

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - No condena

SÍNTESIS DEL CASO - El señor Rogelio Bernate una vez terminó de prestar el servicio militar obligatorio, ingresó nuevamente al Ejército Nacional en calidad de soldado profesional siendo asignado al Batallón de Contra Guerrillas de la Brigada Móvil No. 11, con puesto de mando en Ituango, Antioquia, donde se desempeñaba como radio operador. El 21 de mayo de 2005, en momentos en que su patrulla se encontraba realizando una operación de registro fue sorprendida por un grupo de guerrilleros de las FARC, quienes dieron muerte a cinco de sus compañeros, el soldado Bernate Prada logró evadirse en ese momento y pidió ayuda por el radio comunicador; sin embargo ésta nunca llegó y luego de cinco horas de pedir auxilio fue encontrado por los subversivos y dado de baja con un disparo de gracia.

COMPETENCIA FUNCIONAL DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA - Cuantía

La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 30 de julio de 2010 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, en razón de la cuantía procesal contenida en la demanda

CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Término. Cómputo / CADUCIDAD DE LA ACCION DE REPARACION DIRECTA - No operó. Demanda presentada en tiempo

En cuanto a la oportunidad para formular la presente acción indemnizatoria, advierte la Sala que se interpuso dentro de los dos (2) años que establece el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A., toda vez que el daño por cuya indemnización se demanda -esto es la muerte del señor Rogelio Bernate Prada-, se produjo el 21 de mayo de 2005 y la demanda se presentó el 16 de noviembre de esa misma anualidad, de lo cual se infiere que la demanda se interpuso dentro de los dos años establecidos en la ley para tal efecto.

FUENTE FORMAL: DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 136.8

DAÑOS CAUSADOS A QUIENES EJERCEN FUNCIONES DE ALTO RIESGO RELACIONADAS CON LA DEFENSA Y SEGURIDAD DEL ESTADO CON OCASIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL - Procede la indemnización a forfait / DAÑOS CAUSADOS A QUIENES EJERCEN FUNCIONES DE ALTO RIESGO RELACIONADAS CON LA DEFENSA Y SEGURIDAD DEL ESTADO - Por una falla en el servicio, procede la indemnización de perjuicios / DAÑOS CAUSADOS A QUIENES EJERCEN FUNCIONES DE ALTO RIESGO RELACIONADAS CON LA DEFENSA Y SEGURIDAD DEL ESTADO - Sometidos a un riesgo excepcional, procede la indemnización de perjuicios

[T]ratándose de supuestos en los cuales se discute la declaratoria de responsabilidad estatal con ocasión de los daños sufridos por quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, como los militares o agentes de Policía, entre otros, la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado de forma constante y reiterada ha considerado que, en principio, no se ve comprometida la responsabilidad del Estado, dado que tales daños, como se producen con ocasión de la relación laboral que los vincula

con el Estado, se cubren con la indemnización a fort fait a la cual tienen derecho por virtud de esa vinculación, y sólo habrá lugar a la reparación, por vía de la acción de reparación directa, cuando se hubieren producido por falla del servicio, o cuando se hubiere sometido al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar sus demás compañeros, o cuando el daño sufrido por la víctima hubiese sido causado con arma de dotación oficial, evento en el cual hay lugar a aplicar el régimen de responsabilidad objetivo, por la creación del riesgo. En todo caso, se reitera, el funcionario y quienes hayan sufrido perjuicio con el hecho tendrán derecho a las prestaciones e indemnizaciones previamente establecidas en el ordenamiento jurídico (a forfait) .**NOTA DE RELATORIA:** En relación con la indemnización a forfait, consultar, sentencias del: 26 de mayo de 2010, exp. 19158, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y del 14 de julio de 2005, exp: 15544, C.P. Ruth Stella Correa Palacio

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO - Improcedencia / FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN – Improcedencia / RIESGO PROPIO DEL SERVICIO

[N]o hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado por falla del servicio, en tanto ésta no se acreditó y además se probó en el proceso que la víctima perdió la vida como consecuencia de la materialización del riesgo propio, permanente y continuo, del ejercicio de sus funciones como miembro del grupo de contraguerilla del Ejército Nacional -enfrentamiento armado con grupos ilegales-, el cual fue asumido de manera voluntaria por el hoy occiso. (...) la parte actora no logró demostrar la alegada falla en el servicio, toda vez que las pruebas resultan insuficientes para acreditar la falla -omisión- imputada en la demanda (...) no se demostró que el daño hubiere sido producto de una falla del servicio, así como tampoco se probó que el agente fallecido hubiere estado sometido a un riesgo excepcional diferente al que normalmente debía soportar, ni se acreditó que durante el desarrollo de la actividad al soldado profesional Bernate Prada se le hubiere obligado a asumir una carga superior que llevara implícita el rompimiento del principio de igualdad respecto de sus compañeros y que, por ese hecho, se hubiere producido su muerte.

RIESGO PROPIO DEL SERVICIO ASUMIDO POR MIEMBROS DE LA FUERZA PUBLICA VINCULADOS DE MANERA VOLUNTARIA / DAÑOS OCASIONADOS CON OCASIÓN DE LA PRESTACION DEL SERVICIO, DENTRO DEL MARCO DE LA RELACIÓN LABORAL - Procede la indemnización a forfait

[La víctima] asumió de manera voluntaria los riesgos que la profesión militar conlleva, los daños sufridos como consecuencia de los riesgos inherentes propios de su actividad, le fueron reconocidos a través de una pensión por muerte a sus padres, la cual por ley está determinada para los daños producidos con ocasión de la prestación del servicio, dentro del marco de la relación laboral que lo vinculaba con la institución demandada.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: HERNAN ANDRADE RINCON

Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 05001-23-31-000-2006-01088-01(39725)

Actor: ROGELIO BERNATE PRECIADO Y OTRO

Demandado: NACION - MINISTERIO DE DEFENSA - EJERCITO NACIONAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACION DIRECTA

Temas: responsabilidad patrimonial del Estado en casos de daños causados por la concreción de riesgos derivados de la profesión militar.

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia el 30 de julio de 2010, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. La demanda y su trámite

En escrito presentado el 16 de noviembre de 2005 por intermedio de apoderado judicial, los señores María Olinda Prada, Rogelio Bernate Preciado, Deiby Bernate Palacio, Fany, Bladimir, Nancy Melba y Nidia Bernate Prada interpusieron demanda en ejercicio de la acción de reparación directa contra la Nación –Ministerio de Defensa– Ejército Nacional, con el fin de que se la declarara administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios causados como consecuencia de la muerte del señor Rogelio Bernate Prada, en hechos ocurridos el 21 de mayo de 2005, en el municipio de Ituango, Antioquia, mientras se desempeñaba como soldado profesional del Ejército Nacional.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitaron que se condenara a la entidad pública demandada a pagar, por concepto de indemnización de perjuicios morales el equivalente en pesos a 600 SMLMV para cada uno de sus padres y 400 SMLMV para cada uno de sus hermanos y, por concepto de

indemnización de perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante la suma que resultare probada dentro del proceso a favor de los padres del hoy occiso.

Como **fundamentos fácticos** de sus pretensiones narró la demanda, en síntesis, que luego de culminar su servicio militar obligatorio, en el mes de enero de 2005 el señor Rogelio Bernate Prada ingresó nuevamente al Ejército Nacional en calidad de soldado profesional y que fue asignado al Batallón de Contraguerrillas de la Brigada Móvil No. 11, con puesto de mando en Ituango, Antioquia.

Aseguran los actores que a pesar de no haber contado con la instrucción necesaria el referido soldado fue enviado a un área catalogada de alto riesgo con el fin de combatir grupos subversivos, donde se desempeñó como radioperador de comunicaciones.

Expresa la demanda que el 21 de mayo de 2005, en momentos en que su patrulla se encontraba realizando una operación de registro en la zona rural de Ituango, fue sorprendida por un grupo numeroso de guerrilleros de las FARC, quienes dieron muerte a cinco de sus compañeros, pero que el soldado Bernate Prada logró evadirse en ese momento y pidió ayuda por el radio comunicador; sin embargo, ésta nunca llegó y que luego de cinco horas de pedir auxilio, fue encontrado por los subversivos y dado de baja con un disparo de gracia.

En relación con los hechos descritos en el anterior apartado, sostuvo la parte actora que son constitutivos de una falla del servicio, dado que a pesar de no contar con la instrucción suficiente se envió al referido soldado profesional a una zona de alto riesgo, sin que se hubiera planeado de forma adecuada dicha operación militar, así como tampoco se le asistió con refuerzos cuando solicitó ayuda por el radiotransmisor¹.

La anterior demanda así formulada fue admitida por el Tribunal Administrativo de Antioquia mediante proveído proferido el 19 de abril de 2006, providencia que fue notificada en legal forma a la entidad demandada y al Ministerio Público².

1.2. El Ministerio de Defensa - Ejército Nacional contestó la demanda dentro de la respectiva oportunidad procesal y se opuso a la prosperidad de las pretensiones

¹ Fls. 1 a 17 C. 1.

² Fls. 39 a 42 C. 1.

formuladas por los actores. Como razones de su defensa se limitó a manifestar que de los hechos referidos en la demanda se podía concluir que la muerte del referido soldado profesional se produjo en desarrollo de las labores propias a las que se exponen los militares, razón por la cual concluyó que *“ese hecho no constituye un daño antijurídico, y por lo mismo la Administración no está en el deber de repararlo”*³.

1.3. Vencido el período probatorio dispuesto en providencia proferida el 20 de septiembre de 2006, el Tribunal de primera instancia, mediante auto de 18 de mayo de 2010 dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran sus alegatos de conclusión⁴.

En sus alegatos la Nación -Ministerio de Defensa- Ejército Nacional se limitó a reproducir de forma textual los argumentos presentados en la contestación de la demanda y añadió que el soldado profesional que resultó muerto había recibido la suficiente instrucción militar previo a ser enviado a operaciones militares, además de la formación dada cuando prestó servicio militar obligatorio como soldado regular, por manera que no existía fundamento jurídico para emitir un fallo condenatorio en su contra⁵.

Dentro de la respectiva oportunidad procesal, tanto la parte actora como el Ministerio Público guardaron silencio⁶.

1.4. La sentencia apelada

Cumplido el trámite legal correspondiente en primera instancia, el Tribunal Administrativo de Antioquia profirió sentencia el 30 de julio de 2010, oportunidad en la cual denegó las pretensiones de la demanda.

Para arribar a tal decisión, el Tribunal de primera instancia señaló que a partir de las pruebas allegadas al proceso se encontraba acreditado que el soldado Rogelio Bernate Prada había recibido el entrenamiento militar requerido de conformidad con lo establecido en la normatividad del Ejército Nacional; adicionalmente, se probó que el referido soldado murió en medio de un enfrentamiento con subversivos de las FARC, sin que se hubiere acreditado falla alguna en el servicio

³ Fls. 43 a 46 C. 1.

⁴ Fls. 51 y 162 C. 1.

⁵ Fls. 189 a 192 C. 1.

en la ejecución de dicha operación, razón por la cual concluyó que su muerte se produjo como consecuencia de la concreción de un riesgo inherente al servicio militar que asumió de forma voluntaria, el cual fue amparado con las prestaciones laborales correspondientes a favor de sus familiares por cuenta de la institución castrense⁷.

1.5. La impugnación

La parte actora interpuso oportunamente recurso de apelación contra la anterior sentencia, el cual fue concedido por el Tribunal *a quo* el 13 de septiembre de 2010 y admitido por esta Corporación el 16 de noviembre de esa misma anualidad⁸.

La parte recurrente señaló que, contrario a lo afirmado por el Tribunal de primera instancia, en el proceso se probó que durante la operación militar en la que se produjo la muerte del referido soldado profesional se presentaron varias fallas del servicio, específicamente, señaló que si bien su muerte fue producida por miembros de un grupo ilegal -FARC-, lo cierto es que ello se debió a que no se planeó de forma adecuada la operación, dado que los subversivos que enfrentaron los superaban ampliamente en número de efectivos; agregó, además, que tampoco se brindaron refuerzos aéreos o terrestres cuando fueron solicitados, por esa razón reiteró que su muerte constituía un daño antijurídico y, por ende, le correspondía a la institución demandada indemnizar los perjuicios sufridos por los aquí demandantes⁹.

1.6. Mediante auto de fecha 23 de marzo de 2011 se dio traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto, oportunidad en la cual el Ministerio Público guardó silencio¹⁰.

En sus alegatos, tanto la parte actora como la demandada reiteraron íntegramente los argumentos expuestos a lo largo del trámite de la presente acción¹¹.

⁶ Fls. 192 C. 1.

⁷ Fls. 193 a 199 C. Ppal.

⁸ Fls. 201 y 232 C. Ppal.

⁹ Fls. 201 a 205 C. Ppal.

¹⁰ Fl. 238 C. Ppal.

¹¹ Fls. 239-248 y 249-250 C. Ppal.

La Sala, al no encontrar causal de nulidad alguna que pudiera invalidar lo actuado, procede a resolver de fondo el asunto.

II. CONSIDERACIONES

2.1. Competencia de la Sala

La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 30 de julio de 2010 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en proceso con vocación de doble instancia ante esta Corporación, en razón de la cuantía procesal contenida en la demanda¹².

2.2. En cuanto a la **oportunidad para formular la presente acción indemnizatoria**, advierte la Sala que se interpuso dentro de los dos (2) años que establece el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A., toda vez que el daño por cuya indemnización se demanda -esto es la muerte del señor Rogelio Bernate Prada-, se produjo el 21 de mayo de 2005 y la demanda se presentó el 16 de noviembre de esa misma anualidad, de lo cual se infiere que la demanda se interpuso dentro de los dos años establecidos en la ley para tal efecto.

2.3. Los hechos probados en el proceso

En atención al material probatorio obrante en el expediente, recaudado oportunamente y con el lleno de los requisitos legales, se tienen debidamente demostrados en este proceso los siguientes hechos:

i) Que de acuerdo con el registro civil de defunción, el señor Rogelio Bernate Prada falleció el 21 de mayo de 2005, en zona rural del municipio de Ituango, Antioquia, como consecuencia de varios impactos de proyectil de arma de fuego¹³.

¹² La mayor pretensión se estimó en 600 SMLMV por concepto de indemnización de perjuicios morales para los padres de la víctima directa, monto que sobrepasa la fijada en el artículo 40 de la Ley 446 de 1998 -500 SMLMV-, para ese efecto.

¹³ FI. 123 C. 2.

ii) Que según se hizo constar en el acta de inspección de cadáver de la referida persona, su muerte se produjo “en combates entre el Ejército Nacional y la cuadrilla 18 de las FARC”¹⁴.

En ese mismo sentido, el Coordinador del Grupo de Homicidios de la Fiscalía Seccional 22 de Medellín, en el informe realizado el 1° de junio de 2005 relató los siguientes hechos:

*“El pasado 21 de mayo de los corrientes, se presenta un fuerte combate entre integrantes del frente 18 de las FARC y soldados adscritos al Batallón de Contraguerrilla No. 81, perteneciente a la Brigada Móvil No. 11 en el sector ‘El Olivar’, municipio de Ituango, que arroja como resultado la muerte de cinco militares y un número indeterminado de subversivos, **varios de estos cuerpos fueron inspeccionados al día siguiente de los hechos en las instalaciones de Medicina Legal, éstos últimos cuerpos no habían podido salir del área por razones atmosféricas que impedían el transporte aéreo**”¹⁵.*

iii) En cuanto a las circunstancias en las que se produjo dicho enfrentamiento que terminó con la muerte del referido soldado, el informe administrativo realizado el día 11 de julio de 2005 por el Comandante de la Compañía Cobra, señaló (se transcribe de forma literal):

“En desarrollo de la operación ÁGUILA, misión táctica METEORO, teniendo como objetivo capturar o dar de baja a terroristas de las ONT FARC que delinquen en el sector El Cedral y La Armenia se efectuó infiltración por la parte alta y montañosa a fin de no ser detectados por el enemigo, el día 20 de mayo de 2005 se recibe la información sobre la presencia de un grupo aproximado de 80 bandidos en el sector El Oso, posiblemente ubicando una emboscada hacia las tropas, de esta situación se informó a la Brigada para solicitar un apoyo aéreo o reconocimiento sobre el sector, el cual no fue enviado, se dio instrucciones al personal de la compañía sobre la ejecución de maniobras de engaño y fintas para ubicar emboscadas en el área general, ubicando la contraguerrilla cobra 5 en coordenadas 07-14-10, 75-51-43 y se advirtió al personal sobre la información recibida.

El día 21 de mayo aproximadamente a las 05:45 de la mañana durante el dispositivo se ubicó por parte del equipo de mando un grupo de seis bandoleros quienes vestían uniforme camuflado y portaban armas de fuego de largo alcance aproximadamente a 400 metros sobre una parte alta, ante lo cual se entabló comunicación radial con los comandantes de sección y se organizó un dispositivo para ser empleados como apoyo, durante la maniobra hacia los bandidos recibimos fuego con sus armas, ante lo cual se reaccionó produciéndose la baja de 4 de ellos y se ordenó al C3 Rodríguez Blanquicet Adalberto maniobrar hacia ese sector para hacer el

¹⁴ Fl. 69 C. 1.

¹⁵ Fls. 105 a 108 C. 1.

registro correspondiente, inmediatamente se recibió más fuego desde la parte alta observando movimiento de grupos de diez y veinte bandidos quienes trataban de maniobrar en el terreno, ante esto se ordenaba a la sección al mando del SS Mateus Pachón Leonel cubrir la parte alta y emboscarse, pero durante su maniobra sostuvo combate prolongado con otro grupo de terroristas, se ordenó el apoyo inmediato al ST Bermúdez Gómez Juan con su pelotón, quien maniobró con una sección al mando del SS. Mindiola Byron Edwin en apoyo del SS. Mateus y la otra sección al mando del ST Bermúdez cubrió la retaguardia de los bandidos montando emboscadas cerca del sector de la vereda Los Sauces, se informó sobre el combate al puesto de mando, siendo reportado al señor TC Pava Felman Deggly quien ordenó maniobrar y tratar de manejar la situación, aproximadamente a las 09:00 toda la compañía se encontraba comprometida en el combate debido a que los bandidos recibieron apoyo o refuerzo, convirtiéndose en un número considerable en proporción tres a uno contra nosotros, desde el PDMAD ordenaron a la compañía Antilope al mando del CT García Cortés Santiago maniobrar hacia el sitio de los combates para apoyarnos en el mismo, y **se recibió apoyo de fuego con un helicóptero Arpia, aproximadamente a las 09:30 de la mañana me reporta el SS Mateus tener tres soldados heridos y le ordenó replegarse hacia donde están los equipos para organizarnos y el SS Mindiola reporta haber perdido al soldado Bernate Prada Rogelio con todo su material durante la maniobra, se habla con el soldado Bernate por radio e informa que se encuentra solo y rodeado de un gran número de bandidos, el SS. Mindiola llega con su sección donde el SS. Mateus para brindar apoyo y tratar de evacuar los heridos.**

Aproximadamente a las 11 se reporta el ST Bermúdez sosteniendo contacto armado con un grupo aproximado de treinta bandidos, manifiesta haber abatido ocho pero es difícil la maniobra debido a que los bandidos están recibiendo refuerzos, posteriormente llega al sector la compañía Antilope, quien durante la maniobra de apoyo también sostiene combate, aproximadamente a las 12:30 reportó el comando del Batallón no poder recuperar el material de intendencia de mi compañía debido a que el número de bandoleros es considerable y se dificulta la maniobra por el empleo de explosivos, **me ordena efectuar repliegue hacia la parte baja y dejar el material de intendencia en el lugar, orden que se transmite vía radial a los comandantes de sección y se inicia el repliegue por diferentes ejes apoyados con el avión fantasma y helicópteros Arpia,** para esa hora el C3 Rodríguez no tenía comunicación radial conmigo y no tenía conocimiento sobre la ubicación de tres soldados y al ST Bermúdez se le ordenó permanecer emboscado en la vereda los Sauces hasta el día siguiente debido a que tenía cerca de él presencia de 100 a 150 terroristas por tanto se encontraba en desventaja. A las 20:00 horas después de recibir apoyo aéreo en coordinación con el PDMAD se inició a reorganizar las compañías en la parte baja de la vereda San Isidro y se ubicó un sitio para prever el apoyo y evacuación aérea del personal muerto y herido de las propias tropas y del enemigo, actividad que se realizó el día 22 en la mañana recibiendo de igual manera el apoyo de la compañía Bolívar y compañía Búfalo, para efectuar los registros correspondientes en el área de los combates, **el día 23 de mayo la compañía encuentra cadáveres de dos bandoleros dados de baja abandonados por los subversivos, el día 24 de mayo aproximadamente se encuentra asesinado el soldado Bernate Prada Rogelio sin su material de comunicaciones y**

aproximadamente a las 16:00 se recibe información sobre la presencia de un grupo bastante grande de bandidos aproximadamente a tres horas de nuestra posición, ante esto se recibe la orden del comandante de Brigada de efectuar repliegue hacia la parte baja cerca del sector de la vereda la Georgia, donde se organizó nuevamente las unidades y se recibieron instrucciones de movimiento.

*Como resultado de los combates fue asesinado el soldado Bernate Prada Rogelio (...)*¹⁶ (negritas adicionales).

iv) Que de acuerdo con la orden de operaciones “Águila”, la Brigada Móvil No. 11 del Batallón de Contraguerrillas para los meses de abril y mayo de 2005 tenía la orden de conducir operaciones militares ofensivas de destrucción, registro y control militar contra subversivos de la cuadrilla 18 de las FARC, que operaban sobre el área general de la vereda La Armenia, municipio de Ituango¹⁷.

v) Que mediante oficio del 6 de mayo del 2010 el Jefe de la Sección de Nómina del Ejército Nacional informó que el señor Rogelio Bernate Prada ingresó como soldado profesional el **10 de febrero de 2005**; asimismo, se tiene que mediante oficio del 28 de diciembre de 2006 el Jefe de Educación y Doctrina del Ejército Nacional hizo constar que los soldados conscriptos que deciden optar por continuar como soldados profesionales **“durante un período de seis (6) semanas deben recibir reentrenamiento correspondiente, que tiene por objeto especializar al soldado profesional que representará al auténtico combatiente integral, con principios y valores, capaz de enfrentar y ganar la guerra en el marco del respeto por los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario”**¹⁸ (se ha destacado).

vi) Que mediante resolución fechada el 18 de octubre de 2005 el jefe de Desarrollo Humano decidió reconocer a favor de los padres del soldado profesional Rogelio Bernate Prada una compensación económica por concepto de prestaciones sociales¹⁹.

2.4. Análisis de la Sala

Sea lo primero señalar que, en tratándose de supuestos en los cuales se discute la declaratoria de responsabilidad estatal con ocasión de los daños sufridos por

¹⁶ Fls. 169 a 173 C. 1.

¹⁷ Fls. 164 a 166 C. 1.

¹⁸ Fls. 53 a 55 C. 1.

quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, como los militares o agentes de Policía, entre otros, la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado de forma constante y reiterada ha considerado que, en principio, no se ve comprometida la responsabilidad del Estado, dado que tales daños, como se producen con ocasión de la relación laboral que los vincula con el Estado, se cubren con la indemnización *a fort fait* a la cual tienen derecho por virtud de esa vinculación, y sólo habrá lugar a la reparación, por vía de la acción de reparación directa, cuando se hubieren producido por falla del servicio, o cuando se hubiere sometido al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar sus demás compañeros, o cuando el daño sufrido por la víctima hubiese sido causado con arma de dotación oficial, evento en el cual hay lugar a aplicar el régimen de responsabilidad objetivo, por la creación del riesgo. En todo caso, se reitera, el funcionario y quienes hayan sufrido perjuicio con el hecho tendrán derecho a las prestaciones e indemnizaciones previamente establecidas en el ordenamiento jurídico (*a forfait*)²⁰.

No obstante lo anterior, el Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad del Estado en eventos en los cuales se ha acreditado el hecho de haber sometido a los miembros de la Fuerza Pública a asumir riesgos superiores a los que normalmente deben afrontar, como consecuencia de las acciones u omisiones imputables al Estado.

Así mismo, la jurisprudencia de esta Sección ha precisado que en relación con los agentes de la Policía, militares o miembros armados del DAS, *“el principio de la igualdad siempre debe mirarse referido a quienes se encuentran en condiciones de igualdad, en este caso frente a los demás miembros del cuerpo armado”*²¹ y no frente a los demás ciudadanos ajenos a dichas actividades. Por lo tanto, si bien es cierto que el deber del Estado de proteger la vida de todas las personas se predica también en relación con los miembros de los cuerpos armados, la

¹⁹ Fl. 35 a 36 C. 1.

²⁰ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 26 de mayo de 2010, Exp. 19.158 y del 14 de julio de 2005, Exp: 15.544, ambas con ponencia de la señora Consejera Ruth Stella Correa Palacio.

²¹ En sentencia de 3 de abril de 1997, expediente No. 11.187: *“Valga precisar en cuanto al riesgo que asumen quienes se vinculan a las fuerzas armadas, que ese riesgo cobija a todos los integrantes por igual. Sólo cuando alguno de ellos es puesto en circunstancias que intensifican el riesgo puede hablarse de que se rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas. Pero el principio de la igualdad siempre debe mirarse referido a quienes se encuentran en condiciones de igualdad, en este caso frente a los demás miembros del cuerpo armado. En tratándose del riesgo a perder la vida o a sufrir lesiones personales, no puede predicarse igualdad entre cualquier asociado y quien pertenece a las fuerzas armadas del Estado. La vinculación a esas instituciones de suyo implica la asunción del riesgo, diferente a aquel que se presenta frente al asociado común”*.

asunción voluntaria de los riesgos propios de esas actividades modifica las condiciones en las cuales el Estado debe responder por los daños que éstos puedan llegar a sufrir.

Contrario sensu, en relación con la responsabilidad patrimonial del Estado respecto de quienes se encuentren prestando el servicio militar obligatorio, se ha considerado que el régimen bajo el cual ha de resolverse su situación es diferente al que se aplica a quienes voluntariamente ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, como los militares, agentes de policía o detectives del hoy extinto DAS, porque el sometimiento de aquéllos a los riesgos inherentes a la actividad militar no se realiza de manera voluntaria, sino que corresponde al cumplimiento de los deberes que la Constitución Política impone a las personas, derivados de los principios fundamentales de solidaridad y reciprocidad social, para “*defender la independencia nacional y las instituciones públicas*”²².

Ahora bien, para el caso *sub examine*, verificadas las circunstancias en las cuales se produjo la muerte del soldado profesional Rogelio Bernate Prada, la Sala considera que no hay lugar a declarar la responsabilidad del Estado por falla del servicio, **en tanto ésta no se acreditó** y además se probó en el proceso que la víctima perdió la vida como consecuencia de la materialización del riesgo propio, permanente y continuo, del ejercicio de sus funciones como miembro del grupo de contraguerilla del Ejército Nacional -enfrentamiento armado con grupos ilegales-, el cual fue asumido de manera voluntaria por el hoy occiso.

En este sentido, resulta necesario precisar que la parte actora no logró demostrar la alegada falla en el servicio, toda vez que las pruebas resultan insuficientes para acreditar la falla -omisión- imputada en la demanda, presuntamente, porque *i)* no se brindó la suficiente instrucción al soldado militar, *ii)* no se planeó adecuadamente la operación militar en la que perdió su vida y *iii)* no se brindaron refuerzos en el momento en que lo solicitó.

Ciertamente, a partir de los hechos probados advierte la Sala que para el momento de los hechos, el hoy occiso contaba con más de tres meses de haber ingresado

²² Al respecto, consultar por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 30 de julio de 2008, Exp. 18.725, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, del 15 de octubre de 2008, Exp. 18.586 M.P. Enrique Gil Botero, así como las sentencias proferidas por esta Subsección los días 11 de junio de 2014, Exp. 28.022, 7 de octubre de 2015, Exp. 34.677, y la proferida el 12 de febrero de 2015, entre otras.

en calidad de soldado profesional al Ejército Nacional, es decir contaba con más de doce semanas de reentrenamiento, cuando lo exigido por la normatividad correspondiente son seis semanas.

De igual forma, para el momento de su muerte, el referido soldado se encontraba realizando una misión de registro y control de la zona en virtud de la orden de operaciones Águila, es decir, no se trató de una orden improvisada, y fue, precisamente, en desarrollo de dicha labor que se produjo un enfrentamiento armado en el cual el hoy occiso perdió la vida junto con otros cuatro soldados del Ejército Nacional y varios subversivos.

Adicionalmente, es preciso señalar que, comoquiera que el soldado Bernate Prada asumió de manera voluntaria los riesgos que la profesión militar conlleva, los daños sufridos como consecuencia de los riesgos inherentes propios de su actividad, le fueron reconocidos a través de una pensión por muerte a sus padres, la cual por ley está determinada para los daños producidos con ocasión de la prestación del servicio, dentro del marco de la relación laboral que lo vinculaba con la institución demandada.

Por otro lado, el ataque perpetrado por el referido grupo subversivo fue sorpresivo e imprevisible, es decir, que no existía conocimiento de la inminencia de ese ataque como para que se hubieren adoptado medidas de seguridad excepcionales, amén que de conformidad con los medios probatorios antes relacionados, el grupo de militares recibió apoyo mediante refuerzos aéreos (helicópteros y avión fantasma).

Asimismo, tampoco se probó que dicha zona rural hubiese sido blanco de amenazas específicas para que se hubiere tenido la obligación de tomar con anticipación medidas especiales para evitar el ataque por parte de miembros armados al margen de la ley.

En conclusión, no se acreditó que el daño hubiere sido imputable a la demandada, pues no se demostró que el daño hubiere sido producto de una falla del servicio, así como tampoco se probó que el agente fallecido hubiere estado sometido a un riesgo excepcional diferente al que normalmente debía soportar, ni se acreditó que durante el desarrollo de la actividad al soldado profesional Bernate Prada se le hubiere obligado a asumir una carga superior que llevara implícita el rompimiento

del principio de igualdad respecto de sus compañeros y que, por ese hecho, se hubiere producido su muerte.

A lo anterior se debe agregar que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*. Así pues, la parte demandante no cumplió con la carga probatoria²³ que le impone la norma legal en cita, toda vez que no allegó al proceso prueba alguna que permita atribuir tan lamentable hecho al ente público demandado.

Por fuerza de las razones que se dejan expresadas, se impone para la Sala la necesidad de confirmar la sentencia apelada que denegó las súplicas de la demanda.

2.5. Costas procesales

Comoquiera que para el momento en que se profiere este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes haya actuado temerariamente y, debido a que ninguna procedió de esa forma en el *sub lite*, no habrá lugar a su imposición.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

²³ De manera más detallada el tratadista Devis Echandía expone lo siguiente: *“Para saber con claridad qué debe entenderse por carga de la prueba, es indispensable distinguir los dos aspectos de la noción: 1°) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2°) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una le interesa probar (a falta de prueba aducida oficiosamente o por la parte contraria; cfr., núms. 43 y 126, punto c), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.”* DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría general de la prueba judicial. Bogotá: Editorial Temis. 2002., pág. 405.

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, esto es la proferida el 30 de julio de 2010 por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en cuanto denegó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVOLVER** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA
