



DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	
Periodo:	Agosto de 2014	Boletín 8 (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. El texto completo podrá consultarse en línea en documentos PDF (seguir hipervínculo).

ÍNDICE GENERAL

Referencia	Pág.
A. TUTELAS	
<u>Ref.: TUTELA. Fallo. DERECHO AL AGUA. NATURALEZA FUNDAMENTAL. VIABILIDAD FORMAL DEL AMPARO. CONCURRENCIA DE AGRAVIO A DERECHOS COLECTIVOS Y A PERSONA DETERMINADA. DESLINDE CON LA PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. SUBSIDIARIDAD DE LA TUTELA: EFICACIA DE LAS ÓRDENES CONSTITUCIONALES IMPARTIDAS EN PROCESO POPULAR (MEDIDAS CAUTELARES DE APLICACIÓN INMEDIATA). IGUALDAD DE CIRCUNSTANCIAS: TODA LA POBLACIÓN DE YOPAL ESTÁ EN SIMILARES CIRCUNSTANCIAS IRREGULARES (estado inconstitucional de cosas). INEFICACIA DE AMPAROS INDIVIDUALES, SALVO PRUEBA DE TRATO DISCRIMINATORIO O DE CONDICIONES DE ESPECIAL INDEFENSIÓN. Sentencia reiterativa.</u>	2
<u>REF.: TUTELA. FALLO. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. LEGITIMACIÓN PARA INCOAR LA ACCIÓN COMO AGENTE OFICIOSO. REQUISITOS INSTRUMENTALES Y CARGA DE LA PRUEBA. ACTUACIÓN DISCIPLINARIA CONTRA AUXILIAR DE POLICÍA: PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD Y REQUISITO DE INMEDIATEZ. OBLIGACIONES DE SANIDAD POLICIAL; INDEPENDENCIA RESPECTO DE LA SITUACIÓN DISCIPLINARIA DEL INTERESADO.</u>	4
<u>REF.: TUTELA. FALLO. DERECHO DE PETICIÓN. OMISIÓN DE RESPUESTA. INTRODUCCIÓN A CORRESPONDENCIA: NO CONSTITUYE ENTREGA AL DESTINATARIO. ANUNCIO DE RESPUESTA DE FONDO: LA EJECUCIÓN REQUIERE PRUEBA DEL HECHO.</u>	5
B. CUMPLIMIENTO	
<u>Ref.: CUMPLIMIENTO. Fallo. SUBSIDIO PARA VIVIENDA. CONSTITUCIÓN DE RENUENCIA: BASTA LA IDENTIFICACIÓN SUMARIA DEL DEBER OMITIDO. PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA Y VENCIMIENTO DE LOS PROPIOS PLAZOS FIJADOS POR LA AUTORIDAD ACCIONADA.</u>	7
C. REPARACIÓN DIRECTA	
<u>REF.: FALLO: RD. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR USO DE ARMAS OFICIALES. MUERTE DE CIVIL EN PRESUNTO COMBATE. DUDAS PROBATORIAS. IN DUBIO PRO DAMATO. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. OPERACIÓN MILITAR IRREGULAR Y EXCESO DE FUERZA. RECLAMACIÓN DE PERJUICIOS MORALES POR FAMILIA EXTENSA: DEBE PROBARSE EL DAÑO. DEPENDENCIA ECONÓMICA DEBE PROBARSE PARA RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MATERIALES. SENTENCIA REITERATIVA.</u>	9
<u>Ref.: RD. FALLO. MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA. ACCIDENTE DE TRÁNSITO. OMISIÓN DE SEÑALIZACIÓN DE OBRA EN VÍA PÚBLICA. TÍTULO DE IMPUTACIÓN: FALLA DEL SERVICIO POR INCUMPLIMIENTO DE DEBER DE CONTROL ADMINISTRATIVO. REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN. Exigencias mínimas de los dispositivos de señalización nocturna. INEXISTENCIA OBLIGACIÓN DE COBERTURA DE LA ASEGURADORA: Quien la llamó en garantía no es parte en el contrato de seguro. REGULACIÓN DE PERJUICIOS MORALES Y MATERIALES: LESIONES LEVES.</u>	12



<u>Ref.: REPARACIÓN. Fallo C.C.A. SERVICIOS MÉDICO ASISTENCIALES. TÍTULO DE IMPUTACIÓN FÁCTICA: FALLA PROBADA DEL SERVICIO. DEMORAS EN PROCESO DE REFERENCIA Y CONTRAREFERENCIA. DAÑO ESTÉTICO: REINTERVENCIÓN POR LESIÓN QUIRÚRGICA. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA IMPUTACIÓN FÁCTICA. ENTE QUE INTERVINO QUIRÚRGICAMENTE ABSUELTO, SIN REPARO DE LOS DEMANDANTES. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD. TASACIÓN DE PERJUICIOS. Reiteración.</u>	15
<u>Ref.: REPARACIÓN. Fallo. Modificación de línea horizontal. DESCRIPTOR: PRIVACIÓN DE LIBERTAD. RESTRICTORES: (1) TÍTULO DE IMPUTACIÓN. (2) RÉGIMEN OBJETIVO POR DAÑO ESPECIAL. (3) ABSOLUCIÓN POR DUDA PROBATORIA -IN DUBIO PRO REO-. APLICACIÓN DE SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO. PRINCIPIO DE LIBERTAD.</u>	19
<u>Ref. REPARACIÓN. Auto. "Llamamiento en garantía" - limitación contenida en el parágrafo 1° del artículo 19 de la Ley 678 de 2001.</u>	26

TUTELAS

Ref.: TUTELA. Fallo. DERECHO AL AGUA. NATURALEZA FUNDAMENTAL. VIABILIDAD FORMAL DEL AMPARO. CONCURRENCIA DE AGRAVIO A DERECHOS COLECTIVOS Y A PERSONA DETERMINADA. DESLINDE CON LA PROTECCIÓN DE DERECHOS E INTERESES COLECTIVOS. SUBSIDIARIDAD DE LA TUTELA: EFICACIA DE LAS ÓRDENES CONSTITUCIONALES IMPARTIDAS EN PROCESO POPULAR (MEDIDAS CAUTELARES DE APLICACIÓN INMEDIATA). IGUALDAD DE CIRCUNSTANCIAS: TODA LA POBLACIÓN DE YOPAL ESTÁ EN SIMILARES CIRCUNSTANCIAS IRREGULARES (estado inconstitucional de cosas). INEFICACIA DE AMPAROS INDIVIDUALES, SALVO PRUEBA DE TRATO DISCRIMINATORIO O DE CONDICIONES DE ESPECIAL INDEFENSIÓN. Sentencia reiterativa.

Nº de Radicación	850012333000-2014-00154-00
Medio de Control	TUTELA
Demandante	HONORIO ESLAVA
Demandado	NACIÓN-PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, DEPARTAMENTO DE CASANARE, MUNICIPIO DE YOPAL Y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE YOPAL -EAAAY-
Fecha Providencia: Cinco (05) de agosto de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se solicita el amparo constitucional de varios derechos concernidos por el estado irregular de cosas relativo al suministro de agua potable a los habitantes del casco urbano del municipio de Yopal, como consecuencia del colapso de la planta de tratamiento del acueducto hace algunos años.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿La Presidencia de la República carece de *legitimación material* en la causa por pasiva, en sede de tutela en el que se le imputan actuaciones u omisiones relativas a la prestación del servicio de acueducto en el municipio de Yopal?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
<i>Legitimación material por pasiva</i>	Presidencia de la República Acción de tutela Derecho al agua



Asuntos procesales	Legitimación material por pasiva Acción de tutela Deficiencias del servicio de acueducto
Acción de tutela	Derecho al agua Legitimación material por pasiva Presidencia de la República

TESIS: Sí, pues al tratarse de una responsabilidad administrativa directa del municipio y de la EAAAY E.I.C.E E.S.P, solo se trata de un sujeto de derechos convocado a juicio para que responda por imputaciones fácticas y pretensiones, lo que le otorga únicamente *legitimación de hecho*.

ARGUMENTOS:

1. La doctrina especializada, la jurisprudencia vertical y la de esta Corporación han diferenciado sistemáticamente entre *legitimación de hecho*, que surge por la contingencia de haber sido un sujeto de derechos convocado a juicio con el fin de responder por imputaciones fácticas y pretensiones; y la *material*, que supone vocación jurídica de ser efectivamente vencido y declarado responsable de atender a tales asuntos en litigio¹.
2. Con dicha delimitación a la vista, la autoridad vinculada al proceso constitucional por pasiva solo tiene *legitimación de hecho*, pues se le imputan actuaciones u omisiones relativas a la prestación del servicio de acueducto para los habitantes de Yopal, responsabilidad administrativa directa del municipio, así como de la estructura organizacional EAAAY E.I.C.E. E.S.P. constituida para atender esa misión.
3. En precedente acción popular (2011-00210-00) con similar asunto litigioso adelantada por el Tribunal, la Nación como ente central al que pertenece la Presidencia de la República, no fue objeto de órdenes constitucionales, ni puede confundirse la personalidad de aquella ni las funciones del presidente como jefe de Estado, jefe de gobierno y primera autoridad administrativa, con la cogestión de las superintendencias, autoridades regulatorias, fondos² y otras estructuras que gozan de autonomía y tienen sus propias autoridades que las representan.

REF.: TUTELA. FALLO. DEFENSORÍA DEL PUEBLO. LEGITIMACIÓN PARA INCOAR LA ACCIÓN COMO AGENTE OFICIOSO. REQUISITOS INSTRUMENTALES Y CARGA DE LA PRUEBA. ACTUACIÓN DISCIPLINARIA CONTRA AUXILIAR DE POLICÍA: PRINCIPIO DE SUBSIDIARIDAD Y REQUISITO DE INMEDIATEZ. OBLIGACIONES DE SANIDAD POLICIAL: INDEPENDENCIA RESPECTO DE LA SITUACIÓN DISCIPLINARIA DEL INTERESADO.

Nº de Radicación	850012333000-2014-00160-00
Medio de Control	TUTELA
Demandante	DEFENSORÍA DEL PUEBLO REGIONAL CASANARE agente oficioso de LUIS ALFREDO

¹ Entre otras recientes, TAC sentencia del 8 de abril de 2013, ponente José Antonio Figueroa Burbano, radicado 850012333001-2013-00054-00.

² Al proceso popular fue vinculado el Fondo de Adaptación y es destinatario de órdenes concretas en medidas cautelares y la sentencia de fondo.



	PÉREZ MEDINA
Demandado	NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - POLICÍA NACIONAL
Fecha Providencia: Seis (06) de agosto de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: El defensor seccional Casanare de la Defensoría del Pueblo actúa como agente oficioso del señor X con el fin de solicitar el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la salud en conexidad con la vida y a la vida digna, presuntamente vulnerados por la autoridad accionada con ocasión del proceso disciplinario adelantado en su contra y la interrupción de la atención integral en salud. Fue destituido e inhabilitado por 10 años para desempeñar empleos y funciones públicas, pues se ausentó de sus funciones cuando se desplazó a la ciudad de Bogotá con el fin de poner en conocimiento anomalías presentadas en la institución.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Es procedente la intervención de la Defensoría del Pueblo para agenciar derechos ajenos en acciones de tutela, debiendo acreditar la petición previa del interesado o circunstancias específicas que impidan al afectado acudir por sí mismo?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Legitimación en la causa por activa	Defensoría del Pueblo Agencia oficiosa Requisitos formales / requisitos instrumentales
Agencia oficiosa	Defensoría del Pueblo Legitimación en la causa por activa Requisitos formales / requisitos instrumentales
Agencia oficiosa	Defensoría del Pueblo Legitimación en la causa por activa Carga de la prueba

TESIS: Sí, cuando el directamente interesado lo solicite al defensor del pueblo; o tratándose de un mayor de edad, que esté en situación de desamparo e indefensión que le imposibilite defenderse por sí mismo, presupuestos objetivos que el agente oficioso debe constatar y expresar en el respectivo libelo.

ARGUMENTOS:

1. La jurisprudencia constitucional³ ha precisado la competencia de los defensores del pueblo y personeros municipales y distritales para iniciar acciones de tutela en nombre de cualquier persona así: "...son competentes para iniciar la acción de tutela en las siguientes circunstancias: (i) cuando actúe en representación de una persona que lo haya solicitado (autorización expresa); (ii) cuando la persona se encuentre desamparada o indefensa; y (iii) cuando se trate de situaciones de vulneración de los derechos fundamentales de menores o incapaces, incluso en contra de su voluntad o la de sus representantes legales".
2. La "autorización expresa" a la que se hace referencia en el párrafo anterior y con la cual se legitima la actuación de los agentes del Ministerio Público no es un prerrequisito con las formalidades de un poder,

³ Corte Constitucional. Sentencia T-460 del 21 de junio de 2012. M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio.



sino que esta se puede entender o suplir con una solicitud verbal; no obstante quien pretenda actuar como agente oficioso institucional debe pedir y corroborar explicación de la situación de indefensión o desamparo para legitimar su actuación; igualmente, acompañar los elementos probatorios de los que disponga para sustentar dicha intervención.

3. En el **caso concreto** quien acudió al estrado fue el defensor del pueblo regional Casanare quien acreditó su investidura. No obstante habersele requerido desde el auto admisorio de la tutela, no ofreció explicación ni evidencia alguna acerca de la existencia de la solicitud que dijo le hizo el señor X para que actuara por este como agente oficioso en la acción de la referencia; ni manifestó cuáles eran las razones de indefensión o desamparo que lo impulsaron a actuar en representación de dicha persona, mayor de edad.
4. Ni las pruebas acompañadas con el libelo ni las recaudadas permiten identificar cuál sea el presupuesto objetivo que impida al señor X promover su propia defensa, pues no padece de ninguna enfermedad mental; sus dolencias cardiovasculares tampoco estorban su movilidad ni el ejercicio de sus derechos, sin que se haya registrado en la historia clínica o en otros medios que esté en *incapacidad* funcional para valerse por sí mismo.
5. El agente oficioso institucional no cumple con los tres eventos reconocidos por la jurisprudencia para que pueda acudir en representación e interés de un sujeto de derechos mayor de edad, puesto que: (i) *no obra en el expediente solicitud expresa del interesado pidiendo se agencien sus derechos*, (ii) *no obran explicaciones del defensor del pueblo regional Casanare dentro de la demanda que permitan dilucidar la situación de indefensión o desamparo del sujeto que le imposibilite ejercer su propia defensa*, y (iii) *el sujeto para quien se pide protección no es un menor de edad ni un incapaz que no pueda valerse por sí mismo*.

REF.: TUTELA. FALLO. DERECHO DE PETICIÓN. OMISIÓN DE RESPUESTA. INTRODUCCIÓN A CORRESPONDENCIA: NO CONSTITUYE ENTREGA AL DESTINATARIO. ANUNCIO DE RESPUESTA DE FONDO: LA EJECUCIÓN REQUIERE PRUEBA DEL HECHO.

Nº de Radicación	850012333000-2014-00180-00
Medio de Control	TUTELA
Demandante	JOSÉ ORLANDO CEPEDA ALBARRACÍN.
Demandado	DIRECCIÓN DE SANIDAD - EJÉRCITO NACIONAL
Fecha Providencia: Veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: El actor solicita el amparo del derecho fundamental de petición presuntamente vulnerado por la autoridad accionada por la falta de respuesta de fondo a la petición impetrada. En el mes de enero de 2010 sufrió un accidente mientras prestaba servicio militar obligatorio; como consecuencia de lo anterior gestionó la realización de la ficha médica unificada siendo recibida hasta el 11 de abril de 2013 por la entidad; afirmó que en varias oportunidades ha solicitado a la Dirección de Sanidad lo convoque para la realización de la Junta Médica Laboral de retiro, sin recibir respuesta alguna.



PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Existe menoscabo al derecho fundamental de petición por no haberse contestado dentro del término legal el derecho de petición formulado por quien sufrió un accidente mientras prestaba servicio militar obligatorio, pese a que en el curso de la acción constitucional se produjo una **respuesta elusiva**?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
<i>Derecho de petición</i>	Respuesta en trámite de tutela Anuncio respuesta de fondo Respuesta elusiva

TESIS: Sí. Resulta ostensible la vulneración del núcleo esencial del derecho fundamental de petición del actor, imputable a la accionada comoquiera que la actuación por esta surtida es insuficiente por no haberse proferido ni dado a conocer respuesta de fondo al interesado. Los jueces constitucionales no son los titulares del derecho de petición que amparan, luego no basta dirigir a los expedientes de tutela las copias de las respuestas, además extemporáneas: el ordenamiento tiene clarísimo el término y la forma en que deben ser atendidas dichas solicitudes.

ARGUMENTOS:

1. Los estándares constitucionales han definido sistemáticamente que le son inherentes: i) el deber de respuesta oportuna; ii) el pronunciamiento de fondo acerca de lo solicitado; y iii) la obligación de dar a conocer la decisión al respectivo interesado, lo que no se satisface a través del juez de tutela, porque no es el titular del derecho. Y todo ello aplica a los diferentes eventos en que el ciudadano acude ante la autoridad, use o no la palabra *ritual*, a provocar una manifestación funcional de la misma, que *informe* o *decida* acerca de algún aspecto de su competencia⁴.
2. La entidad accionada dio una respuesta a la petición incoada, por fuera del término previsto por el artículo 14 de la Ley 1435 de 2011, el cual establece la obligación de responder oportunamente las peticiones elevadas por los ciudadanos a las autoridades administrativas.
3. Se probó la existencia de una comunicación de fecha 20 de agosto de 2014, la cual informó al interesado que no se había podido programar Junta Médica Laboral por retiro porque no se había allegado el concepto médico por la especialidad de cirugía maxilofacial solicitado. Dicho oficio no puede entenderse como una respuesta de fondo, sino una manifestación evasiva a la petición, aduciendo que no fue posible atender la misma, pues para justificar su demora afirma que fue por culpa del interesado que no se dio respuesta en tiempo y no se accedió a lo solicitado.

⁴ CConst., sentencia T-814 de 2005, J. Araujo. En el nivel local, ver TAC, sentencia del 1º de febrero de 2007, N. Trujillo, expediente 2007-00005-00, línea reiterada en fallos del **27-IV-2007**, e2007-00032-00; **01-III-2007**, e2007-00013-00; **12-IV-2007**, e2007-00311-01; **12-VII-2007**, e2007-00055-00 y del **11-II-2009**, e2009-00011-00; **14-V-2009**, e2009-00051-00 y del 28-II-2011, e2011-00016-00; y más recientemente, sentencia del **12-II-2012**, e2012-00012-00 y del **5-III-13**, e2013-00029-00 entre otras del mismo ponente.



4. En cuanto a la obligación de dar a conocer la decisión al respectivo interesado, no se acreditó que la misma haya sido puesta en conocimiento del actor ni obra acuse de recibido del mismo pues, si bien obra copia de la guía de envío por la empresa de correspondencia, la misma es ilegible y no permite corroborar que dicha comunicación fue enviada al peticionario y a la dirección por este aportada; por tanto no puede inferirse su conocimiento.

CUMPLIMIENTO

Ref.: CUMPLIMIENTO. Fallo. SUBSIDIO PARA VIVIENDA. CONSTITUCIÓN DE RENUENCIA: BASTA LA IDENTIFICACIÓN SUMARIA DEL DEBER OMITIDO. PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA Y VENCIMIENTO DE LOS PROPIOS PLAZOS FIJADOS POR LA AUTORIDAD ACCIONADA.

Nº de Radicación	850013333002-2014-00153-01
Medio de Control	CUMPLIMIENTO
Demandante	HERMINDA VEGA RINCÓN
Demandado	GOBERNACIÓN DE CASANARE
Fecha Providencia: Quince (15) de agosto de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se controvierte el presunto incumplimiento de actos administrativos que asignaron un subsidio de vivienda en la modalidad de *mejoramiento* otorgado a la accionante. La demandante indicó que mediante Resolución n.º 0734 de 2011 fue seleccionada en el puesto 68 como beneficiaria de un subsidio de vivienda de interés social para la construcción y/o (sic) saneamiento básico de viviendas en el departamento de Casanare; presentó derechos de petición solicitando se le informara por qué no se había dado cumplimiento a dicha Resolución, a lo cual la entidad oficiada le respondió que la misma había sido modificada y que se estaban adelantado los trámites administrativos necesarios para dar cumplimiento al último acto administrativo.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Basta la identificación sumaria del deber omitido para efectos de constituir en renuencia al departamento de Casanare quien emitió acto administrativo en el que indicó que la actora fue seleccionada como beneficiaria de un subsidio de vivienda, pese a que alude que la mora se debe a circunstancias ajenas a la entidad?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Acción de cumplimiento	Renuencia Identificación deber omitido Subsidio de vivienda
Principio de confianza legítima	Acción de cumplimiento Renuencia Identificación deber omitido

TESIS: Sí. Quedó debidamente determinado el deber omitido, porque se puede pregonar que la misma Administración adquirió unas obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles⁵ a favor de la actora; además la entidad reconoció su existencia y alcances.

⁵ La Sala ha hecho el símil con la actuación ejecutiva, por ejemplo en sentencia del 17 de julio del 2008, radicado 850013331002-2008-00032-01 (2008-055), ponente N. Trujillo.



ARGUMENTOS:

1. El departamento de Casanare suscribió un convenio con la Inversora Manare Ltda. para cofinanciar, entre otros, subsidios en la modalidad de mejoramiento de vivienda dispersos en el departamento; mediante Resolución X asignó inicialmente a 69 personas, entre ellas la demandante, un subsidio de vivienda de interés social consistente en un aporte en dinero por la suma de ocho millones de pesos (\$8.000.000) por cada núcleo familiar; **no dispuso cómo se ejecutarían los mismos**, no obstante, al observar el convenio la Inversora Manare Ltda. “cogestor” se comprometió a cumplir con determinadas obligaciones de forma clara y expresa. Posteriormente, dicho acto fue modificado disminuyendo el número de subsidios y aumentando el monto de los mejoramientos de vivienda.
2. Se trata de obligaciones de *resultado*, pues las actividades (administrativas y contractuales) realizadas son insuficientes para cumplir la finalidad del programa asistencial: no basta elaborar documentos, manifestar intenciones o buenos propósitos, hacer ajustes, pues hasta tanto se alcancen los efectos materiales esperados, capaces de producir el mejoramiento objetivo de la vivienda de la beneficiaria, se estará ante la prédica de gestiones públicas, pero no de su *eficacia* en los términos del art. 209 de la Carta.
3. En dichas resoluciones no se estableció un cronograma; tampoco plazos de ejecución. Lo anterior quedó determinado con la prueba aportada, comoquiera que en dichos actos administrativos solo se resolvió asignar los subsidios, plantear situaciones como constitución de patrimonios autónomos, trámite de escrituración, sanción por dar información fraudulenta y/o falsa; pero las obligaciones contraídas, el alcance del subsidio y las condiciones de cofinanciación se precisaron en el convenio “de unión temporal” celebrado por el departamento con la Inversora Manare en donde se señaló un plazo de ejecución de 12 meses.
4. Casanare ofreció como defensa de su demora que después de celebrar el “convenio de unión temporal” con la Inversora Manare Ltda., expidió las resoluciones de asignación de subsidios, se efectuaron modificaciones al convenio, tuvieron dificultades con la interventoría que conllevó a la declaratoria de incumplimiento del contrato, retrasándose así la ejecución del proyecto, lo que implicó nuevamente solicitar el “desaplazamiento” de regalías para de nuevo contratar la interventoría.
5. Se trata de actividades orientadas al fin jurídicamente relevante, pero no son sino *medios* cuyos *productos* todavía no se han alcanzado. La autoridad ha obrado, pero por motivos que no tienen que discernirse aquí subsiste un debate contractual entre el departamento y un tercero. Hasta tanto la entidad contratante haga que el contrato sea efectivamente ejecutado y entregados a satisfacción los trabajos encomendados para colmar las necesidades de los beneficiarios del subsidio, se sigue en el campo de las expectativas. Y ello no basta.



REPARACIÓN DIRECTA

REF.: FALLO: RD. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR USO DE ARMAS OFICIALES. MUERTE DE CIVIL EN PRESUNTO COMBATE. DUDAS PROBATORIAS. IN DUBIO PRO DAMATO. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. OPERACIÓN MILITAR IRREGULAR Y EXCESO DE FUERZA. RECLAMACIÓN DE PERJUICIOS MORALES POR FAMILIA EXTENSA: DEBE PROBARSE EL DAÑO. DEPENDENCIA ECONÓMICA DEBE PROBARSE PARA RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MATERIALES. SENTENCIA REITERATIVA⁶.

Nº de Radicación	850012331002-2011-00213-00
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	MAURO ANDRÉS BARRERA y otros.
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Fecha Providencia: Catorce (14) de agosto de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se controvierte la responsabilidad del Estado por la muerte de un ciudadano causada por miembros del Ejército que irrumpieron en su lugar de habitación haciendo uso de las armas oficiales. Se deprecian perjuicios materiales y morales para los miembros de su familia y a terceros por los lazos de afecto y cohabitación que dicen haber mantenido con la víctima directa.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿A quién le corresponde la carga de la prueba cuando se juzga responsabilidad del Estado por la muerte de civiles causada con armas oficiales y en el desarrollo de actividades militares?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Responsabilidad extracontractual	Operaciones militares Uso de armas oficiales Carga de la prueba
Uso de armas oficiales	Operaciones militares Dudas probatorias Principio <i>pro damato</i>
Principio <i>pro damato</i>	Operaciones militares Uso de armas oficiales Dudas probatorias

TESIS (abierta): Al Estado, pues se encuentra sometido a la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad por el empleo de armas oficiales, tenidos tales como *instrumentos peligrosos*; está llamado a discernir ante el juez las situaciones fácticas y las explicaciones de las mismas para dar paso a configurar eximentes de responsabilidad; si no lo hace, el principio *pro damato* es el instrumento adecuado para solventar las dudas.

ARGUMENTOS:

⁶ Los mismos hechos fueron juzgados en la sentencia estimatoria TAC del 22 de mayo de 2014, ponente José Antonio Figueroa Burbano, radicación 85001 3331 - 002- 2012 – 00011- 01 (son diferentes los demandantes). De ella se toman apartes relativos a valoración de pruebas comunes a los dos procesos (trasladadas de investigación penal) y algunas conclusiones relativas a la declaratoria de responsabilidad del Estado.



1. Aunque con frecuencia se alude al DIH y los deberes de garante, cuando las *bajas* se causan en desarrollo de presuntos o reales combates con el *enemigo*, esto es, en el contexto del conflicto armado interno, esta vez se acudirá al título de imputación simple de *daño causado por la Fuerza Pública con las armas oficiales*, pues la patrulla del Ejército actuó como si tuviera a su cargo funciones de Policía Judicial, para realizar por su cuenta una captura, que ninguna autoridad competente ordenó. No se trata de una hipótesis de *daño colateral*, ni de quebranto del *principio de distinción*, sino de una tropelía cometida por servidores públicos.

2. Esta Corporación ha afianzado los efectos de la *presunción judicial de falla*, superando la escueta literalidad del art. 177 del C. de P.C., tanto en virtud de la tradicional asignación a la Administración de mayor *onus probandi* cuando ha causado la lesión o la muerte de cualquier humano mediante el empleo de las armas oficiales, tenidos tales como *instrumentos peligrosos* según la milenaria concepción de las instituciones de la responsabilidad aquiliana, como porque en una visión humanista contemporánea de las garantías inherentes a la persona, el Estado garante de los derechos humanos no puede permanecer impasible frente al daño consumado: tiene un deber asociado al *ius puniendi*, de revelar en qué circunstancias se causó el daño, quién fue el autor, individualizarlo, juzgarlo y si fuere el caso, penarlo conforme al sistema de fuentes⁷.

3. El superior funcional ha indicado cuando se trata de juzgar la responsabilidad del Estado, bajo el régimen objetivo de imputación objetivo o por riesgo excepcional, lo siguiente: “*En la tercera etapa, a partir de 1992, se favoreció como regla el régimen de responsabilidad al considerarse que el porte, uso y manipulación de las armas de dotación oficial constituye una actividad peligrosa, dándose pasó a la presunción de responsabilidad. (...) Es necesario que en el expediente se pueda establecer la existencia de los elementos indispensables para que proceda a declararse la responsabilidad extracontractual de la administración pública fundada en el título objetivo del riesgo excepcional, cuando se trata del uso de armas de dotación oficial, o de actividades en las que se utilicen las mismas*⁸.”

4. En cuanto a la regla de distribución de la carga de probar, el Tribunal ha mencionado en ocasiones anteriores lo siguiente: “[...] *Los hechos probados y las dudas que razonablemente provoca la lectura del plenario son suficientes para mantener incólume la presunción de responsabilidad del Estado, por uso de las armas oficiales (riesgo excepcional) contra una persona protegida (infracción al principio de distinción), pues la Administración no probó la eximente de culpa exclusiva de la víctima que adujo; ha de estarse a las consecuencias del art. 177 del C. de P.C.*⁹”¹⁰

⁷ TAC, sentencia del 5 de agosto de 2010, ponente Néstor Trujillo González, radicado 850012331002-2008-00373-00. (PRECEDENTES)

⁸ CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN C. Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, fallo del 30 de enero de 2013, radicación número: 68001-23-15-000-1999-01848-01(24987).

⁹ TAC, sentencia del 26 de marzo de 2009, N. Trujillo, radicado 2006-00249-01; y del sentencia del 5 de agosto de 2010 ya citada, radicado 850012331002-2008-00373-00

¹⁰ Cita reiterada en la sentencia del 29 de septiembre de 2010, N. Trujillo, radicado 2008-00315-01 y en la sentencia del 27 de febrero de 2014 magistrado H. Ángel Ángel, radicado 2009-00247-01.



PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Puede aplicarse la presunción de la existencia de perjuicio moral a favor de los integrantes de la familia extensa de la víctima directa?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
<i>Presunción judicial</i>	Perjuicios morales Familia extensa Improcedencia
<i>Perjuicios morales</i>	Presunción judicial Familia extensa Improcedencia
<i>Aspectos probatorios</i>	Perjuicios morales Familia extensa Presunción judicial improcedente

TESIS: No. La cercanía y la comunidad de afectos son menos frecuentes y visibles entre una persona y su familia extensa; por ello no es suficiente suponer la afectación, sino que deben demostrarse los hechos indicadores de los que pueda inferirse¹¹.

ARGUMENTOS:

1. No se trata de suponer que no pueda existir o que siempre tenga que ser de menos calidad el componente afectivo, cuando se traban esas relaciones de familiaridad, afecto y solidaridad, entre los integrantes de la familia extensa. Puesto que la compleja realidad de la vida en pareja y familia ofrece matices diversos, no tiene por qué sorprender que el juez no presuma por la sola demostración del parentesco la existencia de los aludidos nexos de una intensidad tal que por sí solos le permitan suponer razonablemente el grado de tristeza, perturbación o afectación entre una familia extensa, de grado similar a la que probablemente ocurra entre los miembros de la familia nuclear.
2. La conformación de la familia extensa, la distribución de sus miembros frecuentemente entre múltiples hogares, en diversas ubicaciones geográficas, cada uno ocupado de sus propios asuntos, hace que compartir vivencias, dones de la vida o las contrariedades de la misma, ocurra con menos periodicidad, con menor intensidad o simplemente ni siquiera acontezca. Lo que se trata de averiguar judicialmente es la íntima y personalísima perturbación del ánimo o la afectación del plano emocional del perjudicado, que se infiere de la demostración de un hecho indicador, materialmente expresado y visible en virtud de la calidad, la frecuencia y la intensidad de la relación interfamiliar que los una con quien recibió directamente la actividad lesiva imputable al que deba responder por el daño.

¹¹ Dicho problema jurídico fue desarrollado en aclaración de voto a la sentencia del 26-IX-2013, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, reparación directa radicado 850013331701-2009-00027-01, ACLARACIÓN DE VOTO del magistrado Néstor Trujillo González. Igualmente, aclaración del mismo autor a la sentencia del 26 de septiembre de 2013, ponente CARLOS ALBERTO HERNÁNDEZ, radicado 850012331003-2012-00160-00.



3. Eso es lo que se exige probar: el hecho indicador, que se puede percibir por los sentidos de quienes observen el comportamiento de los interesados, o reconstruir mediante los medios ordinarios de prueba. Nada excepcional, ninguna carga excesivamente gravosa para un demandante que tenga representación judicial acuciosa; desde luego si es cierto, pues acorde con el dicho de la sabiduría popular “más rápido cae el mentiroso que el cojo”, cuando se pretenda simular relaciones familiares de calidad que realmente no hayan existido.

4. Lo que no parece admisible, en términos generales, es que se proponga la pretensión fundada únicamente en la demostración de los vínculos de parentesco entre la víctima y la familia extensa, y que se deje todo lo demás a la espera de que las presunciones judiciales cubrirán la eventual negligencia probatoria de la parte actora.

Ref.: RD. FALLO. MEDIO DE CONTROL: REPARACIÓN DIRECTA. ACCIDENTE DE TRÁNSITO. OMISIÓN DE SEÑALIZACIÓN DE OBRA EN VÍA PÚBLICA. TÍTULO DE IMPUTACIÓN: FALLA DEL SERVICIO POR INCUMPLIMIENTO DE DEBER DE CONTROL ADMINISTRATIVO. REQUISITOS PARA LA CONFIGURACIÓN DE FALLA DEL SERVICIO POR OMISIÓN. Exigencias mínimas de los dispositivos de señalización nocturna. INEXISTENCIA OBLIGACIÓN DE COBERTURA DE LA ASEGURADORA: Quien la llamó en garantía no es parte en el contrato de seguro. REGULACIÓN DE PERJUICIOS MORALES Y MATERIALES: LESIONES LEVES.

Nº de Radicación	8500133317002-2011-00223-01
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	LUIS ALBERTO TIBADUIZA Y OTROS
Demandado	MUNICIPIO DE YOPAL Y OTROS

Fecha Providencia: Catorce (14) de agosto de dos mil catorce (2014)

ANTECEDENTES: Se controvierte la presunta responsabilidad patrimonial del Estado como consecuencia de un accidente originado por la caída de un motociclista en un “hueco” correspondiente a una obra pública adelantada por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Yopal E.S.P, mientras se desplazaba en el perímetro urbano del mencionado municipio, ocasionándole múltiples lesiones, especialmente en su pierna derecha; se ha indicado que se omitió el deber de señalar adecuadamente el sitio de los trabajos.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Le es atribuible responsabilidad patrimonial al Estado por los perjuicios ocasionados a un particular que cae en una excavación de una obra pública como consecuencia de la omisión en la señalización nocturna de la intervención en la vía?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Accidente de tránsito /	Omisión señalización Obra pública / ejecución de obra pública



	Falla del servicio
Falla del servicio	Accidente de tránsito Omisión señalización Obra pública / ejecución de obra pública

TESIS: Sí. Pues se materializa un incumplimiento del contenido obligacional impuesto respecto de la señalización de calles y carreteras afectadas por obras, lo que supone la configuración de una *falla del servicio por omisión*, debido al desconocimiento de la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo del Estado, que origina un daño antijurídico

ARGUMENTOS:

1. El Consejo de Estado se ha referido en múltiples ocasiones acerca de la falta de señalización en obras públicas y el régimen de responsabilidad aplicable en eventos en los que se originan daños a particulares. En efecto, ha concluido que el Estado responde bajo el título de imputación *falla del servicio* cuando se constata la ocurrencia de un incumplimiento omisivo al contenido obligacional impuesto normativamente a la Administración. ..“La falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura **por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo**”¹².
2. Podrán aplicarse los dos regímenes de responsabilidad (subjetivo u objetivo), dependiendo de las circunstancias concretas¹³; sin embargo, si efectivamente se logra comprobar el incumplimiento de una obligación legal o reglamentaria, aunque el afectado sea un *tercero* respecto de la contratación o ejecución de los trabajos públicos, se acudirá al título de imputación *falla del servicio* bajo el régimen de responsabilidad subjetivo, pues esa declaración judicial definirá no solo cómo deba repararse el daño, sino que propenderá porque las autoridades adopten políticas públicas de prevención y mitigación, alertadas o advertidas por los gravosos efectos de una condena.
3. El Consejo de Estado ha expuesto que la responsabilidad de la administración se ve comprometida cuando se encuentran acreditados los siguientes elementos: i) la existencia de una obligación legal o reglamentaria a cargo de la entidad demandada de realizar la acción con la cual se habrían evitado los perjuicios (obligación de señalización establecida en una ley o reglamento); ii) la omisión de poner en funcionamiento los recursos de que se dispone para el adecuado cumplimiento del deber legal, atendidas las circunstancias particulares del caso (omisión en la señalización); iii) un daño antijurídico, y iv) la relación causal entre la omisión y el daño (que sea consecuencia de la omisión de señalización)¹⁴.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A. Sentencia del 7 de abril de 2011, ponente: Mauricio Fajardo Gómez. Radicado: 52001-2331-000-1999-00518-01 (20750). Reiteración Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 30 de noviembre de 2006, exp. 14880.

¹³ TAC, sentencia del 10 de julio de 2014, radicado 85001-3331-001-2006-00159-01, ponente José Antonio Figueroa Burbano. **Asunto litigioso:** Se discutió la presunta responsabilidad del departamento de Casanare, municipio de Yopal y EAAY como consecuencia de las lesiones causadas a un menor de edad que cayó en un hueco producto del sistema de alcantarillado del municipio.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, consejera ponente (e): Gladys Agudelo Ordoñez, Bogotá, veinticinco (25) de agosto de dos mil once (2011) radicación número: 76001-23-31-000-1997-03685-01(20133).



- La señalización de las obras en las vías públicas durante las horas **nocturnas** debe cumplir con los requisitos de los **dispositivos luminosos** contemplados en el Manual de Señalización Vial (Resolución 1050 de 2004 del Ministerio de Transporte); cada uno de estos dispositivos tiene una finalidad concreta. Dichos requisitos no son únicamente para las *carreteras* o vías externas al perímetro urbano; el sentido común, la prevención de riesgo previsible y la mitigación de los efectos adversos de las intervenciones materiales en la malla vial urbana determinarán en cada caso, atendidas las circunstancias (complejidad de los trabajos, área afectada, extensión de las obras, flujos vehiculares, duración etcétera), si se requieren todas ellas combinadas o algunas, siempre preservando la eficacia para evitar sorpresas a los usuarios.

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Está llamada a responder la aseguradora por los daños ocasionados a un particular (tercero beneficiario) como consecuencia de la omisión de señalización en una obra pública, en virtud de llamamiento en garantía realizado por la entidad contratante, diferente al tomador del seguro y al asegurado?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
<i>Póliza de seguros</i>	Entidad aseguradora Obligación de cobertura Inexistencia
<i>Llamamiento en garantía</i>	Entidad aseguradora Obligación de cobertura Inexistencia
<i>Contrato de seguro</i>	Tomador del seguro Llamante en garantía Inexistencia

TESIS: No. Pues no existe una obligación exigible a favor del llamante en garantía; no es parte en el contrato de seguro, por lo que no puede pretender hacer efectiva la póliza de responsabilidad civil extracontractual en el evento en el que se ocasionen daños atribuibles a su conducta u omisión. Quien debió hacer uso de la figura procesal del *llamamiento en garantía* debió ser el tomador del seguro o el asegurado, a quien pudo vincularse al proceso por iniciativa de la entidad contratante.

ARGUMENTOS:

- De conformidad con el art. 1036 del Código de Comercio, el contrato de seguro es un acuerdo entre una persona denominada **asegurador** que asume el riesgo que le traslada otra llamada **tomador**, quien se compromete a pagar una prima por tal concepto; concurre otro sujeto de derechos, en calidad de **asegurado**, que puede ser el mismo tomador u otro, a quien precisamente se atribuirá la realización de la conducta riesgosa que requiera el aseguramiento. Es así un verdadero acuerdo que se configura como **ley**



para las partes, de lo que deviene su carácter **consensual y bilateral**. Así, las partes se someten a lo que taxativamente quedó contemplado en la *póliza de seguro*.

2. El vínculo jurídico que se traba entre el asegurador y quien legítimamente lo llama en garantía para que reembolse total o parcialmente la condena que se imponga al segundo **no genera solidaridad** frente al tercero demandante o perjudicado. Si bien existe *acción directa* del tercero beneficiario del seguro contra el asegurador, caso en el cual ha de ser convocado este como demandado principal, cuando el demandante opta por atacar al presunto autor del daño (o al garante de la actividad peligrosa), el vínculo contractual permitirá a la pasiva llamar en garantía a su asegurador, para que si aquella resulta vencida, este le responda según los amparos, límites y sublímites convenidos.
3. El desplazamiento de eventuales riesgos asegurados opera únicamente entre el tomador o asegurado y el asegurador; el segundo toma la posición patrimonial de los primeros y puede ser convocado a responder dentro de los límites pactados (coberturas, amparos, valores asegurados, exclusiones, deducibles, etcétera), habilitación contractual para exigir tal responsabilidad que no se *comunica per se* a otros vínculos contractuales trabados entre el tomador o asegurado y quienes con él celebran negocios jurídicos.

Ref.: REPARACIÓN. Fallo C.C.A. SERVICIOS MÉDICO ASISTENCIALES. TÍTULO DE IMPUTACIÓN FÁCTICA: FALLA PROBADA DEL SERVICIO. DEMORAS EN PROCESO DE REFERENCIA Y CONTRAREFERENCIA. DAÑO ESTÉTICO: REINTERVENCIÓN POR LESIÓN QUIRÚRGICA. INDIVIDUALIZACIÓN DE LA IMPUTACIÓN FÁCTICA. ENTE QUE INTERVINO QUIRÚRGICAMENTE ABSUELTO, SIN REPARO DE LOS DEMANDANTES. PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD. TASACIÓN DE PERJUICIOS. Reiteración.

Nº de Radicación	850013331702-2012-00065-01
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	EUFRACIO FUENTES RAMÍREZ (sucesores procesales) y otros
Demandado	HOSPITAL DE YOPAL y RED SALUD CASANARE E.S.E.
Fecha Providencia: Veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se decide apelación de la sentencia que recayó en el ordinario de reparación directa de la referencia, en el cual se controvierte la responsabilidad institucional de las demandadas por los perjuicios irrogados con ocasión de la deficiente e indebida atención médica, quirúrgica y hospitalaria prestada al señor X. Una de las demandadas apeló el fallo estimatorio. Se le reprocha al hospital imprecisión diagnóstica y demoras en la remisión a la institución quirúrgica de mayor complejidad, a la que se le atribuye haber dado lugar a reintervención (laparotomía) de la que se derivó cicatriz protuberante.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿La falla asistencial por la demora en ordenar y ejecutar la remisión de un paciente (referencia y contra referencia) da lugar a declarar responsabilidad médica a una institución hospitalaria que lo atendió en dos oportunidades, finalmente remitido a otra IPS donde se le practicó apendicetomía y por las complicaciones tuvo que hacerse una segunda intervención quirúrgica (laparotomía)?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Servicios médico asistenciales	Falla del servicio Demora remisión paciente



	Lesión quirúrgica
Falla médica	Servicios médico asistenciales Demora remisión paciente Daño estético

TESIS: Si la demora en la remisión del paciente y la ejecución de la orden médica comprometen su vida o la salud, las instituciones hospitalarias deben responder bajo el régimen de falla probada del servicio; máxime cuando el paso del tiempo para aquellos acorde con el cuadro clínico (apendicitis aguda) termina provocando efectos adversos, pues tales demoras atentan contra el derecho a la atención oportuna, integral y eficaz del paciente.

ARGUMENTOS:

1. Frente al sistema de referencia y contrareferencia se tiene que es el Estado, de conformidad con la potestad concedida en el artículo 49 de la Carta Política, el encargado de reglamentar y organizar los niveles de atención para la prestación de los servicios de salud acorde con los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad; la Ley 100 de 1993, al diseñar el Plan Obligatorio de Salud, en el artículo 162, parágrafo 5º, señala para la prestación de dichos servicios que todas las Entidades Promotoras de Salud establecerán un *sistema de referencia y contrarreferencia* para que el acceso a los servicios de alta complejidad se realice por el primer nivel de atención, excepto en los de urgencias.
2. El Decreto 4747 de 2007¹⁵, en el Capítulo I, artículo 3º, define dicho sistema *como el conjunto de procesos, procedimientos y actividades técnicas y administrativas que permiten **prestar adecuadamente los servicios de salud a los pacientes, garantizando la calidad, accesibilidad, oportunidad, continuidad e integralidad de los servicios**, en función de la organización de la red de prestación de servicios definida por la entidad responsable del pago.* Esta misma norma en los parágrafos 1º y 2º hace referencia a la organización de la red y la difusión de la misma.
3. Entendida la *referencia* como el envío de pacientes o elementos de ayuda diagnóstica por parte de un prestador de servicios de salud a otro prestador para atención o complementación diagnóstica que, de acuerdo con el nivel de resolución, dé respuesta a las necesidades de salud, existe falla médica asistencial en aquellos eventos en que se acredite que por la demora en la remisión el paciente fue privado del derecho de recibir oportunamente adecuada y eficaz atención integral en salud.

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Procede imputar responsabilidad médica por pérdida de oportunidad, respecto de un paciente cuya demora en su remisión incidió en las complicaciones presentadas durante un procedimiento quirúrgico (apendicetomía), las cuales dieron lugar a una segunda intervención médica (laparotomía)?

¹⁵ Por medio del cual se regulan algunos aspectos de las relaciones entre los prestadores de servicios de salud y las entidades responsables del pago de los servicios de salud de la población a su cargo, y se dictan otras disposiciones.



<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
<i>Pérdida de oportunidad</i>	Falla médica Demora remisión paciente Lesión quirúrgica
<i>Pérdida de oportunidad</i>	Falla asistencial Demora remisión paciente Lesión quirúrgica
<i>Falla médica</i>	Pérdida de oportunidad Demora remisión paciente Daño estético

TESIS: Sí. La jurisprudencia ha señalado que la simple privación de oportunidad de alivio o sobrevida de un paciente por omisión asistencial puede comprometer responsabilidad administrativa, con prescindencia del grado de lesividad del resultado; la conducta negligente de la IPS que actúa como centro de referencia incidió en la realización de la segunda intervención a la que se sometió el paciente pues el factor tiempo actúa desfavorablemente frente a un diagnóstico de apendicitis aguda.

ARGUMENTOS:

1. Para los eventos de pérdida de oportunidad la jurisprudencia del superior funcional y la línea seguida por la Corporación¹⁶ se han orientado hacia su identificación, reconocimiento y reparación como **daño autónomo**, que puede diferenciarse del resultado lesivo propiamente dicho, cuando está comprometida la salud de un paciente con desenlace fatal, o con complicaciones o secuelas que habrían podido evitarse o mitigarse.
2. En ocasión anterior, el Tribunal se refirió a la pérdida de oportunidad y dijo: *“el juez deberá valerse de todos los medios probatorios allegados al expediente, para aproximarse al porcentaje que constituye la pérdida de la oportunidad en el caso concreto, pues de la determinación del mismo, dependerá el porcentaje sobre el cual se debe liquidar la condena, en atención a los montos máximos reconocidos por la jurisprudencia¹⁷. “(...) la pérdida de la oportunidad, además de constituir un perjuicio independiente, se estudia y se define desde la imputación fáctica, como el elemento que permite imputar daños, a partir de la aplicación concreta de estadísticas y probabilidades en cuanto a las potencialidades de mejoramiento que tenía la persona frente a un determinado procedimiento u obligación médica que fue omitida o ejecutada tardíamente”¹⁸.*
3. El Consejo de Estado en otra sentencia posterior¹⁹ mencionó: *“la Sala considera que la conducta omisiva que resulta reprochable es aquella en que incurrió la Empresa de Acueducto y Saneamiento Básico de Barrancabermeja -*

¹⁶ TAC, sentencia del 22 de mayo de 2014, radicado 850013331002-2012-00096-01, ponente: Néstor Trujillo González. Reiterada en sentencia del 31 de julio de 2014, radicado 850013331002-2012-00003-01, del mismo ponente.

¹⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera (C), sentencia 25.869 del 24 de octubre de 2013, ponente Enrique Gil Botero, radicación 68001-23-15-000-1995-11195-01, en la que se recoge e identifica la línea. Toda la transcripción, inusualmente extensa pero de alta valía académica, corresponde a dicho fallo

¹⁸ Tac, sentencia del 22 de mayo de 2014, radicado 850013331002-2012-00096-01, ponente: Néstor Trujillo González.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. SENTENCIA DE MARZO 27 DE 2014. M.P. CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA EXP. 68001-23-15-000-2003-01725-01(35420). Extracto en Boletín de Relatoría 146, junio de 2013, pág. 26.



EDASABA E.S.P., pues la inobservancia de sus obligaciones legales impidió que la entidad prestadora de salud (I.S.S.) realizara la cirugía de revascularización a que el señor Javier Conde Herrera habría tenido derecho (...)no es posible afirmar categóricamente que, de haberse pagado oportunamente los aportes en salud y de haberse autorizado y practicado la cirugía solicitada, el paciente habría preservado su vida, máxime que su patología ya había avanzado durante más de un año; pero, lo que sí resulta evidente para la Sala es que Javier Conde Herrera perdió la oportunidad de haber sido intervenido y, por lo tanto, de tener probabilidades de recuperación. (...)”

4. La **regulación del daño autónomo por pérdida de oportunidad** carece de parámetros legislados o de mecanismos objetivos que permitan establecer una especie de *matriz de puntos*; obedece a una lógica relativamente discrecional (arbitrio judicial) pero debe igualmente permitir la identificación de criterios que garanticen homogeneidad de trato a los perjudicados que se encuentren en condiciones comparables, esto es, excluir el voluntarismo de los jueces.
5. Uno de esos factores ofrecidos lo ha sido la *probabilidad de sobrevida*, calculada conforme a estudios técnicos (ponderación médico pericial, datos estadísticos o epidemiológicos confiables, entre otros); cuando esa evidencia no está disponible no queda más remedio que acudir a criterios similares a los que ha utilizado la jurisprudencia para regular la indemnización por perjuicios morales, no porque pretenda confundirse la naturaleza del daño autónomo con estos, sino a título de orientación para seguir una senda relativamente segura, predecible, que honre el principio de igualdad²⁰.

Ref.: REPARACIÓN. Fallo. Modificación de línea horizontal. DESCRIPTOR: PRIVACIÓN DE LIBERTAD. RESTRICTORES: (1) TÍTULO DE IMPUTACIÓN. (2) RÉGIMEN OBJETIVO POR DAÑO ESPECIAL. (3) ABSOLUCIÓN POR DUDA PROBATORIA –IN DUBIO PRO REO-. APLICACIÓN DE SENTENCIA DE UNIFICACIÓN DEL CONSEJO DE ESTADO. PRINCIPIO DE LIBERTAD.

Nº de Radicación	850012331002-2012-00167-00
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	LUIS ORLANDO BERNAL PARRA, ESPERANZA MÉNDEZ QUITIÁN y otros
Demandado	NACIÓN: RAMA JUDICIAL [CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL] y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
Fecha Providencia: Veintiocho (28) de agosto de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se controvierte la responsabilidad patrimonial del Estado por el presunto error judicial en que pudieron haber incurrido la Rama Judicial y la Fiscalía General de la Nación, por haber decretado medida de aseguramiento contra los actores, imputado cargos y acusado por el delito de hurto y receptación de combustibles (ACPM) en Casanare, para ser posteriormente absueltos por el juez de conocimiento en primera instancia y dejados en libertad por falta de pruebas en el proceso penal.

²⁰ En igual sentido, sentencias del 22 de mayo y del 31 de julio de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicados 850013331002-2012-00096-01y 850013331002-2012-00003-01, respectivamente. Sentencias del 8 y del 22 de mayo de 2014, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, radicaciones 850013331002-2010-00002-02 y 850013331002-2011-00541-01, respectivamente.



PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Está legitimada por pasiva la Rama Judicial para comparecer a juicio en que se discute privación de libertad presuntamente antijurídica y defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, en virtud de decisiones de la Fiscalía y de los jueces penales, adoptadas conforme al modelo de la Ley 600 de 2000?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Aspectos procesales	Legitimación en la causa por pasiva Rama Judicial Privación de libertad
Privación de libertad	Legitimación en la causa por pasiva Rama Judicial Control de legalidad
Legitimación en la causa por pasiva	Rama Judicial Privación de libertad Control de legalidad

TESIS: Sí. La Rama Judicial puede ser llamada a responder por la intervención y las decisiones que en virtud de control de legalidad de la investigación o de conocimiento de la etapa de juicio deban tener a su cuidado los jueces penales, pese al protagonismo que en el anterior modelo procesal tenía la Fiscalía para decidir acerca de libertad.

ARGUMENTOS:

1. Aunque la Fiscalía en el sistema de la Ley 600 no solo concentraba la función de investigar y acusar, sino que también adoptaba determinaciones judiciales propiamente dichas, entre ellas las relativas a privación preventiva de la libertad, la intervención de los jueces de control de legalidad de la actuación y de los funcionarios de conocimiento, en cuanto ella concurra a la restricción de ese derecho de las personas, legitima a la Rama Judicial en cuyo nombre actúan para ser destinataria de pretensiones (legitimación formal) y comparecer a juicio, sin perjuicio de lo que deba decidirse acerca de la imputación fáctica (legitimación material).
2. La Nación es persona pública única o con una sola personalidad, pero 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 pueda 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.
3. Lo indicado anteriormente, 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). Serán las particularidades de cada actuación penal las que permitan hacer la individualización de imputaciones y establecer si, acorde con la teoría de caso de la demanda, hay lugar a censurar la conducta directa de la Rama Judicial.



4. Puesto que la actuación penal estuvo inicialmente concentrada en la Fiscalía General, hasta cuando se produjo la *segunda acusación en firme*, para quedar luego al cuidado de los jueces hasta proferirse el fallo absolutorio, es inequívoco que *ambos centros de imputación de la Nación* intervinieron en el tortuoso proceso penal; de donde deviene que la Rama sí tiene nítida legitimación formal (fue llamada y oída como demandada) y también legitimación material (vocación de responder) puesto que *podría ser vencida*, si se encuentra mérito para deducir responsabilidad por la *demora* de las decisiones judiciales de cierre.

5. Las víctimas directas de la detención preventiva *no estuvieron privadas de libertad por cuenta de la Rama Judicial*, pero sí vinculadas a la prolongada investigación penal, que el juez tuvo a su cargo desde el 17 de febrero de 2006, hasta cuando se produjo el fallo absolutorio. De esta manera es evidente que la excepción procesal de *falta de legitimación en la causa por pasiva (Rama Judicial)* no está llamada a prosperar.

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿Cuál es el título de imputación fáctica que debe aplicarse cuando un ciudadano vinculado a investigación penal y sometido a medidas cautelares privativas de la libertad es finalmente absuelto por la jurisdicción natural?

<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
<i>Privación de libertad</i>	Título de imputación Daño especial In dubio pro reo
<i>Daño especial</i>	Privación de libertad In dubio pro reo Principio de libertad
<i>In dubio pro reo</i>	Privación de libertad Título de imputación Daño especial

TESIS: De conformidad con la sentencia de unificación 23354 del 17 de octubre de 2013²¹ se tiene que contrario al margen de apreciación de las particularidades de cada caso que en el pasado pregonaba este Tribunal, también cuando media absolución por *indubio pro reo*, hay lugar a la aplicación del régimen objetivo de responsabilidad bajo el título de imputación *daño especial*.

ARGUMENTOS:

1. La perspectiva teórica fue sistemáticamente elaborada por este Tribunal, siguiendo una de las variantes del Consejo de Estado²² y las precisiones que introdujo la Corte Constitucional en la sentencia C-037 de

²¹ Consejo de Estado, Pleno de la Sección Tercera, sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, ponente Mauricio Fajardo Gómez, radicación 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354).

²² CE, 3ª, sentencia 15463 del 2 de mayo de 2007, M. Fajardo, sentencia 200012331000-1997-03423-01. La percepción de las oscilaciones en la *línea* y de sus matices actuales puede lograrse con la lectura comparada de las sentencias de la Sección Tercera de fechas 4 de diciembre de 2006 (radicado 13168), del 2 de mayo de 2007 (radicado 15463) y del mismo 2 de mayo (radicado 15989), todas con ponencia del consejero M. Fajardo.



1996 cuando se ocupó del régimen de responsabilidad por error o falla del servicio jurisdiccional; la línea encontró viable la modulación de tendencias antagónicas que fueron desde *volver a examinar la investigación penal* como si correspondiera al juez contencioso administrativo reabrir el debate acerca de la presunción constitucional de inocencia no quebrada por el juez natural, hasta *aceptar sin remedio la conclusión penal, de manera que toda preclusión o absolución condujera inequívocamente a condena administrativa*.

2. Recientemente el Tribunal hizo referencia a la progresiva depuración de la línea horizontal que tomó relativa distancia de la posición mayoritaria en la jurisprudencia del superior funcional y descartó la ecuación: *si en el proceso penal medió exoneración de responsabilidad, en el contencioso administrativo tiene que haber condena al Estado*, para en su lugar examinar, caso por caso, los factores que podrían dar lugar a denegar pretensiones, tales como *el comportamiento propio de la víctima en cuanto pudiera haber dado lugar a la restricción de su libertad* y el despliegue de la defensa técnica penal, todo ello en el espectro gravitacional de los arts. 66 y 69 de la Ley 270 de 1996 y de la sentencia C-037 de 1996. Así puede verse en la fundación²³ de esa tendencia técnica y en reiteraciones posteriores²⁴.

3. De acuerdo con la sentencia de unificación 23354 del 17 de octubre de 2013²⁵ se tiene que contrario al margen de apreciación de las particularidades de cada caso que en el pasado pregonaba este Tribunal para establecer la *injusticia de la medida privativa de libertad* o para *deducir el error jurisdiccional*, desde una óptica de imputación *subjetiva* de responsabilidad, **también cuando media absolución por indubio pro reo** (*principio de la duda*) hay lugar a la aplicación del régimen objetivo, sea que se trate de investigaciones que se sometieron al modelo del antiguo procedimiento penal (Decreto 2700 de 1991), al intermedio de la Ley 600, o al más reciente y vigente *acusatorio*, puesto que en últimas la Nación sale a responder por el **daño especial** que se causa a la persona sometida al rigor de las restricciones judiciales de sus derechos en cumplimiento de las políticas criminales que adopta el legislador, cuando a la postre se declara *inocente* o se *precluyen* las investigaciones sin derruir la presunción constitucional de inocencia.

²³ TAC, **sentencia de rectificación del 20 de abril de 2006**, expediente 2001-00497-00, ponente Néstor Trujillo González. (FUNDANTE)

²⁴ Ver sentencias del 24 de junio de 2010, radicado 2008-00341-00 y del 16 de septiembre de 2010, expediente 2009-00116-00; y del 27 de febrero de 2014, ponente Néstor Trujillo González, radicación 850012331002-2012-00050-00.

En el mismo sentido, los fallos del 16 de septiembre de 2010, radicados 850012331001-2007-00661-00 y 850012331001- 2009-00031- 00; del 3 de marzo de 2011, expediente 2007-00706-00; sentencias del 20 de febrero y 5 de junio de 2014, radicaciones 85001 - 3333 - 002- 2012 – 00038- 01 y 85001 - 3333 - 002- 2013 – 00051- 01. Todas con ponencias del magistrado José Antonio Figueroa Burbano.

Y del 31 de marzo de 2011, radicado 2007-00748-00; del 6 de febrero y 13 de marzo de 2014, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, radicaciones 85001-23-31-003-2012-00022-00 y 85001-23-31-001-2012-00159-00. (REITERACIONES: SE FICHARÁN ALGUNAS Y LA QUE ES OBJETO DE ESTUDIO PUES ES RECTIFICACIÓN).

²⁵ Consejo de Estado, Pleno de la Sección Tercera, sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, ponente Mauricio Fajardo Gómez, radicación 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354).



4. En dichos precisos términos esta Sala advierte que *modifica expresamente la línea horizontal* para plegarse, en lo sucesivo, a la que fija la aludida sentencia vinculante de unificación; bastará, entonces, para deducir la responsabilidad institucional del Estado verificar que media una privación de libertad por disposición de autoridad judicial de quien a la postre haya sido *absuelto* en virtud de cualquiera de los mecanismos legales que apliquen a su caso; o que se hayan *precluido* o terminado anticipadamente el proceso o las pesquisas penales, sin quebrar la presunción constitucional de inocencia.

5. La valoración de caso no se adentra en los *fundamentos* de las decisiones penales, para establecer su legalidad o su injusticia relativa según las particularidades fácticas y probatorias de caso, pues dicha apreciación en concreto ya provino de la jurisdicción natural que se ocupó de los hechos; centrada ahora en el carácter *especial del daño*, que se torna por sí mismo injusto por el resultado final de la actividad del aparato punitivo del Estado, lo único que podría derruir la imputación de responsabilidad lo será la *demonstración de un hecho que rompa el nexo causal*, imputable exclusivamente a la víctima directa o a un tercero.

PROBLEMA JURÍDICO 3: ¿Los eximentes de responsabilidad subsisten con carácter restrictivo en el régimen objetivo de imputación por *daño especial* cuando un ciudadano vinculado a investigación penal y sometido a medidas cautelares privativas de la libertad es finalmente absuelto por la jurisdicción natural?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
<i>Privación de libertad</i>	Título de imputación Daño especial Eximentes de responsabilidad
<i>Eximentes de responsabilidad</i>	Privación de libertad Título de imputación Daño especial
<i>Daño especial</i>	Privación de libertad Eximentes de responsabilidad

TESIS: Sí. También en el régimen objetivo de imputación son viables dichas eximentes: la denominada responsabilidad sin falta no es incompatible con las técnicas pretorianas, apoyadas en la ley, que permiten excluir o reducir la condena, cuando alguna de aquellas se prueba, lo que viene de la teoría general de la responsabilidad administrativa, retomada de la civil.

ARGUMENTOS:

1. No han desaparecido del sistema de fuentes para los eventos de privación de libertad las eximentes clásicas capaces de romper el nexo causal de imputación al Estado; ni las puede eliminar una sentencia contencioso administrativa, menos cuando las consagra expresamente una ley estatutaria, de la cual no es factible predicar por los jueces infraconstitucionales contrariedad con la Carta en los términos de su art. 4º, pues ya fue juzgada por su único juez natural interno; salvo, claro está, que cambie la Constitución misma.

2. Quedará a salvo el estudio riguroso de excepcionales circunstancias en las que pueda estructurarse *concurrencia* o culpa exclusiva de la víctima directa durante el desarrollo de la actuación penal, incluida la actividad de su defensa técnica, pues a pesar de la contundente prédica del *principio de libertad* la



sentencia de unificación no deroga las eximentes expresamente consagradas en la Ley Estatutaria 270 de 1996, de forzosa aplicación pues pasó el filtro del examen constitucional previo (sentencia C-037 de 1996).

3. El superior funcional reconoció explícitamente: *“Como corolario de lo anterior, es decir, de la operatividad de un régimen objetivo de responsabilidad basado en el daño especial, como punto de partida respecto de los eventos de privación injusta de la libertad, debe admitirse que las eximentes de responsabilidad aplicables en todo régimen objetivo de responsabilidad pueden —y deben— ser examinadas por el Juez Administrativo (sic) en el caso concreto, de suerte que si la fuerza mayor, el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, determinan que el daño no pueda ser imputado o sólo (sic) pueda serlo parcialmente, a la entidad demandada, deberá proferirse entonces el correspondiente fallo absolutorio en punto a la determinación de la responsabilidad patrimonial y extracontractual del Estado o la reducción proporcional de la condena en detrimento”²⁶.*
4. Nótese que la salvedad que se deja para el estudio de las particularidades de caso ya no se reivindica para *examinar en sede contencioso administrativa los hechos y pruebas previamente ponderados por la jurisdicción penal, esto es, no se reabrirá arista alguna de las pesquisas punitivas o de su valoración por su juez natural, sino que se tendrá a la vista lo que haya acontecido en su propio escenario para identificar elementos que pudieran haber contribuido o causado que por la conducta fundadamente imputada a la víctima directa o su comportamiento en o respecto del proceso penal, hayan dado lugar a las medidas restrictivas de sus derechos.*

PROBLEMA JURÍDICO 4: *¿Desaparece el régimen subjetivo de responsabilidad del funcionario judicial en la aplicación del título de imputación objetivo institucional por **daño especial** cuando un ciudadano vinculado a investigación penal y sometido a medidas cautelares privativas de la libertad es finalmente absuelto por la jurisdicción natural?*

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Privación de libertad	Daño especial Funcionario judicial Régimen subjetivo de responsabilidad
Daño especial	Privación de libertad Funcionario judicial Régimen subjetivo de responsabilidad

TESIS: No. Para condenar al Estado bastará verificar que la *privación de libertad* devino *injusta o injustificada*, no necesariamente ilegal, conforme al desarrollo y los resultados de la averiguación penal, de manera que se haya causado el *daño especial*, salvo eximente probada que rompa el nexo causal; **pero** para imputar responsabilidad al funcionario *deberá acreditarse, además, el presupuesto subjetivo de incorrección de la conducta personal*, esto es, *dolo o culpa grave*, porque el servidor público no está sujeto en forma alguna a régimen *objetivo* de imputación. Ello presupone, igualmente, que sea *oído y vencido en su propio juicio y ante su juez natural*.

²⁶ Consejo de Estado, Pleno de la Sección Tercera, sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, ponente Mauricio Fajardo Gómez, radicación 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354).



ARGUMENTOS:

1. La contundente conclusión de la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013 (23354) no derogó – ni habría podido hacerlo – el presupuesto constitucional (art. 90) de la responsabilidad personal conexas, ni las particularidades del mismo desarrolladas por la Ley Estatutaria 270 de 1996 (arts. 71 y 72); centrada como lo fue en la protección de los derechos constitucionales y de otros jurídicamente protegidos de quien sufra la privación de libertad, despejó adecuadamente la incógnita relativa a la ponderación en cada caso de la conducta funcional del servidor público, la cual respecto de los funcionarios judiciales requiere *proceso de repetición posterior a la condena al Estado*, vedada como lo está la opción de *llamamiento en garantía con fines de repetición* (Ley 678), por la específica disposición de la Ley 270.
2. El Consejo de Estado expuso que *“para determinar la responsabilidad personal de los agentes, ex agentes estatales o particulares investidos de funciones públicas, el análisis de sus actuaciones dolosas o gravemente culposas comporta, necesariamente, el estudio de las funciones a su cargo y si respecto de ellas se presentó un incumplimiento grave. Igualmente, se requiere establecer si dicho incumplimiento se debió a una actuación consciente y voluntaria del agente, es decir con conocimiento de la irregularidad de su comportamiento y con la intención de producir las consecuencias nocivas –actuación dolosa–, o si al actuar pudo prever la irregularidad en la cual incurriría y el daño que podría ocasionar y aun así lo hizo o confió imprudentemente en poder evitarlo –actuación gravemente culposa”*.
3. *“Es claro entonces que se trata de establecer una responsabilidad subjetiva cualificada, en la cual juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico permitirá deducir la responsabilidad personal del agente, ex agente estatal o particular en ejercicio de funciones públicas y, por ello, resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta”²⁷*.

PROBLEMA JURÍDICO 4: ¿Cómo se tasan los perjuicios morales ocasionados a las víctimas directas e indirectas en aquellos eventos en los que se encuentra comprometida la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad?

<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
Perjuicios morales	Tasación Privación de libertad Víctima directa
Privación de libertad	Perjuicios morales Tasación Víctima indirecta

²⁷ Consejo de Estado, Pleno de la Sección Tercera, sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, ponente Mauricio Fajardo Gómez, radicación 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354).



TESIS: Aunque en reciente sentencia de unificación²⁸, el Consejo de Estado **sugirió** algunos lineamientos en la tasación de los perjuicios morales en dichos eventos, puesto que se trata de honrar principios tales como igualdad, reparación integral y autonomía judicial, la técnica horizontal que relaciona desde un (1) día de privación hasta ene (n) días con una matriz flotante de 2 SMLD por día, es más equitativa y flexible, ofrece soluciones uniformes generales, sin entrar en desmesurada casuística, pues el ejercicio de juzgar no es reductible a una ecuación aritmética²⁹

ARGUMENTOS:

1. La Sala adoptó tiempo atrás una metodología para ofrecer soluciones objetivas relativamente uniformes, en ejercicio del arbitrio judicial, en virtud de la cual relacionó el tiempo de días de duración de la privación de libertad con una escala de salarios mínimos legales (2 SMLD x 1 día) para víctimas directas y el primer grado de la familia nuclear y decreciente progresiva para las indirectas: *“después de explorar varias posibilidades y de consultar la jurisprudencia se adoptó como criterio objetivo de indemnización el equivalente a 2 SMLMV por cada mes de privación efectiva de la libertad y proporcionalmente por fracción, sin exceder de 80 SMLMV, para las víctimas directas; y una proporción menor, dependiendo el grado de parentesco para las víctimas indirectas (padres, hermanos, hijos, esposo (a), compañero (a) permanente), el equivalente al 50 % de lo reconocido a la víctima directa, en atención a que ellos no padecen directamente la aflicción derivada de la privación de la libertad”*³⁰.
2. El Consejo de Estado en la sentencia de unificación relativa a reparación por privación de libertad³¹, *sugiere* los siguientes lineamientos: *“(…) conviene poner de presente que la Sala ha sugerido que en los casos en los cuales la privación de la libertad en centro carcelario sea superior a 18 meses, se reconozca la suma equivalente a 100 SMLMV; cuando esta privación supere los 12 meses y sea inferior a 18 meses, el monto de 90 SMLMV; si superó los 9 meses y fue inferior a 12 meses, se sugiere el reconocimiento de 80 SMLMV.(…)”*³².
3. La opción que ofrece el superior funcional no hace parte de la *ratio decidendi* de la sentencia de unificación y al igual que otros precedentes en torno al punto, *son indicativos* pero no vinculantes en torno a la ponderación judicial de esa especie de daño inmaterial. La solución del Consejo, en la búsqueda de la generalidad, alberga inequidades insalvables, pues a un rango de privación menor de un (1) mes, permite asignar hasta 15 SMLMV y entre un (1) mes y tres (3), pasar a 35 SMLMV, de manera que los periodos

²⁸ Consejo de Estado, Pleno de la Sección Tercera, sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, ponente Mauricio Fajardo Gómez, radicación 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354).

²⁹ Debe tenerse en cuenta que posteriormente el Consejo de Estado unifica su criterio respecto al reconocimiento y liquidación de perjuicios morales en caso de privación injusta de la libertad. Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Tercera, sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, exp. 36149, M.P. Hernán Andrade Rincón (E).

³⁰ Tribunal Contencioso Administrativo de Casanare. Sentencias del 16 de septiembre de 2010 y 7 de julio de 2011 raditaciones: 2007-00661, 2009-00031, 2010 – 00107- 00, M.P. José Antonio Figueroa Burbano, entre otras. Lineamientos uniformes fijados en acta de Sala Plena # 10 del 3 de marzo del 2011.

³¹ Consejo de Estado, Pleno de la Sección Tercera, sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, ponente Mauricio Fajardo Gómez, radicación 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354).

³² Consejo de Estado, Pleno de la Sección Tercera, sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013, ponente Mauricio Fajardo Gómez, radicación 52001-23-31-000-1996-07459-01(23354).



más cortos resultan significativamente mejor reparados que los más extensos, cuando debiera ser al contrario.

4. Acogiendo parcialmente la *sugerencia* del Consejo de Estado, la Sala se plegará a introducir tres cambios significativos en la *matriz indicativa general*³³, a saber: i) incrementará la barrera ordinaria a **100 SMLMV** para víctimas directas; ii) dará el mismo tratamiento de un tope hasta de **100 SMLMV** para las víctimas indirectas de la **familia nuclear** en sentido estricto (ascendientes y descendientes de primer grado; pareja; afines de primer grado), cuando además de probarse filiación, se establezca que la efectiva cercanía y la calidez de los lazos de solidaridad son indicativas de una profunda perturbación emocional de esos parientes(...); y iii) para los demás perjudicados *que prueben su afectación individual*, se aplicará la tabla de decreciente hasta un máximo de **50 SMLMV**, según la mayor o mejor proximidad de los vínculos afectivos.

Ref. REPARACIÓN. Auto. “Llamamiento en garantía” - limitación contenida en el párrafo 1° del artículo 19 de la Ley 678 de 2001.

N° de Radicación	850013333001-2013-00242-01
Medio de Control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	JHONATAN ALFONSO COLMENARES y otro
Demandado	EMPRESA DE ENERGÍA DE CASANARE –ENERCA S.A. E.S.P.
Fecha Providencia: Catorce (14) de agosto de dos mil catorce (2014)	

ANTECEDENTES: Se trata de la apelación propuesta por la entidad demandada contra un auto proferido por un juez administrativo de Yopal, por el cual negó el llamamiento en garantía efectuado a una empresa. Se pretende que se declare la responsabilidad de ENERCA S.A. E.S.P. por el fallecimiento de un menor arrollado por un vehículo de propiedad de la empresa SOINCO PROYECTOS LTDA., contratista suya; se solicitó condenar a la empresa de energía por omisión. Durante el término de traslado de la demanda la convocada contestó el libelo, propuso excepciones y solicitó llamar en garantía a la empresa SOINCO PROYECTOS LTDA.

PROBLEMA JURÍDICO: ¿La limitación contenida en el párrafo 1° del artículo 19 de la Ley 678 de 2001³⁴ es predicable respecto de la entidad estatal contratante demandada por hecho ocurrido durante la ejecución de un contrato, cuando simultáneamente propone eximente de responsabilidad por culpa exclusiva de la víctima y llama en garantía a su contratista?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Llamamiento en garantía	Contestación con eximentes responsabilidad

³³ Admite y así se ha aplicado, excepciones en consideración a las condiciones de reclusión, el perfil de las víctimas, la naturaleza de las imputaciones, la afectación de la vida de los imputados en los círculos domésticos, sociales, profesionales, laborales, académicos, etcétera, según se pruebe en cada caso.

³⁴ “Párrafo. La entidad pública no podrá llamar en garantía al agente si dentro de la contestación de la demanda propuso excepciones de culpa exclusiva de la víctima, hecho de un tercero, caso fortuito o fuerza mayor.”



	Contratistas Procedencia
--	-----------------------------

TESIS: No, pues la norma en cita solo es aplicable a servidor o exservidor público del Estado, o cuando se llama en garantía a particulares que ejerzan funciones públicas; pero no a contratistas que apoyan la ejecución de actividades misionales o de interés de la entidad estatal contratante³⁵.

ARGUMENTOS:

1. El Consejo de Estado³⁶ inicialmente consideró que la limitación contenida en el párrafo 1° del artículo 19 de la Ley 678 de 2001 era inaceptable; por tratarse de dos relaciones jurídicas diferentes que no se excluyen, se dio libertad para que la entidad demandada pudiera llamar en garantía y al mismo tiempo alegara eximentes de responsabilidad; sin embargo, a partir de la sentencia C-965 de 2003 de la Corte Constitucional reconsideró su posición y concluyó que era viable la limitación puesto que *el llamamiento en garantía del funcionario o exfuncionario del Estado no podría formularse cuando la Administración hubiere alegado en su defensa, como exclusiva, la causa extraña como generadora del daño*; además precisó presupuestos para la procedencia de dicha figura procesal³⁷.
2. Posteriormente³⁸ aclaró frente al sujeto pasivo de la norma en comento que dicho llamamiento en garantía con fines de repetición solo procede contra los servidores o exservidores públicos o particulares investidos de funciones públicas; ello en atención a lo señalado en el párrafo 1° del artículo 2° de la Ley 678 de 2001.
3. La Corte Constitucional en sentencia C-563 de 1998 se refirió al deslinde entre función pública ejercida por particulares y simples contratistas, así: *“Los contratistas, como sujetos particulares, no pierden su calidad de tales porque su vinculación jurídica a la entidad estatal no les confiere una investidura pública, pues si bien por el contrato reciben el encargo de realizar una actividad o prestación de interés o utilidad pública, con autonomía y cierta libertad operativa frente al organismo contratante, ello no conlleva de suyo el ejercicio de una función pública”*.

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

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

³⁵ En igual sentido auto de ponente proferido en audiencia inicial del 11 de septiembre de 2013, radicado 850012333-001-2012-00215-00, magistrado José Antonio Figueroa Burbano.

³⁶ C.E. S.C.A. S3. Sentencia del 8 de agosto de 2002, radicación número: 19001-23-31-000-2001-0378-01(22179). C.P.: Ricardo Hoyos Duque.

³⁷ C.E. S.C.A. S3. Auto del 25 de agosto de 2005, expediente 27570. C.P.: Ruth Stella Correa Palacio.

³⁸ C.E. S.C.A. S3. Sentencia del 3 de octubre de 2011, Radicación número: 85-001-23-31-000-2010-00022-01 (40714). C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.