



DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	
Periodo:	Febrero de 2014	Boletín 2 (parte 1) de 2014

El boletín recoge breves reseñas de algunas providencias en las cuales el funcionario titular del despacho actúa como ponente o expide directamente. Excepcionalmente se insertarán aclaraciones o salvamentos (con el texto de la providencia de mayoría). El texto completo podrá consultarse en línea en documentos PDF (seguir hipervínculo).

ÍNDICE GENERAL

Referencia	Pág.
A. TUTELA	
TUTELA. FALLO. DECISIÓN JUDICIAL. DEBIDO PROCESO. MEDIO DE CONTROL DE CUMPLIMIENTO: VINCULACIÓN DE TERCEROS CON INTERÉS EN EL ASUNTO LITIGIOSO. EJECUCIÓN DE ACTOS POLICIVOS (QUERELLAS, AMPAROS POSESORIOS Y SIMILARES). PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD. CONTROL JUDICIAL POR VÍA DE RECURSOS EN EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO. CARENANCIA ACTUAL DE OBJETO. IMPROCEDENTE.	2
B. REPARACIÓN DIRECTA	
REPARACIÓN. Fallo. CONSCRIPTOS. ACCIDENTE EN SERVICIO POR CAUSA DEL MISMO. CAÍDA DESDE SU MISMA ALTURA LUXACIÓN DE RODILLA. LESIONES LEVES: INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS MORALES. TASACIÓN PARA LA VÍCTIMA DIRECTA (ARBITRIO JUDICIS). PROCEDE PARA VÍCTIMAS INDIRECTAS. PEJUICIOS MATERIALES: REPARACIÓN PLENA CON LA INDEMNIZACIÓN ADMINISTRATIVA. EXCLUSIÓN DE NUEVO RECONOCIMIENTO POR EL MISMO DAÑO (INDEMNIZACIÓN JUDICIAL ADICIONAL O LUCRO CESANTE).	4
REPARACIÓN. Fallo. CONSCRIPTOS. TÍTULO DE IMPUTACIÓN: RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y RIESGO EXCEPCIONAL. ACCIDENTE EN ENCUENTRO FUTBOLÍSTICO IMPUTADO AL SERVICIO. HECHO IMPREVISIBLE E IRRESISITIBLE. OTRAS LESIONES NO CONTROVERTIDAS EN EL LITIGIO.	7
REPARACIÓN. Fallo. ERROR JUDICIAL. TÍTULOS DE IMPUTACIÓN: RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA DEL SERVICIO DE JUSTICIA. REITERACIÓN MARCO CONCEPTUAL EN LA LÍNEA HORIZONTAL. IMPUTACIÓN PENAL, MEDIDAS CAUTELARES PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD. ACUSADO Y CONDENADO INCIALMENTE, LUEGO ES ABSUELTO EN SEGUNDA INSTANCIA POR DEBILIDAD DEL RECAUDO PROBATORIO EN EL PROCESO PENAL –IN DUBIO PRO REO-. MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN SISTEMA ACUSATORIO: DIFERENCIACIÓN DE ROLES DE LA FISCALÍA Y DE LOS JUECES DE GARANTÍAS Y DE CONOCIMIENTO. Apertura de línea.	10
REPARACIÓN DIRECTA. FALLO. DESCRIPTOR: RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL. RESTRICTORES: (1) ACTIVIDADES PELIGROSAS. (2) CONDUCCIÓN DE AUTOMOTORES. (3) CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA. ASUNTO LITIGIOSO (PALABRAS CLAVES): RESPONSABILIDAD ESTATAL POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS. GUARDA JURÍDICA DEL VEHÍCULO. IMPRUDENCIA DEL CONDUCTOR OFICIAL. CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA QUE EXIME DE RESPONSABILIDAD.	12
C. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO	
Fallo. MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. DESCRIPTOR: (1) Militares. (2) Asignación de retiro. (3) Pensión de sobrevivientes. ASUNTO LITIGIOSO (palabras claves): RECONOCIMIENTO DE ASIGNACIÓN DE RETIRO. OFICIAL DEL EJÉRCITO. RÉGIMEN APLICABLE: LEY 100 DE 1993. PRINCIPIO DE RETROSPECTIVIDAD. NORMA GENERAL MÁS FAVORABLE PARA MILITARES: CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA RESPECTO DE UN ESTADO CONSOLIDADO ANTES DE SU VIGENCIA. IMPROCEDENCIA: NO HAY PENSIÓN DE VEJEZ CON 16 AÑOS DE SERVICIO. TAMPOCO DE SOBREVIVIENTES, SIN LA DOBLE CONDICIÓN DE SEMANAS DE COTIZACIÓN (ÚLTIMO AÑO DE VIDA).	14



<p>Ref.: Fallo. ACCIÓN: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. DESCRIPTOR: Pensiones. RESTRICTORES: (1) Militares. (2) Pensión de invalidez. (3) Soldado profesional. ASUNTO LITIGIOSO (palabras claves): RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE INVALIDEZ. SOLDADO PROFESIONAL. INCAPACIDAD PERMANENTE DEL 50.5% POR CAUSAS IMPUTABLES AL SERVICIO. RÉGIMEN APLICABLE: DECRETO 4433 de 2004 SIN CONSIDERACIÓN AL ORIGEN DE LA LESIÓN. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD: APRECIACIÓN ACORDE CON CADA CASO CONCRETO. DESCUENTO DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA: PRINCIPIO DE EQUIDAD E INCOMPABILIDAD POR LA NATURALEZA PROPIA DE LAS PRESTACIONES. Reiteración. Precisiones adicionales derivadas de la nulidad del art. 30 del D.R. 4433 del 2004. Unificación de posiciones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.</p>	<p><u>16</u></p>
<p>D. POPULAR</p>	
<p>REF.: POPULAR. IMPEDIMENTO DE MAGISTRADO. PROCESOS INICIADOS ANTES DEL 2 DE JULIO DE 2012: NO SE RIGEN POR CPACA. REMISIÓN AL C.C.A. Y AL C. DE P.C. (AHORA C.G. DEL P.). VÍNCULO CONTRACTUAL DE CONSANGUÍNEOS: NO GENERA PER SE IMPEDIMENTO. SE DECLARA INFUNDADO.</p>	<p><u>19</u></p>

A. TUTELAS

REF.: TUTELA. FALLO. DECISIÓN JUDICIAL. DEBIDO PROCESO. MEDIO DE CONTROL DE CUMPLIMIENTO: VINCULACIÓN DE TERCEROS CON INTERÉS EN EL ASUNTO LITIGIOSO. EJECUCIÓN DE ACTOS POLICIVOS (QUERELLAS, AMPAROS POSESORIOS Y SIMILARES). PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD. CONTROL JUDICIAL POR VÍA DE RECURSOS EN EL PROCESO DE CUMPLIMIENTO. CARENCIA ACTUAL DE OBJETO. IMPROCEDENTE.

<p>Nº de Radicación</p>	<p>850012450002-2014-00004-00</p>
<p>Medio de Control</p>	<p>TUTELA</p>
<p>Demandante</p>	<p>JOAQUÍN ANTONIO CASTILLO OCHOA, RAFAEL MARÍA BORDA PÁEZ y GUSTAVO BAUTISTA</p>
<p>Demandado</p>	<p>JUEZ SEGUNDO ADMINISTRATIVO DE YOPAL</p>
<p>Fecha Providencia: Seis (06) de febrero de dos mil catorce (2014)</p>	

ANTECEDENTES: Se discute la presunta omisión respecto de la ejecución de actos policivos expedidos por el alcalde de Aguazul, con ocasión de querrela en la que se pidió la intervención de esa autoridad (y de la Inspección Municipal de Policía) con relación a un debate entre el actor y quienes, según su perspectiva, perturban servidumbres, posesión o dominio. El a-quo admitió el libelo, integró el contradictorio únicamente con Aguazul y llevó el proceso de cumplimiento a estado de fallo, sin vincular ni oír a los interesados convocados en los procesos policivos. Profirió sentencia estimatoria en la cual libró órdenes al alcalde para que cumpliera en perentorio término las aludidas resoluciones. Tres ciudadanos, quienes dicen ser afectados con la orden de desalojo, instauraron tutela por presunta violación del debido proceso¹.

¹ Se trata de los mismos supuestos fácticos analizados en auto del 31 de enero de 2014 del mismo ponente, radicado 850013333002-2013-00308-01 en el medio de control de cumplimiento, a través del cual se discutió la aplicación de los preceptos relativos al derecho de audiencia, contradicción y defensa respecto de los terceros que puedan ser destinatarios de las actuaciones administrativas para la ejecución de la sentencia; de igual forma, se discutió si en virtud de dicho medio de control de cumplimiento en el que se discute la



PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Procede control judicial en sede de tutela para preservar el derecho al debido proceso respecto de terceros con interés en el resultado del litigio relativo a la ejecución de actos policivos, que no fueron oídos en el proceso de medio de control de cumplimiento, cuando la sentencia que allí recayó ha sido anulada por el juez natural, por no haberlos convocado?

<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
<i>Debido proceso</i>	Acción de cumplimiento Vinculación de terceros Procedencia de tutela
<i>Acción de cumplimiento</i>	Vinculación de terceros Nulidad procesal Debido proceso
<i>Acción de tutela</i>	Improcedencia Vinculación de terceros Sentencia anulada

TESIS: No. Pues si el riesgo o la lesión al núcleo esencial del derecho al debido proceso ha quedado conjurado mediante el ejercicio de los recursos normales que existen al interior de las jurisdicciones y procesos, en virtud de determinaciones judiciales ya adoptadas por los jueces (singulares o colegiados) competentes, la tutela se torna improcedente por hecho superado.

ARGUMENTOS:

1. Una de las características técnicas de la tutela lo es su naturaleza residual o subsidiaria, acentuada por el principio de inmediatez. Acorde con ello, el juez constitucional interviene excepcionalmente para remediar con medidas *urgentes* lo que no puede contenerse con los medios judiciales ordinarios (D.L. 2591 de 1991, art. 6° causal 1ª), para hacer cesar el agravio o impedir la consumación, cuando están concernidos derechos fundamentales. Nada más. No es una tercera instancia de las diversas autoridades judiciales, ni las suplanta.
2. En el auto ya citado² este Tribunal adoptó las determinaciones indispensables para *anular* la actuación del juez segundo administrativo de Yopal de manera que si el proceso de cumplimiento se reactiva e inicia en debida forma, los libelistas de la tutela tendrán que ser oportuna y adecuadamente vinculados y oídos; esto es, en sede judicial normal obtienen el mismo resultado, porque de oficio esta corporación ya veló por ese derecho fundamental, como era su deber (art. 103 Ley 1437). Los jueces contencioso administrativos ya no pueden limitarse a resolver el asunto litigioso: son, como todos los constitucionales, guardianes de los derechos de los usuarios del servicio de justicia.

omisión respecto de la ejecución de *actos policivos*, identificados como lo fueron algunos de los *terceros destinatarios de dichos actos*, tienen que ser oídos en dicho proceso para que pueda oponerse a ellos de manera legítima una sentencia.

En esta ocasión, en virtud del medio de control de tutela se pretende el amparo del derecho al debido proceso por la no vinculación de dichos terceros; sin embargo, ya se declaró la nulidad de todo el trámite procesal.

² TAC, auto del 31 de enero del 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicado 850013333002-2013-00308-01.



3. Podría conjeturarse que por no haber cobrado ejecutoria ese interlocutorio todavía subsista el riesgo. No lo vislumbra así la Sala, pues dicha decisión solo sería susceptible de recurso de reposición, que se despachará en sede horizontal y ya se conoce el criterio, sostenido en línea reiterada, que orienta el rumbo de la corporación, de manera que para quebrarlo tendrían que ofrecerse *nuevas y mejores* razones.

B. REPARACIÓN DIRECTA

Ref.: REPARACIÓN. Fallo. CONSCRIPTOS. ACCIDENTE EN SERVICIO POR CAUSA DEL MISMO. CAÍDA DESDE SU MISMA ALTURA LUXACIÓN DE RODILLA. LESIONES LEVES: INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS MORALES. TASACIÓN PARA LA VÍCTIMA DIRECTA (ARBITRIO IUDICIS). PROCEDE PARA VÍCTIMAS INDIRECTAS. PEJUICIOS MATERIALES: REPARACIÓN PLENA CON LA INDEMNIZACIÓN ADMINISTRATIVA. EXCLUSIÓN DE NUEVO RECONOCIMIENTO POR EL MISMO DAÑO (INDEMNIZACIÓN JUDICIAL ADICIONAL O LUCRO CESANTE).

Nº de Radicación	85001-3331-703-2012-00035-01
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	GÍLDER ÉDILSON LÓPEZ SOGAMOSO y otros.
Demandado	NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Fecha Providencia: Veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se controvierte la responsabilidad del Estado por la lesión que sufrió un conscripto, causada cuando se encontraba realizando desplazamiento diurno y cayó desde su propia altura. Al actor se le diagnosticó luxación de la rótula de la rodilla izquierda. Según el informe administrativo de lesión, el hecho se dio en el servicio por causa y razón del mismo; en el acta de junta médica laboral militar se clasificó como *no apto* para la actividad militar, determinándole una disminución del 19.5 % de la capacidad laboral.

PROBLEMA JURÍDICO 1 : ¿Puede presumirse, reconocerse y tasarse el daño moral conforme al arbitrio judicial tanto a favor del lesionado como de la familia nuclear en un evento de lesiones leves causadas a un conscripto por razón del servicio?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Conscriptos	Accidentes en servicio Lesiones leves Perjuicios morales
Perjuicios morales	Lesiones leves Víctimas indirectas Tasación
Perjuicios morales	Lesiones leves Familiar nuclear Presunción judicial

TESIS: Sí. Ni el ordenamiento ni la jurisprudencia limitan la reparación del daño antijurídico a eventos de *lesiones graves*: configurado aquel, en cualquier grado, todos los perjudicados tienen derecho a ser indemnizados. Cuando



se trata de lesiones leves, se presume también que por regla general la familia nuclear sufre perturbación en el plano emocional, que se repara como perjuicios morales, con similar técnica a la utilizada para la víctima directa o lesionado.

ARGUMENTOS:

1. Esta Corporación conoce y acata los precedentes³ que indican la procedencia del daño moral y su reconocimiento a los integrantes de la familia nuclear; basta encontrar acreditado el vínculo de parentesco, con ello se infiere el indicio que permite configurar este tipo de daño que cubija a los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil; en el evento de que se trate de un daño leve, el superior funcional ha superado la tesis que los diferenciaba de los de carácter grave para exigir su prueba calificada.
2. Respecto de la víctima directa, el Consejo de Estado en reiteradas jurisprudencias⁴ mantiene posición unánime en que ha establecido que *“la presunción opera en los eventos de lesiones corporales, sin importar si son graves o leves”*; es suficiente demostrar la lesión que sufrió el conscripto para presumir el dolor y la aflicción para él y para los miembros del entorno de familia nuclear, en virtud de la prueba del parentesco.
3. Las reglas de la experiencia permiten inferir el daño, el dolor y la aflicción que deben soportar los parientes más cercanos; el carácter de la indemnización por el perjuicio moral es apenas compensatorio, por ello su tasación se ha dejado a facultad del juez, se funda en relativa discrecionalidad (arbitrio judicial), pero sin desconocer en cada caso la magnitud de la perturbación, pues sirve de parámetro para preservar las garantías de igualdad en el juzgamiento entre casos semejantes. El superior funcional ha establecido que: *“para lo único que se debe tener en cuenta la gravedad o levedad de las lesiones, es para establecer la graduación del monto del perjuicio que se debe indemnizar”*⁵.
4. Para el caso en concreto se pudo establecer, con base en la prueba, la gravedad de la lesión y su incapacidad aunque baja; no por ello significa que no genera daño que deba ser resarcido, si bien el dolor y la congoja fueron del mismo tenor, tanto para la víctima directa como para las indirectas, el perjuicio que aflora debe ser proporcional.

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Pueden concurrir indemnización por disminución de la capacidad laboral otorgada por la entidad demandada y la reconocida por el daño material con base en las tablas para actividades civiles,

³ En sede horizontal se han hecho precisiones dogmáticas acerca de la presunción de perjuicios morales para la familia nuclear; basta ver: aclaración de voto a la sentencia del 26 - IX de 2013, radicado 2009-00027-01 ponente: Héctor Alonso Ángel, aclaración de voto a la sentencia del 26 de septiembre de 2013, ponente Carlos Alberto Hernández, radicado 850012331003-2012-00160-00, ambas del magistrado Néstor Trujillo González.

⁴ En esta misma dirección ver radicados: 28259 Sección Tercera, C.P.: Ramiro Saavedra Becerra 19 de noviembre de 2008, 20549, Sección Tercera Subsección C, C. P.: Enrique Gil Botero 13 de abril de 2011, 18569 Sección Tercera, C.P.: Enrique Gil Botero, 18 de marzo de 2010.

⁵ Consejo de Estado, sentencia del: 14 de septiembre de 2011, Sección Tercera, Expediente: 19.031, Radicación: 5001232500019940002001, C.P.: Enrique Gil Botero.



adoptada por el decreto 2644 de 1994, a favor de un conscripto lesionado en el servicio por causa y razón del mismo?

<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
Conscripto	Indemnización administrativa Exclusión de reconocimiento Lucro cesante
Conscripto	Disminución de la capacidad laboral Indemnización administrativa
Conscripto	Disminución de la capacidad laboral Lucro cesante
Lucro cesante	Conscriptos Exclusión de reconocimiento Indemnización administrativa

TESIS: No. Puesto que el daño que se pretende compensar es uno solo (la lesión misma y sus secuelas), si la Administración reconoció la indemnizaciones predeterminadas acorde con la regulación (laboral o especial de conscriptos, según el caso), no procede una segunda reparación por idéntico concepto; menos a título de *lucro cesante* por disminución de capacidad productiva en los eventos de lesiones.

ARGUMENTOS:

1. Este Tribunal ha determinado en su constante línea horizontal que la manera como se debe reparar a quienes padecen una lesión leve que no afecta profundamente el plano productivo tiene una respuesta indemnizatoria diferente, que permite el reconocimiento de perjuicios morales a título de plena reparación, pero no a otorgar una renta vitalicia parcial, equivalente a un símil de pensión reducida de invalidez. La corporación aboga mayoritariamente por la no concurrencia de indemnizaciones, la una de tipo laboral y la otra que se otorga a título de reparación de lucro cesante por la responsabilidad extracontractual del Estado, pues se trata de un solo daño que no puede ser cubierto sino una sola vez⁶.
2. *Lo que esta Sala no acoge es que el mismo daño (la privación o disminución objetiva de una renta periódica) reciba doble reparación o dos pagos, así fueren diferentes las fuentes normativas que los autorizan. Si existe solo un daño, se infiere que debe existir una sola indemnización y que se atenderá la que corresponda: acorde con el régimen del servicio, si se discuten prestaciones económicas, la laboral predeterminada; y si se trata de reparación extracontractual, como aquí ocurre, todo el daño no satisfecho por aquella, que constituye apenas pago parcial según la sólida conceptualización de la línea que la Sección Tercera había construido sistemáticamente en el pasado. De ahí que la exclusión de la concurrencia la haya centrado la línea horizontal de este Tribunal únicamente en la cuerda del lucro cesante, cuando ha mediado la indemnización laboral predeterminada⁷.*

⁶ Tribunal Administrativo de Casanare, sentencia del 1º de marzo del 2007, ponente Néstor Trujillo González, radicado 850012331002-2004-02074-00, apertura de línea.

⁷ Salvamento parcial de voto a la sentencia del 11 de julio de 2013, Ponente Héctor Alonso Ángel Ángel. Radicado 850013331001-2009-00184-01, Mariño Vs. Policía Nacional. Allí se realizó un estudio detallado sobre el tema y se retomaron lineamientos acerca de la concurrencia de indemnizaciones dentro del marco del daño material.



3. La causa es única y deviene del mismo daño que también es único⁸, esta Corporación en virtud de la autonomía judicial de manera consciente, responsable y razonada, ha centrado su atención no en la fuente normativa diferenciada del pago, sino en la causa jurídica que vendría siendo el daño, para optar por excluir la concurrencia de dos indemnizaciones que en esencia tienen la misma justificación y lo es un hecho imputable al Estado.
4. La discusión no versa en torno a cuál tabla deba aplicarse: la Administración tiene que utilizar la propia del servicio para las prestaciones predeterminadas; no así necesariamente el juez, pues cuando haya lugar a reconocer una indemnización adicional (por lucro cesante, por ejemplo), lo que tendrá como referente de comparación ya no lo será el pasado (la vida militar), sino el futuro, esto es, cómo se podría perturbar el desenvolvimiento productivo de un conscripto desacuartelado.

Ref.: REPARACIÓN. Fallo. CONSCRIPTOS. TÍTULO DE IMPUTACIÓN: RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y RIESGO EXCEPCIONAL. ACCIDENTE EN ENCUENTRO FUTBOLÍSTICO IMPUTADO AL SERVICIO. HECHO IMPREVISIBLE E IRRESISITIBLE. OTRAS LESIONES NO CONTROVERTIDAS EN EL LITIGIO.

Nº de Radicación	850013331002-2012-00043-01
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	GABRIEL ÁNGEL GALLARDO LEÓN
Demandado	NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Fecha Providencia: Veintisiete (27) de febrero de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se controvierte la responsabilidad del Estado por la lesión que sufrió un conscripto durante un encuentro futbolístico; perdió el equilibrio y todo su peso cayó sobre su brazo izquierdo; fue remitido al Hospital de Yopal en donde se le diagnosticó trauma, dolor, edema y limitación funcional para el movimiento. Según el informativo administrativo por lesión, el mando castrense indicó que el hecho se dio *en el servicio por causa y razón del mismo*; en el acta de junta médica laboral militar, se calificó como *no apto* para la actividad militar, con una disminución del 28.2 % de la capacidad laboral.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Debe responder patrimonialmente la Administración por las lesiones que sufrió un conscripto en un encuentro futbolístico desarrollado dentro de las instalaciones militares con ocasión de actividades recreativas programadas por la autoridad castrense?

⁸ Las sentencias del Consejo de Estado, Sección Tercera, 113-115 del 19 de agosto de 2004; 16.051 del 22 de marzo del 2007; 15.967 del 8 de noviembre del 2007; 15.595 del 20 de febrero del 2008; 16.817 del 1º de octubre de 2008; 16.745 del 22 de abril de 2009 y 18.697 del 26 de enero del 2011, todas ellas, remiten a una diferenciación de la *causa* entendida como *fuentes* jurídica que da lugar al pago: laboral una, *responsabilidad extracontractual* la otra, tratadas fuente y causa como equivalentes. La última, por lo demás, retoma la interesante diferenciación que se había hecho, entre otros, en el fallo del 4 de junio del 2008, R. Saavedra, radicado 52001233100019960752601, cuando la *otra* indemnización deviene de un seguro de daños y el asegurador se subroga en la acción del perjudicado.



<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
Responsabilidad extracontractual	Conscriptos Accidente en servicio Actividades recreativas institucionales
Conscriptos	Título de imputación Accidente en servicio Actividades recreativas institucionales
Conscriptos	Accidente en servicio Actividades recreativas institucionales Carga de la prueba

TESIS: Sí. Cuando la persona reclutada para prestar el servicio militar obligatorio por el deber impuesto en la Constitución sufre un menoscabo en su integridad personal o psicológica, por hechos que ocurran durante el servicio y con ocasión del mismo, la posición de garante que adquiere el Estado y la obligación de custodia permiten atribuirle responsabilidad, pues debe mantener y devolver al conscripto en el mismo estado en que se encontraba antes de ingresar a las filas.

ARGUMENTOS:

1. El reclutamiento para el servicio militar obligatorio genera para el Estado una serie de obligaciones para con quien lo presta, correlativas al deber Constitucional (art. 216 C.P.) del llamado a las filas; dicha prestación ha hecho que se imponga al Estado un deber de custodia y cuidado: además del poder de sujeción que ejerce, adquiere una posición de garante de la integridad física y psicológica del soldado.
2. El Tribunal al respecto ha dicho: *“Cuando un soldado ha sido convocado al servicio militar obligatorio, el Estado tiene frente a sus familias el deber de devolvérselo en el mismo estado en que se encontraba cuando ingresó a la institución castrense y, en el evento de no lograrlo, por el padecimiento de algún tipo de daño (físico o psicológico), por regla general incurre en la obligación de indemnizar”*⁹.
3. En actividades deportivas *programadas u organizadas por la línea de mando*, el conscripto debe obediencia a sus superiores, por principio y solo excepcionalmente puede rehusarse a cumplir las órdenes; si en virtud del diseño del desarrollo físico de los soldados, para fortalecer el espíritu de cuerpo, la coordinación del trabajo de equipo o por cualquier otra finalidad legítima que la autoridad castrense identifica, debe participar en equipos deportivos, el riesgo inherente a la actividad misma se desplaza de su individualidad al patrimonio institucional. Está bajo *banderas* y esa sujeción es la que explica que tenga que participar en el evento, sea o no de su agrado.
4. La omisión probatoria tiene que despejarse contra la Administración, en virtud de la conjunción de los *deberes de garante y de responder por la indemnidad del soldado*. Calificado el evento como uno ocurrido *en el servicio por causa y razón del mismo*, por el inmediato superior en la línea de mando, el informativo

⁹ TAC, entre numerosos fallos de esa línea, pueden verse los del 20 de abril del 2006, expediente 850012331002-2002-00259-00; del 10 de agosto del 2006, radicado 850012331002-2003-00175 y del 29 de septiembre del 2010, 850013331002-2008-00059-01. En este último se examinó, además, un evento de “fuego amigo”, radicado: 850013331002-2010-00024-01; igualmente, sentencias del 31 de mayo de 2012, radicado: 850012331002-2010-00171-00 y del 7 de junio de 2012, todos con ponencias del magistrado Néstor Trujillo González.



administrativo se mantiene incólume hasta ser desvirtuado en juicio. Luego para la Sala resulta clara la responsabilidad del ente demandado, pues para la época en que fue incorporado el soldado gozaba de buena salud y así debió devolverlo o resarcir los daños que le fueron causados, a menos que exista una eximente de responsabilidad.

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Puede exonerarse a la entidad castrense demandada, por presunta culpa exclusiva de la víctima o por hecho determinante de un tercero, respecto de las consecuencias de un accidente ocurrido por choque corporal entre conscriptos deportistas durante el desarrollo de un partido de fútbol?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
<i>Culpa exclusiva de la víctima</i>	Conscriptos Riesgo deportivo Actividades recreativas institucionales
<i>Conscriptos</i>	Riesgo deportivo Actividades recreativas institucionales Culpa exclusiva de la víctima
<i>Responsabilidad extracontractual</i>	Conscriptos Actividades recreativas institucionales Culpa exclusiva de la víctima

TESIS: No. El desarrollo normal de un evento deportivo en prácticas que llevan implícito el contacto corporal no constituye por sí mismo ni culpa de la víctima, ni hecho determinante de terceros capaz de romper el nexo causal dentro del espectro del régimen de responsabilidad estatal por lesiones sufridas por los conscriptos. Tiene que demostrarse la conducta irregular de los practicantes, ajena al servicio.

ARGUMENTOS:

1. Cuando se invoque la existencia de una causa extraña por parte de la entidad demandada como generadora del daño, será necesario analizar los detalles de tiempo, modo y lugar en que se produjo el mismo, por cuanto es posible que se rompa el nexo causal o que el Estado haya contribuido co-causalmente a su generación¹⁰.
2. El Consejo de Estado ha examinado casos en los cuales se aduce culpa exclusiva de la víctima e indicado que para su configuración no es necesario que se pruebe su imprevisibilidad e irresistibilidad, así: “No se requiere para configurar la culpa exclusiva de la víctima que el presunto responsable acredite que la conducta de aquélla fue imprevisible e irresistible, sino que lo relevante es acreditar que el comportamiento de la persona lesionada o afectada fue decisivo, determinante y exclusivo en la producción del daño (...)”¹¹.

¹⁰ Sentencia Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección B, M.P.: DANILO ROJAS BETANCOURTH, marzo 10 de 2011, radicación número: 25000-23-26-000-1996-03221-01 (19159).

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 13 de agosto de 2008, Exp. 17.042, M.P.: Enrique Gil Botero, reiterada en la sentencia del: Sección Tercera, M. P.: Enrique Gil Botero, 14 de septiembre 2011 Expediente: 19.031, radicación: 05001232500019940002001.



3. La discusión de la eximente no se centra en la posibilidad de prever, evitar o mitigar los efectos adversos de una conducta impropia de la víctima, o de un tercero, como lo ha pretendido la parte recurrente; sino de *demostrar que en el proceso causal*, esos comportamientos extraños a la Administración realmente ocurrieron y que tuvieron eficacia suficiente para romper la imputación fáctica que pudiera hacerse y desplazarla – total o parcialmente – al perjudicado o a otro hipotético responsable.
4. Ocurrido el accidente dentro del cantón, con ocasión de prácticas dispuestas por la autoridad militar, es la Administración la que tiene que **explicar y probar qué pasó**; con mayor razón, si edifica su defensa en torno a presuntos hechos irregulares ajenos a su propia actividad. Para que exista culpa exclusiva de la víctima tiene que probarse cuál fue su comportamiento irregular o imprudente de manera tal que haya determinado el daño, (ejemplo: por no utilizar el calzado pertinente, perder el equilibrio en maniobras en que no fuera necesario disputar el balón que venía del aire, o porque el tercero con su actuar haya provocado maliciosamente la caída etc.).

Ref.: REPARACIÓN. Fallo. ERROR JUDICIAL. TÍTULOS DE IMPUTACIÓN: RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y SUBJETIVA DEL SERVICIO DE JUSTICIA. REITERACIÓN MARCO CONCEPTUAL EN LA LÍNEA HORIZONTAL. IMPUTACIÓN PENAL, MEDIDAS CAUTELARES PRIVATIVAS DE LA LIBERTAD. ACUSADO Y CONDENADO INCIALMENTE, LUEGO ES ABSUELTO EN SEGUNDA INSTANCIA POR DEBILIDAD DEL RECAUDO PROBATORIO EN EL PROCESO PENAL -IN DUBIO PRO REO-. MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD EN SISTEMA ACUSATORIO: DIFERENCIACIÓN DE ROLES DE LA FISCALÍA Y DE LOS JUECES DE GARANTÍAS Y DE CONOCIMIENTO. Apertura de línea.

Nº de Radicación	850012331002-2012-00050-00
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	JOSÉ ÉLVER CALDERÓN GARCÍA y otros
Demandado	NACIÓN - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL- y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Fecha Providencia: Veintisiete (27) de febrero de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se controvierte la responsabilidad patrimonial del Estado por el presunto error judicial en que pudieron haber incurrido la Fiscalía General de la Nación y la Rama Judicial, por conducto de un juez promiscuo municipal, por haber adelantado investigación penal contra el actor, haberlo llevado a juicio, condenado en primer grado como autor responsable del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, finalmente absuelto en segunda instancia y dejado en libertad por duda probatoria en el proceso penal.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Está legitimada por pasiva la Fiscalía General de la Nación para comparecer a juicio en que se discute privación de libertad presuntamente antijurídica, impuesta por el juez de garantías por solicitud de un agente de aquella?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Aspectos procesales	Legitimación en la causa por pasiva Actuaciones Fiscalía General de la Nación Privación de libertad
Legitimación en la causa por pasiva	Actuaciones Fiscalía General de la Nación



	Privación de libertad Orden judicial
Privación de libertad	Legitimación en la causa por pasiva Actuaciones Fiscalía General de la Nación Sistema Penal Acusatorio

TESIS: Sí. Pues la actuación de la Fiscalía hizo parte del proceso decisorio judicial que se concretó en la decisión de decretar medida de aseguramiento y de mantenerla en sede de juicio, en primera instancia.

ARGUMENTOS:

1. La Fiscalía hizo parte del proceso decisorio, de ello se deriva la legitimación formal o de hecho (fue demandada, se le hicieron imputaciones, se vinculó y ha sido oída) y la material o substantiva, porque efectivamente participó en la realización de la actividad estatal presuntamente irregular.
2. Aunque la Nación es *persona pública única* o con una sola personalidad, el sistema presupuestal está distribuido por centros de imputación diferenciados, lo que da lugar a los denominados *órganos del presupuesto*, cuyos variados grados de autonomía hacen posible que una misma persona pudiera responder desde distintos *órganos*, aunque sin personalidades propias, por un mismo hecho; o tomar a su cargo el resultado lesivo desde uno solo de ellos. Es lo que hace necesario procesalmente determinar si alguno de los *órganos* convocados por pasiva y efectivamente vinculados (legitimación formal o de hecho) debe ser excluido porque no podría ser vencido por no tener vocación de responder (legitimación material).

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Es imputable a la Fiscalía General de la Nación el daño presuntamente antijurídico derivado de la privación de libertad decretada por el juez de garantías, por solicitud de aquella, en el modelo procesal conocido como “sistema penal acusatorio”?¹²

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Privación de la libertad	Sistema penal acusatorio Distribución de responsabilidades Imputación a la Fiscalía
Privación de la libertad	Sistema penal acusatorio Distribución de responsabilidades Imputación a la Fiscalía
Sistema penal acusatorio	Privación de la libertad Imputación a la Fiscalía Imputación a la Rama Judicial

TESIS:

En principio, la Fiscalía podrá ser responsable cuando la intervención de sus agentes haya *determinado* el sentido de la decisión de los jueces de garantía (o de conocimiento), por haber entregado *elementos materiales de prueba*

¹² Este otro ingrediente corresponde a la precisión que ahora se introduce a la línea (componente abstracto) para el nuevo modelo procesal penal.



cuya irregularidad, inconsistencia u otros vicios no pudieran apreciarse con debida diligencia y cuidado por el juez en el debate preliminar; o por haber ocultado evidencia que habría podido determinar un pronunciamiento judicial diferente. No obstante, las particularidades de cada caso pueden despejar la incógnita en sentido afirmativo o negativo.

ARGUMENTOS:

1. Serán las circunstancias concretas de cada caso las que permitan esclarecer si deben responder tanto la Fiscalía como la Rama, solo aquella o solo esta, conforme se reconstruya la historia de la actividad penal que el juez administrativo tendrá que examinar, no para desplazar a la jurisdicción natural sino para inferir los presupuestos fácticos y jurídicos de la imputación del daño al Estado en los términos del art. 90 de la Carta.
2. El sistema acusatorio desarmó la concentración de funciones de titularidad de la acción penal, investigación y adopción de medidas cautelares, privación de libertad incluida, que tenía la Fiscalía General; el nuevo *binomio* Fiscalía – juez, que predomina sin perder de vista a las víctimas, presupone que los jueces *decidan* acerca de libertad, pero no lo hagan oficiosamente para imponer restricciones, ni según su convicción derivada de su directa apreciación de la evidencia: el agente de la Fiscalía *tiene que pedir las medidas, sustentar la pertinente acorde con los elementos materiales de prueba y justificar la necesidad de las restricciones*, tanto más cuando media un derecho fundamental, como lo es de la libertad personal.
3. En la distribución legal de nuevos roles es factible que deba predicarse que un eventual *error judicial* es fruto de la actividad irregular de la Fiscalía a la que se suma *error de juez* en sentido estricto: de la primera, por no haber honrado los estándares procesales para imputar, pedir las medidas cautelares, revelar los elementos de conocimiento a que haya lugar y justificar; y del segundo, por no haber ejercido con rigor su función de *garante* de derechos de los sujetos procesales, teniendo a la vista que el principio de libertad, cuando menos en teoría, sigue siendo *fundante* en el nuevo modelo procesal.
4. También puede ocurrir que la falla estructural haya sido únicamente de los agentes de la Fiscalía, por haber ofrecido medios irregulares de conocimiento que el juez apreció y aceptó sin poder descubrirse en las pertinentes audiencias (o en la actuación previa a una orden judicial de captura) la irregularidad o falsía de aquellos; en cierto modo, tendría que tratarse de un *engaño* a la Rama Judicial, provocado por la Fiscalía, para obtener una medida restrictiva de libertad que no debió darse. Si así se probare que ha ocurrido, la Fiscalía sería llamada a responder por el daño, sin que necesariamente la deba acompañar en la condena la Rama.

REF.: RD. FALLO. MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA. DESCRIPTOR: RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. RESTRICTORES: (1) ACTIVIDADES PELIGROSAS. (2) CONDUCCIÓN DE AUTOMOTORES. (3) CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA. ASUNTO LITIGIOSO (PALABRAS CLAVES): RESPONSABILIDAD ESTATAL POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS. GUARDA JURÍDICA DEL VEHÍCULO. IMPRUDENCIA DEL CONDUCTOR OFICIAL. CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA QUE EXIME DE RESPONSABILIDAD.



Nº de Radicación	850013333002-2012-00008-01
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	BRÍGIDA SÁNCHEZ SÁNCHEZ y Otros.
Demandado	INVÍAS y Otros
Fecha Providencia: Seis (06) de febrero de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: La víctima directa, funcionario del DAS, falleció en un accidente de tránsito a la altura del puente vehicular del río Chitamena en jurisdicción de Tauramena cuando se desplazaba como conductor durante una misión de trabajo en un vehículo de esa entidad que hacía parte de una caravana oficial. Como consecuencia de la pérdida de control, el automotor salió de la carretera, cayó al río y el conductor pereció por asfixia mecánica por inmersión. Los demás automotores de esa caravana sobrepasaron sin novedades los obstáculos en el lugar, en el que había obras en construcción, con algunas señales de advertencia. La parte actora expone que fue producto del mal estado del puente y la deficiente señalización en la vía por las obras allí ejecutadas.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Se le debe imputar responsabilidad patrimonial al Estado por la muerte de un servidor oficial en un accidente de tránsito en el que se transportaba como conductor de un vehículo asignado para su uso institucional, en cumplimiento de actos propios del servicio, cuya imprudencia e impericia dio lugar a su fallecimiento?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Responsabilidad extracontractual	Actividad peligrosa Conducción de automotores Culpa exclusiva de la víctima
Conducción de automotores	Actividad peligrosa Imprudencia del conductor Culpa exclusiva de la víctima
Actividad peligrosa	Conducción de automotores Imprudencia del conductor Culpa exclusiva de la víctima

TESIS: No. Toda vez que se ha configurado una eximente de responsabilidad como lo es la “culpa exclusiva de la víctima”. Aunque la entidad demandada tenía la guarda jurídica del bien, la actividad peligrosa se ejecutó por su cuenta y bajo su dirección y se trató de un agente en ejercicio de sus funciones oficiales, no hay lugar a responder si opera algún fenómeno que rompa el nexo causal.

ARGUMENTOS:

1. “Es legítimo y necesario para endilgar la responsabilidad a una entidad por daños que tengan origen en el ejercicio de actividades peligrosas, como lo son la operación, explotación o conducción de vehículos, determinar quién tiene la custodia efectiva del automotor, valga decir, la potestad de disponer acerca de



tales actividades y, por consiguiente, la guarda del bien.”¹³ Quien tiene la guarda jurídica de un automotor, en principio responde por todo daño que se derive de su uso u operación; pero esa imputación es susceptible de romperse cuando se logra probar la existencia de una causal de exoneración de responsabilidad como por ejemplo *culpa exclusiva de la víctima*¹⁴.

2. En una perspectiva de *causalidad material* un resultado físico puede obedecer a múltiples causas naturales, antrópicas o mixtas; pero lo que permite construir el juicio de reproche contra el destinatario de la imputación fáctica no es solamente una inferencia de la física o de otras ciencias naturales: hay que depurar el conector con la *conducta jurídicamente exigible* para contrastarla con lo ocurrido y probado. La culpa exclusiva de la víctima exonera de responsabilidad a la Administración siempre y cuando la conducta que desarrolle la víctima no solamente sea la causa del daño sino que también sea determinante del mismo, tal como se evidenció en el caso concreto.
3. Respecto de la actividad del INVÍAS, parcialmente irregular, la ponderación de la conducta de la víctima directa permite concluir que la *causa determinante o eficiente* del accidente no lo fue la señalización incompleta; si así fuera, no sería explicable por qué los otros conductores de la caravana oficial, que iban adelantados, sortearon el obstáculo de las obras sin novedad alguna; luego, otros viajeros, puestos en idénticas circunstancias, el mismo día, a la misma hora, con idénticas condiciones atmosféricas, pudieron detectar las señales preventivas, divisar el reductor, disminuir la velocidad, advertir la existencia de las *canecas* y pasar ilesos.
4. La voluntaria determinación del fallecido, de ir a excesiva velocidad para ese momento y escenario concreto, lo expuso al riesgo desmedido; esa fue una actitud imprudente y temeraria, pues fiado de su destreza, extremó los límites de la maniobra, con los resultados catastróficos conocidos, por lo que el daño fue consecuencia de la imprudencia de la propia víctima, al no observar las precauciones propias de la conducción en condiciones de visibilidad precaria lo que exime de responsabilidad a ese ente estatal.

C. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Fallo. MEDIO DE CONTROL: NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO. DESCRIPTOR: (1) Militares. (2) Asignación de retiro. (3) Pensión de sobrevivientes. ASUNTO LITIGIOSO (palabras claves): RECONOCIMIENTO DE ASIGNACIÓN DE RETIRO. OFICIAL DEL EJÉRCITO. RÉGIMEN APLICABLE: LEY 100 DE 1993. PRINCIPIO DE RETROSPECTIVIDAD. NORMA GENERAL MÁS FAVORABLE PARA MILITARES: CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA RESPECTO DE UN ESTADO CONSOLIDADO ANTES DE SU VIGENCIA. IMPROCEDENCIA: NO HAY PENSIÓN DE VEJEZ CON 16 AÑOS DE SERVICIO. TAMPOCO DE SOBREVIVIENTES, SIN LA DOBLE CONDICIÓN DE SEMANAS DE COTIZACIÓN (ÚLTIMO AÑO DE VIDA).

¹³ Sentencia del 31 de octubre de 2013, expediente 8500133330012012-00040-01, ponente: Néstor Trujillo González.

¹⁴ Así quedó establecido en algunas de las premisas de la sentencia del 31 de octubre de 2013, expediente 8500133330012012-00040-01, ponente: Néstor Trujillo González. “De manera que concurren en el caso concreto dos motivos para imputar al Estado en cabeza del DAS, las consecuencias del accidente, pues a la titularidad de la guarda jurídico material del automotor, se tiene que sumar la actividad propia del conductor, agente suyo, de quien la sentencia recurrida predicó imprudencia, por no haber observado las precauciones propias de la conducción en condiciones de visibilidad precaria”



Nº de Radicación	850013333002-2013-00071-01
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Demandante	MARTHA DE LOURDES OCAÑA MONTAFUR
Demandado	CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES
Fecha Providencia: Veinte (20) de febrero de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se controvierte el reconocimiento de la asignación de retiro de un oficial del Ejército y la sustitución pensional a favor de su cónyuge sobreviviente. El señor “x” laboró al servicio de las Fuerzas Militares durante 16 años, 2 meses y 27 días; fue retirado del servicio activo del Ejército en virtud del Decreto 3252 de 1968, el último grado que obtuvo fue el de capitán; murió el 7 de septiembre de 1979, sin que para entonces hubiera causado el derecho a la asignación de retiro, según el régimen vigente en esa época. Su cónyuge supérstite solicita el reconocimiento y pago de la asignación de retiro que correspondía a su fallecido esposo y la sustitución pensional a su favor con fundamento en la Ley 100 de 1993.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Es jurídicamente viable el reconocimiento de una asignación de retiro y su sustitución pensional, con fundamento en Ley 100 de 1993, a un oficial del Ejército que laboró 837 semanas, se retiró voluntariamente del servicio y falleció antes de la entrada en vigencia de esta norma?

<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
Militares	Asignación de retiro Pensión de sobrevivientes Principio de retrospectividad
Pensión de sobrevivientes	Militares Principio de retrospectividad
Principio de retrospectividad	Militares Pensión de sobrevivientes Principio de favorabilidad

TESIS: No. Pues si bien es cierto que en virtud de principio de retrospectividad es posible aplicar un régimen general posterior más favorable, a hechos ocurridos en el pasado pero cuyos efectos permanecen en el tiempo, en el régimen general tampoco existe precepto que permita acceder a la pensión de jubilación con un tiempo de servicio o de cotizaciones de 16 años¹⁵.

ARGUMENTOS:

¹⁵ Aunque en este caso se trató de un *obiter*, por las particularidades del tiempo de servicio, se advierte que en fallo posterior se rectificó expresamente esa opción interpretativa, para aplicar a pensiones de jubilación, vejez y sobrevivientes, los efectos de la sentencia de unificación del Consejo de Estado, Pleno de Sección Segunda, del 25 de abril de 2013, ponente Luis Rafael Vergara Quintero, radicación 76001 23 31 000 2007 01611 01 (1605-09). Ver en TAC, fallo del 29 de mayo de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850013331701-2012-00037-01.



1. Si bien es cierto, en virtud del principio de retrospectividad, se pueden extender los efectos más favorables de una ley nueva a hechos consolidados en el pasado para acceder a un reconocimiento prestacional, no puede desconocerse la existencia de un régimen especial y propio para servidores de la Fuerza Pública a cual debe acudir en primera medida; sin embargo, en caso de encontrarse mayores prerrogativas en el régimen general, debe aplicarse este último por favorabilidad.
2. Al respecto, el Tribunal ha dicho: *“La parte actora invocó el Sistema General de Seguridad Social de la Ley 100 de 1993, por ser más favorable que el expresamente adoptado para los soldados en la época del accidente (1997). En la perspectiva abstracta el principio de favorabilidad permite desplazar normas especiales, cuando el modelo de prima media ofrezca mayores garantías al trabajador. (...) Basta la literalidad del art. 279 de la Ley 100 para acoger la réplica de la defensa acerca de la inviabilidad de la solución normativa fundada en Ley 100, pero no para derruir las pretensiones, sino porque existe un régimen autónomo, especial y suficiente, propio de las Fuerzas Militares, con el cual puede construirse una solución justa, en virtud de los principios y valores constitucionales”*¹⁶.
3. Según las fuentes propias de la Fuerza Pública y que sirvieron de fundamento al acto acusado, se adquiriría el derecho a la asignación de retiro con 20 años de servicio cuando el retiro obedecía a voluntad propia (Decreto 612 de 1977, arts. 134); actualmente rige el Decreto 4433 del 2004 (art. 24) que aumenta el tiempo de servicios a 25 años para retiro voluntario. Así las cosas, bajo el amparo de las normas del régimen especial de los militares no es procedente el reconocimiento de la asignación de retiro para quien ha laborado tan solo 16 años de servicio y se salió de las filas castrenses voluntariamente.
4. El régimen general previsto en la Ley 100 de 1993, en cuanto al tiempo exigido para el reconocimiento de la pensión de vejez, originalmente fijó como requisito haber cotizado 1000 semanas, las cuales, según la modificación que introdujo el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, se incrementan en la cantidad allí fijada, desde el año 2005 al año 2015, hasta llegar a 1.300 semanas. Por consiguiente, es claro que el oficial del Ejército, retirado por solicitud propia, con 16 años de servicio no tenía derecho al reconocimiento de la asignación de retiro propia del régimen especial, como tampoco a pensión de vejez para el caso del régimen general.

Ref.: Fallo. Acción: nulidad y restablecimiento del derecho. DESCRIPTOR: Pensiones. RESTRICTORES: (1) Militares. (2) Pensión de invalidez. (3) Soldado profesional. ASUNTO LITIGIOSO (palabras claves): RECONOCIMIENTO DE PENSIÓN DE INVALIDEZ. SOLDADO PROFESIONAL. INCAPACIDAD PERMANENTE DEL 50.5% POR CAUSAS IMPUTABLES AL SERVICIO. RÉGIMEN APLICABLE: DECRETO 4433 de 2004 SIN CONSIDERACIÓN AL ORIGEN DE LA LESIÓN. PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD: APRECIACIÓN ACORDE CON CADA CASO CONCRETO. DESCUENTO DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA: PRINCIPIO DE EQUIDAD E INCOMPABILIDAD POR LA NATURALEZA PROPIA DE LAS PRESTACIONES. Reiteración. Precisiones adicionales derivadas de la nulidad del art. 30 del D.R. 4433 del 2004. Unificación de posiciones de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado.

¹⁶ Sentencia del 17 de octubre de 2013, expediente 850012333002-2013-00008-00, ponente Néstor Trujillo González. Se aclara que se trató de una pensión de invalidez, para las cuales la Sala mantiene el vigor del principio de retrospectividad, por tratarse de un estado permanente.



Nº de Radicación	850012331001-2011-00138-01
Medio de Control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Demandante	VÍCTOR ALFONSO GRAJALES BOTERO
Demandado	NACIÓN –MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO
Fecha Providencia: Trece (13) de febrero de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: El actor se vinculó como soldado profesional al Ejército Nacional desde el 1 de enero de 2005 hasta el 30 de mayo de 2010, fecha en que fue retirado del servicio por disminución de su capacidad laboral en un 50.5%, por enfermedad profesional imputable al servicio. El 18 de agosto de 2010 le fue negado el reconocimiento de la pensión de invalidez debido al porcentaje de pérdida de la capacidad laboral y porque no fue producto de lesiones ocurridas en combate o en ejecución de un acto propio del servicio. REVISAR: me parece que ES MERITORIO del servicio.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Es jurídicamente viable reconocer pensión de invalidez con fundamento en el régimen especial, a un soldado profesional que sufrió disminución de la capacidad laboral superior al 50% e inferior al 75% sin importar el origen de la lesión?

<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
<i>Pensión de invalidez</i>	Pensión militares Soldado voluntario Régimen jurídico
<i>Soldado voluntario</i>	Accidentes en servicio Pensión de invalidez Régimen jurídico
<i>Pensión militares</i>	Pensión de invalidez Soldado voluntario Régimen jurídico

TESIS: Sí¹⁷. Tanto si se trata de la aplicación del régimen especial del servidor de las Fuerzas Militares, en virtud del parámetro fijado en el artículo 3 de la Ley 923 de 2004 y del principio de favorabilidad, para lo que no se tiene en cuenta el origen de la lesión para reconocerle pensión de invalidez en el rango del 50% al 75%, como si, acorde con las particularidades del caso, deba acudir al sistema general de la Ley 100. Adicionalmente, el artículo 30 del Decreto 4433 de 2004 fue declarado nulo por el Consejo de Estado.

ARGUMENTOS:

1. La posición actual del **Consejo de Estado**¹⁸ predica que en virtud del principio de favorabilidad procede

¹⁷ Se reitera tesis fijada en sentencia del 31 de octubre de 2013, expediente 850013333001-2012-00155-01, ponente: Néstor Trujillo González.

¹⁸ Sentencias de 21 de junio de 2012, Expediente 2012-00740-01, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila; y, de 9 de mayo de 2012. Expediente 2012-00144-01, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez. En igual sentido sentencia del 16 de julio de 2013, expediente 25000-23-41-000-2013-00659-01(AC),



el reconocimiento de la pensión de invalidez cuando la disminución de la pérdida de la capacidad laboral no sea inferior al 50%, es decir, aplicando la Ley 923 de 2004. Encuentra fundamento adicional en la sentencia¹⁹ en virtud de la cual se declaró la nulidad del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004; allí se concluyó que el Gobierno Nacional al proferir esta norma se excedió en el ejercicio de las competencias reglamentarias que le fueron conferidas, luego debía aplicarse para esos efectos lo dispuesto en la Ley 923 de 2004.

2. Hay una línea jurisprudencial estática al interior de la **Corte Constitucional**²⁰ que considera factible el reconocimiento de la pensión de invalidez a favor de los miembros de la Fuerza Pública cuya capacidad laboral está reducida en un 50%, sin que medie condición adicional a que haya sido determinada de esa forma por parte de los organismos médico laborales respectivos; esto es, sin diferenciar la *causa* de la misma o su imputación al servicio. En pronunciamiento posterior quedó claro que si bien es cierto el Decreto 4433 de 2004 en su artículo 32 considera inválido a quien sufra una disminución de su capacidad laboral igual o superior a un 50% e inferior al 75%, pero condicionada a que la lesión haya sido por actos meritorios o propios del servicio, el reconocimiento de la pensión de invalidez no admite tales condicionamiento; basta que se dé el porcentaje de la discapacidad del 50%.
3. Es jurídicamente ineludible encontrar dentro del régimen especial de la Fuerza Pública exactamente la misma solución que proviene del sistema de la Ley 100 para quienes sufran la pérdida parcial de capacidad laboral por causas mixtas, no todas imputables al servicio, en lo que tiene que ver con el mínimo de porcentaje de perturbación que da derecho a esa prestación social (pensión de invalidez). Las dos líneas jurisprudenciales arriba citadas convergen en la viabilidad del reconocimiento de la pensión de invalidez, **bajo el régimen especial, con una pérdida de la capacidad laboral del 50%**, sin exigir requisitos adicionales.
4. Para este Tribunal no cabe duda, en abstracto, acerca de la viabilidad de la solución que reivindica que el principio de favorabilidad permite desplazar normas especiales, cuando las leyes generales ofrecen mayores garantías al trabajador, específicamente en aspectos prestacionales y con mayor razón, cuando se trata de garantizar la protección reforzada que la Carta ordena para los *disminuidos físicos, sensoriales* o por otras causas. Esa arista está pacíficamente decantada en la jurisprudencia constitucional y administrativa²¹.

M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

¹⁹ Sentencia de 28 de febrero de 2013 de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado. Notificada por edicto, según el sistema de información de la Rama Judicial, el 3 de mayo de 2013.

²⁰ Sentencias T -829 de 2005, T-841 de 2006, T-595 de 2007, T-229 y T-431 de 2009, T-38 y T-969 de 2011 y T-35 de 2012.

²¹ **Consejo de Estado**, Sección Segunda Subsección "B", consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE, Bogotá D.C., cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010) radicación número: 08001-23-31-000-2005-00781-01(1399-08). Sección Segunda Subsección B, consejero ponente: JESÚS MARÍA LEMOS BUSTAMANTE Bogotá D.C., cuatro (4) de septiembre de dos mil ocho (2008) ref: 15001233100019990221701, número interno: 7643-2005. SECCION PRIMERA Consejera ponente: MARTHA SOFIA SANZ TOBON, Bogotá, D.C., seis (6) de diciembre de dos mil siete (2007) radicación número: 08001-23-31-000-2007-00450-01(AC). Sección Segunda - Subsección "A" Consejera ponente: ANA MARGARITA OLAYA FORERO Bogotá, D.C., cinco (5) de mayo de dos mil cinco (2005) radicación número: 25000-23-25-000-2000-00975-01(2439-04).

En igual sentido: Corte Constitucional, sentencia T-146-13 magistrado ponente: JORGE IGNACIO PRETEL CHALJUB BOGOTÁ D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil trece (2013). Sentencia T - 714/11 del veintidós (22) de septiembre de dos mil once (2011), M.P.: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA. Sentencia T - 491 -2010 del dieciséis (16) de junio de dos mil diez (2010) M.P: JORGE IGNACIO PRETEL, sentencia C-924/05, magistrado ponente:



5. Actualmente tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional se apoyan directamente en los lineamientos del artículo 3 de la Ley 923 de 2004; adicionalmente el primero, en la nulidad del artículo 30 del Decreto 4433 de 2004, luego ya no se aplica la restricción que introdujo el Gobierno mediante el Decreto 4433 del mismo año, de manera que no hay necesidad de acudir a otros sistemas normativos pues **los regímenes especiales solucionan integralmente el problema jurídico** y pueden brindar objetivamente mejores garantías a sus destinatarios; en particular, comparados los montos a reconocer por concepto de la prestación social que se reclama, puede encontrarse que entre los dos sistemas hay diferencias considerables.

D. POPULAR

REF.: POPULAR. IMPEDIMENTO DE MAGISTRADO. PROCESOS INICIADOS ANTES DEL 2 DE JULIO DE 2012: NO SE RIGEN POR CPACA. REMISIÓN AL C.C.A. Y AL C. DE P.C. (AHORA C.G. DEL P.). VÍNCULO CONTRACTUAL DE CONSANGUÍNEOS: NO GENERA PER SE IMPEDIMENTO. SE DECLARA INFUNDADO.

Nº de Radicación	850012331001-2011-00047-00
Medio de Control	POPULAR
Demandante	PROCURADURÍA JUDICIAL ADMINISTRATIVA 181-I
Demandado	AGUAZUL y otros
Fecha Providencia: Cuatro (04) de febrero de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: El Tribunal produjo sentencia de primer grado en el año 2012, modificada por el Consejo de Estado en abril de 2013, de cuyo control de cumplimiento se ocupa el Tribunal. Los fallos libraron mandatos concretos al municipio de Aguazul (alcalde). La corporación superior ordenó que del comité de verificación hiciera parte el presidente del Tribunal, investidura que desde el 1º de febrero de 2014 tiene el magistrado José Antonio Figueroa Burbano, en quien concurre, además, la de sustanciador del proceso. Se declaró impedido con fundamento en el numeral 4 del art. 130 del CPACA, pues indica que su hija adquirió la calidad de *contratista* de Aguazul para ejecutar un contrato de prestación de servicios de siete meses de duración, a partir del 24 de enero del año en curso.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Es fundada la causal de impedimento relativa al vínculo contractual entre un pariente consanguíneo de primer grado con el magistrado y uno de los demandados, en un asunto tramitado a través de una acción popular iniciado antes del 02 de julio de 2012?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Aspectos procesales	Impedimentos Procesos anteriores a CPACA Régimen jurídico
Impedimentos	Vínculo contractual consanguíneos

RODRIGO ESCOBAR GIL, Bogotá, D. C., seis (6) de septiembre de dos mil cinco (2005). **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral**, M.P.: CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE radicación N° 39735 del ocho (8) de mayo de dos mil doce (2012).



	Régimen jurídico Procesos anteriores a CPACA
--	---

TESIS: NO. La configuración de la causal de impedimento no fluye por la simple y escueta relación aludida; se requiere, en el bloque normativo que aplica al caso, que la actividad concreta que realice la contratista incida de tal manera en lo que se discuta en juicio, que pudiera estructurarse algún *interés* del funcionario judicial en el resultado del litigio.

ARGUMENTOS:

1. *“Aunque suele ser suficiente la percepción que el juez tenga acerca de los ingredientes subjetivos de una causal para separarse del conocimiento para que sus colegas deduzcan y acojan los pertinentes efectos, cuando se ponen de presente los hechos de los que se desprende tal inferencia, compete a la Sala ponderarlos acorde con los principios, valores y disposiciones que rigen esta institución que preserva la dignidad de la toga. [...] 6ª En dichas circunstancias, no vislumbra esta Sala identidad suficiente entre los supuestos de hecho y los normativos que se identifican a primera vista para deducir interés indirecto del magistrado [...] en el juzgamiento de la situación del exmagistrado [...], como para que pueda a su vez suponerse una perturbación del ánimo (perspectiva subjetiva o interna) o de la percepción externa de la imparcialidad misma (arista objetiva) que le impida conocer del asunto”²².*
2. Visto el C.C.A., se observa que el art. 160, subrogado por el art. 50 de la Ley 446 de 1998, introdujo dos causales, ninguna de las cuales guarda relación con el caso concreto; en lo demás, remitió al art. 150 del C. de P.C. Además, examinadas las catorce hipótesis del estatuto procesal civil bajo cuya cuerda debían entenderse las remisiones hasta el 31 de diciembre de 2013, no se encuentra descrita la que ahora se estudia. Y si el hecho sobrevenido revelado se contrasta con el Código General del Proceso, tampoco existe adecuación típica (art. 141).
3. Esta Sala encuentra tan riesgosa la amplísima concepción de esa específica causal de impedimento en el art. 130-4 de la Ley 1437, por la vulnerabilidad que introdujo por abrir el sistema a la interferencia de actividades de las partes y terceros en la composición del estrado²³, como plausible que el funcionario exprese abiertamente sus inquietudes para que los pares o superiores, según el caso, decidan. Pero esta

²² TAC, auto del 1º de noviembre de 2012, ponente Néstor Trujillo González, radicado 2012-00245-00. Reiteración en auto del 9 de diciembre de 2013, mismo ponente, radicado 850013331001-2013-00300-00. DOCTOR:

²³ TAC, auto del 3 de febrero de 2014, radicado 850012333001-2013-00144-00; se resolvió **en sentido exactamente contrario** otro impedimento, por la misma causal, para un proceso popular iniciado después del 2 de julio de 2012. En dicha oportunidad se dijo: *“Puesto que la demanda se radicó después del 2 de julio del 2012, dicha remisión se entiende hecha a la Ley 1437, para preservar la coherencia con el cambio de modelo procesal en esta jurisdicción; así se sustituye la literalidad que enviaba al C.C.A. La causal que adujo el magistrado Figueroa Burbano está expresamente consagrada en el numeral 4 del inciso 1 del art. 130 de la Ley 1437; es de carácter objetivo, no admite interpretaciones relativas a la naturaleza, objeto o vigencia del contrato o a la relación de sus estipulaciones con el asunto debatido en juicio; por ello no se necesita conocer sus términos y basta saber que la hija del funcionario es contratista de uno de los sujetos procesales que integran la parte pasiva. Se estructura así causal de impedimento sobrevenida, por un hecho posterior a la admisión de la demanda, a la primera intervención del magistrado y a la época en que se dispuso la vinculación procesal de Aguazul, antes de que la aludida ciudadana adquiriera esa relación jurídica con el municipio”.*



vez el asunto no se dilucida por ese precepto, sino por los preexistentes consolidados durante décadas de pacífica aplicación, utilizados razonable y prudentemente por los jueces de todas las especialidades.

Preparó: Eliana Andrea Combariza Camargo, auxiliar judicial
Rafael Humberto Gacha Ramírez, auxiliar judicial

Revisó y validó: Néstor Trujillo González, magistrado (trujicon@gmail.com)