CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

CONSEJERO PONENTE: WILLIAM BARRERA MUÑOZ

Bogotá D.C., veinticuatro (24) de enero de dos mil veinticuatro (2024)

Radicación: 19001-23-33-000-2013-00689-01 (61974)
Actor: Martha Luz Hernández Ariza y otros
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional
Proceso: Reparación Directa

VERSIONES LIBRES-Las declaraciones de terceros deben ser recibidas bajo la gravedad de juramento. RIESGO DEL SERVICIO-Los militares y policías profesionales asumen el riesgo de sufrir daños en cumplimiento de su deber cuando asumen el cargo. INDEMNIZACIÓN A FORFAIT-Los militares y policías profesionales tienen derecho a los reconocimientos previamente establecidos por la ley. DAÑOS A MIEMBROS DE LA FUERZA PÚBLICA-El Estado solo responderá por falla del servicio o cuando someta a los funcionarios a un riesgo mayor al que debían soportar sus demás compañeros. DAÑOS MORALES-Aplicación de los criterios de sentencias de unificación. DAÑOS MORALES EN CASOS DE MUERTE-Se presume frente a familiares cercanos. LUCRO CESANTE-Se debe solicitar en la demanda y acreditar actividad económica lícita de la víctima o la ruptura de una vinculación laboral cierta al momento de la ocurrencia del daño. LUCRO CESANTE DE HIJO QUE MUERE-Sentencia de unificación de jurisprudencia, debe acreditarse que sostenía el hogar paterno o materno y que su padre o madre carece de medios para procurar su propia subsistencia.

Surtido el trámite de ley, sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia del 3 de mayo de 2018 proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, que accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

El 10 de octubre de 2011, integrantes de las FARC, en una emboscada, atacaron con artefactos explosivos a una tropa del Batallón de Alta Montaña n°. 8, en el departamento del Cauca, cuando los soldados se transportaban en un camión militar en búsqueda de víveres. En el hecho murió el soldado profesional Daniel Alberto Hernández Ariza. Los demandantes aducen que la Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional incurrió en falla del servicio, porque expuso al soldado a

un riesgo superior al que normalmente estaba expuesto, pues hubo falta de planeación y seguridad en el movimiento.

ANTECEDENTES

La demanda

El 3 de diciembre de 2013, Martha Luz Hernández Ariza y Yeni Carolina Rojas Hernández presentaron demanda de reparación directa contra la Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, para que se hicieran las siguientes declaraciones:

> *«PRIMERA: Declárese a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional administrativamente responsable por todos los perjuicios ocasionados a Martha Luz Hernández Ariza (madre del occiso) y Yeni Carolina Rojas Hernández (hermana del occiso), como consecuencia del deceso del soldado profesional Daniel Alberto Hernández Ariza con ocasión de los hechos acecidos el día 10 de octubre de 2011 en el Municipio de Guachené, Cauca, cuando fue ultimado por grupos al margen de la ley, en una evidente responsabilidad por falla en el servicio, por parte de la institución demandada.*
>
> *SEGUNDA: Que, como consecuencia de la anterior declaración, la institución demandada pague a título de indemnización las siguientes sumas de dinero:*
>
> 1. *Perjuicios materiales*
>
> *Se hará bajo las siguientes modalidades:*
>
> *Para la liquidación de este perjuicio se tendrá en cuenta:*
>
> *a) Promedio de vida probable del causante, partiendo de que la víctima nació el día (24) de mes de mayo del año 1981, es decir con casi cuarenta y cinco (42)* (sic) *más de expectativa de vida, de conformidad con lo dispuesto en la Resolución 0497 de abril de 1994 del Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE.*
> *b) El ingreso mensual promedio recibido por Daniel Alberto Hernández Ariza como soldado profesional lo que superaba lo que a esta época equivaldría a dos millones pesos ($2.000.000) mensuales.*
> *c) Los intereses compensatorios desde la fecha de su causación hasta cuando se produzca la indemnización* […]
>
> *De acuerdo con los factores mencionados inicialmente; podría tasarse aproximadamente este perjuicio en la suma de cuatrocientos millones de pesos ($400.000.0000) m/cte, a favor de su madre la señora Martha Luz Hernández Ariza.*
>
> 2. *Perjuicios morales*
>
> *Conforme a pretérito pronunciamiento del H. Consejo de Estado, la valoración del perjuicio moral se tendrá en salarios mínimos legales mensuales, atendiendo los principios de reparación integral y equidad que señala el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, y por lo cual se tasará así:*
>
> *a) A Martha Luz Hernández Ariza (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*
> *b) Yeni Carolina Rojas Hernández (100) salarios mínimos mensuales legales vigentes.*
>
> 3. *Daño a la vida de relación* […] *la tasación del presente perjuicio se estima aproximadamente en doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la conciliación, para cada uno de los actores.*
>
> *TERCERA. Se reconocerá por la entidad demandada la causación de los intereses desde la fecha del reconocimiento hasta el momento efectivo del pago de la sentencia judicial.*

CUARTO. Cumplimiento de la sentencia. Las entidades demandadas darán cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta días siguientes a la fecha de su ejecutoria, de conformidad con los artículos 192 y siguientes del CPACA»[1].

Hechos

Las demandantes indicaron que en el 2005, Daniel Alberto Hernández Ariza se vinculó al Ejército Nacional como soldado profesional, adscrito al Batallón de Ingenieros n°. 8 «Francisco Javier Cisneros», en Armenia, Quindío. Posteriormente, el Ejército Nacional envió al soldado Hernández Ariza al Municipio de Guachené, Cauca para que, adscrito al Batallón de Alta Montaña n°. 8 «Coronel José María Vesga» cumpliera la misión táctica «Órbita», que pretendía neutralizar a las milicias de las FARC en esa región.

El 10 de octubre de 2011, por órdenes de sus superiores, el soldado Hernández Ariza se transportó en un vehículo para recoger víveres sin sistema de seguridad y en horas de la mañana. Integrantes de las FARC emboscaron el vehículo con artefactos explosivos y asesinaron a los soldados. Según la demanda, el Ejército Nacional incurrió en falla del servicio, porque el día de los hechos no respetó los principios de planeación y seguridad, al enviar a los soldados sin ninguna medida de seguridad en una zona de alto riesgo por el conflicto armado. Por ello, las víctimas afrontaron un riesgo superior al que asumieron voluntariamente al ingresar a la institución[2].

Contestación de la demanda

La Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional señaló que el día de los hechos, el soldado profesional Daniel Alberto Hernández Ariza ejercía actividades propias del ejercicio y asumió, de forma consciente y voluntaria, los riesgos propios de la profesión. Indicó que la muerte del soldado es imputable únicamente al actuar de los integrantes de las FARC que atacaron el vehículo con artefactos explosivos. Propuso la excepción del hecho de un tercero[3].

Sentencia de primera instancia

[1] Folios 12 a 14 c. principal del Tribunal.
[2] Folios 10 y 11 c. 1.
[3] Folios 72 a 77 c. 1.

El 3 de mayo de 2018, el Tribunal Administrativo del Cauca profirió sentencia en la que accedió parcialmente a las pretensiones, al considerar que para la fecha de los hechos, el Batallón de Alta Montaña n°. 8 «Coronel José María Vesga» operaba de forma reciente, precaria, con pocos hombres entrenados y sin el material y equipos suficientes para controlar la zona, en la que era evidente el control de las FARC. Agregó que meses y días antes del ataque, integrantes del batallón habían puesto en conocimiento las falencias y carencias, la entidad sabía que el grupo delincuencial empleaba la emboscada como procedimiento delictivo y no se demostró que el movimiento táctico contaba con mínimas condiciones de seguridad. Todo esto incrementó de forma injustificada el riesgo al que fue sometida la víctima. Reconoció por perjuicios morales 100 SMLMV para la madre y 50 SMLMV para la hermana de la víctima, y $465.268.408,93 para la madre por lucro cesante[4].

Recurso de apelación

La Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional formuló recurso de apelación contra la sentencia en el que esgrimió que se configuró el hecho de un tercero, pues los integrantes de las FARC iniciaron el ataque armado contra los soldados y los hechos ocurrieron como consecuencia del conflicto armado en el país. Sostuvo que los artefactos explosivos se instalaron antes del paso del vehículo, por ello, era una situación inesperada y desconocida para el Ejército. Resaltó que, si el vehículo hubiera llevado escolta, también hubiera sido víctima del ataque, pues además de la explosión, los guerrilleros remataron a las víctimas con disparos de armas de fuego.

Afirmó que en el proceso disciplinario no se demostró la responsabilidad disciplinaria de los militares investigados, pues la misión táctica se profirió de forma legal, estaba plasmada en una orden de trabajo y el personal cumplía esa misión. Solicitó *(i)* negar el reconocimiento del lucro cesante, pues no se acreditó que la madre de Daniel Alberto Hernández Ariza dependía económicamente de él y *(ii)* revocar la condena en costas. De manera subsidiaria pidió tomar como base de cuantificación del lucro cesante la suma de $1.191.114, conforme al expediente prestacional que allegó con el recurso[5].

[4] Folios 187 a 200 c. principal.
[5] Folios 202 a 213 c. principal.

Trámite de segunda instancia

El 12 de julio de 2018, el Tribunal concedió el recurso de apelación[6]. El 5 de octubre de 2018, el Despacho admitió el recurso[7] y el 11 de diciembre de 2008, negó las pruebas documentales allegadas en segunda instancia[8]. El 15 de febrero de 2019, se corrió traslado para alegar de conclusión en segunda instancia. La parte demandante reiteró lo expuesto[9]. La Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional guardó silencio[10]. El Ministerio Público conceptuó que debía confirmarse la sentencia porque estaba probada la falla del servicio de la demandada. Consideró que antes de la activación del Batallón de Alta Montaña n°. 8 «Coronel José María Vesga», se conocían varias necesidades para el óptimo desempeño de las misiones tácticas, entre ellas, falta de entrenamiento de los soldados, de elementos y material necesario. Concluyó que la muerte de Daniel Alberto Hernández fue consecuencia de una emboscada que ocurrió por falta de planeación en el desarrollo de la misión táctica y que, por ello, la demandada expuso a la víctima a un riesgo que excedió al que asumió voluntariamente al vincularse al Ejército[11].

CONSIDERACIONES

1. Como la demanda se presentó el 3 de diciembre de 2013, el régimen aplicable es el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –en adelante CPACA–. Conforme al artículo 308 del CPACA, este código empezó a regir el 2 de julio de 2012 y sólo se aplica a los procedimientos y actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia, es decir, a partir del mentado 2 de julio de 2012. Adicionalmente, conforme al artículo 306 de este código, en los aspectos no contemplados se seguirá el Código General del Proceso –en adelante CGP– en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

I. Presupuestos procesales

[6] Folios 255 y 256 c. principal.
[7] Folio 272 c. principal.
[8] Folio 275 c. principal.
[9] Folios 279 a 288 c. principal.
[10] Folio 299 c. principal.
[11] Folios 291 a 298 c. principal.

Jurisdicción y competencia

2. La jurisdicción administrativa, como guardián del orden jurídico, conoce de las controversias cuando se demande la ocurrencia de un daño cuya causa sea una acción u omisión de una entidad estatal, según el artículo 104 del CPACA. El Consejo de Estado es competente en segunda instancia para estudiar este asunto de conformidad con el artículo 150 del CPACA, según el cual conoce de los recursos de apelación contra las sentencias dictadas en primera instancia por los Tribunales Administrativos. Así mismo, esta Corporación es competente en razón a la cuantía, pues el valor de la pretensión material mayor supera los 500 SMLMV exigidos por el artículo 152.6 del CPACA, esto es, $294.750.000[12].

Acción procedente

3. La reparación directa es el medio de control idóneo para perseguir la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado cuando el daño invocado proviene de un hecho, omisión, operación administrativa o cualquier otra actuación estatal distinta a un contrato estatal o un acto administrativo[13], en este caso por acciones y omisiones imputables a una entidad pública.

Demanda en tiempo

4. El término para formular pretensiones, en reparación directa, según el literal i) del artículo 164.2. CPACA es de dos años, que se cuentan 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. La demanda se interpuso en tiempo –3 de diciembre de 2013–, pues el ataque con artefactos explosivos en el que murió Daniel Alberto Hernández Ariza ocurrió el 10 de octubre de 2011[14]. El 9 de octubre de 2013 se presentó solicitud de conciliación extrajudicial y el término de caducidad se suspendió hasta el 2 de diciembre de 2013, conforme a lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 640 de 2001,

[12] Suma que se obtiene de multiplicar el salario mínimo de 2013, $589.500, por 500.
[13] Excepcionalmente la jurisprudencia ha aceptado la procedencia de dicha acción por daños causados por actos administrativos. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de junio de 1993, Rad. 7.303 [fundamentos jurídicos 10 y 11] y sentencia del 8 de marzo de 2007, Rad. 16.421 [fundamento jurídico 3].
[14] Conforme al informe administrativo por muerte n°. 051424, que obra a folio 5 del cuaderno 1.

fecha de la constancia de que se efectuó la audiencia y fue declarada fallida, según la constancia original expedida por la Procuraduría[15]. Al día siguiente se reanudó el conteo por el día faltante, que vencía el 3 de diciembre de 2013.

Legitimación en la causa

5. Martha Luz Hernández Ariza y Yeni Carolina Rojas Hernández son las personas sobre las que recae el interés jurídico que se debate en este proceso, ya que son la madre y la hermana, respectivamente, de Daniel Alberto Hernández Ariza, conforme a los registros civiles de nacimiento[16]. La Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional está legitimada en la causa por pasiva, pues la víctima era soldado profesional[17] y su muerte ocurrió en la prestación del servicio[18].

II. Problema jurídico

6. Corresponde a la Sala determinar si la muerte de un soldado profesional, durante la prestación del servicio, es imputable a la entidad demandada o si configuró el hecho exclusivo de un tercero como causal de exoneración de responsabilidad. En caso de encontrar responsable a la entidad demandada, determinar si procede el reconocimiento del lucro cesante a favor de la madre de la víctima.

III. Análisis de la Sala

7. Al expediente se allegaron las versiones libres del subintendente Mario Molano Mejía, Franklin Márquez Martínez y del teniente coronel Álvaro Londoño Pulgarín[19]. El artículo 220 del CGP dispone que las declaraciones de terceros serán recibidas bajo la gravedad del juramento. Las versiones libres aportadas no serán valoradas, porque no cumplen con la exigencia contenida en la norma procesal.

Responsabilidad del Estado por daños a sus agentes

[15] Folios 7 y 8 c. principal.
[16] Folios 1 y 2 c. principal.
[17] Conforme a la certificación proferida por la Jefatura de Desarrollo Humano de la Dirección de Personal del Ejército del 15 de agosto de 2015, que obra a folio 459 del c. de pruebas 2.
[18] Conforme al informe administrativo por muerte n°. 051424, que obra a folio 5 del cuaderno 1.
[19] Folios 219 a 239 c. de pruebas 2.

8. La Sala reitera que los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía deben soportar el riesgo de padecer eventuales daños en el ejercicio de sus funciones de protección, defensa y seguridad, pues se producen con ocasión de la relación laboral que los vincula con el Estado[20]. Por ello, cuando integrantes de las Fuerzas Militares y de Policía sufren daños en cumplimiento de su deber, tendrán derecho a las indemnizaciones o reconocimientos patrimoniales previamente establecidos en la ley[21].

El Estado responderá por los daños que hayan sufrido los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía cuando se pruebe una falla del servicio o se acredite que fueron sometidos a un riesgo mayor al que debían afrontar sus demás compañeros[22]. La atribución de responsabilidad supone que el daño tenga relación o se produzca con ocasión del ejercicio de las funciones que cumplen los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía. Si el hecho que causa el daño es ajeno o no se produce en conexidad con esas funciones no será imputable al Estado.

Caso concreto

9. Según el recurso de apelación, en los hechos objeto de la demanda se configuró el hecho de un tercero, pues los integrantes de las FARC instalaron los artefactos explosivos antes del paso del vehículo militar. Por ello, se trató de una situación inesperada y desconocida para el Ejército Nacional.

Las pruebas documentales aportadas al proceso acreditan que el Batallón de Alta Montaña n°. 8 «Coronel José María Vesga» se creó el 1 de agosto de 2011 –aproximadamente dos meses antes de los hechos objeto de la demanda– mediante disposición n°. 016 del comandante del Ejército Nacional, con sede en el corregimiento de Tacueyó, municipio de Toribío, Cauca[23].

El 10 de diciembre de 2011 –un mes después de la creación del batallón– el comandante del mismo, mediante comunicación n°. 0087, informó al director de operaciones del Ejército la situación operacional del batallón[24]. Manifestó que los

[20] Consejo de Estado, sentencia de 17 de junio de 2004, Rad. 15.385 [fundamento jurídico II C].
[21] Consejo de Estado, sentencia de 30 de marzo de 2006, Rad. 15.441 [fundamento jurídico 8].
[22] Consejo de Estado, sentencia de 26 de mayo de 2010, Rad. 19.158 [fundamento jurídico 3.2].
[23] Folios 250 y 251 c. de pruebas 2.
[24] Folios 326 a 330 c. de pruebas 2.

soldados que llegaron no tenían la experiencia requerida para las labores encomendadas, pues en el pasado habían cumplido misiones de control militar en áreas ya consolidadas y funciones administrativas y que, por ello, requerían un reentrenamiento especial. Indicó que los municipios de Miranda, Corinto y Caloto eran áreas de operación complejas y todavía estaban por consolidar, por el arraigo que tenía las FARC en la zona rural y urbana. Por lo anterior, solicitó replantear la inserción de las unidades en el área, para que esta se hiciera por fases, a medida que hubiera consolidación. El comandante afirmó que, previo a la creación y activación del batallón, se habían manifestado algunas necesidades para su óptimo funcionamiento, entre ellas, *(i)* entrenamiento especial de francotiradores, *(ii)* grupos con equipos de explosivos y desminados propios, *(iii)* hacía falta personal de oficiales y suboficiales para desempeñarse como comandantes, *(iv)* faltaban fusiles, intendencia, equipos de comunicación y elementos como cámaras fotográficas y radios.

También indicó que el batallón no tenía puesto de mando para hacer control, organización operacional y administrativa, y el comando operativo n°. 3 asignaba responsabilidades directamente a los comandantes del pelotón y no tenía en cuenta al comando del batallón.

Tres días después de esa comunicación –el 13 de septiembre de 2011– el ejecutivo y segundo comandante del Batallón de Alta Montaña n°. 8 «Coronel José María Vesga», mediante comunicación n°. 0090, explicó al comandante del comando operativo n°. 3 por qué no fue posible ubicar un puesto de mando en el corregimiento El Palo, del Municipio de Caloto, Cauca. Sostuvo que ese corregimiento no era un área consolidada, pues había constante presencia de integrantes de las FARC y la unidad táctica no contaba con los elementos necesarios para instalar un puesto de mando: *(i)* no había tropa para asegurar perimétricamente puntos críticos y tener apoyo inmediato, *(ii)* no había muros de conexión para defender y proteger el perímetro, zanjas de arrastre, búnkers o trincheras y *(iii)* no había planta eléctrica, banco de baterías o paneles solares para la alimentación de radios, carga de baterías y alimentación de computadores[25].

El 1 de octubre de 2011, se profirió la orden de operaciones «Órbita», en la que se estableció que el enemigo estaba plenamente identificado como el frente sexto de

[25] Folios 324 y 325 c. de pruebas 2.

las FARC. La misión consistía en efectuar operaciones de combate irregular en los municipios que ordenara el comando superior, para neutralizar y desarticular acciones terroristas de las FARC. Frente a las instrucciones de coordinación, se determinó que en cada movimiento se debía establecer comunicación con las unidades que se encontraran sobre rutas, zonas o áreas a reconocer o apoyarlas con fuego. Además, el desplazamiento al casco urbano para comprar víveres debía ser autorizado por el comando del batallón[26].

Frente a la inteligencia que el Ejército Nacional hizo al sexto frente de las FARC en el Departamento del Cauca, obra en el expediente un documento denominado «Orden de batalla. Cuadrilla 6 Hernando González Acosta ONT FARC». Conforme a esta prueba, el Ejército estableció el área de influencia del grupo al margen de la ley, la conformación de la cuadrilla, los corredores físicos del grupo y sus procedimientos delictivos. En relación con estos últimos, según la inteligencia de la entidad, el grupo ilegal, mediante el elemento sorpresa, instalaba emboscadas en sectores aledaños y sobre las principales vías de acceso, retardaban el apoyo a la unidad que fuera atacada, utilizaban campos minados y robaban armas[27].

El 8 de octubre de 2011 –dos días antes de los hechos– el oficial de operaciones del Batallón de Alta Montaña n°. 8 «Coronel José María Vesga» le informó al comandante del batallón que faltaba personal para los rangos de oficiales y suboficiales. Los soldados del pelotón «*no tenían el conocimiento pleno de un soldado entrenado y capacitado para operaciones militares*» y para ese momento, el comando de la brigada o del batallón no había expuesto la situación del área y el plan táctico operacional. Indicó que los soldados no conocían la forma en que delinquían las milicias urbanas y rurales de las FARC en ese sector del Departamento y la unidad no contaba con *(i)* equipos antiexplosivos y de desminado, *(ii)* equipos de tiradores de alta precisión, *(iii)* fusiles, *(iv)* lentes para calcular distancias y apoyar fuegos indirectos, y *(v)* habían recibido ametralladoras sin los ajustes necesarios para instalarlas en las bases[28].

Quedó acreditado en el expediente con el informe administrativo por muerte n°. 03 que el 10 de octubre de 2011, a las 8:30 a.m., en la vereda «El Pílamo» del municipio de Guachené, Cauca, en cumplimiento de la orden de operaciones «Órbita», el

[26] Folios 19 a 32 c. de pruebas 1.
[27] Folios 122 a 143 c. de pruebas 1.
[28] Folios 340 a 344 c. de pruebas 2.

soldado profesional Daniel Alberto Hernández Ariza se transportaba con otros seis uniformados en un vehículo militar para conseguir víveres. En ese momento, sufrieron un ataque armado por parte de integrantes del sexto frente de las FARC, que emboscaron el vehículo con artefactos explosivos, asesinaron a los soldados con armas de fuego y hurtaron material de guerra. Conforme a la inspección técnica a cadáver y la necropsia del soldado Hernández Ariza, aunque recibió una lesión por artefacto explosivo en el muslo derecho, la causa de la muerte fueron tres heridas por proyectil de arma de fuego[29]. El informe administrativo por muerte n°. 03 calificó la muerte del soldado como «*muerte en combate*»[30].

El 12 de octubre de 2011, el comandante del Batallón de Alta Montaña n°. 8 «Coronel José María Vesga» denunció los hechos ante la Fiscalía General de la Nación[31]. El 28 del mismo mes, amplió la denuncia al indicar que previo al 10 de octubre de 2011, el 31 de agosto, el 18 y 20 de septiembre habían ocurrido ataques similares a los que sufrió el pelotón en el que murió el soldado Hernández Ariza. Narró que en esas fechas, en los municipios de Caloto, Corinto y Toribio, integrantes del sexto frente de las FARC atacaron a tropas del Ejército con artefactos explosivos improvisados –cilindros bomba– que causaron la muerte a dos soldados y en otra ocasión el Ejército ubicó y destruyó dos artefactos explosivos instalados por integrantes de las FARC[32].

Por los hechos del 10 de octubre de 2011, el Ejército Nacional inició una investigación disciplinaria en contra del teniente coronel Álvaro Londoño Pulgarín –comandante del Batallón de Alta Montaña n°. 8 «Coronel José María Vesga»– el subteniente Mario Molano Mejía –comandante del segundo pelotón del batallón– y el sargento viceprimero Franklin Márquez Martínez –pelotón del batallón– por la presunta falta gravísima de no adoptar medidas preventivas para el desplazamiento de la tropa bajo su mando y la falta grave de incumplir órdenes que afectaron el éxito de las operaciones[33]. El 10 de octubre de 2012, la entidad decretó el archivo definitivo de la investigación y exoneró de toda responsabilidad disciplinaria a los investigados, al considerar que los hechos fueron consecuencia del ataque

[29] Conforme al informe administrativo por muerte n°. 03, la denuncia que presentó el comandante del Batallón de Alta Montaña n°. 8 «Coronel José María Vesga», la inspección técnica al cadáver y la necropsia del soldado Daniel Alberto Hernández Ariza, obrante a folios 5 c. principal, 33 a 38 y 101 a 104 del c. de pruebas 1 y 112 a 116 del c. de pruebas 3, respectivamente.
[30] Folio 5 c. 1.
[31] Folios 33 a 38 c. de pruebas 1.
[32] Folios 39 a 65 c. de pruebas 1.
[33] Folios 11 a 16 c. de pruebas 1.

sorpresivo de las FARC y ocurrieron en cumplimiento de una misión táctica legal. Concluyó que había duda en la tipicidad de las conductas y ello no permitió imputar responsabilidad disciplinaria[34].

10. Conforme al material probatorio allegado, la Sala advierte que el Ejército Nacional incurrió en falla del servicio, pues el día de los hechos –10 de octubre de 2011– en cumplimiento de la orden de operaciones «Órbita», sometió al soldado profesional Daniel Alberto Hernández Ariza a un riesgo mayor al que debían afrontar sus demás compañeros. En efecto, quedó acreditado que ese día, el vehículo militar transportaba a siete soldados por un área que no estaba consolidada, pues el arraigo y presencia de los integrantes del sexto frente de las FARC era fuerte y constante. El Batallón de Alta Montaña n°. 8 «Coronel José María Vesga», que desarrollaba la orden de operaciones, se había creado dos meses antes y tenía serias deficiencias, que se habían puesto en conocimiento y afectaban el desarrollo de las actividades, tales como que: *(i)* faltaba entrenamiento del pelotón y los soldados no conocían cómo delinquían las milicias rurales y urbanas de las FARC en el departamento; *(ii)* no había tropa que brindara apoyo o asegurara perimétricamente puntos críticos, pues faltaba personal y equipos de tiradores de alta precisión; *(iii)* había falencias en el manejo del control de mando, pues no era claro quién daba las instrucciones y faltaba personal que se desempeñara como comandantes y *(iv)* faltaban equipos de comunicación, armamento y equipos especiales de desminado y antiexplosivos.

Se acreditó que los comandantes de la brigada y del batallón no habían expuesto a la tropa la situación del área, ni habían dado a conocer el plan táctico operacional. Esta información era de gran importancia, pues el Ejército conocía, por inteligencia militar, que los integrantes del sexto frente de las FARC utilizaban el elemento sorpresa, instalaban emboscadas en vías principales de acceso, utilizaban campos minados, robaban armas y retardaban el apoyo a las unidades que atacaban –procedimientos que se utilizaron en el ataque armado en el que murió el soldado Hernández Ariza–. Además, días antes del ataque del 10 de octubre de 2011, hubo eventos violentos por parte de las FARC, en los que se utilizaron artefactos explosivos improvisados instalados en la vía, que causaron la muerte a dos soldados.

[34] Folios 352 a 369 c. de pruebas 2.

En consecuencia, como está probado que *(i)* el daño alegado tuvo relación y se produjo con ocasión del ejercicio de las funciones que cumplía el soldado Daniel Alberto Hernández Ariza en el Ejército Nacional, *(ii)* el naciente batallón al que pertenecía tenía falencias operacionales, de entrenamiento y de personal, y *(iii)* el día de los hechos, la entidad lo envió en un vehículo militar a una zona operacional que no estaba consolidada, en la que se sabía que había presencia constante y permanente de las FARC, el daño es imputable al Estado y, por ello, se confirmará la sentencia apelada.

11. Según el recurso de apelación, la muerte del soldado profesional Daniel Alberto Hernández Ariza fue consecuencia de la configuración del hecho de un tercero, pues las FARC hicieron la emboscada, atacaron y asesinaron al uniformado.

El hecho de un tercero como causal eximente de responsabilidad debe reunir los elementos de la causa extraña: *(i)* la imprevisibilidad, *(ii)* la irresistibilidad y *(iii)* la exterioridad. La imprevisibilidad entendida como aquello que, pese a haber sido imaginado, es súbito, repentino o anormal, o aquello que pese a la diligencia y cuidado que se tuvo para evitarlo, de todas maneras, se produjo. La irresistibilidad es la imposibilidad de cumplir la obligación o de evitar el daño, y la exterioridad se refiere a que el evento que se alega como causa extraña debe ser ajeno jurídicamente, esto es, que sea exterior o extraño a los deberes y obligaciones jurídicas de la Administración. En adición a lo anterior, para que el hecho de un tercero exonere de responsabilidad al demandando, aquel debe tenerse como *(iv)* causa exclusiva y determinante del daño, lo que configura la inexistencia del nexo causal.

Conforme a las pruebas allegadas, no se probó que el hecho que causó el daño fue *(i)* imprevisible, pues el Ejército, por labores de inteligencia, conocía los procedimientos delictivos del sexto frente de las FARC en el área y sabía que el arraigo de ese grupo era fuerte en la zona rural y urbana. Por ello, era posible que la entidad contemplara por anticipado –de forma eventual o probable– la ocurrencia de una emboscada con artefactos explosivos y un ataque armado como el que sucedió el 10 de octubre de 2011. Máxime cuando en meses anteriores habían ocurrido ataques similares y se habían ubicado y destruido artefactos explosivos en los municipios aledaños. A pesar de esto, la entidad no fue diligente, ni cuidadosa

para evitar el hecho, pues el incipiente Batallón de Alta Montaña n°. 8 «Coronel José María Vesga», carecía de personal suficiente, entrenamiento adecuado, conocimiento del área, elementos de comunicación, intendencia y municiones. Falencias que la entidad demandada conocía desde el primer mes de creación del batallón hasta el día de los hechos.

El hecho no fue *(ii)* irresistible para la entidad demandada, pues al tener conocimiento previo del actuar delictivo, de las formas y mecanismos que utilizaba el grupo armado ilegal que combatía en el Departamento del Cauca, era posible que la entidad configurara y desplegara acciones o actividades tendientes a contrarrestar el hecho, en este caso, una emboscada con artefactos explosivos y un ataque armado. Al respecto, quedó probado que el batallón al que pertenecía el soldado Daniel Alberto Hernández Ariza no contaba con los elementos, información y entrenamiento necesarios para poder defenderse de ataques armados como el que sucedió el 10 de octubre de 2011.

Tampoco se configuró el elemento de la *(iii)* exterioridad del hecho, pues la emboscada y el ataque armado de los integrantes de las FARC fue un suceso por el cual el Ejército Nacional tenía el deber jurídico de responder. Es decir, no se trató de un hecho externo o exterior a la actividad de la entidad demandada, que le resultara ajeno jurídicamente o extraño a sus deberes y obligaciones jurídicas. Al respecto, el artículo 2 de la Ley 48 de 1993 y en consonancia con los artículos 2 y 217 CN, dispone que las Fuerzas Militares, a las que pertenece el Ejército Nacional, están constituidas como autoridades –de carácter permanente– para la defensa de la Nación y tienen como fin primordial la preservación de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional.

Finalmente, conforme a las pruebas allegadas, está acreditado que la emboscada con artefactos explosivos y el ataque armado del sexto frente de las FARC, el 10 de octubre de 2011, *(iv)* no fue la causa exclusiva y determinante del daño alegado. En efecto, en el proceso está probado que existieron falencias en la conformación y puesta en funcionamiento del Batallón de Alta Montaña n°. 8 «Coronel José María Vesga», que incidieron de forma directa en la imposibilidad de los uniformados para prever, evitar y posteriormente, contrarrestar el ataque. Así las cosas, el Ejército Nacional no demostró la ausencia de vínculo causal entre su conducta y el daño,

pues se acreditó la falla del servicio de la entidad al poner en un riesgo mayor a la víctima.

Como no se acreditaron los elementos del hecho de un tercero como causa extraña y no se probó que este fue la causa adecuada o determinante del daño alegado, no se configuró esa causal eximente de responsabilidad.

Indemnización de perjuicios

12. La demanda solicitó 100 SMLMV para cada demandante, por **perjuicios morales**. La sentencia de primera instancia reconoció 100 SMLMV para Martha Luz Hernández Ariza, en condición de madre de Daniel Alberto Hernández Ariza, y 50 SMLMV para Yeni Carolina Rojas Hernández, como su hermana.

La Sección Tercera unificó sus criterios de indemnización de perjuicios morales en eventos de muerte y trazó unos parámetros de guía para su tasación, de acuerdo con el grado de parentesco de los demandantes en relación con la víctima directa y según el siguiente cuadro[35].

Reparación del daño moral en caso de muerte –Regla general–					
Niveles de afectación moral	Nivel 1. Relaciones afectivas conyugales y paterno filiales.	Nivel 2. Relación afectiva del 2° grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos).	Nivel 3. Relación afectiva del 3° grado de consanguinidad o civil.	Nivel 4. Relación afectiva del 4° grado de consanguinidad o civil.	Nivel 5. Relaciones afectivas no familiares.
Equivalencia en SMLMV	100	50	35	25	15

Cuando se demuestra que el demandante es padre, hermano, hijo o cónyuge de la víctima, el perjuicio moral se infiere del vínculo parental o marital existente entre los demandantes y la persona víctima del hecho[36].

Está probado que Daniel Alberto Hernández Ariza era hijo de Martha Luz Hernández Ariza y hermano de Yeni Carolina Rojas Hernández[37]. Como la decisión del Tribunal

[35] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de agosto de 2014, Rad. 27.709 [fundamento jurídico 4].
[36] Consejo de Estado Sección Tercera, sentencia del 17 de julio de 1992, Rad. 6.750 [fundamento jurídico párr. 8 a 23].
[37] Conforme a los registros civiles de nacimiento que obran a folios 1 y 2 c. principal.

se ajustó a los criterios arriba expuestos, la Sala confirmará la sentencia apelada frente al reconocimiento de este perjuicio.

13. La demanda solicitó $400.000.000 para Martha Luz Hernández Ariza, madre de Daniel Alberto Hernández Ariza, por **lucro cesante**. La sentencia de primera instancia reconoció $465.268.408,93 por indemnización consolidada y futura a favor de esta demandante. En el recurso de apelación, la Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional solicitó negar el reconocimiento de este perjuicio, pues no se acreditó que la madre de Daniel Alberto Hernández Ariza dependía económicamente de él, que tenía más de 25 años.

La Sección Tercera, al unificar la jurisprudencia sobre el reconocimiento del lucro cesante, consideró que procede si se solicita en la demanda y se acredita la actividad económica lícita de la víctima, o la ruptura de una vinculación laboral cierta al momento de la ocurrencia del daño[38]. En cuanto a la presunción de ayuda económica de los hijos para con sus padres, la Sala Plena de la Sección Tercera unificó el criterio jurisprudencial y fijó los parámetros para el reconocimiento del lucro cesante en estos eventos. El demandante debe acreditar que: *(i)* los hijos efectivamente contribuían económicamente con el sostenimiento del hogar paterno o materno, porque estaban en condiciones de hacerlo, es decir, ejercían una actividad productiva; y *(ii)* los padres fueron beneficiarios de la obligación alimentaria, por no tener los medios para sostenerse de forma autónoma, por desempleo, enfermedad o discapacidad[39].

En el proceso declararon Jhon Jairo Guerrero Mateus, Yon Freddy Guarín Jaramillo y Rosalba Rendón Buitrago, que afirmaron que Daniel Alberto Hernández Ariza convivía con su madre, Martha Luz Hernández Ariza, y su hermana Yeni Carolina Rojas Hernández. Guerrero Mateus y Rendón Buitrago dijeron que madre e hija dependían económicamente de la víctima[40]. Conforme a las pruebas allegadas, está acreditado que Daniel Alberto Hernández Ariza efectivamente contribuía económicamente con el sostenimiento de su madre y su hermana, porque se desempeñaba como soldado profesional del Ejército Nacional. Sin embargo, los elementos probatorios no dan cuenta que Martha Luz Hernández Ariza carecía de

[38] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de julio de 2019, Rad. 44.572 [fundamento jurídico 2].
[39] Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 6 de abril de 2018, Rad. 46.005 [fundamentos jurídicos 62 y 63].
[40] CD folios 76 a 78 c. de pruebas 2.

los medios para sostenerse de manera autónoma por desempleo, enfermedad o discapacidad. Entonces, en el proceso no se acreditaron los elementos establecidos en la sentencia de unificación. En consecuencia, se revocará el reconocimiento del lucro cesante y se negará esta pretensión por improcedente.

Costas

14. El artículo 365 del CGP señala que hay lugar a condenar en costas a la parte vencida en un proceso o a quien se resuelve desfavorablemente el recurso. El artículo 361 *ibidem* establece que las costas «*están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho*». Estas últimas, vale aclarar, serán determinadas por las tarifas que, para el efecto, establezca el Consejo Superior de la Judicatura.

El numeral 8 del artículo 365 del CGP dispone que «*solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación*». En relación con las agencias en derecho correspondientes a esta instancia, el numeral 5 del mismo artículo establece que «*en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión*». Asimismo, de conformidad con lo previsto en el numeral 4 del artículo 366 del mismo estatuto, se tiene en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada, la cuantía del proceso y otras circunstancias si las hubiere.

En atención a lo dispuesto en el Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura[41], vigente para la fecha en que se presentó la demanda, la Sala fijará las agencias en derecho, en la segunda instancia, que estarán a cargo de la parte demandada a favor de la parte demandante en la suma equivalente al 1% de las pretensiones reconocidas, esto es, $1.740.000[42]. Lo anterior, en consideración a que la parte demandante tuvo apoderado y su actuación fue continua y consistente en el transcurso de la segunda instancia.

[41] «ACUERDO 1887 DE 2003 (…). Artículo. 6º—Tarifas. Fijar las siguientes tarifas de agencias en derecho: (…) III CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO(…) 3.1.3. Segunda instancia.(...) Con cuantía: Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia».
[42] Como las pretensiones reconocidas ascienden a 150 SMLMV y el SMLMV para el 2023 es de $1.160.000, el valor total reconocido es de $174.000.000.

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

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia del 3 de mayo de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca y, en su lugar, se dispone:

> *PRIMERO: DECLÁRASE patrimonialmente responsable a la Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, por la muerte del soldado profesional Daniel Alberto Hernández Ariza, el 10 de octubre de 2011, en el municipio de Guachené, Cauca.*
>
> *SEGUNDO: CONDÉNASE a la Nación-Ministerio de Defensa, Ejército Nacional, a pagar por concepto de perjuicios morales a Martha Luz Hernández, la suma equivalente en pesos a cien (100) SMLMV y a Yeni Carolina Rojas Hernández, la suma equivalente en pesos en cincuenta (50) SMLMV.*
>
> *TERCERO: NIÉGASE el reconocimiento del lucro cesante.*
>
> *CUARTO: CONDÉNASE en costas de la primera instancia a la parte demandada. Se liquidarán por Secretaría.*

SEGUNDO: NEGAR las demás pretensiones.

TERCERO: CONDENAR a la parte demandada a pagar a favor de las demandantes las costas del proceso y **FIJAR** la suma de un millón setecientos cuarenta mil pesos ($1.740.000), por concepto de agencias en derecho en segunda instancia.

CUARTO: CÚMPLASE lo dispuesto en esta providencia, en los términos establecidos en los artículos 192 y 195 del CPACA.

QUINTO: En firme este fallo **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para su cumplimiento y expídanse a la parte actora las copias auténticas con las constancias pertinentes conforme a la ley.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
WILLIAM BARRERA MUÑOZ

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

FIRMADO ELECTRÓNICAMENTE
NICOLÁS YEPES CORRALES

VF

Nota: *se deja constancia de que esta providencia se suscribe de forma electrónica mediante el aplicativo SAMAI, de manera que el certificado digital que arroja el sistema permite validar la integridad y autenticidad del presente documento en el link https://relatoria.consejodeestado.gov.co:8080/Vistas/documentos/evalidador. Igualmente puede acceder al aplicativo de validación escaneando con su teléfono celular el código QR que aparece a la derecha.* ***Se recuerda que, con la finalidad de tener acceso al expediente, los abogados tienen la responsabilidad de registrarse en el sistema Samai****.*