



DESPACHO 2 – MAGISTRADO NÉSTOR TRUJILLO GONZÁLEZ		
	Relatoría interna	
Periodo:	Septiembre de 2013	Boletín 9 (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.
ACLARACIONES Y SALVAMENTOS	
ACLARACIÓN DE VOTO. SENTENCIA DEL 11-IX-2013, PONENTE HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL, RADICADO 850013331-703-2012-00090-01. ASUNTO: SANCIÓN MORATORIA. CÓMPUTO DEL TIEMPO: PLAZO PARA RESOLVER Y PARA PAGAR, SEPARACIÓN.	<u>2</u>
ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA POPULAR DEL 17-IX-2013, PONENTE JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO, radicado 850012333001- 2012-00281-00. ASUNTO: PUNTES PEATONALES CARRETERA MARGINAL DE LA SELVA. EFICACIA PREVENTIVA DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN. ÁREAS DE MAYOR CONCENTRACIÓN DE USUARIOS. CRUCES CRÍTICOS Y EMPLAZAMIENTO DE INSTITUCIONES EDUCATIVAS.	<u>3</u>
ACLARACIÓN DE VOTO. REPARACIÓN. SENTENCIA DEL 19 DE SEPTIEMBRE DE 2013, PONENTE CARLOS ALBERTO HERNÁNDEZ, RADICADO 850013331001-2007-00697-01. ASUNTO: PARÁMETROS INDEMNIZATORIOS PARA PERJUICIOS MORALES. HACIA LA UNIFICACIÓN DEL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL, CON BASE EN EL CÓDIGO PENAL DEL 2000.	<u>5</u>
ACLARACIÓN DE VOTO. SENTENCIA DEL 19 DE SEPTIEMBRE DE 2013, PONENTE CARLOS ALBERTO HERNÁNDEZ, NRD. CÁRDENAS MORALES VS. TAURAMENA, RADICADO 850013331702-2012-00018-01. ASUNTO: NIVELACIÓN SALARIAL. PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCE RELATIVO. TRATO DIFERENCIADO A FAVOR DE QUIEN CONSERVA DERECHOS DE CARRERA.	<u>6</u>
ACLARACIÓN DE VOTO. SENTENCIA DEL 26 DE SEPTIEMBRE DE 2013, PONENTE CARLOS ALBERTO HERNÁNDEZ, RADICADO 850012331003-2012-00160-00. ASUNTO. REPARACIÓN. TÉCNICA Y RÉGIMEN PROBATORIO PARA RECONOCIMIENTO DE PERJUICIOS MORALES. HACIA NUEVOS TOPES INDEMNIZATORIOS. AFECTACIÓN EXCEPCIONAL Y PRUEBA CALIFICADA PARA RECONOCER DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN (PERTURBACIÓN DE CONDICIONES DE EXISTENCIA).	<u>7</u>
ACLARACIÓN DE VOTO. SENTENCIA DEL 26-IX-2013, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel. Reparación 850013331701-2009-00027-01. ASUNTOS: "FALSO POSITIVO". CONCEPTO DE VÍCTIMAS DIRECTAS E INDIRECTAS. ACRECIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN DE LOS HIJOS A FAVOR DE PADRE O MADRE. REGULACIÓN DE PERJUICIOS MORALES: RÉGIMEN PROBATORIO DIFERENCIADOR ENTRE FAMILIA NUCLEAR Y FAMILIA EXTENSA. PERJUICIOS MORALES: TÉCNICA DE RECONOCIMIENTO JUDICIAL Y TOPES INDEMNIZATORIOS PRETORIANOS: HACIA UNA NUEVA FUNDAMENTACIÓN CON BASE EN EL CÓDIGO PENAL DEL 2000. DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN (PERTURBACIÓN DE CONDICIONES DE EXISTENCIA): RÉGIMEN PROBATORIO. REITERACIÓN DE POSICIÓN, ACORDE CON LA LÍNEA MAYORITARIA DEL TRIBUNAL. PRINCIPIO RES IPSA LOQUITUR: DAÑO EXCEPCIONAL LEGÍTIMA RECONOCIMIENTOS SUPERIORES A LOS ESTÁNDARES USUALES EN LA JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO. MUERTE SIMULTÁNEA DE DOS HERMANOS: EJECUCIÓN ILEGAL POR LA FUERZA PÚBLICA.	<u>9</u>
ACLARACIÓN DE VOTO. SENTENCIA DEL 26-IX-2013, PONENTE HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL, RADICADO 85001-33-31-702-2012-00036-01. ASUNTO: NRD. PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE PADRES DE SOLDADO MUERTO EN COMBATE. APLICACIÓN RETROSPECTIVA DE RÉGIMEN MÁS FAVORABLE. CONCURRENCIA DE COMPENSACIÓN POR MUERTE. INDEMNIZACIÓN PREDETERMINADA MÁS REPARACIÓN DEL DAÑO EXTRACONTRACTUAL: ÓBITER DICTA EN TENSIÓN DE LÍNEA HORIZONTAL. PRECISIONES RELATIVAS A LA PRESCRIPCIÓN.	<u>16</u>
REITERACIONES	<u>18</u>



ACLARACIONES DE VOTO

ACLARACIÓN DE VOTO. SENTENCIA DEL 11-IX-2013. ponente HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL. radicado 850013331-703-2012-00090-01. ASUNTO: SANCIÓN MORATORIA. Cómputo del tiempo: plazo para resolver y para pagar. separación. Disentimiento del a-quo: requiere carga reforzada de argumentación.

Nº de Radicación	850013331-703- 2012-00090-01
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante	HÉCTOR MARIO MORENO MARTÍNEZ
Demandado	NACIÓN – MEN – FPSM – DEPARTAMENTO DE CASANARE
Fecha Providencia: once (11) de septiembre de dos mil trece (2013)	

ANTECEDENTES. Se controvierte el reconocimiento de sanción moratoria por no haberse atendido oportunamente la solicitud de liquidación parcial del auxilio de cesantías. En el fallo de primer grado la a-quo dice apartarse del lineamiento constante de esta Corporación en cuanto separa en dos periodos el cómputo de la mora, para precisar exactamente la que corresponda al plazo para decidir la solicitud de pago de una cesantía (parcial o definitiva) y la que deba imputarse respecto del pago mismo, pues según su lectura de la jurisprudencia del Consejo de Estado debe, en todos los casos, tomarse en cuenta únicamente un plazo total de 65 días.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Para determinar si la Administración excedió el plazo nominal de 60 días que tiene para resolver solicitudes de cesantías, hay lugar al cómputo separado del término para decidir y del que corresponde para el pago, una vez en firme el reconocimiento de rigor?¹

<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
Cesantías	Sanción moratoria Plazo límite para pagar Cómo se cuenta el plazo
Sanción moratoria	Cesantías Plazo límite para pagar Cómo se cuenta el plazo

TESIS: La mora del reconocimiento y la mora del pago deberán separarse como dos etapas diferentes. Si se examina con rigor la metodología de la línea de fallo del Tribunal, no podrán identificarse discrepancias, ni con la jurisprudencia del Consejo de Estado, ni desconocimiento alguno de la regulación de esta sanción: **no se trata de aplicar mecánicamente la cuenta de los 65 días (luego de radicada la solicitud), sino de hacer producir**

¹ Precedentes en: **sentencia del catorce (14) de junio de dos mil doce (2012) radicado: 850013331001-2009-00192-01 (2012-00068)**, M.P: Dr. Néstor Trujillo González. Se discutieron los siguientes problemas jurídicos: **PJ1:** ¿Puede el FPSM excusarse en que los pagos de las cesantías parciales se realizan de acuerdo a la disponibilidad presupuestal y atendiendo al turno de radicación de las solicitudes? **PJ2:** ¿Para determinar si la Administración excedió el plazo nominal de 60 días que tiene para resolver solicitudes de cesantías, hay lugar al cómputo separado del término para decidir y del que corresponde para el pago, una vez en firme el reconocimiento de rigor? **PJ3:** ¿A cargo de quién está el pago de la sanción moratoria originada en el no reconocimiento y/o pago en tiempo de las cesantías parciales previamente solicitadas por una docente que labora en el Departamento de Casanare?

En igual sentido: **sentencia del 10 de febrero de 2011, radicado 2009-00011-01, M. P Néstor Trujillo González**, en la que se discutió la procedencia de la sanción moratoria entre otros asuntos relativos a la vía adecuada para reclamar en sede judicial.



efectos a las dos disposiciones legales que fijan un plazo para resolver la petición y otro más para hacer el pago, desde luego, previa ejecutoria del reconocimiento.

ARGUMENTOS:

- Desde la precisión metodológica que propuse en los fallos del 10 de febrero del 2011 (radicado 2009-00011-01) y del 14 de junio de 2012 (radicado No. 2009-00192-01), la Sala ha seguido una senda constante, enteramente clara, que ha permitido en las dos instancias hacer el cómputo exacto de la mora, con los siguientes presupuestos:
 - Los 65 días a que alude el Consejo de Estado no son un cálculo por que sí, surgen de la sumatoria de un periodo de 15 días para resolver la petición, más 5 días de ejecutoria por regla general (después de notificado el acto de reconocimiento), más 45 días para efectuar el pago, después de hacerse exigible
 - Como no siempre se ha encontrado acreditado cuándo se notificó y se dan eventos de renuncia a término de ejecutoria, el método analítico que usa el Tribunal define exactamente cuándo venció el plazo para resolver, cuándo debió surtirse la notificación y quedar en firme el reconocimiento y, por consiguiente, desde y hasta cuándo corrieron los 45 días hábiles para pagar.
- Esa debida separación permite establecer con precisión dos periodos, para no acumular artificiosamente dos eventos de mora, sin que en caso alguno la Administración pueda hacer valer más de 60 días para resolver (15) y pagar (45); 4. El periodo de mora para pagar no puede empezar a correr antes de la ejecutoria del acto de reconocimiento, más 45 días, pues durante dicho lapso, otorgado por la ley, no habrá mora.
- Nadie introduce la solicitud de la prestación social para que se limite la autoridad a reconocerla; tiene que pagarse, pues expedir un acto administrativo que prometa pero difiera el pago es una burla a la efectividad del derecho. De ahí que esta Sala, sistemáticamente, penaliza la mora integral, esto es, la que atañe al proceso decisorio (fase 1) y la que se produzca, después de haberse hecho exigible, en la etapa de pago (fase 2).

ACLARACIÓN DE VOTO A LA SENTENCIA POPULAR DEL 17-IX-2013. ponente JOSÉ ANTONIO FIGUEROA BURBANO. radicado 850012333001- 2012-00281-00. ASUNTO: PUENTES PEATONALES CARRETERA MARGINAL DE LA SELVA. Eficacia preventiva de las medidas de protección. Áreas de mayor concentración de usuarios. Cruces críticos y emplazamiento de instituciones educativas. Carácter preventivo de la intervención popular. La indolencia de la autoridad administrativa en casos anteriores. no impide adoptar correctivos en otros similares.

Nº de Radicación	850012333-001- 2012-00281-00
Medio de control	POPULAR
Ejecutante	PROCURADURÍA 23 JUDICIAL II AMBIENTAL Y AGRARIA
Ejecutado	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS – INVIAS – DEPARTAMENTO DE CASANARE Y MUNICIPIO DE NUNCHÍA
Vinculado	AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO
Fecha Providencia: diecisiete (17) de septiembre de dos mil trece (2013).	

ANTECEDENTES. Se trata de la presunta vulneración a los derechos colectivos, al goce de un ambiente sano, seguridad y salubridad pública de los niños y habitantes del corregimiento de la Yopalosa, pues ante la falta de un puente peatonal en la vía pública frente a una Institución Educativa, insisten en que dicha omisión atenta contra la seguridad pública y prevención de desastres previsibles técnicamente.



PROBLEMA JURÍDICO 1. ¿Pueden excusarse las **entidades demandadas** para evitar la **construcción de un puente peatonal**, en que la accidentalidad todavía no arroja suficientes víctimas como para justificar la **inversión pública**?

<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
<i>Seguridad vial</i>	Autoridad administrativa Obras públicas Accidente peatón
<i>Accidente vial</i>	Seguridad vial Accidente peatón Obras públicas
<i>Obras públicas</i>	Accidente vial Seguridad vial Accidente peatón

TESIS. No. Rechazo enfáticamente, al igual que lo hizo esta Corporación, tasar el retorno social de las inversiones estatales acorde con el número de accidentes que ocurran: no hay que esperar que haya resultados catastróficos para adoptar medidas preventivas.

ARGUMENTOS:

1. INVIAS y Casanare pretendieron diluir responsabilidades y negar la necesidad de atender la problemática colectiva evidenciada en el proceso, cuando menos en lo que atañe a la construcción de un puente peatonal como primera opción, porque la accidentalidad todavía no arroja suficientes víctimas como para justificar la inversión pública. Sus políticas indican que hay que hacer monitoreos durante tres años, a la espera de suficientes siniestros, como para percatarse de la pertinencia de una obra mayor.
2. Lo que el contencioso popular identifica y contiene es un riesgo serio; no hay que esperar a que se consume la tragedia, para salir a buscar las soluciones. En ello el juez tiene que ser proactivo, sin timidez alguna. Y así lo entendió esta Corporación cuando escogió, entre varias alternativas técnicamente viables, la que la prueba señaló como eficaz, por ahora, sin perjuicio de tenerse que profundizar la intervención estatal si el comportamiento, a veces criminal, de los conductores lo hace indispensable. No hay que esperar a los accidentes con muertos; basta con que se vislumbre y constate la persistencia del riesgo para que la autoridad tenga que actuar, como se lo advierte el fallo.
3. Con mayor razón cuando los administradores decidieron construir un colegio que presta servicios a un centro poblado y a las veredas circunvecinas, a la vera de una vía primaria de altísimo tráfico de transporte rápido y pesado, que genera deambulación de menores de edad en los dos costados de dicha carretera Marginal de la Selva.
4. Que se haya desperdiciado por los usuarios [el puente peatonal del cruce El Venado, Tauramena], por falta de educación, consciencia de autoprotección y supervivencia y ausencia total de autoridades administrativas, no convierte per se en inútiles los puentes peatonales en otros sectores de la Marginal de



la Selva. El eventual despilfarro de recursos públicos no es imputable a los jueces populares que ordenan los trabajos públicos, sino a quienes debieran beneficiarse de la inversión estatal y a quienes tienen el deber de velar por su óptimo aprovechamiento.

ACLARACIÓN DE VOTO. Reparación. Sentencia del 19 de septiembre de 2013. ponente CARLOS ALBERTO HERNÁNDEZ, radicado 850013331001-2007-00697-01. ASUNTO: Parámetros indemnizatorios para perjuicios morales. Hacia la unificación del tratamiento jurisprudencial, con base en el Código Penal del 2000.

Nº de Radicación	850013331-001- 2007-00697-01
Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandantes	FAMILIA PÉREZ
Demandados	HOSPITAL DE YOPAL
Llamados en garantía	DEPARTAMENTO DE CASANARE Y NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL
Fecha Providencia: diecinueve (19) de septiembre de dos mil trece (2013).	

ANTECEDENTES. Se trata del ordinario de reparación directa, en el que se controvierte la responsabilidad institucional de los entes demandados por no informar el virus del que era portador, el cual le causó la muerte. La víctima encontrándose prestando el servicio militar, atendió una brigada de donación de sangre en donde fue rechazada por tener contaminantes y ser reactiva VIH, situación que no le fue informada. Años más tarde acudió al servicio médico en donde le diagnosticaron neumonía y al cabo de un mes le fue puesto en conocimiento el resultado positivo para VIH, desde ahí fue hospitalizado, pero su cuadro clínico empeoró, se trasladó a Bogotá en donde finalmente falleció.

PROBLEMA JURÍDICO 1. ¿Es viable sustituir el **estándar jurisprudencial** de los **100 SMMLV** como tope indemnizatorio usual por evento y perjudicado, por otro directamente apoyado en el Código Penal, **de hasta 1000 SMMLV** por el mismo evento de **daño** como consecuencia de un hecho delictivo imputable al Estado²?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
<i>Arbitrio judicial</i>	Perjuicios morales Responsabilidad extracontractual Tope indemnizatorio
<i>Perjuicios morales</i>	Arbitrio judicial Responsabilidad extracontractual Tope indemnizatorio

TESIS: Sí. Puede propiciarse un margen de arbitrio judicial más uniforme que permita indemnizar conforme al principio de reparación integral a la familia nuclear y a cualquier otro verdadero perjudicado que pruebe su derecho, con fundamento jurídico legislado, en vez del parámetro jurisprudencial.

ARGUMENTOS:

² En idéntico sentido aclaración de voto N. Trujillo a la sentencia, del 26 de septiembre de 2013, ponente Carlos Alberto Hernández, radicado 850012331003-2012-00160-00.



1. He propuesto a la Sala Plena del Tribunal abrir el debate en torno a los fundamentos teóricos, normativos, de principios y valores y los efectos prácticos del modelo jurisprudencial aludido, para incursionar en la metodología que ya sigue pacíficamente la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, acorde con el art. 97 del Código Penal vigente (Ley 599 del 2000), como lo ha postulado en la Sección Tercera del Consejo de Estado el doctor Enrique Gil Botero, por ahora infructuosamente. No fue propicia la ocasión para profundizar el análisis en este caso concreto, por las particularidades del proceso y los alcances de los recursos. El debate está en curso, con mayor rigor, en el proceso de reparación 2009-00027-01, en el cual se retomará la cuerda y expondré los argumentos pertinentes.
2. De esta manera se desestimula la configuración de grupos demandantes con la participación a veces artificiosa de miembros de la familia extensa para buscar el efecto acumulativo (cada pretensión multiplicada X SMMLV), el otro perjudicado que pruebe su derecho, sin tener que acudir a la discutida gradualidad de las condenas acorde con los grados y líneas de parentesco, pero sin incurrir en las tablas cartesianas por las que aboga otro consejero (J.O Santofimio), que tampoco han sido acogidas por la corporación de cierre de la jurisdicción.
3. Ya habrá mejor oportunidad para retomar esta interesante discusión académica, en la perspectiva propia de los jueces, esto es, decidiendo casos concretos, pues no les está permitido simplemente opinar acerca del tema; menos, informar sus convicciones ni el contenido del proceso decisorio colegiado por fuera de los canales de los actos procesales.

ACLARACIÓN DE VOTO. SENTENCIA DEL 19 DE SEPTIEMBRE DE 2013. PONENTE CARLOS ALBERTO HERNÁNDEZ NRD. CÁRDENAS MORALES VS. TAURAMENA. RADICADO 850013331702-2012-00018-01. ASUNTO: NIVELACIÓN SALARIAL. PRINCIPIO DE IGUALDAD: ALCANCE RELATIVO. TRATO DIFERENCIADO A FAVOR DE QUIEN CONSERVA DERECHOS DE CARRERA.

Nº de Radicación	850013331702-2012-00018-01.
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante	FLOR EDITH CÁRDENAS MORALES
Demandado	MUNICIPIO DE TAURAMENA
Fecha Providencia: Diecinueve (19) de septiembre de dos mil trece (2013)	

ANTECEDENTES. La parte actora pretende que se le reconozca el mismo salario que devenga un técnico operativo, mayor al de sus pares, por presunta identidad de requisitos para desempeñar el cargo, funciones y nivel de responsabilidades. Ocupa el empleo por encargo, prolongado por más de tres años. El municipio de Tauramena aduce que el titular invocado para la comparación, quien posee una asignación superior, conserva un beneficio de carrera adquirido en otro cargo ya suprimido, como justificación respecto a la “aparente” desigualdad laboral.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Se afecta el derecho a la igualdad de un empleado en encargo, porque no percibe la misma remuneración devengada por un técnico operativo mayor al de sus pares, cuando el titular del empleo invocado para la comparación conserva un beneficio de carrera, adquirido en otro cargo superior ya suprimido?

<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
Derecho a la igualdad	Nivelación salarial Trato diferenciado



	Empleado de carrera
Principio de igualdad	Alcance relativo Nivelación salarial Trato diferenciado
Nivelación salarial	Derecho a la igualdad Trato diferenciado Empleado de carrera

TESIS: No. Pues el titular invocado para la comparación no devenga su remuneración por el perfil ocupacional del técnico operativo (requisitos, funciones y responsabilidades), sino porque conserva un privilegio derivado de la carrera administrativa, que impide que se le desmejore el salario en la reincorporación por supresión de cargos. Luego esa situación es individual, única de ella y no puede extenderse a los demás técnicos.

ARGUMENTOS:

1. Las particularidades del caso concreto obligan a explorar una arista distinta: ¿por qué la señora Perilla, referente para las pretensiones de la actora, devenga mayor remuneración que sus pares? Y la respuesta *no es por lo que hace, ni por el cargo de técnico operativo que desempeña, sino por los beneficios que la Administración entendió que no podía desconocerle cuando la reincorporó en la nueva planta.*
2. Esa apreciación de la municipalidad, fundada o no, esto es, jurídicamente exigible que la aludida señora Perilla tuviera o no dichos beneficios, **no está sometida a juicio**; es un *hecho* determinante del tratamiento diferenciado a favor de una persona puesta en situación singular, única suya. Y se puede **insertar en las causales de justificación del trato más favorable** a que alude igualmente la Corte Constitucional³, como se indicó en el fallo de cierre.
3. En consecuencia, como la actora no demostró ni podrá hacerlo que su caso es idéntico al de la señora Perilla, a cuyo salario aspira, las pretensiones no podían prosperar. Esta sentencia no varía las premisas dogmáticas de la línea horizontal en que se apoya; tampoco desconoce los lineamientos del Consejo de Estado. Valga resaltar que la analogía y la igualdad en la solución judicial de los conflictos tienen alcances relativos: no basta citar precedentes en uno u otro sentido; quien argumenta tiene la carga de identificar y exponer *el género próximo y la diferencia específica*. A ello espero contribuir con esta aclaración de voto.

ACLARACIÓN DE VOTO. Sentencia del 26 de septiembre de 2013, ponente CARLOS ALBERTO HERNÁNDEZ, radicado 850012331003-2012-00160-00. ASUNTO. Reparación. Técnica y régimen probatorio para reconocimiento de perjuicios morales. Hacia nuevos topes indemnizatorios. Afectación excepcional y prueba calificada para reconocer daño a la vida de relación (perturbación de condiciones de existencia).

Nº de Radicación	850012331003-2012-00160-00
Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandantes	ALBA YANETH TOLOZA, CÉSAR FELIPE ALFONSO TOLOZA, JHONATAN DAVID ALFONSO TOLOZA y otros.
Demandados	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL

³ Corte Constitucional. Sentencia T-545A/07. Acción de tutela de Luz Elena Botero Larrarte y Germán Gómez Rojas, contra el Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa; Magistrado ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.



Fecha Providencia: veintiséis (26) de septiembre de dos mil trece (2013).

ANTECEDENTES. Se trata del juzgamiento de la responsabilidad administrativa por la muerte de una persona protegida por el D.I.H., ultimada por la fuerza pública en supuesto “combate de encuentro”. Se declaró responsable al Estado por dicha muerte. Se resaltaron heridas cortopunzantes, una de ellas, incompatible con el relato de las tropas. Se dispuso dentro de la condena perjuicios morales, conforme al estándar usual de 100 SMMLV por víctima indirecta. No se reconocieron indemnizaciones por daño a la vida de relación, por precariedad de la prueba de la alteración específica de la órbita exterior del complejo emocional de los demandantes, que excediera del pretium doloris.

PROBLEMA JURÍDICO 1. ¿Es aplicable la **presunción judicial de la existencia de perjuicio moral** a favor de los integrantes de la familia extensa de la víctima directa?

<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
<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 inferirse.

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.

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.

ACLARACIÓN DE VOTO. SENTENCIA DEL 26-IX-2013. ponente Héctor Alonso Ángel Ángel. Reparación 850013331701-2009-00027-01. ASUNTO S: “Falsos positivos”. Concepto de víctimas directas e indirectas. Acrecimiento de la indemnización de los hijos, a favor de padre o madre. Regulación de perjuicios morales: régimen probatorio diferenciador entre familia nuclear y familia extensa. Perjuicios morales: técnica de reconocimiento judicial y topes indemnizatorios pretorianos: hacia una nueva fundamentación con base en el Código Penal del 2000. Daño a la vida de relación (perturbación de condiciones de existencia); régimen probatorio. Reiteración de posición, acorde con la línea mayoritaria del Tribunal. Principio res ipsa loquitur: daño excepcional legitima reconocimientos superiores a los estándares usuales en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Muerte simultánea de dos hermanos: ejecución ilegal por la Fuerza Pública.

Nº de Radicación	850013331701-2009-00027-01
Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandantes	JANETH ACEVEDO TOVAR Y OTROS.
Demandados	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Fecha Providencia: veintiséis (26) de septiembre de dos mil trece (2013).	

ANTECEDENTES: Se trata de dos hermanos que fueron abatidos por topas del Ejército Nacional en supuesto “combate de encuentro”. Las circunstancias del caso y la valoración de las pruebas permitieron en primera instancia aducir que la administración obró con violación del D.I.H y utilizó indebidamente las armas del Estado. Reclaman la familia nuclear y varios miembros de la familia extensa de las “víctimas directas”. La parte demandada discutió en apelación algunos perjuicios extrapatrimoniales (morales y daño a la vida de relación), respecto de una demandante por su cuñado y de dos hermanas de los dos ultimados. La parte actora solicita el mejoramiento de la condena de tales perjuicios aduciendo los estándares de la Corte Suprema de Justicia según el Código Penal del 2000.

PROBLEMA JURÍDICO 1. ¿La diferenciación jurisprudencial entre víctimas directas y las indirectas, dentro de un contencioso de reparación, presupone tratamiento discriminatorio respecto del derecho a la reparación integral de los perjuicios que unas u otras demuestren en juicio?

<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
	Víctimas indirectas



Derechos de las víctimas	Víctimas directas Diferenciación no discriminatoria
Responsabilidad extracontractual	Derechos de las víctimas Indemnización Diferenciación no discriminatoria

TESIS. No. La diferenciación que se ha hecho en la jurisprudencia administrativa entre víctimas directas e indirectas no elimina de manera alguna el derecho que unas u otras tengan a recibir las reparaciones cuya titularidad se pruebe en juicio, incluidos quienes puedan ser beneficiarios de las presunciones judiciales de usual aplicación.

ARGUMENTOS:

1. Dicha distinción metodológica simplemente recoge las situaciones fácticas que se pueden presentar en la compleja realidad de la causación de un daño antijurídico: alguien recibe en su propia humanidad o en sus bienes jurídicos en general los efectos de la actuación material de Estado que da lugar a la configuración del daño y a su derivados jurídicos inmediatos como lo son, para el caso, el perjuicio y la pertinente indemnización; a ellos se les denomina en términos generales "víctimas directas", para identificar a quienes han sido, por ejemplo, privados de la vida, lesionados en su integridad psicofísica, privados de la libertad, perturbados en derechos reales que recaen sobre bienes inmuebles, o erosionado el núcleo de cualquier otro derecho, fundamental o no, protegido por el ordenamiento.
2. La denominada "víctima indirecta" no es por ello menos víctima, sino que el daño que a ella misma se causa proviene por reflejo de la afectación de los derechos de otro, pero en virtud de las particularidades de las relaciones familiares, sociales, de los nexos jurídicos o de otras circunstancias relevantes para el juzgamiento, adquieren la calidad de perjudicados y la vocación indemnizatoria; se alude con esa expresión, que nada tiene de peyorativo, a los parientes de la persona privada de la vida o de la libertad, lesionada en su integridad física o mental, etcétera.
3. La sentencia de primer grado utilizó la nomenclatura usual en la jurisdicción para distinguir en el caso concreto entre los dos ciudadanos que recibieron los impactos de bala de las armas oficiales, esto es, quienes fueron privados de sus propias vidas, y los demandantes que comparecieron tanto en su condición de integrantes de la familia nuclear como de la familia extensa, para hacer valer la calidad de perjudicados. La distribución de las condenas entre ellos, en función de la prueba o de las presunciones judiciales atinentes a los grados de perturbación de los bienes jurídicos de cada uno, obedece a una lógica relativa a la identificación del daño, del perjuicio y del derecho a la indemnización, simplemente, que en manera alguna degrada la legitimidad de víctimas de las denominadas indirectas.
4. Tal vez sea oportuno abrir el debate académico y recogerlo en sede judicial en torno a la revisión de esa nomenclatura, con propósitos igualmente pedagógicos, para sensibilizar a la judicatura y a la sociedad en general para que todos los afectados por el daño antijurídico que pueda imputarse al Estado sean tratados bajo el común denominador de víctimas, a secas, acorde con la mencionada Ley 1448, así la unificación por sí sola no tenga efectos prácticos o cuando menos de carácter económico. Todo ello, sin perder de vista que en ese estatuto tampoco desaparece la distinción que usa la jurisprudencia, como se destacó



respecto de los parientes de los victimarios que, en calidad de menores de edad, son al mismo tiempo víctimas del conflicto armado interno.

PROBLEMA JURÍDICO 2. ¿Cuándo se ordena **lucro cesante futuro** a favor de una **menor de edad** y de su madre, es posible que el monto **asignado a la menor acrezca** o se adicione al de su progenitora, superados los 25 años de edad y de esta manera evitar así la extinción parcial de la **indemnización**?

<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
<i>Lucro cesante futuro</i>	Menor de edad Liquidación de la indemnización Acrecimiento
<i>Responsabilidad extracontractual</i>	Menor de edad Liquidación de la indemnización Acrecimiento

TESIS. No. Existen diferencias de causa y de propósito entre la indemnización y la pensión que impiden esa equiparación, pues en la segunda, que se percibe periódicamente, no existen las mismas contingencias del pago único anticipado de la primera.

ARGUMENTOS:

1. El fundamento jurídico de la condena lo es reemplazar el ingreso del que fueron injustamente privadas la pareja sobreviviente y la hija de la víctima, por el pago único anticipado de una renta periódica que se proyecta para un horizonte de tiempo preestablecido de acuerdo con las técnicas de uso común en la jurisprudencia administrativa; para ello se tiene en cuenta que en la fecha en que se produjo la muerte injusta, era una realidad que el victimado occiso entregaba una parte de su ingreso para el sostenimiento de su pareja y de su hija, lo que hace que se trate dicha privación de renta como daño cierto, aunque futuro, que es perfectamente posible calcular.
2. Nadie puede predecir que pueda pasar con la menor cuando llegue a los 25 años de edad, evento absolutamente incierto en la fecha en que se produce el fallo. Podría ocurrir que para entonces, de no haber fallecido quien entregaba la renta, hubiera más hijos en su familia nuclear; que en vez de destinar determinado porcentaje de sus ingresos ya no al sostenimiento de la hija beneficiaria de la condena, lo hiciera para sus propias y personales necesidades, ayudar a sus padres, o cualquier otro acto de disposición de sus propios recursos. Entran así variables conjeturales que en principio pueden vaticinar qué habría ocurrido con esa porción de la renta periódica de no haberse truncado abruptamente la vida del ciudadano, es así como resulta aventurado calificar como cierto el daño de esa específica connotación, como para que pueda ordenarse el acrecimiento.
3. Bien distinto a lo que ocurre con una pensión: no hay contingencias absolutamente inciertas, porque esa renta se causa y paga periódicamente por mesadas. Cuando los hijos beneficiarios llegan al tope temporal de su derecho, la madre o padre que tengan derechos reconocidos como sustitutos o sobrevivientes, reciben el acrecimiento mientras estén vivos, pues con su propia muerte por regla general se extingue la obligación. Los dos sistemas tienen equilibrio interior y responden a racionalidades diferentes. La mezcla



propuesta por los demandantes desnaturaliza el que emplea la jurisdicción administrativa en estos eventos indemnizatorios.

PROBLEMA JURÍDICO 3: ¿Es aplicable la **presunción judicial de la existencia de perjuicio moral** a favor de los **integrantes de la familia extensa de la víctima directa**?⁴

PROBLEMA JURÍDICO 4: ¿Para efectos de reconocer **daño a la vida de relación** o alteración de las condiciones de existencia, son aplicables **presunciones similares a las que operan para el perjuicio moral**?⁵

<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
<i>Daño a la vida de relación</i>	<i>Presunción legal</i> Perjuicios morales Aplicación extensiva
<i>Perjuicios morales</i>	<i>Presunción legal</i> Aplicación extensiva Daño a la vida de relación
<i>Presunción legal</i>	Perjuicios morales Aplicación extensiva Daño a la vida de relación

TESIS. En principio no. Esta corporación ha mantenido tendencia uniforme con la cual ni se presume la configuración del daño extrapatrimonial por perturbación de las condiciones de existencia, en virtud de la prueba del simple hecho lesivo y de las relaciones afectivas de una familia nuclear, ni tampoco se excluye la posibilidad de **inferirlo** cuando se prueban hechos indicadores de haberse sobrepasado la órbita personalísima del ser afectivo o emocional, para incursionar en la esfera externa, con capacidad de alterar el proyecto de vida del perjudicado.

ARGUMENTOS:

1. La premisa conceptual ha sido siempre la misma: mientras que las reglas de experiencia, decantadas en más de cinco décadas de elaboración pretoriana, permiten suponer razonablemente que todo daño antijurídico causado a los seres queridos aflige a la familia nuclear, en virtud de los estrechos lazos de afecto y solidaridad que usualmente los ligan, para condenar a título de pretium doloris, no ocurre lo mismo con lo relativo a la **perturbación de las condiciones de existencia o daño a la vida de relación**, pues de esta especie se **exige la prueba del plus de alteración de la órbita externa del perjudicado**, en virtud de una inferencia en torno a la psicología humana: todos somos diferentes; todos reaccionamos frente a hechos idénticos, de una manera singular.

⁴ Precedente en la sentencia del 26 de septiembre de 2013, M.P: Carlos Alberto Hernández, radicado: 850012331003-2012-00160-00. En la aclaración de voto del Dr. Néstor Trujillo González, se realiza un estudio dogmático profundo acerca de la temática. Como **tesis de la aclaración** se plantea que: 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 inferirse.

⁵ El problema jurídico tuvo tratamiento en la aclaración de voto N. Trujillo a la sentencia, del 22 de agosto de 2013, ponente Carlos Alberto Hernández, radicado 850012331003-2011-00203-00 y en la sentencia del 26 de septiembre de 2013, M.P: Carlos Alberto Hernández, radicado: 850012331003-2012-00160-00, específicamente en el estudio dogmático profundo de la aclaración de voto del Dr. Néstor Trujillo González.



- De la jurisprudencia del Consejo de Estado se infiere una *tendencia mayoritaria* más reciente hacia la *tesis* que considera la exigencia de prueba para este tipo de perjuicios, aunque con la particularidad de admitirse que, en casos excepcionales, **los hechos por sí mismos**, por su *extrema gravedad*, permiten inferir la existencia del aludido daño.

PROBLEMA JURÍDICO 5: ¿Es aplicable el principio **res ipsa loquitur** para efectos de reconocer **daño a la vida de relación** o alteración de condiciones de existencia, cuando pueda inferirse la **extrema magnitud de la perturbación** o en los eventos en que la **gravedad de los hechos** por sí misma lo revela?⁶

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
<i>Principio res ipsa loquitur</i>	Responsabilidad extracontractual Daño a la vida de relación
<i>Daño a la vida de relación</i>	Responsabilidad extracontractual Principio res ipsa loquitur

TESIS: Sí. Pues si se han demostrado los hechos indicadores que permiten inferir el daño y de los mismos se puede presumir la extrema magnitud de la perturbación, se puede dar plena aplicación a dicho principio.

ARGUMENTOS:

- Se ha reconocido la existencia de esa especie de daño, en los casos en los que se ha impuesto dicha condena, cuando se han *demostrado los hechos indicadores* aludidos que permiten *inferir*, o si se quiere *presumir* la extrema magnitud de la perturbación, posición unánime; o en los eventos en que su gravedad *por sí misma los revela*, **esto es, acorde con el principio res ipsa loquitur**. No hay liberalidad, ni virajes inesperados, ni voluntarismo del juez colegiado. Cada caso, con sus específicas particularidades, ha provocado soluciones que la Sala ha estimado acordes con los principios de justicia material y de reparación integral⁷.
- La senda que ha recorrido el órgano límite de la jurisdicción ha tenido oscilaciones, enteramente naturales por la variación periódica de la integración de la Sección Tercera del Consejo de Estado; pero puede identificarse una **línea estática**, que se inclina hacia la tesis de: i) **admitir la presunción** o inferencia de la existencia de ese daño no patrimonial, por perturbación grave de las condiciones de vida del perjudicado, **cuando las circunstancias propias de los hechos probados lo evidencian por sí mismas (res ipsa loquitur)**.

⁶ Precedentes en la sentencia del 26 de septiembre de 2013, M.P: Carlos Alberto Hernández, radicado: 850012331003-2012-00160-00. En la aclaración de voto del magistrado Néstor Trujillo González, se realiza un estudio dogmático profundo acerca de la temática. Igualmente en: **Aclaración de voto** del magistrado Néstor Trujillo González a la sentencia del 22 de agosto de 2013, magistrado ponente Carlos Alberto Hernández, radicado 2011-00203-01.

⁷ **Aclaración de voto** de Néstor Trujillo González a la sentencia del 22 de agosto de 2013, magistrado ponente Carlos Alberto Hernández, radicado 2011-00203-01. Texto completo, disponible en el archivo institucional de la Corporación y publicado en los boletines de relatoría del despacho a mi cargo:

[85001_2331_003_2011-00203-00.PDF](#)



PROBLEMA JURÍDICO 6: ¿Es viable sustituir el **estándar jurisprudencial** de los **100 SMMLV** como tope indemnizatorio usual por evento y perjudicado, por otro directamente apoyado en el Código Penal, **de hasta 1000 SMMLV** por el mismo evento de **daño** como consecuencia de un hecho delictivo imputable al Estado⁸?

<u>DESCRIPTORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
Responsabilidad extracontractual	<i>Arbitrio judicial</i> Perjuicios morales Tope indemnizatorio
<i>Perjuicios morales</i>	Responsabilidad extracontractual Arbitrio judicial Tope indemnizatorio

TESIS: Sí. Puede propiciarse un margen de arbitrio judicial más uniforme que permita indemnizar conforme al principio de reparación integral a la familia nuclear y a cualquier otro verdadero perjudicado que pruebe su derecho. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Penal bien aplicada en asuntos contencioso administrativos permite reparar a las víctimas en términos de justicia material.

ARGUMENTOS:

1. Según la jurisprudencia que emana de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, puesto que se trata de un solo hecho punible, la máxima indemnización que el juez podrá reconocer por concepto de perjuicios morales será de **1000** salarios mínimos legales mensuales vigentes, sin que tenga importancia alguna cuántos demandantes comparezcan a reclamarla, pues el número de beneficiarios de la eventual condena no es uno de los factores para la graduación de la compensación que consagra el aludido artículo 97 del Código Penal del año 2000⁹. De tal situación se deriva que **bien aplicada la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Penal**, en asuntos de lo contencioso – administrativo, corrige la distorsión que pudiera afectar excesiva e indebidamente al Estado, sin menoscabo del derecho a la justa reparación integral del daño de quienes acudan al proceso y prueben su calidad de perjudicados acorde con las reglas generales para esa especie de daño extrapatrimonial.
2. Acoger la muy llamativa jurisprudencia de casación penal a la que hago alusión, tiene connotaciones muy importantes que no pueden perderse de vista. El cambio podrá hacerse siguiendo al llamado del consejero Gil Botero, quien desde hace tiempo aboga porque la judicatura administrativa abandone las rigideces de los 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes y deje de lado la parquedad o hasta la timidez con la que obramos los jueces para hacer verdadera justicia material, para lo cual brindaron ocasión muy propicia tanto la gravedad excepcional de los hechos que en este caso se juzgan, como el enfoque metodológico de la apelación de los demandantes.
3. El fallador no está condicionado al monto de las condenas; menos, como lo pidió algún ministro a la

⁸ Precedentes en: aclaración de voto del Dr. Néstor Trujillo González a la sentencia del 19 de septiembre de 2013, ponente: Dr. Carlos Alberto Hernández, radicado: 850013331-001-2005-00697-01 y en aclaración de voto N. Trujillo a la sentencia, del 26 de septiembre de 2013, ponente Carlos Alberto Hernández, radicado 850012331003-2012-00160-00.

⁹ “Esta tasación se hará teniendo en cuenta factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado”.



Jurisdicción¹⁰, que tengan que medirse los impactos fiscales de las mismas, pues hace más de dos siglos que en Francia se superó la institución del *ministro juez*, en grado relativo subordinado al interés de la Administración; y en Colombia, *nunca* la jurisdicción contencioso administrativa ha sido oráculo del Gobierno, ni constreñida por las dificultades del Fisco, como tampoco lo ha tolerado la Corte Constitucional en sus audaces sentencias de máximo contenido económico, que obligan al cambio estructural de políticas públicas. Ni lo permite el art. 90 de la Carta, pues lo que se repara es el daño antijurídico imputable al Estado, *no el que el erario pueda pagar*. Esa preocupación legítima de la Administración no es un problema del juez.

PROBLEMA JURÍDICO 7: ¿Puede aplicarse de manera **universal** a todos los **tipos de daño** en asuntos contencioso administrativos el parámetro apoyado en el Código Penal, relativo a efectuar reparaciones de **hasta 1000 SMLLV** por concepto de **perjuicios morales** en virtud de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia?

DESCRITORES	RESTRICTORES
<i>Perjuicios morales</i>	Tope indemnizatorio Aplicación extensiva Código penal
<i>Daño extrapatrimonial</i>	Perjuicios morales Tope indemnizatorio Eventos no delictivos

TESIS: No. Pues esa solución solo podría aplicarse para los eventos en que la fuente primaria del daño antijurídico que se imputa al Estado constituya un hecho cuando menos típicamente definido como punible en la ley penal.

ARGUMENTOS:

1. Bastaría que los elementos fácticos debidamente reconstruidos en el proceso contencioso administrativo puedan ubicarse en alguno de los tipos penales cuyo núcleo esencial tienda a la protección de los derechos de quien demanda, bien porque ha sido el perjudicado con la acción directa de las autoridades o de quienes actuaron por su cuenta, o porque por reflejo de aquella actuación, resultan perjudicados en sus propios derechos, esto es, de los que se denominan víctimas indirectas.
2. Ello deja por fuera, por sustracción de materia, los demás eventos de daño antijurídico y hace necesario repensar una metodología que no caiga en la arbitrariedad del juez, que tampoco se encasille en reglas rígidas de proporcionalidad que sustituyan la íntima percepción del juez fundada en la prueba, quien debe ser capaz, como dice el consejero Gil Botero, de ponerse en los zapatos del otro y ver los hechos desde su dimensión subjetiva, desde luego si están adecuadamente probados o surgen de la presunción judicial o por la regla de prueba acerca de los hechos indicadores. Por ahora no avanzo más en esa dirección pues habrá ocasión para retomar el tema cuando las necesidades de un juzgamiento en concreto lo ameriten.

¹⁰ El ministro Holguín, en discurso central en el XIV Encuentro de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Cali, septiembre de 2008. Invocó el altísimo riesgo de la cuantía de las pretensiones en los litigios contra el Estado y su impacto en el P.I.B., para pedir *mesura y prudencia* en las condenas. ¿Le diría lo mismo el gobierno interno a la Corte Interamericana de Justicia?



3. No se trata de un hecho punible en **el estricto sentido**, pues la jurisdicción administrativa no puede quedar condicionada hasta cuando la penal concluya sus propias actuaciones y entregue una sentencia en firme de carácter definitivo que declare la existencia del mismo con todos sus elementos constitutivos.
4. Advierto sí que no puede idearse la peregrina ilusión de que el eventual incremento del tope indemnizatorio al que me refiero, de 1000 salarios mínimos legales, podría permitir pedir desmesuradamente todo lo que se le ocurra a un demandante; ni al juez condenar en ejercicio del arbitrio judicial a la suma que se le antoje. Aquí no podrá darse cabida a la opción de combinar dos técnicas de regulación de la indemnización para adoptar lo que más convenga de cada una de ellas a los interesados, de tal manera que en lugar de 100 salarios mínimos legales por perjudicado y evento, se pretendan los 1000 pero multiplicados por la totalidad de los afectados.

ACLARACIÓN DE VOTO. SENTENCIA DEL 26-IX-2013. PONENTE HÉCTOR ALONSO ÁNGEL ÁNGEL. RADICADO 85001-33-31-702-2012-00036-01. ASUNTO: NRD. PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE PADRES DE SOLDADO MUERTO EN COMBATE. APLICACIÓN RETROSPECTIVA DE RÉGIMEN MÁS FAVORABLE. CONCURRENCIA DE COMPENSACIÓN POR MUERTE. INDEMNIZACIÓN PREDETERMINADA MÁS REPARACIÓN DEL DAÑO EXTRA CONTRACTUAL: ÓBITER DICTA EN TENSIÓN DE LÍNEA HORIZONTAL. PRECISIONES RELATIVAS A LA PRESCRIPCIÓN.

Nº de Radicación	85001-33-31-702-2012-00036-01.
Medio de control	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO
Demandante	MERY RIVERA Y OTRO
Demandado	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Fecha Providencia: Veintiséis (26) de septiembre de dos mil trece (2013)	

ANTECEDENTES: Se discute el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes a favor de un soldado muerto en combate, por acción directa del enemigo, ocurrida durante la vigencia del Decreto 1211 de 1990. Se decretó ascenso póstumo, pero la Administración denegó la pensión, pues estimó que solo había lugar a la compensación, entre otros beneficios. El a-quo decretó la pensión y aplicó prescripción trienal.

PROBLEMA JURÍDICO 1: ¿Es requisito indispensable para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes solicitada por los padres de soldado voluntario muerto en combate por acción directa del enemigo, la prueba relativa a que dependían económicamente de su hijo?

DESCRIPTORES	RESTRICTORES
Pensión de sobrevivientes	Soldado voluntario Dependencia económica sobrevivientes Requisito improcedente
Pensión militares	Soldado voluntario Dependencia económica sobrevivientes Requisito improcedente
Soldado voluntario	Muerte en misión Pensión de sobrevivientes Dependencia económica sobrevivientes



TESIS: No. Pues no existe precedente vinculante relativo a la prueba de la dependencia económica para el caso de reconocimiento de pensión de sobrevivientes que atañe a los militares.

ARGUMENTOS:

1. La motivación del fallo claramente establece, con arreglo al art. 189 del Decreto 1211 de 1990, que esa no es una condición legalmente impuesta.
2. La demandada ha insistido en que debió exigirse con base en la Ley 797 de 2003, según su lectura de las líneas de la jurisprudencia constitucional (C-111 de 2006 y C-336 de 2008) y administrativa. Debo destacar que la sentencia C-111 de 2006 examinó el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13, literal d), parcial, de la Ley 797 de 2003 y que el fallo C-336 de 2008 se ocupó de los artículos 1º (parcial) de la Ley 54 de 1990; 47 (parcial), 74 (parcial) y 163 (parcial) de la Ley 100 de 1993; como puede verse, **se trató de normas del régimen general de pensiones, no de las particularidades del que atañe a los militares**, luego no hay precedente vinculante que expresamente defina el problema jurídico que se considera en este aparte.

PROBLEMA JURÍDICO 2: ¿El reconocimiento judicial en el Tribunal del derecho a la concurrencia de la compensación por muerte y la pensión de sobrevivientes a favor de los padres de un soldado voluntario muerto en combate por acción directa del enemigo, ocurrida durante la vigencia del Decreto 1211 de 1990, obedece a presunta línea institucional que abogue por la plena coexistencia de las indemnizaciones laborales predeterminadas con la reparación por responsabilidad extracontractual del Estado?

<u>DESCRITORES</u>	<u>RESTRICTORES</u>
Soldado voluntario	Pensión de sobrevivientes Compensación por muerte Concurrencia
Pensión de sobrevivientes	Soldado voluntario Compensación por muerte Concurrencia

TESIS: No. Para el caso de los beneficios a favor de los padres del soldado muerto, *todas las prestaciones que concurren son laborales predeterminadas*. El obiter dictum que agregó el ponente no vincula ni modifica la línea mayoritaria del Tribunal.

ARGUMENTOS:

1. Al respecto, existe **tensión de línea** al interior del Tribunal y no un **precedente** como lo señaló el ponente, pues existe un fallo de máxima disidencia adoptado con el voto de conjuez, en el que dos de los magistrados del Tribunal optaron por la **tesis** que permite acumular indemnización laboral predeterminada con la reparación administrativa extracontractual a título de lucro cesante, ambos reconocimientos con



fuente en un mismo daño imputable a idéntico centro de imputación presupuestal y de responsabilidad; y los otros dos, por la opuesta¹¹.

2. No hay un “**leading case**”, pues el tema se discute en esta Corporación hace varios años. En múltiples fallos se ha sostenido exactamente lo contrario a lo que se postula por la mayoría accidental en la sentencia de máxima disidencia; más recientemente se reabrió la discusión, incluso con mandato de tutela por medio. Y en la providencia a la que alude la cita, quedó definido el estado actual del asunto: empate entre los cuatro magistrados que conforman el Tribunal, uno de ellos con vinculación transitoria en descongestión.
3. No puede haber “**precedente**” con una sola sentencia, menos con semejante tensión en la eventual configuración de la línea horizontal. (...) Desde luego, podría ocurrir que todos reexaminen argumentos y posiciones; será la fuerza racional de aquellos lo que determinará qué deba ocurrir en el futuro.
4. Encuentro por ello **frágil y antitécnico**, en términos de la disciplina de precedentes a que alude el fallo C-836 del 2001, convertir una sentencia de máxima disidencia, con mayoría coyuntural, aleatoria, definida por la posición de un conjuer, que puede ser suplida por la exactamente contraria de otro, en supuesto “precedente” y menos *fundante de línea*. Lo único que hay aquí, por ahora, es una *tensión de línea*, cuyo desenlace queda por verse.

REITERACIONES

ACLARACIÓN DE VOTO. Sentencia del 26 de septiembre de 2013, ponente CARLOS ALBERTO HERNÁNDEZ, radicado 850012331003-2012-00160-00. ASUNTO. Reparación. Técnica y régimen probatorio para reconocimiento de perjuicios morales. Hacia nuevos topes indemnizatorios. Afectación excepcional y prueba calificada para reconocer daño a la vida de relación (perturbación de condiciones de existencia).

Nº de Radicación	850012331003- 2012-00160-00
Medio de control	REPARACIÓN DIRECTA
Demandantes	ALBA YANETH TOLOZA, CÉSAR FELIPE ALFONSO TOLOZA, JHONATAN DAVID ALFONSO TOLOZA y otros.
Demandados	NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL
Fecha Providencia: veintiséis (26) de septiembre de dos mil trece (2013).	

ANTECEDENTES. Se trata del juzgamiento de la responsabilidad administrativa por la muerte de una persona protegida por el D.I.H., ultimada por la fuerza pública en supuesto “combate de encuentro”. Se declaró responsable al Estado por dicha muerte. Se resaltaron heridas cortopunzantes, una de ellas, incompatible con el relato de las tropas. Se dispuso dentro de la condena perjuicios morales, conforme al estándar usual de 100 SMMLV por víctima indirecta. No se reconocieron indemnizaciones por daño a la vida de relación, por precariedad de la prueba

¹¹ Es la sentencia del 11 de julio de 2013, ponente Héctor Alonso Ángel Ángel, radicado 850013331001-2009-00184-01, suscrita por el magistrado Carlos Alberto Hernández y un conjuer. Salvaron voto los magistrados José Antonio Figueroa Burbano y Néstor Trujillo González. En el salvamento se trató extensamente la fundamentación jurídica y lógica de la disidencia.



de la alteración específica de la órbita exterior del complejo emocional de los demandantes, que excediera del pretium doloris.

PROBLEMA JURÍDICO 1. ¿Para efectos de reconocer **daño a la vida de relación** o alteración de las condiciones de existencia, son aplicables **presunciones similares a las que operan para el perjuicio moral**¹²?

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

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

¹² El problema jurídico tuvo tratamiento en la aclaración de voto N. Trujillo a la sentencia, del 22 de agosto de 2013, ponente Carlos Alberto Hernández, radicado 850012331003-2011-00203-00.