



DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	
Periodo:	Mayo de 2013	Boletín 5 (Parte 2) de 2013

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.
NRD. Fallo. Asignación de retiro. Reajuste por IPC. Prescripción cuatrienal. Tránsito de legislación. Principios de favorabilidad y pro operario.	2
RD. Fallo. Responsabilidad Administrativa. Título de imputación fáctica. Muerte de patrullero de policía (vinculación voluntaria). Falla del servicio o riesgo especial, según circunstancias. Muerte de efectivo policial durante toma guerrillera. Incumplimiento de órdenes superiores en desplazamiento del cuartel a la vivienda doméstica. Culpa exclusiva de la víctima.	5
NRD. Fallo. Pensión de gracia: descuento aportes 12% para salud. Integración del contradictorio por pasiva.	7
ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA DEL 9 – V- 2013 ponente magistrado Carlos Alberto Hernández, reparación directa, radicado 85001-3331-001-2009-00040-01 ASUNTO: falla médico asistencial. Técnica de imputación: régimen de falla probada y atenuaciones probatorias pro damato.	10
ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA DEL 9-05-2013, ponente magistrado Héctor Alonso Ángel Ángel radicado 850013331-002-2006-00137-01 asunto: Reparación accidente de tránsito atribución de la actividad del transportador particular al Estado: carga de la prueba. Amparo de R.C.E y cobertura del lucro cesante: diferenciación entre indemnizarlo al asegurado e indemnizar al asegurado el daño patrimonial por la obligación de pagarlo a un tercero.	13
Aclaración de voto. Sentencia del 30 de mayo de 2013. Reparación accidente de tránsito. Operación de vehículos de aseo. Flota oficial al servicio del contratista. Responsabilidad del prestador estatal del servicio.	15



A. FALLOS

NRD. FALLO. ASIGNACIÓN DE RETIRO. REAJUSTE POR IPC. PRESCRIPCIÓN CUATRIENAL. TRÁNSITO DE LEGISLACIÓN. PRINCIPIOS DE FAVORABILIDAD Y PRO OPERARIO.

Nº de Radicación	850013333001-2012-00008-01
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO
Demandante	LUIS BELTRÁN CRISTANCHO GARAVITO
Demandado	CAJA DE RETIRO FUERZAS MILITARES (CREMIL)
Fecha Providencia: Siete (07) de mayo de dos mil trece (2013).	

ANTECEDENTES. La parte actora obtuvo asignación de retiro a cargo de CREMIL, a partir del 1º de mayo de 1994. Se discutió y obtuvo en juicio reajuste por variación del IPC. El a-quo aplicó prescripción trienal. El recurrente estima que tiene derecho a que la prescripción sea **cuatrienal** acorde con los Decretos 1211, 1212 y 1213 de 1990.

PROBLEMA JURÍDICO. ¿Al reajuste de la **asignación de retiro** de los **miembros de la fuerza pública** causado por variación del **IPC** del año 2004 y años anteriores, se le debe aplicar la **prescripción cuatrienal** de que trata el art. 174 del Decreto 1211 de 1990?¹

<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
Asignación de retiro	Reajuste Prescripción Prescripción cuatrienal
Pensión militares	Asignación de retiro Reajuste Prescripción cuatrienal
Asignación de retiro	Prescripción cuatrienal Principio pro operario

TESIS: Sí. Pues el régimen previsto para la **prescripción cuatrienal** goza de mayor jerarquía dentro del rango piramidal de la normativa que hace parte de nuestro ordenamiento jurídico, si se compara con el régimen que consagra la **prescripción trienal**, dando aplicación al principio de favorabilidad y el principio pro operario.

¹ Respecto del tema en cuestión, se han presentado discordancias interpretativas entre las Subsecciones que conforman la sección Segunda del Consejo de Estado, desde cuando se dio apertura a la línea del reajuste por IPC de asignaciones de retiro de miembros de la Fuerza Pública.



ARGUMENTOS:

1. Las tensiones interpretativas de la Sección Segunda del Consejo de Estado en sus líneas de juzgamiento, que en principio confluyen a una misma conclusión pese a la disparidad de criterios para llegar a ella, ameritan que la Sala **rectifique** su posición frente al asunto litigioso², puesto que la solidez argumentativa ofrecida por las Subsecciones A y B, en uno y otro caso, **es más favorable al trabajador**, (por la aplicación de la prescripción cuatrienal), si se tiene en cuenta que agotados los medios hermenéuticos ordinarios persiste, una pluralidad de opciones interpretativas con la línea adoptada por esta Corporación, entre las cuales deberá prevalecer la que satisfaga integralmente la protección de derechos sociales. Así, la *voluntad del prescribiente*, a que alude el art. 41 de la Ley 153 de 1887, para determinar cuál de los términos de prescripción deberá aplicarse cuando haya tránsito de normas con alguna en curso, ha de ser preferentemente **la del trabajador** que pretende adquirir, en virtud de los **principios de favorabilidad y pro operario**.
2. Acorde con la posición de la Subsección “A” y con apoyo en el sistema de fuentes, la Sala ha corroborado que el régimen previsto para la **prescripción cuatrienal** goza de **mayor jerarquía dentro del rango piramidal** de la normativa que hace parte de nuestro ordenamiento jurídico, si se compara con el régimen que consagra la **prescripción trienal**; lo que permite concluir la inaplicación del régimen de prescripción que introdujo el Decreto 4433 de 2004, por contrariar la Constitución, acorde con el mandato del art. 4º de la Carta y la línea jurisprudencial de la Subsección A de la Sección Segunda del Consejo de Estado.
3. La *tesis fundante* de la Sección Segunda “B” del Consejo de Estado, reiterativa hasta hoy, no desconoce de tajo la **prescripción trienal** pues condiciona su aplicabilidad a los derechos prestacionales que se **causen** a partir del año 2004. Pero esta novedad legal restrictiva **resulta extraña** al asunto de ahora, pues después de expedido el Decreto 4433 de 2004 no podrá seguirse causando reajuste por IPC, concurrente con el **principio de oscilación**; esto es, habrá *otras prestaciones o emolumentos* prescriptibles en tres años, pero no el reajuste aquí controvertido.

² La subsección B propende porque la prescripción aplicable sea la contenida en el art. 174 del Decreto 1211 de 1990, que estableció un término de **cuatro (4) años** *contados a partir de la fecha en que se hizo exigible el derecho*; pero no desconoce de tajo la **prescripción trienal** pues condiciona su aplicabilidad a los derechos prestacionales que se **causen** a partir del año 2004, teniendo en cuenta la entrada en vigencia del Decreto 4433 de 2004, el cual la contempló. Por otra parte, la posición adoptada por la subsección A también permite que los reajustes que se causen a las asignaciones de retiro por variación del IPC se hagan efectivos en el espectro de la **prescripción cuatrienal**, pero difiere de la B en cuanto a que el Decreto 4433 de 2004, el cual trae consigo la aplicación de la prescripción trienal, quebranta la Constitución por exceso en la potestad reglamentaria.



4. De acuerdo a las vicisitudes propias del litigio, el derecho prestacional que dio origen al problema jurídico en cuestión tuvo ocurrencia **anterior** a la entrada en vigor de la aludida **prescripción trienal**, así como en todos aquellos casos análogos que como el presente han sido debatidos por esta jurisdicción, por lo que se debe aplicar la prescripción cuatrienal en los términos del Decreto 1211 de 1990. Sin embargo, es necesario precisar que sin importar en qué fecha se introduzca la petición de alguno de los emolumentos, la prescripción de los causados *antes* de su vigencia será de cuatro años.
5. El Decreto 1211 de 1990, que estatuye la **prescripción cuatrienal**, fue expedido por el presidente de la República en uso de precisas facultades extraordinarias conferidas por la Ley 66 de 1989, circunstancia que eleva dicho decreto a categoría de “**decreto-ley**”, “**decreto extraordinario**” o “**decreto con fuerza de ley**”, con rango constitucional similar al de las leyes, esto es, al producto legislativo del Congreso; mientras que el Decreto 4433 de 2004, por el cual se implementó la **prescripción trienal**, fue expedido por el Ejecutivo con sujeción a la facultad reglamentaria a que alude la Ley 923 de 2004, cuyo origen lo es directamente la Carta, pero con alcance restringido³.

Fallo. RD.RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA. TÍTULO DE IMPUTACIÓN FÁCTICA. MUERTE DE PATRULLERO DE POLICIA (VINCULACIÓN VOLUNTARIA). FALLA DEL SERVICIO O RIESGO ESPECIAL, SEGÚN CIRCUNSTANCIAS. MUERTE DE EFECTIVO POLICIAL DURANTE TOMA GUERRILLERA. INCUMPLIMIENTO DE ÓRDENES SUPERIORES EN DESPLAZAMIENTO DEL CUARTEL A LA VIVIENDA DOMÉSTICA. CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA.

Nº de Radicación	156933331002-2004-01075-01
Demandante	ÁLVARO GUERRERO SANABRIA
Demandado	NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLÍCIA NACIONAL
<u>Fecha Providencia:</u> Nueve (9) de mayo de dos mil trece (2013).	

ANTECEDENTES. Un grupo guerrillero incursionó en un municipio atacando las instalaciones de la estación de policía y un banco, como consecuencia de tal circunstancia, perdió la vida un patrullero de la policía, quien había concluido el turno de centinela y se encontraba franco disponible. Según la percepción de la parte actora hubo un rompimiento de las cargas públicas debido a la omisión institucional de la policía, por no haber previsto los ataques guerrilleros en una población donde

³ El Consejo de Estado, Pleno de la Sección Segunda, juzgó un aparte de dicho Decreto 4433 en sentencia del 12 de abril de 2012, ponente Alfonso Vargas Rincón, radicados 11001-03-25-000-2006-00016-00(0290-06) y 11001-03-25-000-2007-00049-00(1074-07). En ese fallo se anuló el parágrafo 2º del artículo 25 por desbordar los límites de la potestad reglamentaria.



ejercían influencia. El Tribunal encontró que el uniformado abandonó el cuartel, para ir a su residencia particular, sin cumplir las medidas preventivas dispuestas por el mando y que por ello se expuso imprudentemente al asalto intempestivo y al fuego enemigo.

PROBLEMA JURÍDICO. ¿Es procedente **imputar responsabilidad administrativa** a la Nación por la **muerte de un policía** durante una **toma guerrillera**, cuando se desplazó desde la sede de policía hacia su residencia, sin acatar las **medidas de seguridad** indicadas por el mando institucional?

<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
<i>Falla del servicio</i>	Incumplimiento medidas de seguridad Actividad guerrillas Culpa exclusiva de la víctima
<i>Falla del servicio</i>	Policía víctima Incumplimiento medidas de seguridad Culpa exclusiva de la víctima
<i>Responsabilidad extracontractual</i>	Actividad guerrillas Falla del servicio Incumplimiento medidas de seguridad
<i>Culpa exclusiva de la víctima</i>	Policía Incumplimiento medidas de seguridad Actividad guerrillas
<i>Actividad guerrillas</i>	Falla del servicio Incumplimiento medidas de seguridad Culpa exclusiva de la víctima
<i>Policía</i>	Muerte en actividad Actividad guerrillas Incumplimiento medidas de seguridad
<i>Policía</i>	Muerte en actividad Actividad guerrillas Culpa exclusiva de la víctima
<i>Policía</i>	Riesgo propio Actividad guerrillas Culpa exclusiva de la víctima

TESIS: No. Por ser la víctima directa un servidor público de la policía nacional vinculado voluntariamente a esa institución, estaba expuesto a los riesgos profesionales inherentes a su oficio en las armas, además, la víctima actuó de manera imprudente, negligente y desobedeciendo órdenes superiores de seguridad, ya que estaba obligado en sus desplazamientos a salir vestido de civil y sin portar armas de largo alcance.

ARGUMENTOS:



1. No se encuentra demostrado falla del servicio imputable a la institución estatal, como tampoco un riesgo excepcional del cual emane responsabilidad administrativa en su contra, pues si bien es cierto el daño quedó demostrado fehacientemente, también lo es que no existe nexo de causalidad entre el actuar de la administración y el daño.
2. Cuando se ven afectados los derechos a la vida y a la integridad personal del militar profesional, constituyen simplemente un riesgo propio de la actividad que ordinariamente despliegan dichos servidores públicos, por vía de ejemplo, en los eventos en los cuales infortunadamente tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones como consecuencia de combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de actividades de inteligencia, entre otras actuaciones realizadas en cumplimiento de operaciones o de misiones orientadas a la consecución de los fines que constitucional y legalmente concierne perseguir a las Fuerzas Militares y a la Policía Nacional; por tanto, cuando el riesgo se concreta, en principio resulta jurídicamente inviable atribuirle responsabilidad extracontractual alguna al Estado en sede judicial, salvo en aquellos casos en los cuales se demuestre que la lesión o muerte devienen del acaecimiento de una *falla en el servicio* o de la materialización de un *riesgo excepcional*.
3. El patrullero no murió por fuego enemigo dentro de combate y en las instalaciones de la guarnición o en su perímetro de defensa, pues como se deriva del informe presentado por el comandante de la estación, aquel se había ido a descanso (franco) y aunque no se precisa si iba uniformado, si es evidente que llevaba su fusil, granadas de fragmentación, proveedores y cartuchos, luego asumió por voluntad propia y de manera irresponsable un riesgo previsible que creyó poder superar, con el agravante de que, ya había recibido instrucción sobre la movilización dentro del perímetro urbano.
4. El homicidio cometido contra la víctima no obedece a la falta de apoyo técnico militar, por cuanto los policías repelieron el ataque y pudieron resistir en sus trincheras el fuego enemigo durante no menos de dos horas, sin novedades.
5. La demanda ofreció como teoría de caso la imputación a título de falla del servicio por presunta omisión de las medidas que habrían podido adoptarse para contrarrestar un ataque guerrillero, por ello el tribunal señaló como interrogante central que tenía que verificarse si se probó la omisión del deber de apoyo para repeler fuego enemigo porque la exposición a combate era un riesgo propio de cualquier guarnición militar o de policía en un país sujeto a más de cinco décadas de conflicto armado.



NRD. Fallo. PENSIÓN DE GRACIA: DESCUENTO APORTES 12% PARA SALUD. INTEGRACIÓN DEL CONTRADICTORIO POR PASIVA.

Nº de Radicación	850013333002-2012-00073-01
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante	NELSON OSWALDO ESPIRIA CELY
Demandado	CAJANAL E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN
Fecha Providencia: Veintitrés (23) de Mayo de dos mil trece (2013).	

ANTECEDENTES. El demandante pretende la nulidad de actos administrativos proferidos por CAJANAL E.I.C.E, a través de los cuales se reconoce la pensión gracia pero con orden de descontar el 12% de cada una de sus mesadas para servicio de salud. A título de restablecimiento solicita que cesen dichos descuentos y que se le reintegre lo que por ese concepto ha sido deducido con su correspondiente actualización. El a-quo resolvió desfavorablemente las excepciones propuestas por CAJANAL E.I.C.E. EN LIQUIDACIÓN, entidad que propuso la **falta de integración del litis consorcio necesario por pasiva** por falta de vinculación del Ministerio de Salud y Protección Social porque los recursos correspondientes a los descuentos que ha efectuado han sido trasladados a una cuenta del FOSYGA⁴. La parte accionada recurre el auto proferido en audiencia inicial, el cual declara no probadas las excepciones de indebida conformación del contradictorio e ineptitud sustantiva de la demanda.

PROBLEMA JURÍDICO. ¿La calidad de receptor o destinatario del descuento de aportes para la **seguridad social en salud**, de la **pensión gracia**, convierte al administrador del FOSYGA en **litisconsorte necesario por pasiva** de la entidad que reconoce y paga la pensión (CAJANAL E.I.C.E), quien a su vez ordenó dicho descuento?

<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
Trámite de pensiones	Pensión Gracia Descuentos por salud Legitimación material por pasiva
Trámite de pensiones	Descuentos por salud Litisconsorcio necesario pasivo Destinatario del descuento

⁴ Destinatario final de esos recursos y quien estaría obligado a efectuar la devolución de los dineros en caso accederse a las pretensiones.



Pensión gracia	Descuentos por salud Litisorcio necesario pasivo Destinatario del descuento
Litisorcio necesario pasivo	Pensión Gracia Descuentos por salud
Descuentos por salud	Pensión Gracia Litisorcio necesario pasivo Destinatario del descuento

TESIS: No. Pues tal como se ha venido **reiterando**⁵, la parte pasiva está bien y suficientemente integrada por CAJANAL E.I.C.E. (ahora en liquidación), al ser la autoridad que ordenó el descuento, el ente que lo realizó originalmente, sustituida luego en su función por el FOPEP, y la que atiende las reclamaciones y mantiene su perspectiva de ser dicho descuento legítimo según su propia lectura del ordenamiento.

ARGUMENTOS

1. Esta Corporación ya se ha pronunciado sobre el tema⁶. En la primera providencia mencionada se señaló: “A. (...) *la pensión gracia es una prestación especial que se regula por las Leyes 114 de 1913, 116 de 1928, 37 de 1933, 4 de 1996 y 91 de 1989 y no está sujeta a aportes. B. Quien ordenó el descuento de aportes en salud sobre esa prestación, sin que hubiere lugar a ello, fue CAJANAL EICE, hoy en liquidación. En consecuencia, quien debe abstenerse de seguir descontando aportes por ese concepto es también esa entidad y en ello le asiste la razón al Ministerio Público. Ahora bien, como a raíz de la orden dada indebidamente por CAJANAL se efectuaron unos descuentos no ajustados a la ley, quien debe responder por ello es esta entidad y no otra. C. El hecho de que el FOPEP sea el pagador material de esa prestación y que este sea administrado por el Ministerio de la Protección Social, no implica que deba vinculárselos al proceso, porque no es el autor del acto administrativo demandado, ni del reconocimiento de la pensión, ni de la ordenación del descuento indebido; y porque el pago de la pensión gracia por parte del FOPEP está supeditado al giro de los dineros por parte de CAJANAL*”

⁵ TAC, auto del 29 de mayo de 2013, ponente Néstor Trujillo González, expediente 8500013331-2012-00068-01, TAC, sentencia del 31 de marzo de 2011, ponente Néstor Trujillo González, expediente 850013331001-2008-00282-01 (2010-567). Se corrige en la cita error de año (no es 2010). Sentencias del 3 de agosto de 2011 dentro de las radicaciones 850013331001-2008-00279-01, 85001-3331001-2009-00010- 01. M.P. José Antonio Figueroa Burbano; y fallos del 31 de marzo de 2010 (sic) radicación 850013331001-2008-00282-01, 15 de septiembre de 2011 850013331002-2010-00167-01, M.P. Néstor Trujillo González, entre otros. Auto del 23 de mayo de 2013, ponente José Antonio Figueroa Burbano, radicado 850013333001-2012-00069-01.

⁶ Tribunal Administrativo de Casanare. Sentencias del 3 de agosto de 2011 dentro de las radicaciones 850013331001-2008-00279-01, 85001-3331001-2009-00010- 01. M.P. José Antonio Figueroa Burbano; y fallos del 31 de marzo de 2010 (sic) radicación 850013331001-2008-00282-01, 15 de septiembre de 2011 850013331002-2010-00167-01, M.P. Néstor Trujillo González, entre otros.



2. Un razonamiento extremo permite comprender los alcances de una solución diferente: tratándose de retención en la fuente del IVA, o del gravamen mismo, que se distribuye entre la Nación y centenares de entes territoriales a través del Sistema General de Participaciones, haría indispensable que toda discusión relativa a la liquidación de esa exacción tuviera como litisconsortes pasivos a todos los entes públicos a cuyas arcas llegue o pudiera llegar algún peso de tales descuentos. Y eso es bien sabido no ocurre jamás: comparece la DIAN, persona jurídica pública, como único contradictor.
3. El Ministerio y el Fosyga no expidieron el acto administrativo demandado, la nulidad impetrada ni la reparación consecuencial son relaciones que por su naturaleza no puedan resolverse sin la comparecencia del Ministerio de Protección Social y el Fosyga; tampoco existe disposición legal que así lo contemple⁷.
4. Nuestra normatividad es absolutamente clara al señalar que existe litisconsorcio necesario cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos.

B. ACLARACIONES DE VOTO

ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA DEL 9 – V- 2013 ponente magistrado Carlos Alberto Hernández, reparación directa, radicado 85001-3331-001-2009-00040-01 ASUNTO: falla médico asistencial. Técnica de imputación: régimen de falla probada y atenuaciones probatorias pro damato.

Nº de Radicación	85001-3331-001-2009-00040-01
Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	MARIA TERESA Y MARIA ISABEL TAVERA
Demandado	HOSPITAL DE YOPAL E.S.E – EMDISALUD
Fecha Providencia: Nueve (9) de mayo dos mil trece (2013).	

ANTECEDENTES. Los demandantes sostienen que la paciente sufrió un accidente en su lugar de habitación y como consecuencia de ello su cadera se fracturó, se le practicó una cirugía con el objeto de implantarle un catéter; al realizarle una radiografía se evidenció que le había sido colocada

⁷ TAC, auto del 23 de mayo de 2013, ponente José Antonio Figueroa Burbano, radicado 850013333001-2012-00069-01



una prótesis que no correspondía y se había dejado en su cuerpo parte de un aparato por descuido de los galenos; se volvió a practicar nuevamente una cirugía, en virtud de la cual los médicos aseguraban que la paciente caminaría pasados 4 meses, pero hasta el momento de la interposición de la presente acción la paciente no ha logrado volver a caminar.

La parte pasiva afirma, que la atención médica fue prestada con eficiencia, oportunidad y accesibilidad, la cirugía que se le practicó a la paciente cumplió con todas las técnicas y en ningún momento hubo error en los procedimientos practicados.

PROBLEMA JURÍDICO 1. ¿Constituyen las **reglas de carga de la prueba** con aligeramiento un **título de imputación** autónomo que presuponga que existe la **falla de servicio**, cuando se atribuye **funcionamiento defectuoso** del mismo?

<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
Carga de la prueba	Título de imputación Falla del servicio Funcionamiento irregular
Carga de la prueba	Funcionamiento irregular Falla del servicio Falla médica
Título de imputación	Carga de la prueba Falla del servicio Falla médica
Funcionamiento irregular	Carga de la prueba Título de imputación Falla del servicio
Falla del servicio	Título de imputación Carga de la prueba Falla médica
Falla médica	Título de imputación Falla del servicio Funcionamiento irregular

TESIS. No. La asignación de cargas de probar en virtud de reglas de atribución con aligeramiento no se contrapone al régimen de la imputación, no constituye otra técnica autónoma. No presupone que la falla exista; sino que distribuye en grados o medidas diferentes qué debe probar cada parte.



ARGUMENTOS:

1. Se trató de un evento en el que la parte actora ofreció como teoría de caso la de la falla del servicio; esa fue la técnica de imputación o de atribución del daño antijurídico que recorrió la sentencia. Y en armonía con ella y con los estándares del superior funcional, que no han cambiado significativamente después, se acudió a reglas de prueba con aligeramiento de la carga exigida a cada parte: a la actora, respecto de las presuntas actuaciones erróneas que imputó al servicio; y a la pasiva, la explicación y demostración específica de qué hizo, respecto de aquello que no registró adecuadamente en la historia clínica.
2. *“En consideración a los estándares que afinó el Consejo de Estado en la sentencia del 19 de agosto de 2009 (E. Gil Botero, radicado 18.364), la Sala deja asentado que el presente asunto será dilucidado conforme **al título de imputación de falla probada**, pues las particularidades del caso excluyen el supuesto error técnico. (...) Se radica en cabeza de la parte actora la carga de probar los elementos de la responsabilidad toda vez que todos están en discusión. (...)”⁸*
3. La teoría del caso de la parte actora es la incriminación al servicio de haber funcionado mal, o de no haber funcionado, luego la controversia se ubicará en el marco conceptual de la *falla del servicio*, valga decir, en una especie de responsabilidad por conducta impropia, por defectuosa prestación de la asistencia médica o de las actividades de soporte que concurren con ella. Ello excluye, para la generalidad de los casos, la posibilidad de limitarse quien demanda a expresar, por ejemplo y dicho pedagógicamente, que entró sin novedades al hospital para atender equis problema, pero salió con mayor deterioro de su salud o fallecido el paciente.
4. Se quiebra la suposición de que el servicio siempre tenga que responder porque estaba obligado a que todo resultara bien. No hay tal régimen de responsabilidad por obligación de resultado, en una ciencia de medios, salvo excepcionales circunstancias que no vienen al caso, como podría serlo cuando el cirujano promete y se obliga a un mejoramiento estético en un procedimiento electivo, y no cumple, no bastará entonces demostrar la debida diligencia, o haberse hecho el intento, porque prometido resultado, quedara obligado a resultado.

⁸ Sobre el particular, ya se ha establecido una línea de rigor metodológico, para el análisis de casos concretos en diferentes sentencias, entre otras, sentencia del 2 de septiembre de 2010, expediente 850013331002-2007-00536-01 y del 17 de mayo de 2012, radicado 850013331001-2005-00671-01.



ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA DEL 9-05-2013, ponente magistrado Héctor Alonso Ángel Ángel radicado 850013331-002-2006-00137-01 ASUNTO: REPARACIÓN ACCIDENTE DE TRÁNSITO. ATRIBUCIÓN DE LA ACTIVIDAD DEL TRANSPORTADOR PARTICULAR AL ESTADO: CARGA DE LA PRUEBA. AMPARO DE R.C.E Y COBERTURA DEL LUCRO CESANTE: DIFERENCIACIÓN ENTRE INDEMNIZARLO AL ASEGURADO E INDEMNIZAR AL ASEGURADO EL DAÑO PATRIMONIAL POR LA OBLIGACIÓN DE PAGARLO A UN TERCERO.

Nº de Radicación	850013331-002-2006-00137-01
Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandante	MARCO AURELIO ABRIL Y OTROS
Demandado	DEPARTAMENTO DE CASANARE-COLEGIO NACIONALIZADO JUAN JOSÉ RONDÓN-AUTOBOY-FLOTA SUGAMUXI Y OTROS.
Fecha Providencia: Nueve (9) de mayo de dos mil trece (2013)	

ANTECEDENTES. En desarrollo de un convenio departamental una institución educativa contrató los servicios de transporte para el desplazamiento de estudiantes del área rural y urbana; estando en operación, el bus transitaba por una de las calles del municipio, y atropelló a un joven que se movilizaba en su motocicleta generándole múltiples heridas, las cuales lo dejaron incapacitado de por vida para trabajar.

PROBLEMA JURÍDICO 1. ¿Se puede **condenar** al asegurador a pagar lucro cesante cuando el **asegurado** tenga que pagarlo a la **víctima** de un **accidente de tránsito**, pese a que no se allegó **cláusula** o pacto expreso que pusiera ese **riesgo** en cabeza del asegurador?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Seguros	Responsabilidad civil extracontractual Lucro cesante Indemnización al tercero perjudicado
Lucro cesante	Responsabilidad civil extracontractual Contrato de Seguros Indemnización al tercero perjudicado
Contrato de seguros	Responsabilidad civil extracontractual Lucro cesante Indemnización al tercero perjudicado



Responsabilidad civil extracontractual	Contrato de seguros Lucro cesante Indemnización al tercero perjudicado
---	--

TESIS. Sí. La ley permite a la víctima directa reclamar y hacer valer derechos contra el asegurador, desde luego en el espectro del contrato de responsabilidad civil extracontractual. Para el caso en concreto se dieron todos los ingredientes facticos y normativos para que pudiera asignarse a la aseguradora recurrente el deber de cubrir, hasta límites de valores asegurados, el daño patrimonial que el asegurado tuvo que tomar por el perjuicio causado al tercero.

ARGUMENTOS:

1. Toda oscuridad que pueda encontrar el juez en las cláusulas de un contrato de seguro tendrá que despejarse contra el estipulante, según antiguas y bien conocidas reglas hermenéuticas. Aquí estipuló el asegurador. Y vista la redacción de las definiciones del riesgo asegurable, del amparo y de las exclusiones, ha de partirse del concepto general del *daño patrimonial* y como quiera que la estipulación no fuera perentoria en la negación de cobertura respecto del *lucro cesante pagado a un tercero*, no podía salir avante la defensa de la aseguradora llamada en garantía.
2. Supóngase que en un accidente resultan puestos fuera de operación un bus y un taxi; comparece el asegurador de quien deba responder por el bus y se discute si le debe pagar al asegurado el lucro cesante. En tal hipótesis, ambos automotores producen una utilidad o lucro cesante, si se explotan ¿Cuál es el que requiere pacto expreso acorde con el art. 1088 del Código de Comercio? Pues tiene que serlo el que sufra el *asegurado* por no poder explotar su bus durante el tiempo que dure la reparación, o la reposición si fuere el caso. Así, para que el asegurador tome a cargo el lucro cesante, debe mediar acuerdo de partes; pero bien diferente es el daño que tenga que soportar el asegurado cuando ha de pagar lucro cesante a un tercero, porque aquí no existe posibilidad de enriquecer al asegurado: no recibe un peso para sí mismo, sino que recupera total o parcialmente lo que deba desembolsar a favor del tercero, titular del derecho a la reparación integral del daño que se le haya causado.



ACLARACIÓN DE VOTO. SENTENCIA DEL 30 DE MAYO DE 2013. REPARACIÓN ACCIDENTE DE TRÁNSITO. OPERACIÓN DE VEHÍCULOS OFICIALES DE ASEO ENTREGADOS AL EJECUTOR CONTRATADO. RESPONSABILIDAD DEL PRESTADOR ESTATAL DEL SERVICIO.

Nº de Radicación	85001-2331-003-2010-00126-00 y/o 2010-00274
Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Ejecutante	CARLOS SÁNCHEZ URBANO Y OTROS
Ejecutado	MUNICIPIO DE YOPAL – EMPRESA DE ACUEDUCTO, ALCANTARILLADO Y ASEO DE YOPAL E.S.P E.I.C.E Y ASEO URBANO S.A E.S.P
<u>Fecha Providencia:</u> Treinta (30) de Mayo de dos mil trece (2013)	

ANTECEDENTES. Se trata de definir la responsabilidad del Municipio de Yopal, la EAAAY (Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal), y de la operadora privada Aseo Urbano S.A E.S.P, respecto de un accidente de tránsito en el que falleció un menor, arrollado por un camión destinado a la recolección de residuos sólidos, de propiedad de la EAAAY, pero ejecutado por la operadora Aseo Urbano S.A E.S.P. La parte actora (padres y hermanos del menor) a través del medio de control: reparación directa, solicitan declarar administrativa y extracontractualmente responsables a las demandadas de los perjuicios morales causados con motivo de la muerte de su hijo y hermano.

PROBLEMA JURÍDICO1. ¿La entidad demandada a la que se le imputa **responsabilidad por accidente de tránsito**, propietaria del **vehículo oficial** causante de la muerte del menor, puede excusarse en las cláusulas de un **contrato de arrendamiento** con otra empresa encargada de la ejecución del vehículo?

<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
<i>Falta de legitimación en la causa por pasiva</i>	Responsabilidad extracontractual Accidente de tránsito Vehículo oficial arrendado
<i>Responsabilidad extracontractual</i>	Falta de legitimación en la causa por pasiva Accidente de tránsito Vehículo oficial arrendado
<i>Responsabilidad extracontractual</i>	Accidente de tránsito Subsistencia de responsabilidad Servicio público subcontratado
<i>Accidente de tránsito</i>	Servicio público subcontratado Vehículo oficial arrendado



	Subsistencia de responsabilidad
Servicio público subcontratado	Vehículo oficial arrendado Subsistencia de responsabilidad Responsabilidad extracontractual
Subsistencia de responsabilidad	Servicio público subarrendado Vehículo oficial arrendado Responsabilidad extracontractual

TESIS. No. Pues era la dueña del automotor, de manera que tenía claros deberes de garante o guardián del artefacto peligroso, cuya explotación ejercía por interpuesta persona. Y además, era la prestadora directa del servicio público domiciliario de aseo, el cual subcontrató con la empresa privada, cuyo personal conducía el camión recolector de residuos sólidos.

ARGUMENTOS

1. No podía la EAAAY (Empresa de Acueducto, Alcantarillado y Aseo de Yopal), excusarse en las cláusulas de un contrato de arrendamiento, tuviera o no la obligación de mantenimiento del vehículo, ni eludir sus deberes de garante mediante la demostración de tener contratada la operación con un tercero. El régimen de responsabilidad estatal, acorde con el artículo 90 de la Carta, es principal, directo, autónomo y deviene del funcionamiento mismo de los servicios a cargo de la Administración, tanto por acción como por omisión. Y esa imputación de daño antijurídico no puede neutralizarse con contratos entre el ente público y un empresario particular.
2. El símil, al que se acudió en la discusión colegiada, lo constituyen las obras públicas. Y en ellas, está bien decantado, el dueño de la obra responde por lo que ocurra durante su ejecución. Mutatis mutandi, aquí puede predicarse exactamente lo mismo.

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

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