determinado tiempo de servicio. Eso lo decide el Comandante. Era obligación pero no era obligación. Para mí un soldado de 17 años de servicio, no debería estar en el área (record 22:50). Actualmente cuando le falta un año al soldado lo sacan del área y lo llevan a la unidad para que se prepare en el Sena, en lo que desee o para validar bachillerato, sí se da un curso de preparación para la civil (record 24:20). No sabe el procedimiento de traslado (record 25:20). Para el traslado del guerrillero se tomaron las medidas de seguridad y provisiones. El día anterior se hizo un registro en el lugar de los hechos, y había otras tropas en el área a 2 o 3 kilómetros (record 26:40)”.

En audiencia de pruebas llevada a cabo el 21 de junio de 2017, rindió declaración en la sede del Juzgado el testigo Gratiliano Piraján Nieto, en la actualidad pensionado, quien para la fecha de los hechos era Soldado Profesional y compañero del SLP Aldemar Díaz García (fls. 338 a 342 C1), del cual se destaca lo siguiente:

(...)Duramos con Díaz como 10 años trabajando, el llevaba más de 17 años y hasta donde tengo conocimiento, a este tiempo de servicio se tiene el derecho de ser sacado del área (record 13:35). Siendo como las 9:50 a.m. nos mandaron a prestar seguridad al helicóptero donde se iba a sacar a un guerrillero capturado. Díaz lo mandaron a la parte alta cuando un francotirador le disparó. Yo lo miré, le destapé la camisa, le miré los dos impactos que tenía, lo jalé de los pies y cuando estaba jalándolo me impactaron a mí en el antebrazo izquierdo, lo dejé ahí, me hice detrás de un palo (record 15:30). Retrocedí como pude y ya estaba boqueando. Me había dicho que tenía la a mamá enferma, y hasta donde tenía conocimiento, ya le había llegado el traslado, pero no lo querían sacar del área, es como negligencia del Comandante del Batallón (record 16:45). Yo llevaba como 14 años en el Batallón 50 y no es viable tanto tiempo porque lo deben llevar a uno para labores administrativas en los batallones (record 19:25). Tenía conocimiento de la negligencia del Comandante del Batallón, porque teníamos un enlace, **no me consta mirar el papel del traslado, pero había escuchado que ya había llegado el traslado al Batallón** (record 21:35). Afirmó tener derecho como profesional a ser trasladado del área al batallón para labores administrativas, creé tener una ley para ellos, que apenas cumpliéramos los 16 años teníamos derecho al traslado a otro batallón o a otra unidad (record 23:45). La situación de los traslados era cuando nosotros lleváramos 16 años nos sacaban a otro batallón a hacer labores administrativas de pronto a una oficina, ya no lo sacaban para la guerra. (record (24:40)”.

También se recaudaron las declaraciones de los señores Luis Antonio Delgado y Jhonatan Stiben Berrio Moreno, en audiencia llevada a cabo el día 3 de noviembre de 2016 (fls. 315 a 319 C1). No obstante, los citados no fueron testigos presenciales de los hechos sino que se trataba del padre y

abuelo de los demandantes y un vecino de la familia. Sus versiones se relacionaron con la afectación moral y económica generada por la muerte del señor Aldemar Díaz García, y sobre el hecho de haber solicitado su traslado de batallón con anterioridad a los hechos en los que perdió la vida.

De las pruebas reseñadas, encuentra el Despacho que la esposa de Aldemar Díaz García, señora Ana Rocío Delgado Martínez, mediante escrito del 4 de agosto de 2011, elevó ante el Comandante del Ejército solicitud de traslado de su esposo, del Batallón de Contraguerrilla No. 50 al Batallón José Hilario López de la ciudad de Popayán (fls. 52 a 53 C1).

Así mismo, que en forma directa el PF Aldemar Díaz García solicitó su traslado el 4 de agosto de 2011 ante el Comandante del Ejército, el traslado de unidad, y en escrito de fecha 9 de agosto de 2011 ante el Jefe de Desarrollo Humano (fls. 34 y 22 C1).

Sin embargo, no hay prueba que acredite que acceder al traslado solicitado por Aldemar Díaz García, en calidad de Soldado Profesional con más de 17 años de servicio, fuera una obligación de la entidad demandada, o un derecho del soldado, que hubiese sido insatisfecho por cuenta del Ejército Nacional, ni que esa supuesta omisión, hubiese sido la causa determinante de la muerte del militar en hechos ocurridos el 13 de febrero de 2012.

En efecto, como se determinó en líneas anteriores, de la normatividad analizada, que no fue indicada por la parte actora, se tiene que todo traslado debía obedecer a las necesidades del servicio, y debía ser analizado, por cuanto no se podía dejar a una unidad sin el personal experimentado necesario, y en todo caso, los traslados, conforme a dicha normatividad, no eran obligaciones sino condiciones que el Comando de la respectiva fuerza tenía y cuya finalidad era atender algunas necesidades de fuerza mayor que presentara el personal de soldados.

Sobre la eventual obligación por cuenta del Ministerio de Defensa –Ejército Nacional, de acceder a los traslados solicitados por los soldados profesionales en determinadas circunstancias, como lo era cumplir un tiempo

de servicio, o sobre el hecho de que al llegar a determinado tiempo de servicio, el soldado profesional adquiriera el derecho en forma automática a ser trasladado de un batallón o unidad de orden público, a un batallón para realizar actividades administrativas y no ser llevado nuevamente al área de operaciones, solamente fue referido por los testigos Nilson Niño Esteves y Gratiniano Piraján Nieto, al momento de rendir su declaración ante el Juzgado.

Para el Despacho, las versiones de los citados en cuanto a dicho tópico, en especial la versión de Gratiniano Pirajan, quien en la actualidad es soldado profesional pensionado, constituyen conceptos subjetivos, que sobre el punto no tienen eficacia probatoria, en la medida que no cuentan con apoyo normativo, como se analizó en líneas anteriores, y si no existe una norma que imponga una determinada forma de actuar ante una determinada situación, mal puede estructurarse una falla por omisión de la entidad.

Ahora bien, el testigo Gratiniano Piraján en su testimonio, en lo atinente a la solicitud de traslado elevada por el SLP Aldemar Díaz García señaló que: *“hasta donde tenía conocimiento, ya le había llegado el traslado, pero no lo querían sacar del área, es como negligencia del Comandante del Batallón (...)Tenía conocimiento de la negligencia del Comandante del Batallón, porque teníamos un enlace, no me consta mirar el papel del traslado, pero había escuchado que ya había llegado el traslado al Batallón”*. Pero su versión no es creíble para el Despacho por cuanto en primer lugar, él personalmente no vio ni tuvo a su alcance el documento en el que supuestamente se autorizaba el traslado, y de otra parte, la declaración es vaga e imprecisa, en la medida que no señaló cuál fue la persona que le informó acerca de que al momento de los hechos ya le había llegado el traslado al señor Aldemar Díaz García, tampoco el sitio de la supuesta información, la época, ni otras circunstancias que pudiesen dar luces de la veracidad del hecho. Además, no existe en el expediente una sola prueba, diferente a la que se analiza y se le resta valor demostrativo, que avale o ratifique la versión.

EXPEDIENTE No: 110013336036-2014-00128-00
REPARACION –SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: ANA ROCÍO DELGADO MARTÍNEZ
DEMANDADO: NACION –MINISTERIO DE DEFENSA -EJERCITO

De manera que el Despacho, no cuenta con elementos probatorios que acrediten que en realidad se hubiese presentado una omisión por cuenta de la entidad demandada al no acceder a las solicitudes de traslado elevadas por el señor Aldemar Díaz García, en la medida que no era un derecho adquirido, ya que las normas analizadas en líneas anteriores, no imponían la obligación a cargo del Ejército Nacional de acceder al traslado después de que un soldado profesional cumpliera con determinado tiempo en filas. De dicha normativa se desprende que todo traslado debía obedecer a las necesidades del servicio, y debía ser analizado, en la medida que no se podía dejar a una unidad sin el personal experimentado necesario, y en todo caso, los traslados no eran obligaciones sino condiciones que el Comando de la respectiva fuerza tenía y cuya finalidad era atender algunas necesidades de fuerza mayor que presentara el personal de soldados.

Nótese que los soldados profesionales tienen derecho a su pensión o asignación por retiro cuando cumplan 20 años de servicio, sin que la parte actora hubiese señalado las normas o disposiciones que supuestamente establecen derechos adquiridos relacionados con el traslado o con la realización de trabajos administrativos para ese personal cuando cumplan 17 años de servicio.

En ese sentido, no se configuró una falla en el servicio, sino que la muerte del señor Aldemar Díaz García obedeció a la configuración un riesgo propio de la actividad militar, que el citado eligió cuando decidió ser soldado profesional o voluntario.

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 menos que a consecuencia de la misma se haya ocasionado el daño y que por ello se imponga la reparación del daño padecido por los demandantes por la muerte de su familiar Aldemar Díaz García, por cuanto su deceso ocurrió al materializarse un riesgo propio del servicio en su calidad de SLP del Ejército Nacional, como quedó visto.

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.**”⁷ 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**”.

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.

IV.- Del riesgo excepcional

La parte actora señaló en forma genérica que se configura un riesgo excepcional, por cuanto al señor Aldemar Díaz García se le expuso a un riesgo superior al normal.

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 la muerte de Aldemar Díaz García, habida cuenta que al citado no se expuso por cuenta de sus superiores a una situación extraordinaria respecto de lo que normalmente se asume al escoger la profesión de Soldado Profesional, 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.

⁷ Véanse el artículo 13 del mismo Código, y el artículo 230 de la Constitución Nacional.

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 rol de miembro del Batallón de Combate Terrestre No. 50, por lo que no le asiste responsabilidad patrimonial a la entidad demandada.

En consecuencia, el problema jurídico planteado ha de resolverse de manera negativa, por cuanto la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, no debe responder patrimonialmente por la muerte de Aldemar Díaz García, cuando desarrollaba un operativo de seguridad, 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.

V.- COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO: El artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 consagra un criterio objetivo relativo a que la “*parte vencida en el proceso*” y su liquidación y ejecución, se regirá por las normas del estatuto procesal civil que regulan esta materia.

Se proferirá sentencia de condena en costas. Respecto de las denominadas agencias en derecho, su tarifa se encuentra fijada en el Acuerdo 1887 de 26 de junio de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura (modificado por el Acuerdo No. 2222 del 10 de diciembre de 2003). Así, en materia de lo Contencioso Administrativo, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 3.1.2, fijándose para los procesos ordinarios de primera instancia **con cuantía**, hasta el veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia.

Ahora bien, en concordancia con el artículo tercero del acuerdo en mención, la determinación de las agencias se aplicarán gradualmente, teniendo en cuenta la naturaleza, calidad y duración útil de la gestión ejecutada por el apoderado, la cuantía de la pretensión y las demás circunstancias relevantes, de modo que sean equitativas y razonables. Así, para el caso concreto, a fin de fijar las correspondientes agencias en derecho, se evidencia que el apoderado de la parte demandada contestó la demanda oportunamente, se hizo presente en la audiencia inicial y en la de pruebas, pero no presentó alegatos de conclusión.

Es por lo anterior, que el Despacho fija como agencias en derecho el cero punto cinco por ciento (0.5%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en el fallo.

El Juzgado Treinta y Seis Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

VI.- FALLA:

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 cero punto cinco por ciento (0.5%) 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.

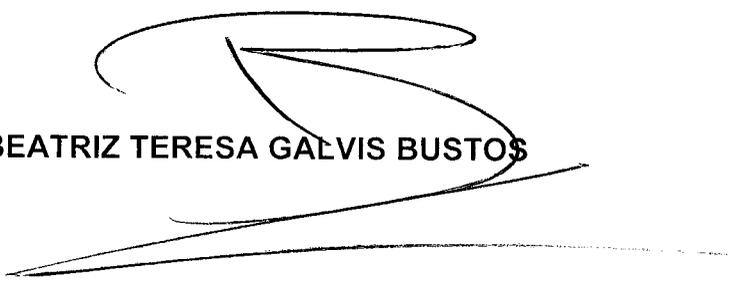
EXPEDIENTE No: 110013336036-2014-00128-00
REPARACION –SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: ANA ROCÍO DELGADO MARTÍNEZ
DEMANDADO: NACION –MINISTERIO DE DEFENSA -EJERCITO

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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LA JUEZ,


BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS

acv
DMA.