



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER
San José de Cúcuta, veintiuno (21) de mayo de dos mil veinte (2020).
Magistrado Ponente: Dr. Edgar Enrique Bernal Jáuregui

RADICADO:	54-001-33-33-000-2016-01408-01
ACCIONANTE:	JOSÉ DEL CARMEN ROJAS LAGUADO
DEMANDADO:	COLPENSIONES
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Una vez agotado el trámite procesal correspondiente previsto en la Ley 1437 de 2011 Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo-CPACA-, no encontrándose causal de nulidad que invalide lo actuado, y de conformidad con lo previsto en el inciso final del artículo 181 ídem, procede la Sala en ejercicio de sus competencias legales, a dictar sentencia dentro del proceso de la referencia.

1. ANTECEDENTES

1.1 Demanda. Pretensiones

El señor **JOSÉ DEL CARMEN ROJAS LAGUADO**, en ejercicio del medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho previsto en el artículo 138 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo –CPACA-, solicita a través de apoderado judicial, la declaratoria de nulidad parcial de los siguientes actos administrativos emanados de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-: (i) **Resolución GNR 124005 del 6 de junio de 2013**, por la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez, (ii) **Resolución GNR 305680 del 6 de octubre de 2015**, por la cual se niega la reliquidación de una pensión de vejez, (iii) **Resolución VPB 15657 del 7 de abril de 2016**, por la cual se resuelve un recurso de apelación en contra de la Resolución GNR 305680 del 6 de octubre de 2015.

Como consecuencia de tales declaratorias, a título de restablecimiento del derecho, depreca lo siguiente:

- Se **CONDENE** a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de jubilación, de conformidad con lo establecido en los Decretos 1933 de 1989, 3135 de 1968, 1848 y 1045 de 1978.
- Se **ORDENE** a COLPENSIONES que la reliquidación solicitada se efectúe a partir del 8 de mayo de 2013, fecha a partir de la cual se le hizo el reconocimiento pensional, por un monto de 75% del promedio de los ingresos salariales indexados devengados durante el último año de servicios prestados, incluyendo la asignación básica mensual, todos los factores salariales y la prima especial de riesgo.
- Se **ORDENE** el pago de todas las diferencias pensionales causadas por la reliquidación a favor del demandante, que no fueron pagadas por COLPENSIONES.
- Se **ORDENE** el reconocimiento y pago de los intereses moratorios y ajustes de valor, de conformidad con los artículos 192 y 195 del CPACA.

- Se **ORDENE** a dar cumplimiento al fallo en los términos del artículo 192 del CPACA.
- Se **ORDENE** a COLPENSIONES a que, si no da cumplimiento al fallo dentro del término previsto en la ley, reconozca y pague a favor del accionante los intereses comerciales y moratorios del artículo 195 del CPACA.

1.2 Hechos, fundamentos de derecho y concepto de violación de la demanda, posición y razones de defensa de la entidad demandada

Consisten en los aspectos concretados en la fijación del litigio adelantada junto con las partes y demás intervinientes en la audiencia inicial celebrada el pasado 17 de julio de 2019 (fls. 84 a 86); en cuanto a las **circunstancias de tiempo, modo y lugar** relevantes que acontecieron previo a la expedición de los actos demandados, se sintetizó lo siguiente:

PARTE DEMANDANTE	PARTE DEMANDADA
1. El señor JOSÉ DEL CARMEN ROJAS inició su relación laboral con el extinto Departamento Administrativo de Seguridad el 20 de noviembre de 1990.	Parcialmente cierto, inició la relación laboral el 30 de noviembre de 1990.
2. La parte demandante cesó sus servicios con el extinto DAS el 31 de julio de 2013, siendo su tiempo de servicio de veintidós (22) años, ocho (8) meses y (11) once días.	Parcialmente cierto, laboró hasta el 31 de marzo de 2013.
3. Durante el último año de servicio con el extinto DAS, en el cargo de Detective Grado 09 adscrito a la Seccional Norte de Santander, el demandante percibió como salario: sueldo básico, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y prima especial de riesgo.	No le consta, puesto que quien certifica lo devengado por la parte demandante es el empleador.
4. El extinto DAS, durante el tiempo de servicio del actor, envió aporte mensual para pensión a la Caja Nacional de Previsión Social, al Instituto de los Seguros Sociales y a COLPENSIONES y envió cotización a cargo del patrono del 8.5% por actividad de alto riesgo, siguiendo los parámetros del Decreto 1835 de 1994.	Parcialmente cierto, por cuanto si bien el Decreto 1933 de 1989 establecía un régimen especial para los empleados del DAS, no es cierto que sea la norma aplicable al caso, ya que a partir de la vigencia del Régimen General de Pensiones, la norma vigente para los trabajadores del DAS, es el Decreto 1835 de 1994, el cual reglamenta las actividades de alto riesgo de los servidores públicos.
5. El extinto DAS, desde el 29 de noviembre de 1994 al 31 de julio de 2013, le pagó al actor como parte del salario mensual, el equivalente al 35% de su asignación básica mensual como prima especial de	No le consta y el hecho de que tuviera derecho a esta prima, no significa que esto se considere factor salarial para la liquidación pensional, de acuerdo a lo establecido en el Decreto 1933 de 1989, artículo 18 y Decreto 2646 de 1994,

riesgo; pago que se hizo de forma permanente y continua, acorde al artículo 1 del Decreto 2646 de 1994.	artículo 4.
6. En el último año de servicio del actor (1 junio de 2012 al 1 de junio de 2013) el extinto DAS le pagó: como asignación básica \$15.585.100, como bonificación por servicios \$667.870, como prima de servicios \$2'706.343, como prima de navidad \$1'154.240, como prima de vacaciones \$2'691.997 y como prima especial de riesgo \$5.497.047.	No le consta, pues no hizo parte de la relación laboral.
7. Según la normativa y jurisprudencia aplicable, el monto de la pensión a pagar al accionante, a partir del 8 de mayo de 2013 es de \$1'831.412,312 (un millón ochocientos treinta un mil cuatrocientos doce pesos, con trescientos doce cvs moneda legal corriente).	No le consta, y reitera que la prima de riesgo no constituye factor salarial para pensiones.
8. Mediante Resolución GNR 124005 del 6 de junio de 2013 , COLPENSIONES reconoce y ordena el pago de pensión de vejez al accionante, a partir del 8 de mayo de 2013, en un monto de un millón cuarenta y dos mil setecientos cuarenta y cinco pesos (\$1'042.745).	Cierto.
9. Mediante Resolución GNR 305680 del 6 de octubre de 2015 , COLPENSIONES niega la solicitud de reliquidación del demandante y con Resolución VPB 15657 del 7 de abril de 2016 , COLPENSIONES desata el recurso de apelación revocando la Resolución GNR 305680 , pero esta reliquidación sigue desconociendo las directrices del Decreto 1933 de 1989.	Parcialmente cierto, si bien las resoluciones y su contenido corresponden a lo expuesto por el accionante, este no tiene derecho a la reliquidación que alega y la norma aplicable no es la que invoca.

Respecto a los ***fundamentos de derecho, concepto de violación y argumentos de la defensa***, en la audiencia inicial se concretó lo siguiente:

En la demanda se citan como fundamentos de derecho los artículos 1, 2, 13, 53, 58 y 93 de la Constitución política, artículo 40 de la ley 100 de 1993, artículos 2 y 4 del Decreto 1835 de 1994, artículos 1, 10 y 18 del Decreto 1933 de 1989, artículo 27 del Decreto 3135 de 1968, artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, artículos 2 y 45 del Decreto 1045 de 1978 y el artículo 1 del Decreto 2646 de 1994.

El apoderado de la parte demandante manifiesta que los actos administrativos demandados son anulables por infringir las normas en que se fundan, por expedición irregular y porque denotan falsa motivación. Los cargos formulados se generan por cuanto las resoluciones de las cuales se pretende la nulidad, se expidieron violando el ordenamiento jurídico, teniendo de presente que el actor de

acuerdo al régimen jurídico aplicable reúne los requisitos legales para que se reconozca y pague la pensión conforme el régimen del Decreto 1933 de 1989, pero no se tienen en cuenta todos los factores salariales que son reconocidos en el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969 y el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978 por ejemplo, la prima especial, errando la entidad accionada al insistir en aplicar el régimen del Decreto 1158 de 1994.

Finalmente, considera que la motivación de los actos administrativos controvertidos es imperfecta y deficiente, en tanto no se revela con rigor los factores salariales y su régimen legal, el que se tuvo en cuenta para liquidar el monto pensional del demandante, COLPENSIONES aun concediendo la pensión, no acata el régimen pensional de los ex detectives del DAS, apoyándose en normas legales incorrectas.

Por su parte, **la apoderada de COLPENSIONES** argumenta que los servidores públicos como el accionante que se incorporan al sistema de seguridad social, según lo establecido en el artículo 1 del Decreto 691 de 1994, artículo 140 de la Ley 100 de 1993 y Decreto 1835 de 1994, se les liquida la pensión con fundamento en lo aportado por el empleador, y los factores salariales determinados en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1158 de 1994, más aun cuando el demandante adquirió su status de pensionado el 12 de enero de 2011, bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993.

Además, resalta que no todo lo devengado tiene la connotación de factor salarial, pues se requiere que sea de forma habitual y periódica, concluyendo que el régimen de transición conserva requisitos de edad y tiempo de cotización como efectivamente ocurrió con el accionante, pero no conserva la inclusión de todos los factores salariales, solo se tienen en cuenta los que sirven de base para calcular los aportes, y por estas razones los actos administrativos demandados se ajustan a la normativa jurídica vigente aplicable al caso concreto y no deben ser declarados nulos.

1.3. Alegatos de conclusión

1.3.1. De la parte demandada

Por medio de su apoderada (fls. 181 a 183), reitera los razonamientos esgrimidos en la contestación de la demanda, enfatizando que el demandante no tiene derecho ni sustento legal para reclamar reliquidación pensional de jubilación sobre el 75% del promedio de los ingresos salariales indexados devengados durante el último año de prestación de servicio, toda vez que, de acuerdo a lo establecido en la Circular interna N° 15 del 22 de junio de 2015, proferida por la Vicepresidencia Jurídica y Secretaría General de COLPENSIONES, numeral VI, el cálculo de su pensión se efectúa conforme el Decreto 1047 de 1978 de acuerdo a su estatus pensional.

Respecto al cálculo del IBL, señala que se determinó conforme a los criterios jurídicos institucionales de reconocimiento y liquidación pensional; además, refiere que COLPENSIONES tuvo en cuenta lo establecido en la Circular interna N° 06 del 18 de diciembre de 2013 proferida por la Vicepresidencia Jurídica y Secretaría General de COLPENSIONES.

Con base en lo anterior, explica que el demandante adquirió su estatus pensional el 12 de enero de 2011, es decir con anterioridad al 8 de mayo de 2013, por lo que a través de la Resolución VPB 15657 del 7 de abril de 2016, COLPENSIONES

calculó la pensión de conformidad con el Decreto 1047 de 1978, en cuantía de \$1.053.150, a partir del 18 de junio de 2013, lo que permite concluir que la reliquidación de la prestación efectuada por esta entidad se encuentra ajustada a derecho, e improcedente sería acceder a las prestaciones principales de la demanda.

Por otra parte, hace referencia a que debe respetarse el precedente constitucional sobre la liquidación de las pensiones en el régimen de transición creado por la Ley 100 de 1993 en su artículo 36, acogido por el Consejo de Estado, en providencia del 28 de agosto de 2018.

1.3.2. De la parte actora

Por intermedio de su apoderado (fls. 186-187), reitera sus pretensiones, pidiendo se despachen favorablemente, decretando la nulidad de los actos administrativos acusados, y condenando a la reliquidación de la pensión, teniendo en cuenta la prima de especial de riesgo como factor salarial, para lo cual insiste en los argumentos expuestos en la demanda, enfatizando que la norma legal que respalda el régimen prestacional de los exfuncionarios del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, es el Decreto 1933 de 1989, que en su artículo 1 señala que los empleados del extinto DAS tendrán derecho a las prestaciones sociales previstas para las entidades del orden nacional, esto es, conforme a lo establecido en los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1045 de 1978 y 1047 de 1978, normas provistas de fuerza de ley conforme al artículo 11 de la Ley 153 de 1978, previendo su artículo 18 como factores para liquidar la pensión, los de asignación básica, bonificación por servicios prestados, la prima de servicio, el subsidio de alimentación, el auxilio de transporte, la prima de navidad, y la prima de vacaciones.

En su parecer tales normas especiales y específicas, han de tenerse en cuenta para liquidar las mesadas pensionales de los exfuncionarios del DAS, en cuanto a los parámetros de la Ley 33 de 1985, a la que hace referencia el Consejo de Estado en la sentencia 2012-00143 de fecha 28 de agosto de 2018, en concordancia a lo establecido por la Corte Constitucional en Sentencias C-439 de 2016, C-451 de 2015, C-078 de 1997, y en desarrollo del principio de *in dubio pro operario*, contemplado en el art 53 de la Constitución y 21 del Código Sustantivo del Trabajo.

Con respecto a la prima especial del riesgo como factor salarial, hace alusión a la providencia del Consejo de Estado del 01 de agosto del 2013, dentro del radicado 2008-00150-01 que unifica el criterio respecto a que esta prima especial contemplada en el Decreto 2646 de 1994, ha de ser tenida en cuenta como factor salarial para efectos de la pensión.

1.3.3. Del Ministerio Público

No intervino en esta etapa procesal.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1 Problema jurídico

Tal y como se concretó en la etapa de fijación del litigio en la audiencia inicial, a la Sala le corresponde determinar si debe reafirmarse la presunción de legalidad de los actos administrativos demandados, o si por el contrario, el señor **JOSÉ DEL CARMEN ROJAS LAGUADO**, tiene derecho a que COLPENSIONES, le reliquide la pensión de vejez reconocida, incluyendo la totalidad de los factores salariales

devengados en el último año de prestación de servicios, como son la asignación básica, bonificación de servicios, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y prima especial de riesgo, conforme lo dispone los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1045 de 1978.

En caso de que se concluya esto último, deberá analizarse si hay lugar a declarar algún tipo de prescripción al respecto.

2.2 Tesis de la Sala que resuelve el problema jurídico

Con fundamento en el marco jurisprudencial vigente sobre la materia, dictado por el Consejo de Estado, máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, contenido en la sentencia de unificación de la Sección Segunda, del 1 de agosto de 2013, expediente 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-11), C.P. Gerardo Arenas Monsalve, la Sala procederá a acceder a las pretensiones de la demanda, en el sentido de declarar la nulidad de los actos demandados, y a título de restablecimiento del derecho, se condenará a la demandada a dictar un nuevo acto administrativo, por medio del cual se efectúe el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez del señor **JOSÉ DEL CARMEN ROJAS LAGUADO**, con el 75%, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, entre el 17 de junio de 2012 y el 17 de junio de 2013, esto es, que además de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, se tenga en cuenta la **prima de navidad, la prima especial de riesgo, la prima de servicios y la prima de vacaciones**.

De otro lado, en cuanto al fenómeno de la **prescripción** trienal de las mesadas pensionales no reclamadas oportunamente, en el caso en concreto no hay lugar a decretarla, como quiera que el demandante comenzó a disfrutar del reconocimiento pensional a partir del día siguiente a la fecha de su retiro, que lo fue el **8 de mayo de 2013** y la solicitud de reliquidación pensional fue presentada **el 12 de noviembre de 2014**¹, siendo resulta inicialmente mediante **Resolución GNR 305680 del 6 de octubre de 2015**, la que luego fue revocada por medio de la **Resolución VPB 15657 del 7 de abril de 2016**, y la demanda fue interpuesta el **28 de septiembre de 2016**.

2.3 Argumentos que desarrollan la tesis de la Sala

2.3.1. Hechos probados relevantes para la adopción de la decisión

HECHO PROBADO	PRUEBA
El señor JOSÉ DEL CARMEN ROJAS LAGUADO laboró en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS, desde el 20 de noviembre de 1990 al 19 de noviembre de 1999 y del 9 de diciembre de 1999 al 17 de junio de 2013, desempeñando como último cargo el de DETECTIVE PROFESIONAL 207-09.	Certificación del 17 de febrero de 2014, expedida por la Subdirectora del Talento Humano del Departamento Administrativo de Seguridad DAS, en supresión (fl. 18).
Por medio de la Resolución 2244 del 3 de mayo de 2012 , el hoy extinto Instituto de Seguros Sociales, reconoció y dejó en	Se extrae de los considerandos de la Resolución GNR 124005 del 6 de

¹ Se extrae de los considerandos de la Resolución GNR 305680 del 6 de octubre de 2015 (fl. 27).

<p>suspenso una pensión de vejez en favor del señor JOSÉ DEL CARMEN ROJAS LAGUADO, conforme a lo dispuesto en los Decretos 1933 de 1978 y 1933 de 1989 en cuantía de \$987.125, condicionada al retiro del servicio.</p>	<p>junio de 2013, expedida por COLPENSIONES (fls. 22 a 24).</p>																						
<p>Mediante Resolución GNR 124005 del 6 de junio de 2013, COLPENSIONES reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez, a favor del señor JOSÉ DEL CARMEN ROJAS LAGUADO, a partir del 8 de mayo de 2013, por valor de \$1.042.745.</p>	<p>Resolución GNR 124005 del 6 de junio de 2013, expedida por COLPENSIONES (fls. 22 a 24).</p>																						
<p>A través de la Resolución GNR 305680 del 6 de octubre de 2015, COLPENSIONES negó petición de reliquidación pensional elevada por la parte demandante, considerando que realizado el cálculo de la prestación, en aplicación del artículo 13 del Decreto 1835 de 1994, las reglas fijadas por la Corte Constitucional y la circular interna 16 de 2015, con el promedio de lo cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento pensional, el valor actual es superior al resultado de la liquidación, manteniéndose por tanto la mesada en su valor actual.</p>	<p>Resolución GNR 305680 del 6 de octubre de 2015, emanada de COLPENSIONES (fls. 27 a 30).</p>																						
<p>Mediante Resolución VPB 15657 del 7 de abril de 2016, se resolvió recurso de apelación en contra de la Resolución GNR 305680, revocándola, para en su lugar reliquidar la pensión, en los siguientes términos y cuantías:</p> <p>Valor mesada al 18 de junio de 2013 = \$1,053,150</p> <table data-bbox="228 1664 641 1769"> <tr> <td>2014</td> <td>1.073.581.00</td> </tr> <tr> <td>2015</td> <td>1.112,874.00</td> </tr> <tr> <td>2016</td> <td>1.188,216,00</td> </tr> </table> <table border="1" data-bbox="228 1799 849 2150"> <thead> <tr> <th colspan="2">Liquidación Retroactivo</th> </tr> <tr> <th>Concepto</th> <th>Valor</th> </tr> </thead> <tbody> <tr> <td>Mesadas</td> <td>361.383.00</td> </tr> <tr> <td>Mesadas Adicionales</td> <td>64,014,00</td> </tr> <tr> <td>F. Solidaridad Mesadas</td> <td>0.00</td> </tr> <tr> <td>F. Solidaridad Mesadas Adic</td> <td>0.00</td> </tr> <tr> <td>Descuentos en Salud</td> <td>43,149,00</td> </tr> <tr> <td>Valor a Pagar</td> <td>382,248,00</td> </tr> </tbody> </table>	2014	1.073.581.00	2015	1.112,874.00	2016	1.188,216,00	Liquidación Retroactivo		Concepto	Valor	Mesadas	361.383.00	Mesadas Adicionales	64,014,00	F. Solidaridad Mesadas	0.00	F. Solidaridad Mesadas Adic	0.00	Descuentos en Salud	43,149,00	Valor a Pagar	382,248,00	<p>Resolución VPB 15657 del 7 de abril de 2016, emanada de COLPENSIONES (fls. 32 a 35).</p>
2014	1.073.581.00																						
2015	1.112,874.00																						
2016	1.188,216,00																						
Liquidación Retroactivo																							
Concepto	Valor																						
Mesadas	361.383.00																						
Mesadas Adicionales	64,014,00																						
F. Solidaridad Mesadas	0.00																						
F. Solidaridad Mesadas Adic	0.00																						
Descuentos en Salud	43,149,00																						
Valor a Pagar	382,248,00																						

2.3.2. Marco jurídico

2.3.2.1 Del régimen pensional del extinto D.A.S.

Al respecto, se tiene como derrotero normativo que en el año 1978, el Presidente de la República expidió el Decreto 1047² mediante el cual determinó el régimen pensional de jubilación de las personas que desempeñaran funciones dactiloscópicas en el Departamento Administrativo de Seguridad DAS. Dicho precepto determinó que accederían a esta prestación los empleados del DAS (i) que ejercieran funciones de dactiloscopistas por 20 años continuos o discontinuos, y (ii) que hubiesen aprobado el curso de formación en esa área.

Más adelante, el Gobierno Nacional profirió el Decreto 1933 de 1989 a través del cual estableció un régimen prestacional especial para todos los empleados del DAS. En sus artículos del 2 al 5 reguló lo concerniente a las primas especiales, entre ellas, la de riesgo³ mientras que en su artículo 10, extendió el derecho a obtener una pensión de jubilación, de acuerdo con el Decreto 1047 de 1978, a todos los detectives de distintos grados y denominaciones.

Entre las leyes que se hallaban vigentes a la fecha en que entró a regir el sistema integral de seguridad social de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994 para los empleados nacionales y 30 de junio de 1995 para los de carácter territorial), se encontraba el régimen pensional especial previsto en el Decreto-Ley 1933 de 1989, que en su artículo 10, indicaba:

“Artículo 10. Pensión de Jubilación. Las normas generales sobre pensión de jubilación previstas para los empleados de la administración pública del orden nacional se aplicarán a los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad.

Los empleados que cumplan funciones de dactiloscopistas en los cargos de Detective Agente, Profesional o Especializado, se regirán por lo establecido en cuanto a régimen de pensión vitalicia de jubilación, por el Decreto – ley 1047 de 1978, cuyas normas serán igualmente aplicables al personal de detectives en sus distintos grados y denominaciones”.

Ahora bien, el artículo 140 de la Ley 100 de 1993, consagra que el Gobierno Nacional deberá con fundamento en la Ley 4^a de 1992, regular las condiciones de las actividades que son consideradas como de alto riesgo, así como también los presupuestos pensionales de este grupo de servidores. Dicha norma señala:

“ARTICULO 140. ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO DE LOS SERVIDORES PUBLICOS. De conformidad con la Ley 4a. de 1992, el Gobierno Nacional expedirá el régimen de los servidores públicos que laboren en actividades de alto riesgo, teniendo en cuenta una menor edad de jubilación o un número menor de semanas de cotización, o ambos requisitos. Se consideran para este efecto como actividades de alto riesgo para el trabajador aquellas que cumplen algunos sectores tales como el Cuerpo de Custodia y Vigilancia Nacional Penitenciaria. Todo sin desconocer derechos adquiridos.

² Por el cual se determina el régimen de pensión vitalicia de jubilación para las personas que desempeñen funciones de dactiloscopistas en el Departamento Administrativo de Seguridad.

³ ARTÍCULO 4^o Prima de riesgo. Los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad pertenecientes a las áreas de dirección superior, operativa y los conductores del área administrativa, adscritos a los servicios de escolta, a las unidades de operaciones especiales y a los grupos antiexplosivos, tendrán derecho a percibir mensualmente una prima de riesgo equivalente al diez por ciento (10%) de su asignación básica.

El Gobierno Nacional establecerá los puntos porcentuales adicionales de cotización a cargo del empleador, o del empleador y el trabajador, según cada actividad.”

Respecto a la forma de liquidar la pensión de dichos empleados, ha señalado la jurisprudencia de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en la **sentencia de unificación proferida el 1 de agosto de 2013**, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, dentro del expediente número 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-2011)⁴ que al hallarse excluidos de la aplicación de la Ley 33 de 1985, por tener un régimen pensional especial, se acude a las normas pensionales generales anteriores que aplicaban para los empleados de la Rama Ejecutiva del orden nacional, por expresa remisión del Decreto-Ley 1933 de 1989, entre ellas, el Decreto-Ley 3135 de 1968 y el Decreto Reglamentario 1848 de 1969. También precisó, que la prima de riesgo de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, sí debía ser tomada en cuenta al momento de determinar el índice base de liquidación.

En particular, se acude al artículo 73 del Decreto Reglamentario 1848 de 1969, que contempla no solo la tasa de reemplazo, sino el ingreso base y el periodo que debe tenerse en cuenta para su liquidación, que dice:

“Artículo 73. Cuantía de la Pensión.- El valor de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios y primas de toda especie percibidos en el último año de servicio por el empleado oficial que haya adquirido el status jurídico de jubilado, por reunir los requisitos señalados por la Ley para tal fin”.

Posteriormente, el Decreto-Ley 1835 de 1994 estipuló un **régimen de transición** para los servidores que antes de su vigencia, se encontraban laborando en las actividades descritas en los numerales 1 y 5 de su artículo segundo como de alto riesgo, entre los que se hallaban los Detectives del DAS en sus distintos grados y denominaciones de especializado. Dice el artículo 4:

“Régimen de transición. Los funcionarios de las Entidades señaladas en este capítulo, que laboren en las actividades descritas en los numerales 1o. y 5o. del artículo 2º, de este Decreto, que estuviesen vinculados a ellas con anterioridad a su vigencia, no tendrán condiciones menos favorables, en lo que respecta a la edad para acceder a la pensión de vejez o jubilación, el tiempo de servicio requerido o el número de semanas cotizadas y el monto de ésta pensión, a las existentes para ellos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993”.

De esta manera, los servidores a los cuales se aplica dicha norma (beneficiarios del régimen de transición) quedan sometidos al régimen anterior que en lo pertinente establecen los Decretos 1047 de 1978 y 1933 de 1989.

En el Decreto Ley 2090 expedido el 26 de julio de 2003. “Por el cual se definen las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador y se modifican y señalan las condiciones, requisitos y beneficios del régimen de pensiones de los trabajadores que laboran en dichas actividades”, el Gobierno Nacional reguló el régimen pensional de los trabajadores que laboran en actividades de alto riesgo, salvo el de los detectives del DAS, el cual se encuentra regulado en el Decreto 2091 de 2003 y derogó el Decreto 1835 de 1994.

Por su parte, el Decreto 2091 de 28 de julio de 2003, “Por el cual se reforma el régimen de pensiones de los servidores públicos del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS”, fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante

⁴ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda M.P. Gerardo Arenas Monsalve. 1º de agosto de 2013. radicación número: 44001-23-31-000-2008-00150-01(0070-11).

sentencia C-1056 de 11 de noviembre de 2003. Quiere decir lo anterior, que toda vez esta norma fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional, y el Decreto 1835 de 1994, que regulaba el régimen especial para los detectives del DAS fue derogado por el Decreto 2090 de 2003, se generó un vacío normativo respecto del régimen pensional especial para empleos de alto riesgo en el DAS, el cual fue llenado con la expedición de la Ley 860 del 26 de diciembre de 2003.

Mediante la expedición de la Ley 860 de 26 de diciembre de 2003, “*Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones*” (la cual empezó a regir el 29 de diciembre de 2003), el legislador llenó el vacío generado respecto del régimen pensional de los detectives del DAS que desempeñaban funciones de alto riesgo, señalando en su artículo 2 lo siguiente:

“ARTICULO 2o. DEFINICION Y CAMPO DE APLICACION. El régimen de pensiones para el personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, al que se refieren los artículos 1o y 2o del Decreto 2646 de 1994 ó normas que lo modifiquen o adicionen, será el que a continuación se define. Para el personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, que labore en las demás áreas o cargos, se les aplicará en su integridad el Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003. (...) PARAGRAFO 5o. Régimen de transición. Los detectives vinculados con anterioridad al 3 de agosto de 1994 que a la fecha de entrada en vigencia de la presente ley hubieren cotizado 500 semanas les serán reconocida la pensión de vejez en las mismas condiciones del régimen de transición contenidas en el Decreto 1835 de 1994 (...)”. (Subrayado fuera del texto original).

2.3.2.2 Jurisprudencia acerca de que la prima de riesgo de los empleados del DAS constituye factor salarial para liquidar tanto pensiones como prestaciones sociales.

El Consejo de Estado en un primer momento, atendiendo al tenor literal de la norma, **negó la inclusión de la referida prestación para efectos de establecer el IBL de las pensiones de los servidores del extinto DAS.** (Sección Segunda, Subsección B, sentencia de 18 de agosto de 2005, rad, 782-2004, M.P. Bertha Lucía Ramírez de Páez).

Dicha tesis fue replanteada mediante sentencia de 10 de noviembre de 2010 (Rad. 568-2008, M.P. Gustavo Gómez Aranguren), en la cual se deja de lado una lectura literal del Decreto 2646 de 1994, para dar paso a una interpretación favorable de las normas **que prevén los factores salariales a tener en cuenta al momento de establecer el ingreso base de liquidación, IBL, de una prestación pensional**, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969.

La anterior posición fue objeto de **unificación** por parte del Consejo de Estado, Sección Segunda, en la sentencia de 1 de agosto de 2013, expediente 44001-23-31-000-2008-00150-01 (0070-11), C.P. Gerardo Arenas Monsalve, en la cual se precisó lo siguiente:

“[...] Teniendo en cuenta lo anterior, y con la finalidad de unificar criterios en torno al asunto específico de la prima de riesgo de los servidores del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, como factor para el reconocimiento de las pensiones de jubilación o de vejez de quienes sean sujetos del régimen de transición pensional, la Sala en esta ocasión se permite precisar que dicha prima sí debe ser tomada en cuenta para los fines indicados.”

Lo anterior, en primer lugar, porque la jurisprudencia de esta Corporación, ha entendido por salario la remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del

empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.

*Bajo estos supuestos, **ha de decirse que todas la sumas que de manera habitual y periódica perciba el trabajador, son factores que integran el salario que éste percibe lo que incide de manera directa en la forma como se establecen los ingresos base de cotización y liquidación de una prestación pensional.*** (...).

*Es precisamente este último principio, la primacía de la realidad sobre las formas, el que en este caso permite advertir que la prima de riesgo, de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, **si goza del carácter de factor salarial, independientemente de que el Decreto 2646 de 1994 le niegue tal condición en la medida en que, como quedó visto, la referida prima constituye en forma visible una retribución directa y constante a los detectives, criminalísticos y conductores en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban.***

*(...) Y en segundo lugar, porque **las mismas disposiciones prevén que la prima de riesgo a favor del personal del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, le confieren un carácter periódico y permanente** en tanto señalan en su tenor literal que: “los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad que desempeñen cargos de Detective Especializado, Detective Profesional, Detective Agente, (...)”, tendrán derecho a percibir mensualmente y con carácter permanente una Prima Especial de Riesgo.*

*(...) Considera la Sala que al ser percibida en forma permanente y mensual por los empleados del Departamento Administrativo de Seguridad, DAS, **la prima de riesgo tiene un innegable carácter salarial**, tal como lo prevé el mismo legislador extraordinario en los Decretos 1137 y 2646 de 1994 toda vez que, de acuerdo con la definición de salario vista en precedencia, **no hay duda que la referida prestación hacía parte de la contraprestación directa que percibían los empleados del DAS, por los servicios prestados como detectives. Agentes, criminalísticos o conductores.***

*Así las cosas, y **con el fin de unificar criterios en torno a la naturaleza de la prima de riesgo**, concluye la Sala, teniendo en cuenta lo expresado en precedencia, que **dicha prestación sí goza de una naturaleza salarial intrínseca lo que permite que, en casos similares al presente, sea tenida en cuenta como factor salarial para efectos de establecer el ingreso base de cotización y liquidación de la prestación pensional de los servidores del extinto Departamento de Seguridad, DAS.*** [...]” (Negrillas fuera del texto original).

De acuerdo con la aludida sentencia unificadora, el salario se conceptualizó como aquella remuneración que percibe el trabajador por la prestación de un servicio a favor del empleador, de forma personal, directa y subordinada, el cual, no sólo está integrado por una remuneración básica u ordinaria sino también, por todo lo que bajo cualquier otra denominación o concepto, en dinero o en especies, ingrese al patrimonio del trabajador en razón a la prestación de sus servicios.

Con fundamento en el concepto de salario, la Alta Corporación estimó que la prima de riesgo de los empleados del extinto Departamento Administrativo de Seguridad, goza del carácter de factor salarial, en la medida que constituye una retribución directa y constante a los detectives, criminalísticos y conductores en atención a las características especiales de la labor que desarrollaban, aunado al hecho de ser una prima percibida de manera habitual y periódica.

En consecuencia, la Sala considera procedente la inclusión de la prima de riesgo como factor salarial para la liquidación de las pensiones y las prestaciones sociales de los empleados del hoy extinto DAS.

2.3.3. Caso en concreto. Conclusiones

Conforme se concretó en la etapa de fijación del litigio dentro de la audiencia inicial adelantada en el presente caso, el señor **JOSÉ DEL CARMEN ROJAS LAGUADO** pretende, con base en la sentencia de unificación de fecha 1 de agosto de 2013, por haber prestado sus servicios al extinto Departamento Administrativo de Seguridad DAS en el cargo de **Detective Grado 09**, se ordene por esta vía judicial la reliquidación de su pensión, de conformidad con lo establecido en los Decretos 1933 de 1989, 3135 de 1968, 1848 y 1045 de 1978, a partir del 8 de mayo de 2013, por un monto de 75% del promedio de los ingresos salariales indexados devengados durante el último año de servicios prestados, incluyendo la asignación básica mensual, todos los factores salariales y la prima especial de riesgo.

En el *sub exámine*, en primera medida, respecto al régimen de transición aplicable a los detectives del Departamento Administrativo de Seguridad, como se enfatizó el capítulo precedente de la providencia, queda claro que se sujeta a la Ley 860 de 2003, que consagró en el parágrafo 5 del artículo 2, un régimen de transición para reconocer la pensión de vejez en las mismas condiciones contenidas en el régimen de transición fijado en el artículo 4 del Decreto 1835 de 1994 a aquellos detectives del DAS que: 1) se hayan vinculado con anterioridad al 3 de agosto de 1994; y 2) que a la fecha de entrada en vigencia de dicha ley (29 de diciembre de 2003) hubieren cotizado 500 semanas, y por ser una norma especial que regula el régimen especial de las actividades de alto riesgo, no están sujetos a la transición fijada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

De acuerdo con la prueba documental, se evidencia que el demandante, para el 29 de diciembre de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 860 de 26 de diciembre de 2003, contaba con 4.747 días, el equivalente a 678.14 semanas de servicio prestados al DAS (ingresó a laborar el 20 de noviembre de 1990), por ende, cumple con los requisitos previstos en el parágrafo 5 del artículo 2 de la Ley 860 de 2003, para ser beneficiario del régimen transición allí establecido.

Así mismo, se advierte que el demandante ha prestado los siguientes servicios:

EMPLEADOR	FECHA INICIAL	FECHA FINAL	NOVEDAD	TOTAL DIAS
EXPOGANGA Y CIA LTDA	13/06/1989	31/12/1989	TIEMPO DE SERVICIO	202
EXPOGANGA Y CIA LTDA	01/01/1990	01/04/1990	TIEMPO DE SERVICIO	91
EXPOGANGA Y CIA LTDA	12/06/1990	05/08/1990	TIEMPO DE SERVICIO	55
DPTO ADMITIVO DE SEGURIDAD DA	20/11/1990	18/11/1999	TIEMPO DE SERVICIO	3,239
DPTO ADMITIVO DE SEGURIDAD DA	01/01/2000	19/05/2000	TIEMPO DE SERVICIO	139
DPTO ADMITIVO DE SEGURIDAD DA	01/06/2000	31/07/2001	TIEMPO DE SERVICIO	420
DPTO ADMITIVO DE SEGURIDAD DA	01/08/2001	30/06/2009	TIEMPO DE SERVICIO	2,85
DPTO ADMITIVO DE SEGURIDAD DA	01/10/2009	30/11/2009	TIEMPO DE SERVICIO	60
DPTO ADMITIVO DE SEGURIDAD DA	01/01/2010	30/04/2010	TIEMPO DE SERVICIO	120
DPTO ADMITIVO DE SEGURIDAD DA	01/06/2010	17/06/2013	TIEMPO DE SERVICIO	1,058

Según certificación del 21 de agosto de 2013, expedida por la Subdirectora del Talento Humano del Departamento Administrativo de Seguridad DAS (fls. 18-19), se

acredita que el demandante entre el 17 de junio de 2012 y el 17 de junio de 2013, último año de servicios, devengó la asignación básica, bonificación por servicios, prima de servicios, prima de navidad, prima de vacaciones y prima especial de riesgo.

De otra parte, de acuerdo con el contenido de los actos demandados, y conforme se expuso en el acápite de hechos probados de la presente providencia, se extrae que el señor **JOSÉ DEL CARMEN ROJAS LAGUADO** actualmente goza de una pensión de vejez, liquidada por COLPENSIONES sobre un IBL de \$1.404.200, con un porcentaje de pensión del 75% sobre el promedio del salario devengado durante los últimos 10 años de servicios, fecha de status 12/01/2011, fecha de reconocimiento 18/06/2013, valor mesada al 18 de junio de 2013: \$1,053,150, 2014: \$1.073.581.00, 2015: \$1.112,874.00, y 2016: \$1.188,216,00.

Bajo ese contexto, y con fundamento en el marco jurisprudencial sobre la materia previamente expuesto, la Sala considera que al demandante, beneficiario del régimen de transición señalado por el parágrafo 5 del artículo 2 de la Ley 860 de 2003, que a su vez remite a las normas del Decreto 1835 de 1994, se le deben respetar los derechos establecidos en las normas vigentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993, dentro de las cuales se encuentran las Leyes 33 y 62 de 1985, y los Decretos 3135 de 1968 y 1848 de 1969, que ordenaban liquidar las pensiones de jubilación con el 75% del promedio de lo devengado durante el último año de servicio.

Respecto de la prima de riesgo, conforme a la sentencia de unificación del 1 de agosto de 2013 de la Sección Segunda del Consejo de Estado, previamente traída a colación, constituye factor salarial en lo que tiene que ver con la determinación de la base de liquidación pensional de los empleados del DAS que prestaron sus servicios como detectives, agentes, criminalísticos y conductores, por lo que la misma debe tenerse en cuenta para la reliquidación pensional del demandante.

Bajo el anterior orden de ideas, se procederá a acceder a las pretensiones de la demanda, en el sentido de declarar la nulidad de los actos demandados, y a título de restablecimiento del derecho, se condenará a la demandada a dictar un nuevo acto administrativo, por medio del cual se efectúe el reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez del señor **JOSÉ DEL CARMEN ROJAS LAGUADO**, con el 75%, con la inclusión de todos los factores salariales devengados en el último año de servicios, esto es, que además de la asignación básica y la bonificación por servicios prestados, se tenga en cuenta la prima de navidad, la prima especial de riesgo, la prima de servicios, la prima de vacaciones.

Adicionalmente, en las certificaciones se observa que los factores denominados, **prima de navidad, prima de servicios, prima de vacaciones y bonificación por servicios**, fueron reconocidos y ordenados pagar por el empleador cada año de servicio, por lo tanto, si bien es cierto se debe tener en cuenta dicha prestación para calcular el monto de la pensión, ésta se debe incluir 1/12 parte, pues se reconocen y pagan al empleado cada vez que éste cumpla un año laborado, razón por la que deben tenerse en cuenta para el cálculo de la pensión, en forma proporcional.

2.4. Prescripción

Para que opere el fenómeno prescriptivo, figura que se encuentra regulada en el Decreto 3135 de 1968, Decreto 1848 de 1969 y artículo 151 del Código Procesal del Trabajo, se requiere que transcurra un determinado lapso durante el cual no se

hayan ejercido el(los) medio(s) de control judicial(es). Dicho tiempo se cuenta desde que la obligación se haya hecho exigible.

Como se puede advertir de dichas normas, existe un término de tres (3) años para que se configure la prescripción de derechos y la sólo petición de los mismos “interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso igual”.

Así pues, en el asunto en concreto, no hay lugar a decretarla, como quiera que el demandante comenzó a disfrutar del reconocimiento pensional a partir del día siguiente a la fecha de su retiro, que lo fue el **8 de mayo de 2013** y la solicitud de reliquidación pensional fue presentada el **12 de noviembre de 2014**⁵, siendo resulta inicialmente mediante **Resolución GNR 305680 del 6 de octubre de 2015**, la que luego fue revocada por medio de la **Resolución VPB 15657 del 7 de abril de 2016**, y la demanda fue interpuesta el **28 de septiembre de 2016**.

Ahora bien, teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la Sala considera necesario señalar que sobre esta reliquidación de la pensión que se ordena a favor del señor **JOSÉ DEL CARMEN ROJAS LAGUADO**, la entidad demandada deberá efectuar la respectiva indexación desde la primera mesada pensional, debido a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y el fenómeno inflacionario.

De las sumas que resulten habrá lugar a deducir los descuentos por aportes a la seguridad social que dejaron de efectuarse, respecto de todos aquellos factores salariales que se incluyan en la base de liquidación de la pensión y que para la base de cotización no fueron incluidos, si a ello hubiere lugar.

Así las cosas, se ordenará a la demandada, que liquide nuevamente la pensión de la que es titular el señor **JOSÉ DEL CARMEN ROJAS LAGUADO**, de conformidad con los considerandos de la presente providencia, debiendo indexarse la misma con la siguiente fórmula:

$$Ra = Rh \times \frac{IPC \text{ Final}}{IPC \text{ Inicial}}$$

Dónde:

Ra= Valor actualizado o presente

Rh= Valor histórico a actualizar (que es el valor dejado de percibir por la parte demandante por concepto de la pensión de jubilación)

IPC Final= Índice Final vigente a la fecha de ejecutoria de la sentencia.

IPC Inicial= Índice inicial vigente a la fecha de causación de cada mesada pensional.

Por tratarse de pagos de tracto sucesivo la fórmula se aplicará separadamente, mes por mes, respecto de cada obligación teniendo en cuenta que el Índice inicial es el vigente al momento de la causación de cada uno de ellos.

2.5. Costas

Para terminar, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, en el entendido que de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP, sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, presupuestos que no se configuración en la presente

⁵ Se extrae de los considerandos de la Resolución GNR 305680 del 6 de octubre de 2015 (fl. 27).

etapa procesal.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Oral 002 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A

PRIMERO: DECLARAR NO probadas las excepciones de mérito denominadas *“inexistencia de la obligación por parte de COLPENSIONES, de liquidar la pensión de vejez con los factores pretendidos en la demanda”, “inexistencia de la obligación”, “carencia de derecho reclamado”, “buena fe”, “falta de título y causa” y la “genérica” y “prescripción”,* propuestas por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**.

SEGUNDO: DECLÁRESE la nulidad parcial de la **Resolución GNR 124005 del 6 de junio de 2013**, en cuanto omitió liquidar la pensión de vejez reconocida al señor **JOSÉ DEL CARMEN ROJAS LAGUADO**, con aplicación en lo dispuesto en las Leyes 33 y 62 de 1985, y los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969 y 1933 de 1989, y la nulidad total de la **Resolución GNR 305680 del 6 de octubre de 2015** y la **Resolución VPB 15657 del 7 de abril de 2016**, todas emanadas de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**, en cuanto decidieron petición de reliquidación pensional elevada por el demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración y a título de restablecimiento del derecho, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** a:

- ❖ Efectuar una nueva liquidación de la pensión pensión de vejez reconocida al señor **JOSÉ DEL CARMEN ROJAS LAGUADO**, desde el **18 de junio de 2013**, tomando como base de liquidación el 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, (entre el 17 de junio de 2012 y el 17 de junio de 2013), incluyendo como factores salariales la asignación básica mensual, la bonificación por servicios prestados, la prima especial de riesgo y las doceavas partes de las primas de navidad, de servicios y de vacaciones.
- ❖ Cancelar al señor **JOSÉ DEL CARMEN ROJAS LAGUADO**, las diferencias que existen entre lo debido y lo efectivamente pagado por concepto de la citada prestación, sumas que se pagarán desde el **18 de junio de 2013**, debidamente indexadas conforme a lo dispuesto en el artículo 187 del CPACA, según la fórmula señalada en la parte motiva de la presente providencia, realizando los respectivos descuentos correspondientes a los aportes no efectuados.

CUARTO: ORDENAR los ajustes de los valores adeudados al actor de conformidad con el artículo 187 del CPACA, y de acuerdo con la fórmula y términos descritos en la parte motiva.

QUINTO: ABSTENERSE de condenar en costas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

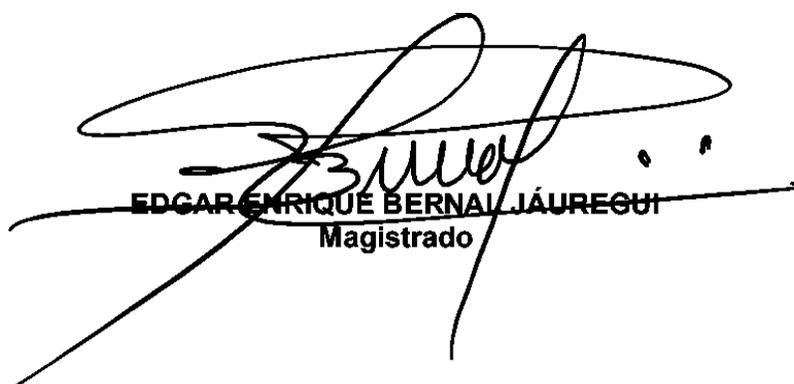
SEXTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SÉPTIMO: A las anteriores declaraciones y condenas la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-** les dará cumplimiento dentro del término señalado en el artículo 192 del CPACA.

OCTAVO: EJECUTORIADA esta providencia **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones secretariales de rigor y **DEVUÉLVASE** a la parte actora los valores consignados para gastos del proceso, excepto los ya causados.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

(Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala de Decisión Virtual N° 2 del 21 de mayo de 2020)



EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DIAZ
Magistrado



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, cuatro (4) de junio de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: Dr. Edgar Enrique Bernal Jáuregui

RADICADO:	Nº 54-001-33-33-003-2015-00488-02
ACCIONANTE:	ANA DILIA BARBOSA PEREZ
DEMANDADO:	NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN - FOMAG
MEDIO DE CONTROL:	EJECUTIVO.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la NACIÓN – MINISTERIO DE EDUCACIÓN – FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO –FOMAG-, contra la providencia proferida por el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta**, en audiencia adelantada el **23 de Octubre de 2019**, en lo atinente a declarar no probada la excepción de “Pago”.

1. ANTECEDENTES

1.1 El pronunciamiento apelado

El Juzgado de primera instancia, mediante la providencia objeto de alzada (fls. 60 a 62), resolvió declarar no probadas la excepciones de “Prescripción” y “Pago” propuesta por la ejecutada, y continuar adelante con la ejecución en su contra, conforme lo señalado en el mandamiento de pago ordenado en auto del 18 de febrero de 2019, al considerar que se está frente a un título ejecutivo claro, expreso y exigible, conformado por la sentencia del 9 de noviembre de 2016, emanada del **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta**, modificada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante providencia adiada del 18 de enero de 2018, dentro de proceso de nulidad y restablecimiento del derecho 54-001-33-33-003-2015-00488-01, teniendo la certeza que a la fecha no ha sido cancelada la totalidad de la suma adeudada a la aquí ejecutante con base en la referida sentencia.

Respecto a la excepción de prescripción trienal de las sumas reclamadas en el proceso ejecutivo, tema que fue objeto de análisis en el proceso declarativo antes referido, el *A quo* recuerda a la parte ejecutada que conforme lo dispuesto en el numeral 2 del artículo 442 del CGP, el cobro de obligaciones contenidas en una sentencia, solo podrán alegarse las excepciones de pago, compensación, confusión, novación, remisión, prescripción o transacción, siempre que se basen en hechos posteriores a la respectiva providencia, la de nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento y la de pérdida de la cosa debida.

Agrega que conforme a dicha norma, la procedencia de la excepción está condicionada a que se funde en hechos posteriores a la respectiva providencia, y dado que en el caso en concreto todos los hechos relacionados con la existencia de la obligación ocurrieron con antelación a la sentencia base de ejecución, debían ser objeto de discusión en el proceso declarativo en que ésta fue dictada, pues de lo contrario el proceso ejecutivo perdería su objeto, relacionado exclusivamente con el cumplimiento de una obligación clara, expresa y exigible.

De esta manera, argumenta que su existencia ya fue objeto de debate en estudio previo, ya que el medio exceptivo propuesto por la ejecutada encuentra su fundamento en hechos ocurridos con anterioridad a la sentencia dictada en el proceso declarativo, en tanto se refería a las mesadas pensionales que no fueron reclamadas en el término de tres años contados a partir de la adquisición del derecho, situación que ya fue abordada en el proceso declarativo.

En cuanto a la excepción de pago, considera que la documentación aportada como prueba del pago de la obligación, consistente en capturas de pantalla de lo que parece ser un aplicativo del FOMAG, no constituyen pruebas idóneas que acrediten el cabal cumplimiento de la obligación, y que si bien la parte ejecutante informa que la ejecutada en efecto hizo un pago parcial por valor de \$8.890.433, pero el mismo apoderado es claro en manifestar que se trata de un abono parcial y que no constituye la totalidad de la liquidación ordenada, y en ese orden de ideas, la excepción no está llamada a prosperar, por cuanto la demandada no aportó los medios idóneos para acreditar el pago total, y en segundo lugar, el ejecutante es claro en manifestar que el pago no se realizó en su totalidad.

1.2. El recurso interpuesto

Inconforme con la citada decisión, la apoderada de la entidad ejecutada presenta recurso de apelación, argumentando que en virtud de la sentencia emitida por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, la entidad territorial encargada de emitir el reconocimiento, profirió el acto administrativo mediante el cual se reliquidó la pensión, incluyendo los factores salariales ordenados, a fin de reconocer las condenas expresadas en la providencia del Tribunal, de manera correcta e íntegra, y no como lo indica la parte ejecutante.

Nuevamente, enfatiza que el acto administrativo se emitió dando cumplimiento a la obligación expresa dentro del fallo emitido por el tribunal, en el cual, reitera, se liquidó la condena de manera íntegra y se realizó el pago en un 100% (ver CD grabación audiencia, tiempo: 22:40 minutos – 24:25 minutos).

1.3. Intervención de la contra parte

Dando trámite al recurso de apelación en cuestión, el *A quo* dispone conceder el uso de la palabra a la parte ejecutante, quién por medio de su apoderado, manifiesta que ante el derecho que ostenta la ejecutada de presentar recurso de apelación, se debe tener en cuenta que este proceso tiene como base una dilación dentro del mismo trámite procesal, es decir, se trata de un proceso del año 2015, en el cual se presentó para darle una solución a una persona de tercera edad que tiene especial protección dentro de las mismas.

Describe que si bien es cierto se generó un pago, el mismo atendiendo al auto que libro el mandamiento de pago, la entidad no procedió a realizar un recurso de reposición al mismo para evidenciar de que los valores que se estaban solicitando dentro de la presente demanda no correspondían a la realidad, como lo argumenta ahora la apoderada del FOMAG, o por lo consiguiente, los mismos debían ser variados o modificados en la respectiva liquidación.

Por último, el apoderado alude a la multiplicidad de liquidaciones que se realizan y se aportan a las respectivas demandas la firma a la cual el representa, las

cuales se encuentran evidenciadas, estudiadas y aprobadas por los despachos judiciales contenciosos del país, donde en la gran mayoría coinciden en que las liquidaciones que realiza el FOMAG o las entidades territoriales no corresponden a la realidad (ver CD grabación audiencia, tiempo: 24:37 minutos – 26:39 minutos).

1.4. Actuación procesal de segunda instancia

Remitida la alzada concedida por el *A quo* para que fuese del conocimiento de esta Corporación, mediante proveído que antecede se dispuso su admisión, para posteriormente conceder el traslado legal a las partes y el Ministerio Público para alegar en conclusión, al considerar el Magistrado Ponente innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento.

Durante el plazo de dicho traslado, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

2. CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

2.1. Competencia y procedencia del recurso

De conformidad con lo establecido en el artículo 321 del CGP, aplicable por integración normativa del artículo 306 del CPACA, la Corporación es competente para conocer en segunda instancia de la apelación que se ha interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia dictada dentro del proceso ejecutivo de la referencia, que resolvió desestimar las excepciones, y ordenó seguir adelante con la ejecución.

Ahora, respecto a la oportunidad del recurso incoado, de acuerdo con lo estipulado en el numeral 1 y 3 del artículo 322 del CGP, en este caso, visto que el recurso fue interpuesto y sustentado debidamente en la audiencia, una vez emitida la providencia, es evidente que es oportuno, motivo por el cual, se impone su resolución de fondo, por parte de la Sala.

2.2. Problema jurídico

De acuerdo a lo señalado en la providencia de primera instancia y atendiendo el motivo de apelación aducido por la parte ejecutada, el problema jurídico a resolver por la Sala se circunscribe a determinar si resulta ajustado a derecho la decisión del **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta** de seguir adelante con la ejecución por los valores reclamados, en tanto se verificó que la entidad ejecutada no pagó el total de la obligación contenida en la sentencia base de recaudo.

2.3. Argumentos que desarrollan el problema jurídico planteado

En la providencia apelada, el *A quo* declaró no probada la excepción de pago, considerando que la parte ejecutada no ha cumplido lo ordenado en las sentencias judiciales título base de recaudo.

Sobre la excepción en particular, la Sala considera necesario precisar que en los términos del artículo 1626 del Código Civil, el pago es la prestación de lo que se debe. Y desde la perspectiva de los modos de extinguir las obligaciones, en términos del tratadista Hinestrosa, es una manera de extinguir los vínculos

obligacionales: “*con caracteres propios, distintos de los demás: es el modo natural, normal de extinción de ellas*”¹

En cuanto su naturaleza, el mismo autor indica que en general el pago consiste en una conducta humana, un acto jurídico pero que: “*no todas las prestaciones implican una conducta de la misma entidad, o dicho más precisamente, la actitud del ordenamiento frente a las distintas conductas prevenidas como prestación en las diferentes clases de obligaciones no es igual, habida cuenta de la índole de ellas. En oportunidades, esa conducta es un acto de disposición de intereses que implica transferencia o constitución de un derecho real, o de otro interés, en otras consiste en la celebración de un negocio jurídico, en otras prestar una garantía, en otras, desarrollar un trabajo o confeccionar una obra, en otras, en fin, no pasa de ser una simple abstención*”.

Conforme lo ha expuesto la reiterada jurisprudencia del Consejo de Estado², el pago puede acreditarse a través de cualquier medio de prueba, lo esencial es que el elemento de convicción permita inferir que la obligación ha sido efectivamente satisfecha, esto es, **que no exista duda alguna en relación con el hecho de que el beneficiario de la condena ha recibido lo adeudado** y, a tal efecto, el interesado puede, bien allegar el documento pertinente suscrito por quien recibió el pago en el cual conste tal circunstancia o bien el paz y salvo expedido por el beneficiario o la declaración de éste en el mismo sentido.

Para resolver, la Sala tiene que analizar el título que la parte ejecutante considera contiene la obligación que reclama y se advierte que el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, mediante sentencia de 18 de enero de 2018 (fls. 10 a 19), modificó la sentencia de primera instancia del 9 de noviembre de 2016 expedida por el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta** (fls. 6 a 9) en el sentido de ordenar, a título de restablecimiento del derecho, efectuar la reliquidación de la pensión de jubilación a favor del ejecutante, teniendo en cuenta los factores salariales de la asignación básica, la doceava parte de la prima de navidad y la doceava parte de la prima vacacional, devengados durante el año anterior a la adquisición del status pensional, al igual que una vez determinada diferencia entre los valores resultantes de la reliquidación y lo reconocido en Resolución 0354 del 26 de septiembre de 2006, pagar los valores adeudados desde el 15 de octubre de 2012, debidamente indexados y ajustados en los términos del artículo 187 del CPACA, debiendo descontar el valor de los aportes de ley; y dispuso el cumplimiento de la misma en los términos del artículo 192 del CPACA.

La sentencia quedó ejecutoriada el 25 de enero de 2018 (ver constancia en folio 20).

Examinadas las pretensiones de la demanda ejecutiva, la Sala encuentra que ascienden a la suma total de \$20.579.654, discriminadas así: \$14.656.827 por concepto de diferencias de mesadas, \$1.861.602 por concepto de indexación de las sumas reconocidas, y \$1.350.063 por concepto de intereses moratorios, mas

¹ FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las Obligaciones, Tomo I, Universidad Externado de Colombia, 2007, Sección Segunda Capítulo Primero, aparte número 451. Versión Ibook.*

² Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera; Sentencia del 11 de febrero de 2010, Consejo Ponente doctor Ramiro Saavedra Becerra. Radicación número: 15001-23-31-000-1995-04677-01(16458)

la indexación sobre los intereses causados a partir del día siguiente del pago del capital y hasta que sea cancelado el saldo de los mismos (fl. 1).

Durante el trámite del proceso ejecutivo, previo al traslado de las excepciones propuestas por la ejecutada, la parte ejecutante allega copia de la Resolución 0219 del 06 de mayo de 2019 (fls. 56 a 58), expedida por Secretaría de Despacho Área Dirección Educativa del Municipio de San José de Cúcuta, indicando que a través de ella da cumplimiento al fallo contencioso, sin embargo, pide se continúe adelante con la ejecución, hasta tanto no se dé el pago y sean cancelados a satisfacción todos los emolumentos (fl. 55).

Así las cosas, la Sala considera necesario verificar si lo reconocido por medio de dicha resolución se encuentra ajustado a la sentencia que se aduce como título base de recaudo, y sí está demostrado en el plenario que la suma total de \$9.238.236.00 allí reconocida, ha sido efectivamente pagada a la parte ejecutante.

A este respecto, la Sala observa que en la Resolución 0219 del 06 de mayo de 2019, se efectúa la reliquidación pensional de la señora ANA DILIA BARBOSA PEREZ tomando como base para la liquidación el 75% de los factores devengados en el año anterior a la adquisición del status, conforme se ordenó en la sentencia de 18 de enero de 2018, así:

CONCEPTO	VALOR
<i>Promedio asignación mensual</i>	\$1.440.539,00
<i>1/12 Prima de vacaciones</i>	\$57.831,00
<i>1/12 Prima de navidad</i>	\$119.903,00
Salario base de liquidación	\$1.618.273,00
VALOR MESADA 75 %	\$1.213.705,00

Sumado a lo anterior, en relación al pago de las diferencias resultantes de la reliquidación efectuada y lo reconocido en la resolución de reconocimiento pensional 0354 del 26 de septiembre de 2006, indexadas y ajustadas, se aprecia que el cálculo de las mesadas atrasadas por la diferencia entre el valor de la mesada pagada y el valor de la nueva mesada se hizo por valor de \$7.089.950,00 liquidados desde el día 15 de octubre del año 2012 al 30 de agosto del año 2015, valor del cual se dispuso descontar los aportes de ley; así mismo se reconoció por indexación del 12 de octubre de 2012 al 25 de enero de 2018, fecha de ejecutoria de la sentencia, la suma de \$1.288.922,00; intereses moratorios DTF del 25 de enero de 2018 al 24 de marzo de 2018 y del 24 de agosto al 24 de octubre de 2018 por valor de \$149.281,00, e intereses moratorios del 25 de octubre de 2018 al 30 de abril de 2019, por valor de \$710.083,00.

En suma, el valor total a pagar se determinó así:

CONCEPTO	VALOR
<i>Valor neto diferencias atrasadas</i>	\$7.089.950,00
<i>Indexación</i>	\$1.288.922,00
<i>Intereses DTF</i>	\$149.281,00
<i>Intereses moratorios</i>	\$710.083,00
TOTALES	\$9.238.236,00

Conforme comprobante 201907310068500 Fiduprevisora BBVA Colombia Cúcuta (fls. 68), el 31 de julio de 2019 se realizó un pago por valor de \$8.890.433.00, docente beneficiario ANA DILIA BARBOSA PEREZ. Según consulta aplicativo de la Fiduprevisora del 17 de octubre de 2019 (fls. 78-79), el 25 de julio de 2019 se efectuó un pago de \$6.742.147.

De manera que, conforme con las pruebas aportadas al expediente, en el *sub lite* se evidencia por la Sala que la entidad ejecutada no ha acreditado el pago de la totalidad de valor reconocido, ya que en efecto, se observa que el monto abonado según comprobante de pago es inferior al reconocido en la sentencia base de recaudo e inclusive al cálculo incluido en la Resolución 0219 del 06 de mayo de 2019, que por demás se aprecia, no tiene en cuenta los intereses causados hasta la fecha del pago efectivo de la condena.

Las razones que anteceden son suficientes para **confirmar** la providencia apelada.

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Sala de Decisión Oral N° 002 del Tribunal Administrativo de Norte de Santander,

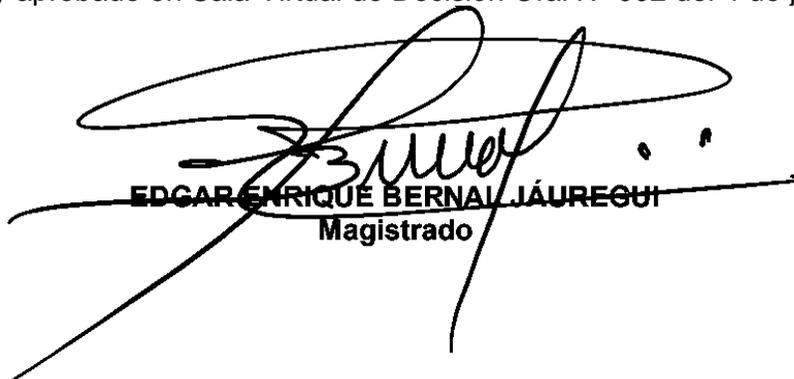
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida por el **Juzgado Tercero Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta**, en audiencia adelantada el **23 de octubre de 2019**, en lo concerniente a la decisión de desestimar la excepción de “Pago”, y ordenar seguir adelante con la ejecución, acorde a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: En firme esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previa las anotaciones secretariales de rigor, para lo de su competencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Discutido y aprobado en Sala Virtual de Decisión Oral N° 002 del 4 de junio de 2020)



EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DIAZ
Magistrado



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, cuatro (04) de junio de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

Radicado:	54-001-33-33-005-2017-00431-00
Accionante:	LUIS CARLOS MALDONADO GONZÁLEZ Y OTROS
Demandado:	NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL.
Medio de control:	REPARACIÓN DIRECTA

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional contra la sentencia dictada el veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Cúcuta en la que decidió:

“PRIMERO: Declárese a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, administrativa y patrimonialmente responsable por los perjuicios ocasionados a los demandantes, con las lesiones sufridas por LUIS CARLOS MALDONADO GONZÁLEZ, cuando prestaba su servicio militar obligatorio, en hechos acaecidos el día 16 de septiembre de 2015, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, **Condénese** a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, a pagar a favor de los demandantes los siguientes perjuicios:

2.1. PERJUICIOS INMATERIALES

2.1.1. PERJUICIOS MORALES

DEMANDANTE	No. de identificación	CALIDAD	S.M.L.M.V.
Luis Carlos Maldonado González	1.092.361.168	Víctima directa	20
Luz Dary González Peñaloza	60.411.290	Madre	20
Luis Jesús Maldonado Benítez	88.191.700	Padre	20
Lisbet Yessenia Maldonado González	1.092.356.731	Hermana	10

Lizeth Yulieth Maldonado González	1.004.912.54 7	Hermana	10
Herminda Benítez de Maldonado	27.893.380	Abuela	10
Carlos Julio González Rodríguez	2.398.989	Abuelo	10
Belsi Peñaloza Espitia	37.253.819	Abuela	10

2.1.2. DAÑO A LA SALUD

Al joven LUIS CARLOS MALDONADO GONZÁLEZ, el equivalente a **VEINTE SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (20 S.M.L.M.V.)**

2.2. PERJUICIOS MATERIALES

Al joven LUIS CARLOS MALDONADO GONZÁLEZ, un total de **VEINTICINCO MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS (\$25.750.667)**, diferenciados así:

LUCRO CESANTE CONSOLIDADO	\$5.245.007
LUCRO CESANTE FUTURO	\$20.505.660

TERCERO: Niéguese las demás pretensiones conforme a lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: La NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL, **dará cumplimiento a esta sentencia en los términos y condiciones establecidos en el artículo 192 del C.P.A.C.A., y pagará intereses a partir de la ejecutoria de la sentencia, conforme a lo dispuesto en el mismo artículo, en cuanto se den los supuestos de hecho allí determinados.**

QUINTO: Sin condena en costas, conforme lo explicado en la parte motiva.”

De conformidad con el artículo 153 del CPACA y en vigencia de la Ley 270 de 1996 la Sala de este Tribunal es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Jueces Administrativos de su jurisdicción.

I. ANTECEDENTES

1.- En la sentencia del veintiocho 28 de junio de 2019, en la que se declaró responsable y se condenó a la **NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL**, la cual fue apelada por la parte condenada.

2.- Surtida la conciliación el 28 de agosto de 2019 luego de la sentencia de primera instancia, las partes no presentaron propuesta conciliatoria alguna, declarándose fallida esta posibilidad por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Cúcuta, cumpliéndose con lo establecido en el artículo 192 inciso 4 del CPACA.

A.- Posición de la parte demandante

3.- La demanda que dio origen al proceso fue interpuesta el 20 de octubre de 2016 por **LUIS CARLOS MALDONADO GONZÁLEZ** (víctima directa de la lesión) y su grupo familiar, se dirigió contra la **NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL**, y tuvo como propósito obtener la reparación de los perjuicios sufridos por las lesiones del antes nombrado, en hechos ocurridos el día 16 de septiembre de 2015 en el municipio de Cúcuta – Norte de Santander, mientras prestaba el servicio militar obligatorio como auxiliar de policía.

4.- Las pretensiones se fundaron en los siguientes hechos:

4.1.- El joven **LUIS CARLOS MALDONADO GONZÁLEZ**, ingresó reclutado a la Policía Nacional como auxiliar prestando el servicio militar obligatorio, para lo cual le practicaron todos los exámenes de conformidad a la ley, resultando apto para dicho deber, jurando bandera a los tres meses.

4.2.- El día 16 de septiembre de 2015, siendo las 11:10 a.m., el auxiliar de policía bachiller **LUIS CARLOS MALDONADO GONZÁLEZ**, participando en una actividad del personal de auxiliares bachilleres, ordenada por el Jefe Grupo de Talento Humano de la Policía Metropolitana de Cúcuta y el Grupo de Bienestar Social de la Policía Metropolitana de Cúcuta, en el centro recreacional Corral de Piedra de la ciudad de Cúcuta, cuando jugaba fútbol como una de las actividades programadas, en una jugada fortuita sufrió un choque con un jugador del equipo contrario, ocasionándole fractura de tibia y peroné de la pierna derecha, lo cual consta en el Informe Administrativo por Lesiones N° 095/2015, hecho que se enmarca dentro de la hipótesis del artículo 24 literal B del Decreto 1796 del 14 de septiembre de 2000, esto es, en el servicio por causa y razón del mismo (AT).

4.3.- Al joven **LUIS CARLOS MALDONADO GONZÁLEZ**, el 29 de septiembre de 2017, se le practicó Junta Médica Definitiva N°9455, donde se le determinó una incapacidad laboral del diez por ciento (10.00%), al concluir “posoperatorio de tibia y peroné derecho corregido con secuelas, limitación a la dorsiflexión del pie derecho y deformidad en valgo”.

4.4.- Los parientes del conscripto **LUIS CARLOS MALDONADO GONZÁLEZ**, con un nexo afectivo importante, sufrieron un profundo pesar por las lesiones y sufrimientos del auxiliar de policía bachiller.

B.- Posición de la parte demandada

Se pronuncia oponiéndose a las pretensiones de la demanda, afirmando que no existe ningún título de imputación frente a las lesiones que padece el auxiliar bachiller **LUIS CARLOS MALDONADO GONZÁLEZ**, en los hechos que fundamentan la demanda, pues el joven se encontraba en actividades de integración, buscando lograr

recreación y esparcimiento para el personal de auxiliares bachilleres, de ahí que carece de fundamentación fáctica y jurídica las pretensiones del señor apoderado de la parte actora, presentándose inexistencia absoluta de una falla del servicio, ya que no se logró demostrar hechos para presumir una irregularidad en la actividad ejercida por el auxiliar bachiller, y tampoco obra en el plenario ninguna prueba que demuestre que no se tomaron las medidas necesarias para evitar la lesión sufrida por el joven **MALDONADO GONZÁLEZ**, lo cual descarta una situación de riesgo excepcional.

Informa que una vez sufrida la lesión por el auxiliar bachiller, fue atendido oportunamente en el centro clínico y se brindó toda la atención médica necesaria y siguiendo al pie de la letra con las recomendaciones indicadas por el especialista, como se aprecia en la historia clínica y el expediente prestacional por lesiones adelantado.

C.- Sentencia recurrida

La Jueza Ad quo declaró la responsabilidad de la demandada y accedió parcialmente a las pretensiones luego de revisar los argumentos de las partes, el ordenamiento jurídico aplicable, la jurisprudencia sobre el asunto y las pruebas legalmente recaudadas, condenando al pago de los perjuicios causados a los demandantes como consecuencia de la lesión sufrida por el auxiliar bachiller **LUIS CARLOS MALDONADO GONZÁLEZ**, mientras prestaba el servicio militar en calidad de conscripto, entendida tal condición como aquella forma de reclutamiento de carácter obligatorio que se presta a través de las modalidades previstas en la ley, como soldado regular, soldado bachiller, auxiliar de policía bachiller o como soldado campesino.

Lo anterior por el daño antijurídico sufrido por los demandantes, derivado de las lesiones padecidas por **LUIS CARLOS MALDONADO GONZÁLEZ** consistentes en “A.1. Postoperatorio de fractura de tibia u peroné derecho corregido con secuelas limitación a la dorsiflexión del pie derecho y deformidad en valgo” que le ocasionaron una pérdida de capacidad laboral del 10.00% debido a un accidente mientras se encontraba jugando un partido de fútbol en desarrollo de actividades programadas por la Policía Nacional en el Municipio de Cúcuta, el día 16 de septiembre de 2015, fecha para la cual ostentaba la calidad de conscripto, obedeciendo a un mandato constitucional y no a su decisión voluntaria, lo que supone la posición de garante que ostenta el Estado en relación con los conscriptos y afirmando:

“En este sentido, al lesionarse la integridad física del enunciado, al Estado le corresponde reparar los perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales irrogados a éste y su núcleo familiar, toda vez que impuso una carga superior a la que cualquier ciudadano tendría el deber jurídico de soportar, denotándose un desequilibrio que posibilitó la aplicación del título de imputación de daño especial, propio del régimen objetivo, en virtud de que no se materializó producto de una actividad peligrosa, ni se evidenció errores o fallas en la actividad que desencadenó el accidente laboral.”

Concluyó La Jueza que el régimen de imputación aplicable es el objetivo, bajo el título de imputación denominado Daño Especial:

“con fundamento en el cual el Estado debe responder por los daños causados en el evento de que las pruebas sean indicadoras de que los hechos ocurrieron con ocasión de la prestación del servicio militar obligatorio, sin que se necesite hacer valoración subjetiva de la conducta del demandado y, por tanto, sin que éste pueda exonerarse con la prueba de que su conducta estuvo sometida a la diligencia; para romper el nexo de causalidad son admisibles únicamente los hechos de culpa exclusiva de la víctima o del tercero y fuerza mayor”

D.- Recurso de apelación

La NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL solicitó la revocatoria de la decisión de primera instancia de fecha 28 de junio de 2019.

Su inconformidad se centró en los siguientes puntos:

Destaca la entidad apelante que la sentencia no se encuentra ajustada a derecho al no configurarse los elementos estructurales de la responsabilidad administrativa, por lo tanto no se debió acceder a lo pretendido.

Afirma que la actuación de La Policía Nacional en los hechos que sustentan el medio de control se cumplió de conformidad a sus funciones, a la Carta Política y a la Ley, que los daños causados al demandante fueron por un accidente laboral en la prestación del servicio militar y en actividades de integración que buscaba la recreación y el esparcimiento de los auxiliares bachilleres, razón que le quitan fundamentos fácticos y jurídicos a las pretensiones de la acción.

Seguidamente hace una diferenciación en la clase de soldado, destacando que el conscripto se vincula por una imposición constitucional sin recibir contraprestación o beneficios prestacionales como si lo reciben los soldados voluntarios.

Así realiza la distinción que la jurisprudencia ha hecho del régimen objetivo aplicable a los conscriptos con entre el daño especial y riesgo excepcional, teniendo el primero como aplicable a los conscriptos cuando es sometido a una carga que rompe *“el principio de igualdad frente a las cargas públicas pero el daño es sufrido con ocasión de la prestación del servicio militar obligatorio y en razón del servicio”* en tanto frente al riesgo excepcional se aplica cuando el conscripto *“es sometido a un riesgo de naturaleza especial o excepcional con ocasión de la prestación del servicio y directamente relacionado con el ejercicio de una actividad peligrosa o el uso de un instrumento de tal condición.”*

Lo anterior para destacar en su escrito de apelación, que la responsabilidad como la que se debate en este proceso, se debe considerar a la derivada en situaciones inherentes con la prestación del servicio, y que lo ocurrido aconteció al auxiliar

bachiller **LUIS CARLOS MALDONADO GONZÁLEZ** jugando fútbol con sus compañeros en actividades de esparcimiento y recreación, luego no entiende por qué se pretende la declaratoria de responsabilidad del estado si no fue en sometimiento a un riesgo excepcional o a una falla del servicio, e insiste que la lesión de esa calidad la puede sufrir cualquiera realizando esas mismas actividades sin que se comprometa la responsabilidad del estado.

Por lo que concluye, que nos encontramos frente a la inexistencia absoluta de una falla del servicio por falta de razones para presumir irregularidad en la actividad ejercida por el joven bachiller, descartando de paso el riesgo excepcional.

II. CONSIDERACIONES

2.1 Problema Jurídico

De acuerdo con los puntos planteados en el recurso de alzada, la Sala considera que el problema jurídico a resolver se concreta en dilucidar si resulta viable imputar responsabilidad a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL por el daño alegado por la parte demandante consistente en la lesión del Auxiliar de Policía **LUIS CARLOS MALDONADO GONZÁLEZ**, ocurrida el día 16 de septiembre de 2015, siendo las 11:10 a.m., participando en una actividad del personal de auxiliares bachilleres, ordenada por el Jefe Grupo de Talento Humano de la Policía Metropolitana de Cúcuta y el Grupo de Bienestar Social de la Policía Metropolitana de Cúcuta, en el centro recreacional Corral de Piedra de la ciudad de Cúcuta, cuando jugaba fútbol como una de las actividades programadas, en una jugada fortuita sufrió un choque con un jugador del equipo contrario, ocasionándole fractura de tibia y peroné de la pierna derecha.

2.2 Tesis de la Sala en relación con el problema jurídico planteado

Para esta Sala, contrario a lo asegurado en el recurso de apelación que mezcla el régimen jurídico aplicable, el aludido daño le resulta atribuible a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, bajo un régimen objetivo de responsabilidad, que es el título de imputación de daño especial por las relaciones de especial sujeción que asume el Estado frente a los conscriptos, al someterlos a la prestación de un servicio, que no es nada distinto a la imposición de una carga o un deber público, por lo que evidentemente resulta claro que la organización estatal debe responder por ellos frente a los daños que provengan de un rompimiento de las cargas públicas que no tenga la obligación jurídica de soportar el soldado o auxiliar de policía; razón por la cual se procederá a confirmar la sentencia objeto de alzada, frente a la imputación fáctica y jurídica del daño alegado por la parte demandante.

2.3 Argumentos que desarrollan la tesis de la Sala

2.4.1 Responsabilidad estatal

Primeramente, la Sala tiene en cuenta la diferencia que existe entre el vínculo que se crea para el Estado frente a los soldados y policías conscriptos y la relación que surge para con los integrantes de la fuerza pública voluntarios o profesionales.

Por una parte, con los soldados y policías conscriptos el vínculo surge debido al cumplimiento del deber constitucional de defensa de la soberanía y la independencia de las instituciones públicas, el cual no detenta carácter laboral alguno, en tanto que en el caso de los soldados y policías profesionales el ligamen se establece en virtud de una relación legal y reglamentaria consolidada a través del correspondiente acto administrativo de nombramiento y la consiguiente posesión del servidor o de la relación contractual creada mediante la suscripción de un contrato laboral.

Por esta razón, a diferencia de los soldados y policías profesionales, que ingresan en forma voluntaria a las filas del Ejército con el fin de prestar un servicio a cambio de una contraprestación y que gozan de una protección integral de carácter salarial y prestacional, los soldados conscriptos y policías auxiliares se ven impelidos a hacerlo por la imposición de una carga o gravamen especial del Estado. Así pues, los conscriptos no gozan de protección laboral predeterminada frente a los riesgos a los cuales se les somete en cumplimiento de su cometido constitucional, por cuanto la ley tan solo les reconoce algunas “prestaciones”, las cuales de ningún modo pueden catalogarse como laborales y tampoco se asimilan al régimen *a for fait* previsto por la ley para los soldados profesionales o a los patrulleros de la policía.

De otro lado, en lo concerniente al título de imputación aplicable a los daños causados a soldados y policías conscriptos, la jurisprudencia contenciosa administrativa ha establecido que los mismos pueden ser i) de naturaleza objetiva –tales como el daño especial o el riesgo excepcional–, y ii) por falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al proceso se encuentre acreditada la misma.

Sobre este punto, vale traer a colación la siguiente jurisprudencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado¹:

“Atendiendo a las condiciones concretas en las que se produjo el hecho, la Sala ha aplicado en la solución de los casos, los distintos regímenes de responsabilidad. Así, ha decidido la responsabilidad del Estado bajo el régimen de daño especial cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas²; el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y, el de

¹ Al respecto, consultar por ejemplo, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 30 de julio de 2008, Expediente 18725, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y del 15 de octubre de 2008. Expediente 18586 C.P. Enrique Gil Botero.

² En sentencia de 10 de agosto de 2005, Expediente 16205, el Consejo de Estado, al resolver la demanda instaurada con el fin de obtener la indemnización de los perjuicios causados por las lesiones sufridas por un soldado, quien en cumplimiento de la orden proferida por su superior jerárquico, de realizar un registro de área en horas de la noche, al saltar un caño se cayó y golpeó contra una piedra, consideró: “...la causación de los daños material, moral y a la vida de relación tienen sustento, en este proceso, en el actuar de la Administración de sometimiento del soldado conscripto a una carga mayor a la que estaba obligado a soportar, cuando en el cumplimiento de la misión conferida a él por el Comandante del Escuadrón B de Contraguerrillas de registro del área general del Municipio de Paz de Ariporo dentro del servicio y con ocasión de él, se tropezó cayendo contra la maleza, lesionándose el ojo derecho”.

riesgo cuando éste proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos; pero, en todo caso, ha considerado que el daño no será imputable al Estado cuando se haya producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, por rompimiento del nexo causal. En providencia de 2 de marzo de 2000, dijo la Sala:

... demostrada la existencia de un daño antijurídico causado a quien presta el servicio militar, durante el mismo y en desarrollo de actividades propias de él, puede concluirse que aquél es imputable al Estado. En efecto, dado el carácter especial de esta situación, por las circunstancias antes anotadas, es claro que corresponde al Estado la protección de los obligados a prestar el servicio militar y la asunción de todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a ellos se asignen. No será imputable al Estado el daño causado cuando éste haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero o de la víctima, eventos cuya demostración corresponderá a la parte demandada”³ (negritas adicionales).

De ahí que, frente a los perjuicios ocasionados a soldados regulares y auxiliares de policía, en la medida en que su voluntad se ve doblegada por el imperium del Estado, al someterlos a la prestación de un servicio que no es nada distinto a la imposición de una carga o un deber público, resulta claro que la organización estatal debe responder, bien porque frente a ellos el daño provenga de i) un rompimiento de las cargas públicas que no tenga la obligación jurídica de soportar el soldado; ii) de un riesgo excepcional que desborda aquel al cual normalmente estaría sometido, y que puede tener origen en el riesgo de la actividad o en el riesgo de la cosa, o iii) de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial.

De igual manera, con respecto a los conscriptos, el principio *iura novit curia* determina que el juzgador debe verificar si el daño antijurídico resulta imputable o atribuible al Estado con fundamento en uno o cualquiera de los títulos de imputación antes mencionados, además, no debe perderse de vista que, en tanto la Administración Pública imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad psicofísica del soldado en la medida en que se trata de una persona que se encuentra sometida a su custodia y cuidado, pues en determinadas situaciones lo coloca en una posición de riesgo, lo cual, en términos de imputabilidad, significa que debe responder por los daños que le sean irrogados en relación con la ejecución de la carga pública.⁴

Respecto de la responsabilidad derivada de las obligaciones de especial sujeción que asume el Estado frente a los conscriptos, la Alta Corporación⁵ ha precisado:

“Además de lo anterior, se reitera, que el Estado frente a los conscriptos (...) adquiere no sólo una posición de garante al doblegar, en ambos casos, su voluntad y disponer de su libertad individual para un fin determinado, sino que de igual manera, el Estado entra en una relación de especial sujeción que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos.

³ Expediente 11401.

⁴ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2008. Expediente No. 18586

⁵ *Ibidem*.

En conclusión, en cada caso concreto en los cuales se invoque la existencia de una causa extraña por parte de la entidad demandada, es necesario analizar los detalles de tiempo, modo y lugar en que se produjo el daño, por cuanto es posible que el Estado haya contribuido co-causalmente a la generación del mismo, específicamente, al situar al conscripto en la situación de riesgo, o bien por una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas o por una falla del servicio.

No se puede, por consiguiente, afirmar de manera simple y llana, que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a conscriptos o reclusos, es suficiente para que estos sean considerados como no atribuibles –por acción u omisión– a la administración pública. Se requiere, además, en estos eventos, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del daño, motivo por el cual no le es imputable fáctica o jurídicamente. Lo puntualizado, en la medida en que es posible que la causa directa, inmediata y material del daño sea la actuación de un tercero o de la propia víctima, pero tal resultado perjudicial tenga una relación mediata con el servicio que estaba desplegando el soldado conscripto, motivo por el cual la entidad no puede desprenderse de su responsabilidad, por cuanto también puede serle endilgable jurídicamente el daño.”

A pesar de todo, es probable que en este tipo de situaciones opere la causa extraña en sus diversas modalidades, como causal exonerativa de responsabilidad, casos en los cuales, como resulta apenas natural, la acreditación de la eximente deberá fundarse en la demostración de todos y cada uno de los elementos constitutivos de la que en cada caso se alegue: fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o hecho exclusivo de un tercero, según corresponda de conformidad a la actividad que origina y causa el daño y que sea derivada de la actividad del servicio; por ende, no es procedente afirmar de manera simple y llana que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a conscriptos, resulte suficiente para que estos puedan considerarse como no atribuibles –por acción u omisión - a la Administración Pública.

Bajo las anteriores consideraciones, el Despacho revisará los cargos expuestos en la demanda y los alegatos de conclusión, relacionados con el hecho de que la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, impuso una carga que el auxiliar de policía bachiller **LUIS CARLOS MALDONADO GONZÁLEZ** no estaba en el deber jurídico de soportar, excediendo las que normalmente se imponen a cualquier ciudadano que presta el servicio militar obligatorio, toda vez que mientras se encontraba jugando un partido de fútbol en desarrollo de actividades programadas por el Grupo de Bienestar Social de la Policía Metropolitana de Cúcuta, sufrió una fractura de tibia y peroné derecho, lo que le ocasionó una pérdida de capacidad laboral de 10.00%, en las circunstancias referenciadas en el Informe Administrativo por Lesiones N°095/2015 (fls. 14-15) y el Acta de Junta Médica Laboral N° 9455 del 29 de septiembre de 2017 (fls. 17-19).

De lo anterior se infiere que el título de imputación aplicable en el caso particular es el daño especial, por el desequilibrio frente a las cargas públicas, máxime si no resultó acreditado un error de la Administración que posibilitara la aplicación de la

falla del servicio o la materialización de un daño antijurídico consecuencia de una actividad peligrosa.

2.3.1 Caso en concreto

Verificados los elementos de juicio obrantes en el expediente, la Sala encuentra acreditadas las siguientes circunstancias:

El joven **LUIS CARLOS MALDONADO GONZÁLEZ** para el día 16 de septiembre de 2015, se encontraba prestando su servicio militar obligatorio en calidad de auxiliar de policía bachiller en la Policía Metropolitana de Cúcuta según consta en el Informe Administrativo por Lesiones N° 095/2015 (fls. 14-15), el Formato de Reporte de Accidentes en la Policía Nacional en donde se indica que ingresó a la Policía el 27 de julio de 2015 (fl. 50), en la Minuta de Servicios del Área de Auxiliares de Policía Bachilleres MECUC (fls. 66-73), en la Minuta de Anotaciones del Área de Auxiliares de Policía Bachilleres MECUC (fls. 74-79).

Que como se expresa en la sentencia apelada, el conscripto se encontraba jugando un partido de fútbol en desarrollo de las actividades programadas por el Grupo de Bienestar Social de la Policía Metropolitana de Cúcuta, sufrió una fractura de tibia y peroné derecho lo que le produjo las lesiones por las cuales hoy reclama, sobre las circunstancias que rodearon el accidente, se trae a colación el Informe Administrativo por Lesiones N° 095/2015, emitido por el Comandante de la Policía Metropolitana de Cúcuta (fls.14-15):

“(…) Quedando claro las circunstancias de modo, tiempo y lugar como se lesionó el señor Auxiliar de Policía Bachiller LUIS CARLOS MALDONADO GONZÁLEZ, este Despacho, procede a dar aplicabilidad a lo consagrado en el DECRETO 1796 de 2000 Art.24 Literal “B” EN EL SERVICIO POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO, ES DECIR, EN ENFERMEDAD PROFESIONAL Y/O ACCIDENTE DE TRABAJO, ya que con el estudio de las pruebas allegadas se logra comprobar que en el momento de ocurrida la lesión el señor Auxiliar Bachiller, se encontraba en una actividad ordenada por el Jefe Grupo Talento Humano de la Policía Metropolitana de Cúcuta”.

Entonces se encuentra probado que el daño alegado fue causado en el servicio por causa y razón de este, lo que supone que se dio (i) en el período de prestación del servicio militar, (ii) en desarrollo de una actividad programada por la propia institución policial y (iii) la consideración de la relación especial de sujeción toda vez que era un auxiliar de policía bachiller.

El joven **LUIS CARLOS MALDONADO GONZÁLEZ**, como consecuencia del accidente del día 16 de septiembre de 2015, cuando se encontraba jugando un partido de fútbol en desarrollo de una actividad programada por el Grupo de Bienestar Social de la Policía Metropolitana de Cúcuta, sufre de una serie de secuelas con una disminución de la capacidad laboral del DIEZ PUNTO CERO POR CIENTO 10.00% imputable al servicio, como se aprecia con el Acta de la Junta Médica Laboral N° 9455 de fecha 29 de septiembre de 2017, suscrita por el Dr.

Francisco Alonso Ayala Morales, la Dra. Nidia Excela Quiroga Gómez y el Dr. Javier Alonso Álvarez Pérez, en calidad de Médicos de Sanidad (fls. 17-19):

Del anterior material probatorio relevante allegado al plenario, la Sala, en primera medida, encuentra acreditado el hecho dañino sufrido por la parte demandante, consistente en la lesión del Auxiliar de Policía **LUIS CARLOS MALDONADO GONZÁLEZ**, ocurrida el día 16 de septiembre de 2015 mientras encontraba jugando un partido de fútbol en desarrollo de una actividad programada por el Grupo de Bienestar Social de la Policía Metropolitana de Cúcuta, momento en el que estaba prestando el servicio militar obligatorio.

Establecida así la existencia de un daño antijurídico, se debe proceder al estudio de su imputabilidad a la demandada, la que para el A quo se configura a la luz de la teoría objetiva del daño especial y para la entidad apelante no existe tal fundamento de la responsabilidad aplicable al caso, ya que fue una actividad de integración que buscaba la recreación y el esparcimiento de los auxiliares bachilleres, considerándolo como un accidente laboral en la prestación del servicio militar.

Con lo probado y de conformidad a lo desarrollado en la sentencia de primera instancia y de la unificada jurisprudencia en cuanto a la posición de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del Juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación, para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.

En este contexto, en aplicación del principio *Iura Novit Curia*, el Juzgador puede analizar el caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable de cara a los hechos probados dentro del proceso, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa petendi, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, ni que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria.

En los anteriores términos, a juicio de la Sala, contrario a lo asegurado en el recurso de apelación, el aludido daño le resulta atribuible a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, bajo un régimen objetivo de responsabilidad, con el título de imputación de daño especial, independientemente de quien y como se causó la lesión, pues lo verdaderamente relevante en el caso en concreto es la existencia de una relación de especial sujeción, la cual se traduce en el hecho de que el joven **LUIS CARLOS MALDONADO GONZÁLEZ**, haya ingresado a prestar su servicio militar como auxiliar de policía en razón del acatamiento del mandato constitucional previsto en el artículo 216 de la Carta Política, con el objeto de

defender la independencia nacional y las instituciones públicas; situación que evidentemente produce la ruptura del principio de igualdad en la asunción de las cargas públicas.

Prueba de las anteriores consideraciones, fueron referenciadas atrás, además relacionadas y valoradas por la Jueza Ad Quo en el momento de proferir sentencia de primera instancia que declaró la responsabilidad de la demandada.

Adicionalmente, en múltiples líneas jurisprudenciales el Honorable Consejo de Estado ha señalado que cuando la administración pública impone el deber de prestar el servicio militar, se configura como una especie de compromiso en el cual se entiende que esa persona que presta tal servicio “se encuentra sometida a su custodia y cuidado”, situándose en una posición de riesgo, lo que en términos de imputabilidad significa que la administración debe responder por los daños que le sean irrogados relacionados con la ejecución de la carga pública, pues en dicha circunstancia el Estado se encuentra en una posición de garante frente a la persona que presta el servicio militar obligatorio.

De lo expuesto anteriormente, tenemos que el joven **LUIS CARLOS MALDONADO GONZÁLEZ**, sufrió el 16 de septiembre de 2015, cuando se encontraba jugando un partido de fútbol en desarrollo de una actividad programada por el Grupo de Bienestar Social de la Policía Metropolitana de Cúcuta, sufre de una serie de secuelas con una disminución de la capacidad laboral del 10.00% siendo declarado por la misma Policía Nacional, en el informativo Administrativo por Lesiones, cuyo origen fue:

“De acuerdo al Artículo 24 del Decreto 1796/2000 le corresponde el literal: B_ En el servicio por causa y razón del mismo, es decir, enfermedad profesional y/o accidente de trabajo. Se trata de Accidente de Trabajo.” (Folios 17-19)

Entonces, en el caso concreto, el daño está plenamente demostrado, deviene imputable en el plano fáctico y jurídico a la entidad demandada porque tal y como se advirtió con antelación, tuvo su origen mientras el auxiliar de policía se encontraba al interior del servicio militar obligatorio y dicho menoscabo representa un resquebrajamiento de la igualdad de las cargas públicas y reviste la connotación de especial y anormal, en tanto no está demostrado que haya tenido su génesis en una falla del servicio o en la concreción de un riesgo excepcional al cual se le hubiere sometido, esto es el daño antijurídico causado a los actores, fue consecuencia de una relación directa con el servicio que ejercía al momento de su lesión, lo cual torna responsable a la entidad pública por ese hecho.

Por lo tanto, a la parte demandante le bastaba acreditar la existencia del daño, su concreción durante la prestación del servicio militar obligatorio y a causa del mismo, mientras que, desde el otro extremo, le correspondía a la entidad demandada a efectos de exonerarse de responsabilidad, establecer la configuración de una causa extraña que desvirtuara la imputación jurídica del daño en cabeza de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, circunstancia que se echa de

menos en el proceso, pues por el contrario, dentro del expediente se encuentra plenamente acreditado que la lesión sufrida y que padece el señor **LUIS CARLOS MALDONADO GONZÁLEZ** cuando prestaba el servicio militar como auxiliar de policía, teniendo como su causa directa en la incorporación a la prestación del servicio militar a la que se vio abocado el prenombrado por mandato legal con el fin de definir su situación militar y no el presunto hecho de que se causó en una actividad de recreación e integración, pues tal y como se expuso con anterioridad mediante las pruebas relacionadas, la lesión se presentó mientras el auxiliar de policía se encontraba jugando un partido de fútbol en desarrollo de una actividad programada por el Grupo de Bienestar Social de la Policía Metropolitana de Cúcuta,, es decir realizando actividades programadas dentro del servicio militar, situación que a criterio de la Sala, conlleva a que no se de causal exonerativa de la responsabilidad demandada

Así las cosas, la Sala encuentra debidamente acreditado dentro del proceso los supuestos jurisprudenciales necesarios para declarar la responsabilidad objetiva de la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL, como lo es i) la existencia del daño, que para este caso concreto se configuró con la lesión del auxiliar de policía **LUIS CARLOS MALDONADO GONZÁLEZ** y ii) la existencia de un nexo causal entre ese daño y la actividad de la administración, pues está probado que el hecho se produjo durante la prestación del servicio militar; por lo que en ese orden de ideas, surge para la entidad demandada el deber de reparar los perjuicios a la parte demandante; razón por la cual, en cuanto a la declaratoria de responsabilidad estatal, la sentencia apelada deberá ser confirmada en la parte de la declaratoria de la responsabilidad administrativa de la demandada de conformidad a los términos de la apelación.

E.- Costas

Finalmente, sería del caso proceder a condenar en costas a la parte vencida, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 365 del CGP; no obstante, esta Sala se abstiene de realizar tal condena, en virtud de lo dispuesto en el numeral 8, que señala que sólo habrá lugar a costas cuando el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, supuestos que no se evidencian configurados en el presente caso

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

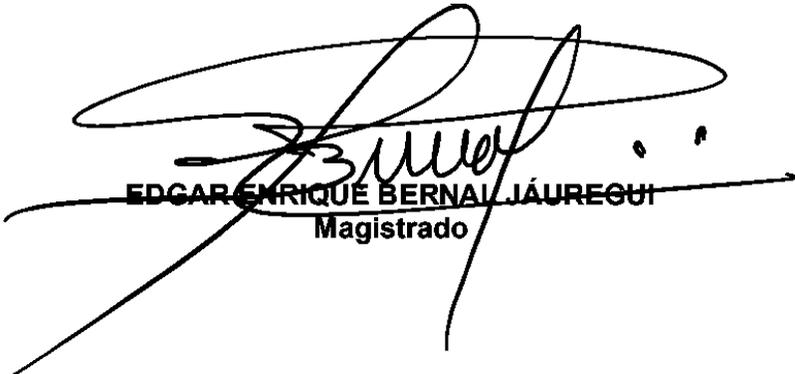
PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia dictada el veintiocho (28) de junio de dos mil diecinueve (2019) por el Juzgado Quinto Administrativo Oral de Cúcuta, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** el expediente a Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

(La anterior providencia fue aprobada en Sala Virtual Oral de Decisión N° 2 del 04 de junio de 2020)



EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DIAZ
Magistrado



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, cuatro (04) de junio de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: Edgar Enrique Bernal Jáuregui

Radicado:	54-5118-33-33-001-2016-00321-00
Accionante:	DOLY JAIMES LANDAZABAL y OTROS
Demandado:	NACION – MINISTERIO DE DEFENSA – EJERCITO NACIONAL.
Medio de control:	REPARACIÓN DIRECTA

Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: **ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA – RESPONSABILIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL POR MUERTE DE SOLDADO CONSCRIPTO** Inexistente al no comprobarse que la causa de la muerte estuviera asociada a su condición de soldado regular ni acreditarse la falla del servicio.

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por los demandantes contra la sentencia dictada el 15 de agosto de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo de Pamplona en la que decidió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA DE OFICIO la causal eximente de responsabilidad denominada fuerza mayor y caso fortuito.

SEGUNDO: Como consecuencia de la anterior declaración **NEGAR** las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de condenar en costas, conforme a lo anteriormente expuesto.

TERCERO: EJECUTORIADA esta providencia **ARCHÍVESE** el expediente, previas las anotaciones secretariales de rigor y **DEVUÉLVASE** a la parte actora los valores consignados para gastos del proceso, excepto los ya causados.”

De conformidad con el artículo 153 del CPACA y en vigencia de la Ley 270 de 1996 la Sala de Decisión Oral N°2 de este Tribunal es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los Jueces Administrativos de su jurisdicción.

I.- ANTECEDENTES

1.- La demanda

Por demanda escrita presentada el 01 de noviembre de 2016, Los señores Mireya Landazábal Vásquez, Benjamín Jaimes Andrade, Saray Mireya Jaimes Landazábal, Doly Jaimes Landazábal, José David Jaimes Landazábal, Carlos Enrique Jaimes Landazábal, Beker Antonio Jaimes Landazábal, Maryuri Vásquez Duran, Carmen Maritza Landazábal Vásquez, Betty Landazábal Vásquez, Ana Mery Landazábal Vásquez, Nohora Landazábal Vásquez, por intermedio de apoderado judicial y en ejercicio del medio de control de reparación directa, promueven demanda en contra de la Nación - Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, a fin de que se les declare como responsables y la consecuente indemnización por los perjuicios materiales e inmateriales, sufridos como consecuencia de la muerte del soldado DANIEL JAIMES LANDAZABAL mientras prestaba el servicio militar en el Batallón Custodio García Rovira de la ciudad de Pamplona Norte de Santander.

2.- Fundamentos fácticos de la demanda

Fácticamente los actores en su demanda que el día 24 de mayo del año 2016 el Joven DANIEL JAIMES LANDAZÁBAL (qepd) es vinculado a las Fuerza Militares de Colombia del Ejército Nacional como soldado regular, en cumplimiento de su deber para obtener la libreta militar, encontrándose en excelente estado de salud, sin presentar antecedentes patológicos en los exámenes de admisión practicado en este día de su ingreso.

Narra que el 26 de mayo, dos días después de su ingreso, DANIEL JAIMES LANDAZÁBAL presenta malestares generales, ingresando de nuevo a la enfermería el día 02 de junio de 2016, siendo atendido por un auxiliar enfermero, quien procedió a tomarle los signos vitales, la frecuencia cardiaca, toma de temperatura y saturación de oxígeno, procediendo este auxiliar a llamar a la oficial médico, quien lo valoró y solo le hizo observaciones generales, recayendo y atendido nuevamente por Sanidad donde le dan igual tratamiento y le formulan acetaminofén y enviado al alojamiento el día 09 de junio de 2016, amaneciendo el día 10 de junio del año 2016 muerto en su camarote de los alojamientos del Batallón de Infantería No 13 de la ciudad de Pamplona Norte de Santander, sosteniendo que la institución no le prestó la atención médica oportuna en cuanto a diagnóstico y tratamiento.

Indica que el soldado DANIEL JAIMES LANDAZÁBAL, nunca se le atendió con diligencia y oportunidad, ni se le realizaron exámenes de laboratorio para determinar la causa de la enfermedad, de su fiebre, diarrea, limitándose a formularsele diclofenaco, acetaminofén, suero fisiológico y mebendazol.

Que según la historia clínica al soldado nunca le realizaron los exámenes necesarios para su diagnóstico acertadamente, ni hospitalizado aun en su estado precario de salud.

Afirma que el joven DANIEL JAIMES LANDAZÁBAL, era una persona laboralmente productiva al momento del ingreso a prestar servicio militar obligatorio, quien colabora con el sustento diario del hogar o núcleo familiar donde

residía, donde sus padres, hermanos y demás con quienes vivía bajo el mismo techo, y que sufrieron moralmente con su muerte, por lo que deben ser reparados integralmente, tanto material, moral y el daño a las condiciones de existencia.

3.- Trámite procesal

La demanda se presentó ante la Oficina de Apoyo Judicial de Cúcuta, siendo repartida al Juzgado Quinto Administrativo Oral del Circuito de Cúcuta, el que se declaró sin competencia mediante auto del 8 de noviembre de 2016, ordenando su remisión al Juzgado Administrativo de Circuito de Pamplona, quien admitió la demanda mediante auto del 15 de febrero de 2017.

La demanda fue reformada en forma oportuna, siendo esta admitida por el juzgado mediante auto del 16 de mayo de 2018, tanto del admisorio como esta última decisión se notificaron al Ministerio de Defensa – Ejército Nacional y al Ministerio Público en debida forma

4.- La contestación de la demanda

La entidad demandada se opuso a las pretensiones. Afirmando que la muerte del soldado no se produjo por una falla en el servicio, después de citar preceptos jurisprudenciales que claramente se observa en el caso que el hecho ocurrió por una causa extraña no imputable a la entidad, aportando pruebas para demostrarlo.

Considera que el daño por medio del cual se le pretende imputar responsabilidad a la entidad consiste en la muerte del señor Daniel Jaimes Landazábal, como consecuencia de un Infarto Agudo al Miocardio, siendo dicha muerte una muerte natural tal como fue dictaminado en el informe pericial de medicina legal y ciencias forenses, igualmente que la investigación adelantada como consecuencia de dicho hecho fue archivada por inexistencia de conducta punible en ejercicio de la acción penal.

Sostiene que al joven Jaimes Landazábal le prestaron la atención medica indispensable, tal y como se desprende de la narración de los hechos del libelo demandatorio y la Historia Clínica, sin que se presentara la muerte por acción u omisión de su parte, siendo inaplicable el artículo 90 de la Carta Política, al no existir daño antijurídico imputable al Estado.

Afirma que hay lugar a indemnizar el daño causado a los conscriptos cuando el hecho objeto del reproche sea consecuencia de su especial sujeción, entendiendo que frente que:

“frente a los conscriptos (...) adquiere no solo una posición de garante al doblegar, (...) su voluntad y disponer de su libertad individual para un fin determinado, sino que, de igual manera, entra en una relación de especial sujeción que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquellos.”

Destaca que con relación a los preceptos de la jurisprudencia, concluye que en el presente caso se exonera de responsabilidad, ya que está demostrado la existencia de la causal de una causa extraña, como lo fue el infarto agudo al miocardio que le ocasionó la muerte del soldado DANIEL JAIMES LANDAZÁBAL, lo que constituyó una muerte natural como lo demuestra el informe pericial de medicina legal y ciencias forenses que conllevó al archivo de la investigación adelantada por la inexistencia de conducta punible. Contrario se demostró que al soldado se le prestó la atención médica indispensable como se percibe de la narración de los hechos y de la historia clínica.

Considera que no hay prueba alguna de la cual se pueda establecer a ciencia cierta, que se haya desempeñado labores diferentes al servicio militar, que hubieran sido la causa del daño o lesión, no pudiendo siquiera inferirse que el problema de salud padecido por el aludido soldado conscripto hubiese sido el resultado de la instrucción que demanda la prestación del servicio militar obligatorio.

Concluye afirmando que el daño padecido por el soldado Daniel Jaimes Landazábal, - PARO CARDIAO-, no tiene ocurrencia directa o indirecta con el servicio por ende, impide atribuir responsabilidad a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional; Así las cosas al no demostrarse la relación causal entre el hecho dañoso y el servicio militar, no es posible imputar responsabilidad alguna a la entidad demandada

5.- La audiencia inicial y la de pruebas y los alegatos de conclusión

El día 09 de octubre de 2018 se celebró la audiencia inicial procediendo inicialmente al saneamiento del proceso, seguidamente se agotó el trámite conciliatorio, el cual fue declarado fallido. Seguidamente se fijó el litigio de manera acorde con las partes y finalmente se decretaron las pruebas pertinentes solicitadas, las cuales fueron recaudadas en la audiencia de pruebas celebrada el día 06 de febrero de 2019, corriéndose el traslado para alegaciones finales por escrito este mismo día.

En los alegatos de conclusión la parte demandante lo fundamenta sobre el hecho probado de la vinculación del joven DANIEL JAIMES LANDAZABAL a las fuerzas militares de Colombia, como soldado regular – campesino, encontrándose en ese momento en buen estado de salud y sin ninguna anotación.

Afirma que de los testimonios recaudados se establece que el soldado DANIEL JAIMES LANDAZABAL ingresó dos veces a la dirección de sanidad del Ejército Nacional donde se encontraba prestando el servicio, presentando fiebre, malestar general, diarrea, la primera vez el 26 de mayo de 2016, donde el médico tratante a simple vista le diagnostica FARINGOAMIGDALITIS – RINITIS ALERGICA Y ESPAMOS DORSALES, por lo cual se le envió un plan de recuperación de dipirona, ibuprofeno, amoxicilina, metocarbamol y reposo.

Que igualmente se encuentra probado que el día 09 de junio de 2016, casi 15 días después de haber ingresado por primera vez, al soldado paciente le persisten los síntomas de fiebre, deposición líquida, sin ninguna mejoría, y que el médico del ejército tratando nuevamente le elabora un plan de mejoramiento consistente en diclofenaco, acetaminofén y sales de hidratación oral a libre demanda y lo regresa a su camarote, sin que en ese momento se haya remitido a una entidad prestadora de salud o se le hayan realizado exámenes a profundidad que pudieran arrojar un correcto diagnóstico que salvara su vida, y que al día siguiente 10 de junio de 2016, sus compañeros ingresaron a la dirección de sanidad nuevamente a DANIEL JAIMES LANDAZABAL, sin signos vitales y sin que nada pudieran hacer para salvar su vida.

Alega que de la historia clínica y de los testimonios rendidos se puede apreciar que desde la primera vez que el soldado DANIEL JAIMES ingresa a la dirección de sanidad del ejército nacional donde prestaba el servicio como soldado regular, el médico tratante no observó a profundidad lo que realmente sucedía con su humanidad, ya que en su primer ingreso se establece una infección viral y en su segundo ingreso lo regresan a su camarote, sin que se le realicen ni exámenes de sangre y donde ni siquiera sugiere enviarlo a una clínica con mejores instalaciones y mayor oportunidad de estudio a su enfermedad.

Finalmente, sostiene que en el presente caso la falla del servicio se hace presente en el hecho de que el Ejército Nacional, omitiera seguir prestando el servicio de salud a DANIEL JAIMES LANDAZABAL, a pesar de que su cuadro clínico no presentaba mejoría y todo lo contrario su salud se deterioraba cada vez más, tanto así que el joven JAIMES LANDAZABAL estuvo dos semanas en cama sin que se le hiciera seguimiento de su sintomatología, dejando a merced la vida del soldado conscripto, por lo cual concluye que conforme a lo consignado concurren todos los elementos que componen la responsabilidad del estado (DAÑO – IMPUTACION – FUNDAMENTO) (FI 434 al 464).

El Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, concluye que de las pruebas recaudadas en el proceso y en especial de la prueba pericial realizada por el Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se logra determinar que la causa de la muerte del señor DANIEL JAIMES LANDAZABAL fue consecuencia de un infarto agudo de miocardio siendo la manera de la muerte natural y que respecto a la acción u omisión en que pudo incurrir el ente demandado, afirma que las fuerzas militares le prestaron la atención médica necesaria.

Sostiene que del estudio de la historia clínica del joven DANIEL JAIMES LANDAZABAL, se aprecia que se le dio el tratamiento requerido para la patología de EDA enfermedad diarreica aguda para el momento en el que acudió al dispensario, sin que existieran síntomas diferentes al momento de la atención, por lo que no tienen respaldo probatorio las aseveraciones de los demandantes.

Precisa que de la historia clínica que se anexa a la demanda, se aprecia que no presentó ningún síntoma que permitiera deducir que estaba presentando un infarto agudo, ya que ninguno de los síntomas deducía la consecuencia fatal, por lo que a

su parecer se trató de algo imprevisible e irresistible, pues asegura que es una enfermedad común que se puede presentar en cualquier momento de la vida, por lo que la muerte nada tiene que ver con la prestación del servicio, y que por ello no existe nexo causal para acreditar algún tipo de responsabilidad.

Concluye que, con fundamento en el régimen aplicable de responsabilidad de falla del servicio probada, la carga de la prueba la tiene el demandante conforme al artículo 167 del CGP, debiendo probar y determinar cuál fue la negligencia que se cometió, así como cuál era el tratamiento médico que se debía dar al señor DANIEL JAIMES LANDAZABAL y cuál fue la oportunidad que perdió la actora para evitar su daño.

Finalmente, en este acápite hay que destacar que el Ministerio Público no realizó pronunciamiento alguno

7. La sentencia apelada

El Juzgado Administrativo de Circuito de Pamplona, en sentencia del 15 de agosto de 2019, procedió a declarar de manera oficiosa la eximente de responsabilidad denominada fuerza mayor y caso fortuito y en consecuencia se negó las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que el daño o menoscabo padecido por la parte demandante, consistente en la muerte del joven DANIEL JAIMES LANDAZABAL, la cual se originó por un hecho externo y concreto que surgió de una manera súbita y repentina tanto para el personal médico que lo atendió como para el soldado, por lo que indudablemente los efectos y consecuencias del mismo se tornaron completamente irresistibles, imprevisibles y ajenos para la administración, además de que ocurrió a pesar de que los galenos de la institución prestaron sus servicios médicos y asistenciales al joven DANIEL JAIMES LANDAZABAL, prescribiéndole además el respectivo tratamiento de acuerdo al cuadro sintomatológico que presentaba; razón por la cual no quedó comprometida la responsabilidad del Ministerio de Defensa - Ejército Nacional y por ende los perjuicios no pueden ser imputables a estas últimas.

8.- El recurso de apelación

La parte actora interpuso y sustentó recurso de apelación contra la anterior providencia. En su escrito reitera los hechos con lo que sustenta las pretensiones y seguidamente trae los motivos de inconformidad con la sentencia apelada, argumentos reiterados en las alegaciones finales en esta instancia, dentro de lo que podemos extraer lo siguiente:

Señala la parte apelante, que la Jueza A quo omitió pronunciarse sobre el título de imputación objetivo de daño especial, dentro del cual incluye el que ubica al Estado en la posición de garante como en los casos de relaciones especiales de sujeción, conscriptos y eventos de fuerza pública, dentro de la cual como demandante imputó dos títulos de imputación a las demandadas basados en el daño especial como imputación de responsabilidad objetiva y la segunda por la falla del servicio médico en el deber frente al soldado fallecido.

Afirma que la causal de exoneración de la responsabilidad oficiosamente traída en la sentencia anuló el título de imputación de la falla del servicio, además de no decir nada sobre el daño especial que había alegado, el cual no debió excluirse. Insiste que, si bien el operador judicial tiene la potestad de escoger el régimen aplicable, tiene la obligación de resarcir los perjuicios tanto en aplicación del régimen subjetivo como en el objetivo, por lo que al considerar el despacho que no estaba probada la falla del servicio, debió pronunciarse por el daño especial que es un régimen que reconoce el daño por la actividad lícita del Estado generado por el rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, ya que esta probado el joven DANIEL JAIMES LANDAZABAL, estaba prestando el servicio militar obligatorio, es decir bajo una relación especial de sujeción cuando falleció, previo a una enfermedad probada en con la historia clínica, por lo que las demandadas son responsables , ya que frente a la obligación de prestar el servicio militar se le impone a la administración pública el deber de garantizar la integridad psicofísica del conscripto, posición que es apoyada por jurisprudencia del Consejo de Estado.

Esta probado que el joven DANIEL JAIMES LANDAZABAL como soldado ingresó el 26 de mayo de 2016 al dispensario médico por primera vez con un cuadro de odinofagia cefalea de 10 días de evaluación y el día 09 de junio del mismo año vuelve al dispensario por enfermedades diarreicas agudas (EDA) con un cuadro de un día, formulándosele diclofenaco, acetaminofén, sales de hidratación, mebendazol, y guardar reposo. Igualmente regresa el 10 de junio de 2016 pero ya sin signos vitales por lo que es declarado muerto, posteriormente por dictamen pericial de necropsia se determina como causa de la muerte un infarto agudo de miocardio.

Sostiene que la misma médica que trató a DANIEL JAIMES LANDAZABAL manifestó que el diagnostico no fue el adecuado, originándose una falla del servicio la cual fue excepcionada con la causa extraña que posteriormente fue decretada en la sentencia como fuerza mayor.

Que de conformidad a la jurisprudencia del Consejo de Estado se reúnen las condiciones fácticas y jurídicas para que el demandado en su condición de garante quién descuido al soldado, lo que dio como resultado su muerte, posición jurisprudencial de la misma Corte Constitucional que sostiene que frente a los soldados que prestan su servicio militar obligatorio surge para el Estado una obligación de resultado como es el de devolverlos a la vida civil en perfectas condiciones.

Que del hecho de que ingrese a prestar servicio militar se infiere que se encontraba en buenas condiciones de salud, ya que fue sometido a exámenes rigurosos y dado como apto para la prestación del servicio, por lo que se debió cumplir con el deber constitucional de cuidado en el servicio en su condición de garante, y acá se salió en la sentencia con la fuerza mayor, la cual no se ajustaba en el caso.

Insiste el apelante en la buena condición de salud del joven DANIEL JAIMES LANDAZABAL al ingresar a prestar el servicio militar obligatorio, hecho debidamente probado, además de estar probada la patología presentada previa a su muerte, como la presentaban otros compañeros quienes además sirvieron de testigos sobre esta condición, la cual les permitieron conocerse, ya que estaban en el alojamiento con la mismos síntomas, sosteniendo uno de ellos, que esta situación no se encuentra registrada en la historia clínica. Con relación a estos síntomas asegura el demandante que la enfermedad diarreica aguda EDA, es la quinta enfermedad a nivel mundial que causa más muertes en personas y que una mal tratada puede llevar a la grave pérdida de hidratación, azúcares y electrolitos, que puede llevar a la muerte por shock o infarto cardiacos.

Seguidamente sostiene que no se presentó la fuerza mayor por ausencia de los elementos que la constituyen, confundiéndose la A Quo en esta causal y la del caso fortuito. Señalando que estas eximentes de responsabilidad como causas extrañas deben reunir una serie de requisitos para su prosperidad, como que provenga de un hecho irresistible e imprevisible, que sea externo a la actividad y este hecho sea la causa adecuada del daño.

Afirma que el Consejo de Estado ha señalado que la fuerza mayor solo se demuestra mediante la prueba de un hecho externo y concreto, siendo imprevisible e irresistible sus consecuencias, y ajeno a la prestación del servicio, es decir externo, entendiendo esto, como aquello que no es propio de la actividad o prestación del servicio. Y es propio del servicio la posibilidad que el conscripto se enferme por lo que hace parte de la actividad militar, más cuando realmente se presenta la enfermedad no pudiéndose desligar de este vínculo como erróneamente lo realizó la Jueza de primera instancia.

Argumenta que esta probados con los testimonios recepcionados y el acta compromisoria que el joven DANIEL JAIMES LANDAZABAL ingresó con buena salud, la cual en la prestación del servicio decayó no pudiéndose desligar de la actividad o servicio, es decir, no constituyó un hecho externo, por lo que debe responder la parte demandada por el daño materializado en la muerte del tanta veces citado soldado conscripto.

Además, señala que por la regla especial de sujeción que conlleva el servicio militar obligatorio, le corresponde al Estado responder por el incumplimiento de dicho deber, por ser una obligación de resultado, por lo finalmente solicita se revoque la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones de la demanda.

9. Trámite en segunda instancia

El recurso se concedió el 10 de octubre de 2019, el cual fue admitido por el despacho del magistrado sustanciador el día 18 de noviembre de la misma anualidad.

Durante el traslado común para presentar alegatos de conclusión, la apoderada de la parte demandante luego de traer los antecedentes del proceso manifiesta su inconformidad reiterando los argumentos expuestos en el escrito de apelación así:

Inicialmente señala que en la sentencia de primera instancia se omitió por parte de la Jueza realizar un pronunciamiento del título de imputación objetiva planteado, la cual se puede llegar por la forma jurídica que establece el deber de responder frente al daño a una persona o entidad directamente asignado por la ley o la constitución, como es el caso de la responsabilidad por personas en situación de una relación especial de sujeción, en donde el estado guarda una posición de garante frente a ellos, como la planteada en el presente caso frente a la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio. Régimen objetivo que se llega por medio de la atribución normativa que ante su incumplimiento, así como de los deberes de protección y cuidado, el análisis de la imputación se hace directamente sin necesidad de acudir al fondo de la relación causa – efecto “(régimen subjetivo)”, como en el caso de los conscriptos.

Sostiene que en la demanda se fundamentó con los dos regímenes de imputación basándose primeramente en el daño especial como imputación objetiva de responsabilidad y subsidiariamente la falla del servicio por indebida prestación del servicio médico, omisión de deberes de custodia, vigilancia y cuidado, omisión del cuidado de salud del soldado enfermo, el A Quo en el fallo apelado desechó “...
desecho el título de imputación de falla del servicio, decretando de oficio la excepción de fuerza mayor o caso fortuito, pero nada dijo sobre el título de imputación de daño especial, puesto que vencido el primero, se me debía vencerme en juicio sobre el segundo es decir sobre el título de imputación de daño especial.” Indicando que esta causal exonerativa de la responsabilidad no existe en el presente caso, y que si existiere no la anulaba por el daño especial, como lo ha sostenido la jurisprudencia, concluyendo que no estando probada la falla del servicio se debió acudir al título de imputación del daño especial.

Partiendo del hecho probado de que el señor DANIEL JAIMES LANDAZABAL, estaba prestando servicio obligatorio al momento de su muerte, situación de relación de sujeción ya que su voluntad se encontraba doblegada al imperio del estado por disposición legal y constitucional, agregado de que está probado que se encontraba enfermo y que había acudido en diferentes oportunidades al dispensario médico del batallón con cuadro de odinofagia cefalea de 10 días de evolución y enfermedad diarreica aguda (EDA) y reitera falleció de un infarto de miocardio, debiendo responder el estado por este daño como lo ha establecido la jurisprudencia del Consejo de Estado incluso por el inadecuado diagnóstico de la médico que lo atendió a pesar de su cuadro clínico como lo afirmo la médico.

El joven DANIEL JAIMES LANDAZABAL según las pruebas se encontraba prestando el servicio militar obligatorio y en esta situación se enfermó y falleció, encontrándose probado el daño especial.

Seguidamente sostiene que el joven DANIEL JAIMES LANDAZABAL, estaba apto para prestar el servicio militar obligatorio tal como se encuentra probado en el

proceso inclusive con los testimonios recaudados, inclusive declararon sobre su consideración de trabajador sin precedente en enfermedades, hechos que no fueron desvirtuados por la parte demandada.

Argumento que La Ad Quo debió acudir al principio IURA NOVIT CURIA, que determina que el juzgador debe verificar si el daño antijurídico resulta imputable al estado, sin discriminar régimen jurídico de imputación por estar prestando el servicio militar obligatorio, en el cual se debe garantizar la integridad psicofísica del soldado conscripto.

Finalmente señala que no estamos frente la causal exonerativa de la fuerza mayor por no concurrencia de sus elementos, además de la confusión del fallador con esta figura y el caso fortuito. Advierte que para que se den estas eximentes de responsabilidad se debe reunir una serie de requisitos, siendo fundamental la causa adecuada del daño, la cual se sustenta según la doctrina en las condiciones culposas o no del cual es previsible el resultado, siendo atribuible a la víctima, a un tercero o a un actor externo de la actividad, configurándose esta causal teniendo el efecto jurídico de la exoneración de la responsabilidad si concurren esas características, que precisa en que provenga de un hecho irresistible o imprevisible, que el hecho sea externo a la actividad y ese hecho sea causa adecuada del daño. Así la fuerza mayor se demuestra mediante la prueba de un hecho externo y concreto (causa extraña) el cual no es lo irresistible o lo imprevisible sino sus consecuencias y no serle imputable en ningún ámbito.

Con relación a la exterioridad de la causa extraña el apelante nos trae una jurisprudencia del Consejo de Estado, que indica que aquella no puede ser imputable al agente que causa el daño o que el evento correspondiente ha de ser externo o exterior a su actividad y de esa forma para que la fuerza mayor se configure, el hecho que la provocó debe ser la causa exclusiva del daño y no podersele atribuir responsabilidad al demandado de ninguna manera por no serle imputable, concluyendo que para que se de esta causal eximente, se deben reunir su características como que el hecho generador debe ser externo a la prestación del servicio, siendo esta externalidad el hecho de que no sean propios de la actividad o prestación del servicio.

Se pregunta frente a este elemento, sí *¿el hecho de enfermarse durante la prestación del servicio militar obligatorio no es un hecho propio de la actividad?* Respondiendo inmediatamente de manera afirmativa, ya que debido a los protocolos para los conscriptos, si estos se enferman durante el servicio, es indudable que ese hecho hace parte de la actividad, sin que se pueda desligar de la misma, como lo hizo la Jueza de primera instancia en la sentencia apelada, sin dejar a un lado que el joven DANIEL JAIMES LANDAZABAL prestando el servicio se enfermó de EDA, falleciendo posteriormente.

Destaca que de conformidad a lo probado, el joven DANIEL JAIMES LANDAZABAL, ingresó a prestar el servicio militar obligatorio en buen estado de salud, el cual se afectó dentro de la prestación del mismo por lo que no se le puede tener como un hecho ajeno a la actividad.

Señala que es preciso aclarar con relación al caso fortuito, que no es sinónimo de la fuerza mayor, ya que son dos figuras diferentes con la particularidad de que aquella no exime de la responsabilidad como lo hace ésta, debido al que caso fortuito hace referencia a hechos propios de la actividad en donde el que responde es la persona o institución que se beneficia de la actividad, como en el presente caso, con el ejército nacional.

En la sentencia la Ad Quo determinó que no era atribuible la falla del servicio por estarse frente a una causa extraña probada, lo cierto es que se debió aplicar el régimen objetivo por daño especial, ya que la parte demandada incumplió el deber legal y constitucional de custodia, vigilancia y cuidado sobre los concriptos, que constituye una obligación de resultado.

Solicita finalmente se revoque la sentencia que negó las pretensiones de la demanda y declaró probada de oficio la fuerza mayor como eximente de responsabilidad, debiendo acceder a las pretensiones condenando a las demandadas.

La parte demandada por medio de su apoderada judicial en su alegación final solicita se confirme la decisión de primera instancia, en razón a que de conformidad con lo probado se configura la causal exonerativa de responsabilidad denominada fuerza mayor o caso fortuito, y que no existe relación material entre la actuación del Ejército Nacional y el daño reclamado.

Indica que el demandante le imputa el daño a la demandada bajo el régimen de responsabilidad subjetiva, con fundamento en la falla del servicio probada, teniendo la carga de la prueba, la cual incumplió y que al desatender dicho deber no se puede imputar la responsabilidad y como tal no se estructura la falla del servicio, por lo que se debe confirmar la sentencia de primera instancia por estar probada la causal de exoneración.

El Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Administrativo de Circuito de Pamplona, el 15 de agosto de 2019, que declaró de manera oficiosa la eximente de responsabilidad denominada fuerza mayor y caso fortuito y en consecuencia se negó las pretensiones de la demanda.

1. Presupuestos de procedibilidad de la acción de reparación directa en el caso *sub examine*

1.1- Competencia

El Tribunal Administrativo del Norte de Santander es competente para conocer del asunto citado en referencia, toda vez que se trata de un recurso de apelación interpuesto contra la sentencia proferida en primera instancia Juzgado Primero Administrativo Oral de Circuito de Pamplona.

1.2.- El ejercicio oportuno de la acción

En el presente caso, la demanda se originó en los perjuicios que habrían sufrido los accionantes como consecuencia de la muerte del joven soldado DANIEL JAIMES LANDAZABAL mientras prestaba el servicio militar en el Batallón Custodio García Rovira de la ciudad de Pamplona Norte de Santander, ocurrida el 10 de junio de 2016 mientras que la demanda fue presentada el 01 de noviembre de 2016, por lo que se hizo dentro del término de caducidad previsto, de conformidad con lo normado en el literal i) del numeral 2º del artículo 164 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

1.3.- Legitimación en la causa

La legitimación en la causa tiene dos dimensiones, la de hecho y la material. La primera surge de la formulación de los hechos y de las pretensiones de la demanda, por manera que quien presenta el escrito inicial se encuentra legitimado por activa, mientras que el sujeto a quien se le imputa el daño ostenta legitimación en la causa por pasiva.

A su vez, la legitimación material es condición necesaria para, según corresponda, obtener decisión favorable a las pretensiones y/o a las excepciones, punto que se define al momento de estudiar el fondo del asunto, con fundamento en el material probatorio debidamente incorporado a la actuación.

Así, tratándose del extremo pasivo, la legitimación en la causa de hecho se vislumbra a partir de la imputación que la demandante hace al extremo demandado y la material únicamente puede verificarse como consecuencia del estudio probatorio, dirigido a establecer si se configuró la responsabilidad endilgada desde el libelo inicial.

1.3.1. Legitimación en la causa de los demandantes

En el presente asunto se tiene que los señores Los señores Mireya Landazábal Vásquez, Benjamín Jaimes Andrade, Saray Mireya Jaimes Landazábal, Doly Jaimes Landazábal, José David Jaimes Landazábal, Carlos Enrique Jaimes Landazábal, Beker Antonio Jaimes Landazábal, Maryuri Vásquez Duran, Carmen Maritza Landazábal Vásquez, Betty Landazábal Vásquez, Ana Mery Landazábal Vásquez, Nohora Landazábal Vásquez fueron las personas que promovieron el proceso de la referencia, de ahí que se encuentre probada su legitimación en la causa de hecho.

En cuanto a la legitimación material, la Sala estima que acreditaron su condición de padres, hermanos y tíos de la víctima directa a través de la copia de sus registros

civiles de nacimiento y del joven DANIEL JAIMES LANDAZABAL.

1.3.2.- Legitimación en la causa de las entidades demandadas

Por su parte, a la Nación – Ministerio de Defensa - Ejército Nacional se les ha endilgado responsabilidad por la muerte del soldado DANIEL JAIMES LANDAZABAL mientras se encontraba al servicio de la demandada. En ese sentido, se observa que respecto del ente público se ha efectuado una imputación fáctica y jurídica concreta y por ello, le asiste legitimación en la causa por pasiva de hecho. La legitimación material se analizará al examinar el fondo de la controversia.

2. Objeto del recurso de apelación

La parte actora sostuvo que en el proceso se acreditó la calidad de conscripto de la víctima directa del daño y que omitió pronunciamiento sobre el título de imputación objetivo de daño especial, dentro del cual incluye el que ubica al Estado en la posición de garante como en los casos de relaciones especiales de sujeción, conscriptos y eventos de fuerza pública.

3. Lo probado en el proceso

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 15 de agosto de 2019, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral de Pamplona.

En atención al material probatorio obrante en el expediente, recaudado oportunamente y con el lleno de los requisitos legales, se tienen debidamente demostrados en este proceso los siguientes hechos:

1.1 El joven DANIEL JAIMES LANDAZABAL fue incorporado al Ejército Nacional para prestar el servicio militar obligatorio en el grado de Soldado regular, el día 24 de mayo del año 2016 y que estando prestando dicho servicio falleció el 10 de junio del año 2016, de conformidad con el registro civil de defunción expedido por el Registrador municipal de Pamplona, Norte de Santander, obrante a folio 51 del cuaderno N° 1 del proceso.

En informe administrativo por muerte del 10 de junio de 2016, el del Batallón de Infantería N° 13 “General Custodio García Rovira” de Pamplona suscrito por el Comandante de la Unidad Táctica en el que describe los hechos que dan cuenta de la situación del soldado regular DANIEL JAIMES LANDAZABAL, hasta que fue llevado al dispensario médico donde llegó sin signos vitales y declarado fallecido. (visto al folio 126 del C1 principal).

1.2 Informe pericial de necropsia N° 2016010154518000007 del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de fecha 10 de junio de 2016, que concluye el deceso como MECANISMO DE MUERTE PARO CARDIACO, quedando en estudio su causa y manera, el cual se aprecia a folios 132 a 137 del C1 principal.

1.3 Copia del examen físico de ingreso, así como la historia clínica – notas de enfermería, hoja de evolución y de ordenes médicas del soldado DANIEL JAIMES LANDAZABAL.

1.4 De conformidad con el acervo probatorio, especialmente de la diligencia de necropsia y del informe administrativo por muerte, se deduce que el deceso del soldado DANIEL JAIMES LANDAZABAL fue consecuencia natural y directa por MECANISMO DE MUERTE PARO CARDIACO.

Así que de lo anterior y de acuerdo con los documentos relacionados, está probado el daño alegado en la demanda; en efecto, DANIEL JAIMES LANDAZABAL, prestaba el servicio militar obligatorio en el Batallón de Infantería N° 13 “General Custodio García Rovira” de Pamplona – Norte de Santander, y falleció en esas mismas instalaciones a consecuencia de un paro cardíaco.

También, sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar que rodearon la atención del joven DANIEL JAIMES LANDAZABAL, los que tuvieron la oportunidad de conocer el caso se refirieron a la atención brindada y el personal de enfermería y dispensario médico, así como los síntomas que presentó el joven paciente.

En relación con las declaraciones allegadas al proceso, especialmente los vistos a folios 149 152 atrás del CP 01 , la Sala advierte que a los mismos se les dará valor probatorio; lo anterior, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado que de manera reiterada¹ ha dicho que los testimonios que resulten sospechosos no pueden descartarse de plano, sino que deben valorarse de manera más rigurosa, de cara a las demás pruebas obrantes en el proceso y a las circunstancias de cada caso, todo ello basado en la sana crítica.

En este caso, para la Sala, la forma en que se narraron los hechos es congruente y no presenta contradicciones o vacíos respecto de las demás pruebas aportadas; además, brindan un conocimiento el estado al acudir al dispensario como de los síntomas presentados por el joven DANIEL JAIMES LANDAZABAL y de lo que le formularon y su estado antes del fallecimiento.

Una vez probado el daño y antes de pasar a la imputación del mismo como elemento necesario para establecer la antijuricidad del daño y la consecuente responsabilidad reparable es necesario ilustrar el concepto del paro cardíaco, causas, síntomas, pruebas y exámenes, tratamiento, expectativas (pronostico), posibles complicaciones, cuándo contactar a un profesional médico, prevención y nombres alternativos del paro cardíaco como causa de la muerte del joven soldado DANIEL JAIMES LANDAZABAL, para lo cual acudimos a la doctrina médica en la revista científica MEDLINE PLUS especializada en información de salud para pacientes, familiares y amigos, producida por la Biblioteca Nacional de Medicina de Estados Unidos (NLM, por sus siglas en inglés), la biblioteca médica más grande del mundo y parte de los Institutos Nacionales de la Salud de EE. UU.

¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera – Subsección A, C.P: Hernán Andrade Rincón, Bogotá, D.C., catorce (14) de julio de dos mil dieciséis (2016), radicación: 410012331000199900987 01 (36932).

(NIH, por sus siglas en inglés). tanto en inglés como en español, en su última revisión del 5/16/2018 que tiene por establecido lo siguiente²--:

“¿ Paro cardíaco

El paro cardíaco ocurre cuando el corazón repentinamente deja de latir. Cuando esto sucede, el suministro de sangre al cerebro y al resto del cuerpo también se detiene. El paro cardíaco es una emergencia médica. De no tratarse en unos cuantos minutos, el paro cardíaco generalmente provoca la muerte.

Causas

Si bien algunas personas se refieren a un ataque al corazón como un paro cardíaco, estos no son la misma cosa. Un ataque al corazón sucede cuando una arteria obstruida detiene el flujo de sangre al corazón. Un ataque al corazón puede dañar el corazón, pero no necesariamente provoca la muerte. Sin embargo, en ocasiones un ataque al corazón puede desencadenar un paro cardíaco. El paro cardíaco es provocado por un problema con el sistema eléctrico del corazón, como:

- *Fibrilación ventricular (FV) -- Cuando se presenta FV, las cámaras inferiores del corazón tiemblan en lugar de latir regularmente. El corazón no puede bombear sangre, lo que provoca un paro cardíaco. Esto puede suceder sin una causa o como resultado de otra afección.*
- *Bloqueo cardíaco -- Esto sucede cuando una señal eléctrica se retrasa o se detiene al moverse a través del corazón.*

Los problemas que pueden llevar a un paro cardíaco incluyen:

- *Enfermedad cardíaca coronaria (CHD, por sus siglas en inglés) -- Esta enfermedad puede tapan las arterias del corazón, de manera que la sangre no puede fluir continuamente. Con el tiempo, esto puede sobrecargar el miocardio y el sistema eléctrico del corazón.*
- *Ataque al corazón -- Haber tenido un ataque al corazón puede crear tejido cicatricial que puede llevar a FV y paro cardíaco.*
- *Los problemas cardíacos, como enfermedad cardíaca congénita, problemas de las válvulas cardíacas, problemas del ritmo cardíaco y el agrandamiento del corazón también pueden llevar al paro cardíaco.*
- *Niveles anormales de potasio o magnesio -- Estos minerales ayudan al funcionamiento del sistema eléctrico de su corazón. Los niveles anormalmente altos o bajos pueden causar paro cardíaco.*
- *Esfuerzo físico extremo -- Cualquier cosa que provoque un esfuerzo extremo al cuerpo puede llevar a un paro cardíaco. Esto puede incluir traumatismos, choque eléctrico o pérdida de sangre importante.*
- *Drogas recreativas -- Usar ciertos fármacos, como cocaína o anfetaminas, también incrementa su riesgo para un paro cardíaco.*
- *Medicamentos -- Algunos medicamentos pueden incrementar la probabilidad de ritmos cardíacos anormales.*

Síntomas

La mayoría de las personas NO tiene síntomas de paro cardíaco antes de que suceda. Los síntomas pueden incluir:

- *Pérdida repentina de la consciencia; la persona puede caer al suelo o colapsarse si está sentada*
- *Ausencia de pulso*
- *Ausencia de respiración*

En algunos casos, puede notar algunos síntomas aproximadamente una hora antes de un paro cardíaco. Estos pueden incluir:

² <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007640.htm>

- Un corazón acelerado
- Mareo
- Falta de aire
- Náuseas o vómitos
- Dolor de pecho

Pruebas y exámenes

Los paros cardíacos suceden tan rápidamente que no hay tiempo de hacer pruebas. Si una persona sobrevive, la mayoría de las pruebas se realizan posteriormente para ayudar a averiguar qué provocó el paro cardíaco. Estos puede incluir:

- Pruebas de sangre para buscar enzimas que pueden mostrar si usted sufrió un ataque al corazón. Su médico puede utilizar las pruebas de sangre para revisar los niveles de ciertos minerales, hormonas y químicos en su cuerpo.
- Un electrocardiograma (ECG) para medir la actividad eléctrica de su corazón. Un ECG puede mostrar si su corazón ha resultado dañado a causa de una CHD o un ataque al corazón.
- Una ecocardiografía para mostrar si su corazón ha sufrido daño y encontrar algunos tipos de problemas cardíacos (como problemas con el músculo o las válvulas cardíacas).
- Una resonancia magnética del corazón le ayuda a su proveedor de atención médica a ver imágenes detalladas de su corazón y sus vasos sanguíneos.
- Una ventriculografía nuclear para revisar qué tan bien su corazón bombea la sangre.
- Un estudio electrofisiológico intracardiaco (EEFIC) para ver qué tan bien están funcionando las señales eléctricas de su corazón. El EEFIC se usa para buscar latidos o ritmos cardíacos anormales.
- Un cateterismo cardíaco le permite a su proveedor ver si sus arterias se han estrechado o están obstruidas.
- Un estudio electrofisiológico para evaluar el sistema de conducción.

Su proveedor también puede realizar otras pruebas, según sus antecedentes de salud y los resultados de estas pruebas.

Tratamiento

Un paro cardíaco requiere tratamiento de emergencia de inmediato para hacer que el corazón funcione de nuevo.

- Reanimación cardiopulmonar (RCP) -- Este es a menudo el primer tipo de tratamiento para el paro cardíaco. Cualquiera que haya recibido entrenamiento en RCP puede administrarla. Puede ayudar a mantener el oxígeno fluyendo en el cuerpo hasta la llegada de la atención de emergencia.
- Desfibrilación -- Este es el tratamiento más importante para el paro cardíaco. Es un procedimiento en el que se usa un dispositivo médico que le da una descarga eléctrica al corazón. Esta descarga puede hacer que el corazón lata normalmente de nuevo. Desfibriladores pequeños y portátiles a menudo están disponibles en zonas públicas para ser usados en emergencias por personas capacitadas para hacerlo. Este tratamiento tiene mejores resultados cuando se administra en no más de unos cuantos minutos.

Si usted sobrevive a un paro cardíaco, será admitido al hospital para recibir tratamiento. Según lo que haya causado su paro cardíaco, puede necesitar otros medicamentos, procedimientos o cirugías.

Es posible que le coloquen un pequeño dispositivo llamado desfibrilador cardioversor implantable (DCI) debajo de la piel cerca del pecho. Un DCI vigila su latido cardíaco y le da a su corazón una descarga eléctrica si detecta un ritmo cardíaco anormal.

Expectativas (pronóstico)

La mayoría de las personas NO sobrevive a un paro cardíaco. Si usted ha tenido un paro cardíaco, corre un alto riesgo de presentar otro. Será necesario que trabaje estrechamente con sus médicos para reducir su riesgo.

Posibles complicaciones

El paro cardíaco puede causar algunos problemas de salud duraderos, incluyendo:

- *Lesión cerebral*
- *Problemas cardíacos*
- *Afecciones pulmonares*
- *Infección*

Es posible que necesite atención y tratamiento continuo para manejar algunas de estas complicaciones.

Cuándo contactar a un profesional medico

Llame a su proveedor o al número local de emergencias (911 en los Estados Unidos) de inmediato si tiene:

- *Dolor de pecho*
- *Falta de aire*

Prevención

La mejor manera de protegerse de un paro cardíaco es mantener su corazón saludable. Si usted tiene CHD u otra afección cardíaca, pregunte a su proveedor cómo reducir su riesgo para un paro cardíaco.

Nombres alternativos

Paro cardíaco súbito; PCS; Paro cardiorrespiratorio; Paro circulatorio; Arritmia - paro cardíaco; Fibrilación - paro cardíaco; Bloqueo cardíaco - paro cardíaco

Referencias

Myerburg RJ. Approach to cardiac arrest and life-threatening arrhythmias. In: Goldman L, Schafer AI, eds. Goldman-Cecil Medicine. 25th ed. Philadelphia, PA: Elsevier Saunders; 2016:chap 63.
Myerburg RJ, Goldberger JJ. Cardiac arrest and sudden cardiac death. In: Zipes DP, Libby P, Bonow RO, Mann DL, Tomaselli GF, Braunwald E, eds. Braunwald's Heart Disease: A Textbook of Cardiovascular Medicine. 11th ed. Philadelphia, PA: Elsevier; 2019:chap 42.

Ultima revisión 5/16/2018

Versión en inglés revisada por: Michael A. Chen, MD, PhD, Associate Professor of Medicine, Division of Cardiology, Harborview Medical Center, University of Washington Medical School, Seattle, WA. Also reviewed by David Zieve, MD, MHA, Medical Director, Brenda Conaway, Editorial Director, and the A.D.A.M. Editorial team.

Traducción y localización realizada por: DrTango, Inc."

De lo anterior podemos señalar que el paro cardíaco ocurre repentinamente que no deja tiempo para hacer pruebas constituyéndose en una emergencia médica que generalmente provoca la muerte, el cual es provocado por un problema con el sistema eléctrico del corazón que en la mayoría de las personas no tienen síntomas antes de que suceda y si los tienen pueden incluir: la pérdida repentina de la consciencia; ausencia de pulso, ausencia de respiración, corazón acelerado, mareo, falta de aire, náuseas o vómitos y dolor de pecho. Finalmente que la mejor manera de protegerse de un paro cardíaco es mantener su corazón saludable.

Así las cosas, se advierte que de conformidad con las pruebas válidamente recaudadas, el joven DANIEL JAIMES LANDAZABAL fue incorporado al Ejército Nacional para prestar el servicio militar obligatorio en el grado de Soldado regular, el día 24 de mayo del año 2016 en buenas condiciones de salud física como informa el examen físico (fl. 68 del CP1), que ingresó el día 25 de mayo de la misma anualidad a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional con dolor lumbar

y flemas amarillentas, rinorrea, congestión nasal, tos, dorsalgia, como se aprecia en la historia clínica de fecha 25 de mayo de 2016 (fl. 68 del CP1), igualmente que nuevamente ingresó el día 09 de junio de 2016, con cuadro clínico de fiebre, dolor articular, dolor espalda, escalofrió, deposición líquida y negando otros síntomas. (fl. 67 del CP1) y finalmente fue llevado alzado a enfermería por otros compañeros el día 10 de junio de 2016, sin signos vitales. (Ver Formato de Enfermería (fl 66 del CP1). como conclusión pericial del Instituto Nacional de Medicina Legal en el Informe Pericial de Necropsia, señaló como mecanismo de muerte un paro cardíaco y descartando signos o huellas de violencia en el cuerpo. Informe Pericial de Necropsia N° 20160101545180007. (fls. 133 al 137 del CP1).

Pruebas que dicen de la atención médica recibida por el joven DANIEL JAIMES LANDAZABAL cuando acudió a la enfermería y dispensario médico donde se actuó de conformidad a los síntomas que presentaba, los cuales no daban alarma en ningún sentido sobre un posible problema cardíaco que lo aquejaba y que por ende requiriera estudios y análisis de fondo para descartar dicho diagnóstico, ya que si revisamos los síntomas conocidos en este tipo de casos nos encontramos con síntomas como i) dolor en el pecho, ii) dificultad respiratoria, iii) pulso cardíaco lento, entre otras de las referidas atrás los cuales no estaban presentes ni otro con relación directa con los que presentaba el soldado al momento de acudir al dispensario médico.

Lo anterior y tal como concluye la Ad Quo, la demandada prestó una adecuada atención en servicios médicos a conscripto, lo anterior con el análisis, revisión y estudio de la historia clínica del joven DANIEL JAIMES LANDAZABAL, evidenciándose que en ningún momento se le negó la prestación de los servicios de salud de conformidad a los síntomas durante el tiempo que estuvo vinculado a la institución, al contrario cada vez que el paciente ingresó al dispensario médico se le realizó una valoración general de los signos vitales y se le ordenó un tratamiento consistente en medicamentos correspondiente al cuadro sintomatológico que presentaba; razón por la cual, a juicio de este Despacho, la falla cardíaca sufrida por la víctima no tuvo origen en la actividad propia del servicio militar ni por la prestación irregular del servicio médico ofrecido y prestado por el personal médico del ejército colombiano.

4. De la imputación en contra del Ejército Nacional

La Sala estima necesario precisar, como lo ha hecho la jurisprudencia del Consejo de Estado³, la diferencia existente entre la clase de vínculo que se crea para el Estado frente a los soldados que prestan servicio militar obligatorio o conscriptos y los soldados voluntarios o profesionales; en el primero, el vínculo surge debido al cumplimiento del deber constitucional de defensa de la independencia, de la soberanía nacional y de las instituciones públicas, el cual no tiene carácter laboral alguno, en tanto que en el segundo (soldado profesional) el vínculo surge en virtud

³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de septiembre de 2017.

de una relación legal y reglamentaria consolidada a través del correspondiente acto administrativo de nombramiento y la consiguiente posesión del servidor.

Así que a diferencia del soldado profesional, que ingresa en forma voluntaria a las filas del Ejército, con el fin de prestar un servicio a cambio de una contraprestación y que goza de una protección integral de carácter salarial y prestacional, el soldado que presta servicio militar obligatorio se ve impelido a hacerlo por la imposición de una carga o gravamen especial del Estado.

Ahora bien, en relación con el título de imputación aplicable a los daños causados a soldados que prestan servicio militar obligatorio, la Sala ha establecido que los mismos pueden ser i) de naturaleza objetiva –tales como el daño especial o el riesgo excepcional– y ii) por falla del servicio, siempre y cuando de los hechos y de las pruebas allegadas al respectivo proceso se encuentre acreditada la misma.

Al respecto, la Sala ha sostenido⁴:

“Atendiendo a las condiciones concretas en las que se produjo el hecho, la Sala ha aplicado en la solución de los casos, los distintos regímenes de responsabilidad. Así, ha decidido la responsabilidad del Estado bajo el régimen de daño especial cuando el daño se produjo como consecuencia del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas⁵; el de falla probada cuando la irregularidad administrativa produjo el daño y, el de riesgo cuando éste proviene o de la realización de actividades peligrosas o de la utilización de artefactos que en su estructura son peligrosos; pero, en todo caso, ha considerado que el daño no será imputable al Estado cuando se haya producido por culpa exclusiva de la víctima, por fuerza mayor o por el hecho exclusivo de un tercero, por rompimiento del nexo causal. En providencia de 2 de marzo de 2000, dijo la Sala:

‘... demostrada la existencia de un daño antijurídico causado a quien presta el servicio militar, durante el mismo y en desarrollo de actividades propias de él, puede concluirse que aquél es imputable al Estado. En efecto, dado el carácter especial de esta situación, por las circunstancias antes anotadas, es claro que corresponde al Estado la protección de los obligados a prestar el servicio militar y la asunción de todos los riesgos que se creen como consecuencia de la realización de las diferentes tareas que a ellos se asignen. No será imputable al Estado el daño causado cuando éste haya ocurrido por fuerza mayor o por el hecho

⁴ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencias del 30 de julio de 2008, exp. 18.725, M.P. Ruth Stella Correa Palacio y del 23 de abril de 2009, exp. 17.187, reiteradas en la sentencia del 9 de abril de 2014, exp 34.651. M.P. Dr. Mauricio Fajardo Gómez.

⁵ Original de la cita: *“En sentencia de 10 de agosto de 2005, exp: 16.205, la Sala al resolver la demanda instaurada con el fin de obtener la indemnización de los perjuicios causados por las lesiones sufridos por un soldado, quien en cumplimiento de la orden proferida por su superior jerárquico, de realizar un registro de área en horas de la noche, al saltar un caño se cayó y golpeó contra una piedra, consideró: ‘...la causación de los daños material, moral y a la vida de relación tienen sustento, en este proceso, en el actuar de la Administración de sometimiento del soldado conscripto a una carga mayor a la que estaba obligado a soportar, cuando en el cumplimiento de la misión conferida a él por el Comandante del Escuadrón B de Contraguerrillas de registro del área general del Municipio de Paz de Ariporo dentro del servicio y con ocasión de él, se tropezó cayendo contra la maleza, lesionándose el ojo derecho’ ”.*

exclusivo de un tercero o de la víctima, eventos cuya demostración corresponderá a la parte demandada”⁶.

Frente a los perjuicios ocasionados a soldados regulares, en la medida en que su voluntad se ve doblegada por la del Estado, al someterlos a la prestación de un servicio que no es nada distinto a la imposición de una carga o un deber público, resulta claro que la organización estatal debe responder, bien porque frente a ellos el daño provenga de i) un rompimiento de las cargas públicas que no tengan la obligación jurídica de soportar; ii) de un riesgo excepcional que desborda aquel al cual normalmente estarían sometidos, y que puede tener origen en el riesgo de la actividad o en el riesgo de la cosa, o iii) de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial⁷.

Igualmente es necesario precisar que en relación con los soldados regulares, el principio *iura novit curia* reviste una característica especial, toda vez que el juzgador debe verificar si el daño antijurídico resulta imputable o atribuible al Estado con fundamento en cualesquiera de los títulos de imputación antes mencionados como lo plantea inclusive la parte apelante en su recurso; además, no debe perderse de vista que, en tanto la Administración Pública imponga el deber de prestar el servicio militar, debe garantizar la integridad sicofísica de los soldados, en tanto se trata de personas que se encuentran sometidas a su custodia y cuidado, pues en determinadas situaciones los pone en riesgo, lo cual, en términos de imputabilidad, significa que debe responder por los daños que les sean irrogados en relación con el cumplimiento de esa carga pública.

De verdad se ha reiterado por la jurisprudencia contenciosa administrativo que el Estado frente a los soldados que prestan su servicio militar obligatorio, al doblegar su voluntad y disponer de su libertad individual, entra en una relación de especial sujeción que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos, en el desarrollo de tal relación.

Respecto de la responsabilidad derivada de las obligaciones de especial sujeción que asume el Estado frente a los soldados que prestan servicio militar obligatorio, la Sección Tercera del Consejo de Estado, en providencia de 15 de octubre del 2008⁸, afirmó:

“Además de lo anterior, se reitera, que el Estado frente a los conscriptos y reclusos, adquiere no sólo una posición de garante al doblegar, en ambos casos, su voluntad y disponer de su libertad individual para un fin determinado, sino que de igual manera, el Estado entra en una relación de especial sujeción

⁶ Original de la cita: “Expediente 11.401”.

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2008, expediente: 18586. M.P. Enrique Gil Botero, reiterada por la Subsección A, a través de sentencia del 10 septiembre de 2014, expediente: 32.421 M.P. Hernán Andrade Rincón (E).

⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de octubre de 2008, expediente: 18586. M.P. Enrique Gil Botero, reiterada por la Subsección A, a través de sentencia del 10 septiembre de 2014, expediente: 32.421 M.P. Hernán Andrade Rincón (E).

que lo hace sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer aquéllos.

“En conclusión, en cada caso concreto en los cuales se invoque la existencia de una causa extraña por parte de la entidad demandada, es necesario analizar los detalles de tiempo, modo y lugar en que se produjo el daño, por cuanto es posible que el Estado haya contribuido co-causalmente a la generación del mismo, específicamente, al situar al conscripto en la situación de riesgo, o bien por una ruptura de la igualdad ante las cargas públicas o por una falla del servicio.

*“No se puede, por consiguiente, afirmar de manera simple y llana, que la sola constatación de la existencia de una aparente causa extraña como origen o fuente material o fenomenológica, en relación con los daños ocasionados a conscriptos o reclusos, es suficiente para que estos sean considerados como no atribuibles –por acción u omisión– a la administración pública. **Se requiere, además, en estos eventos, que la entidad demandada acredite que su actuación no contribuyó en la producción del daño, motivo por el cual no le es imputable fáctica o jurídicamente.** Lo puntualizado, en la medida en que es posible que la causa directa, inmediata y material del daño sea la actuación de un tercero o de la propia víctima, pero tal resultado perjudicial tenga una relación mediata con el servicio que estaba desplegando el soldado conscripto, motivo por el cual la entidad no puede desprenderse de su responsabilidad, por cuanto también puede serle endilgable jurídicamente el daño”. (Negrilla de la Sala).*

En anterior y diferentes oportunidades y en términos similares a los expuestos en la presente sentencia, la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado, al referirse a las relaciones de especial sujeción y a la responsabilidad del Estado por los daños ocasionados a los soldados impelidos a prestar servicio militar, señaló:

“Dado que en el proceso se probó que la víctima se encontraba vinculada a la entidad accionada como soldado regular y que en tal condición falleció al repeler un ataque armado perpetrado por un grupo insurgente, esto es que su deceso se produjo en cumplimiento de funciones propias del servicio, la Sala estima que la providencia apelada amerita ser revocada, sin que ese hecho deba acogerse como un riesgo inherente o propio del servicio, habida cuenta que se trató de un soldado regular –y no de un soldado voluntario o profesional–, respecto del cual, como se indicó, el Estado asume una relación de especial sujeción, la cual lo torna responsable del daño padecido por los actores.

*“Finalmente, la Sala estima que no se configura la causal de exoneración de responsabilidad propuesta por la parte demandada consistente en el hecho de un tercero, habida cuenta que, se reitera, en este caso la Administración se encuentra en una relación que determina que el hoy occiso estuviere en situación de especial sujeción que hace al Estado sujeto responsable de los posibles daños que puedan padecer los soldados que prestan el servicio militar obligatorio y, por ello, la muerte del soldado regular, esto es el daño antijurídico causado a los actores, **fue consecuencia de una relación directa con el servicio que ejercía al momento de su deceso, lo cual torna responsable a la entidad pública por ese hecho ...**”⁹. (La negrilla es de la Sala como lo subrayado)*

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de febrero de 2011, expediente: 19.615. M.P. Mauricio Fajardo Gómez. En aquella oportunidad se declaró la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por la muerte de un soldado regular,

Pero en el presente caso es diferente al encontrar como se ha probado y en el que la Sala advierte que la muerte del soldado concripto DANIEL JAIMES LANDAZABAL no guarda relación de causalidad con el servicio, pues sucedió con ocasión de un paro cardíaco, que como advertimos atrás con fundamento en la publicación electrónica <https://medlineplus.gov/spanish/ency/article/007640.htm>, ocurre repentinamente que no deja tiempo para hacer pruebas constituyéndose en una emergencia médica que generalmente provoca la muerte, el cual es provocado por un problema con el sistema eléctrico del corazón que en la mayoría de las personas no tienen síntomas antes de que suceda y si los tiene como lo señala la misma publicación, no fueron los que presentaba el joven soldado al momento de ser valorado medicamente en el dispensario de la demandada, razón por la cual este asunto se supera el análisis bajo el régimen de la responsabilidad objetiva como lo solicita la parte demandante en su apelación. Lo anterior sin dejar de llamar la atención a la primera instancia que no hizo referencia al régimen de responsabilidad objetivo propio de los concriptos, saltándose abruptamente a las causales de exoneración de la responsabilidad sin hacer consideración al régimen aplicable.

Para lo anterior se tiene que no reposa en el informativo administrativo por muerte del soldado DANIEL JAIMES LANDAZABAL u otra prueba que demuestren que este hubiere solicitado asistencia médica y que esta se le hubiera negado, contrariamente aparece que fue atendido cuando acudió al servicio de salud de la demandada y esta fue resuelta de conformidad a la sintomatología presentada por el joven soldado, las cuales para nada correspondían al posible paro cardíaco como causa de su fallecimiento.

En el expediente (folios 155 a 157 del CP 01) se observan las copias de la historia clínica del soldado DANIEL JAIMES LANDAZABAL, que dan cuenta de la atención que este recibió el 26 de mayo y el 09 de junio ambos del año 2016, con dolor lumbar y flemas amarillentas, rinorrea, congestión nasal, tos, dorsalgia en la primera oportunidad y en la segunda con cuadro clínico de fiebre, dolor articular, dolor espalda, escalofrió, deposición líquida y negando otros síntomas, de los cuales no era previsible la afectación que le produjo la muerte.

Así que la causa de la muerte no tiene que ver con la actividad propia del servicio militar o de una falta al servicio médico debido, como se conoce popularmente fue por muerte natural, por lo que no es precedente aplicar el régimen objetivo, ni de la falla o falta del servicio, ya que con las pruebas y argumentos no acreditaron, como lo pretende la parte demandante, que la demandada no prestó la asistencia requerida por el soldado JAIMES LANDAZABAL o la hubiera dilatado o suministrado de forma irregular; en forma contraria, la Sala advierte que en todo momento que acudió al servicio médico asistencial fue prestado, se repite de conformidad a los síntomas presentados y la causa de la muerte nada tiene ni tuvo

ocurrida el 22 de julio de 1994 como consecuencia de un ataque armado subversivo perpetrado en contra del puesto militar ubicado en Mesetas (Meta).

que ver con la prestación del servicio militar obligatorio, y al ser una causa extraña se exonera a la demandada de la responsabilidad pretendida en la demanda,

Por tanto, no advierte la Sala una falla por parte del Ejército Nacional respecto del soldado DANIEL JAIMES LANDAZABAL, para endilgarle la responsabilidad por su muerte, pues, si bien falleció durante el tiempo en que se desempeñó como soldado regular de dicha entidad, su muerte estuvo asociada a una enfermedad que también pudo sufrir en la condición o actividad que ejercía o realizaba al momento de su reclutamiento, sin que se encuentre relacionada con las actividades propias que desarrollaba en el Ejército Nacional.

Así como la Sala ha advertido, para que proceda la responsabilidad del Estado en casos como el presente, debe acreditarse que el daño provenga de i) un rompimiento de las cargas públicas que no tengan la obligación jurídica de soportar; ii) de un riesgo excepcional que desborda aquel al cual normalmente estarían sometidos, y que puede tener origen en el riesgo de la actividad o en el riesgo de la cosa, o iii) de una falla del servicio, a partir de la cual se produce el resultado perjudicial, circunstancias que no se probaron en este proceso, pues del material probatorio orientado a acreditar la falla del Ejército Nacional, solo se acreditó la asistencia médica - asistencial que la institución le prestó al joven soldado conscripto DANIEL JAIMES LANDAZABAL cuando acudió al mismo.

Finalmente hay que destacar que la Sala Plena de la Sección Tercera, en sentencia de 19 de abril 2012¹⁰, unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar, en razón a ello, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos títulos de imputación para la solución de los casos sometidos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar, frente a determinadas situaciones fácticas, un específico título de imputación.

En este sentido, en aplicación del principio *iura novit curia*, la Sala puede analizar el caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable, de cara a los hechos probados dentro del proceso, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa *petendi*, como lo argumenta la parte demandante en su escrito de apelación, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, o que se omita el régimen planteado inicialmente, y si ocurrió la Sala considera una manera o metodología viable para llegar a solucionar el problema jurídico planteado de acuerdo a la práctica judicial de Juez.

¹⁰ Consejo de Estado. Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012. Expediente: 21515, C.P. Hernán Andrade Rincón.

Se reitera por la Sala que no obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, la posición actual se orienta en el sentido de que la responsabilidad médica que correspondería al presente caso (*lex artis*), en casos como el presente, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño del demandante, sino, adicional e inexcusablemente, la falla del servicio (por el acto médico) y el nexo causal entre esta y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el juez pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetiva.

El recurso de apelación está orientado a demostrar la omisión del A quo al no pronunciarse sobre el título de imputación objetivo de daño especial desarrollado por la jurisprudencia del Consejo de Estado, el cual es superado como se advirtió atrás invocando el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 al no privilegiar ningún régimen en particular, dejando en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación tanto fácticas como jurídicas que fundamente a la decisión que habrá de adoptar en la que puede acudir a la utilización de diversos títulos de imputación para la solución de los casos sometidos a su consideración en aplicación del principio *iura novit curia*, y que la A Quo acudió saliendo al paso con la causal exonerativa de la responsabilidad en forma oficiosa ante la causa extraña a la actividad de la prestación del servicio militar obligatorio, superándose con esta conclusión los demás argumentos del recurso.

Se advierte que el diagnóstico, como elemento dentro de la atención médica, no puede arrojar resultados exactos, de ahí que se requiera la realización de estudios y exámenes complementarios, pues, de lo contrario, estaría el facultativo emitiendo un potencial diagnóstico equivocado. Siendo esto así, no puede el razonamiento llegar hasta el extremo de considerar que todo médico debe acertar, ya que en muchas ocasiones, pese a los exámenes y controles, es posible que no se pase de conjeturas o de valoraciones aproximativas a la realidad de la patología que se quiere tratar, constituyéndose en el terreno abonado para fallos, yerros o equivocaciones.

La Sala no desconoce que el soldado mostraba en ese momento síntomas indicativos de un compromiso de su salud, que fueron resueltos de conformidad a esas señales. Sin embargo, ello no es suficiente para afirmar que la médica y los encargados de la atención del paciente soldado DANIEL JAIMES LANDAZABAL incurrieron en un error de valoración y diagnóstico, ya que no existe evidencia en el expediente ni en la literatura médica estudiada que permita afirmar que la sintomatología presentada por el soldado era de una afectación cardíaca o del posible paro cardíaco.

Finalmente, en relación con la calidad y adecuada prestación del servicio atención médica, la Sala considera pertinente traer a colación un pronunciamiento de la Sección Tercera del Consejo de Estado en el que se indicó:

“(…)

‘La obligación de prestar asistencia médica es compleja, es una relación jurídica total, compuesta por una pluralidad de deberes de conducta (deber de ejecución, deber de diligencia en la ejecución, deber de información, deber de guardar secreto médico, etc.). Ese conjunto de deberes conforma una trama, un tejido, una urdimbre de la vida social responde a la idea de organización - más que de organismos- en punto a la susodicha relación jurídico total (...) Por tanto, aquel deber jurídico principal supone la presencia de otros deberes secundarios de conducta, como los de diagnóstico, información, recepción de la voluntad jurídica del enfermo –llamada comúnmente consentimiento del paciente-, prescripción, guarda del secreto profesional, satisfacción del plan de prestación en su integridad (actividad que supone no abandonar al enfermo y cuidar de él hasta darlo de alta)¹¹ (subrayado fuera de texto).

“(...)

“Tratándose de la prestación del servicio público médico-hospitalario, el estado asume una carga especialísima de protección, toda vez que las personas que se someten a la praxis médica, quirúrgica y/u hospitalaria, lo hacen con la finalidad de que un grupo de personas con un conocimiento profesional y técnico brinden soluciones efectivas a situaciones que se relacionan de manera directa o indirecta con el concepto de salud¹² (subrayado fuera de texto).

Del texto transcrito se tiene que, en este caso, se presentó una atención médica oportuna que incluyó el diagnóstico en el servicio médico y de salud que la demandada consideraron más convenientes, de conformidad con la sintomatología presentada por el soldado DANIEL JAIMES LANDAZABAL; y que por la causa de la muerte, precedía un grado de complejidad que no alcanzó percibir o detectar el resultado fatal como consecuencia del paro cardíaco.

Así las cosas, en el presente asunto y extendiéndose la Sala de los mismos argumentos de la demanda y del recurso que acá se desata, no se acreditó la falla en el servicio por parte de las demandadas; quedó probado que el Ejército Nacional le suministró la asistencia médica solicitada al joven DANIEL JAIMES LANDAZABAL; sin embargo, falleció por paro cardíaco, sin que se probara que estuviera asociada a la condición de soldado regular o que el servicio médico asistencial de la demandada actuó de forma indebida, inoportuna o tardía, provocando el resultado fatal demandado acá en reparación.

Al no demostrarse de los elementos fundantes de la responsabilidad dentro del régimen subjetivo, especialmente la falla, aplicable al presente caso procede un fallo adverso a las pretensiones enlistadas por los actores, por lo que deberá ser confirmada la decisión emitida en primera instancia proferida, el 15 de agosto de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo de Pamplona.

6. Costas

¹¹Cita del texto original: “Sentencia de 18 de febrero de 2010. Exp. 17655”.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C., sentencia del 7 de febrero de 2011, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa. Exp. 34387.

Finalmente, sería del caso proceder a condenar en costas a la parte vencida, de conformidad con lo dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 365 del Código General del Proceso; no obstante, esta Sala se abstiene de realizar tal condena, en virtud de lo dispuesto en el numeral 8 ibidem, que señala que sólo habrá lugar a costas cuando el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia proferida el día 15 de agosto de 2019 por el Juzgado Primero Administrativo de Pamplona, por medio de la declaró de manera oficiosa la eximente de responsabilidad denominada fuerza mayor y caso fortuito y en consecuencia se negó las pretensiones de la demanda, conforme a las consideraciones realizadas en precedencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de efectuar condena en costas en la segunda instancia, de conformidad con lo expuesto.

TERCERO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

(La anterior providencia fue aprobada en Sala Virtual Oral de Decisión N° 2 del 04 de junio de 2020)



EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DIAZ
Magistrado



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, cuatro (4) de junio de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI

RADICADO:	54-518-33-33-001-2017-00160-01
ACCIONANTE:	NELSON ENRIQUE MONCADA MONCADA
DEMANDADO:	CREMIL
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – en adelante CREMIL-, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el **Juzgado Primero Administrativo Oral de Pamplona**, en audiencia inicial adelantada el **25 de septiembre del 2018**¹.

1. ANTECEDENTES

1.1 Síntesis del asunto

La demanda de la referencia tiene como objeto la declaratoria de nulidad del acto administrativo **Oficio consecutivo 54776 de fecha 8 de julio de 2015** emanado de la CREMIL, y como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, se le condene a realizar la reliquidación, reajuste y pago a favor del señor **NELSON ENRIQUE MONCADA MONCADA**, (i) de la asignación de retiro, de conformidad a lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, es decir, del 70% de la asignación básica más el 38.5% de la prima de antigüedad, (ii) el pago efectivo de la diferencia que resulte entre el reajuste reconocido y el monto efectivamente pagado, indexando los dineros resultantes de la reliquidación, conforme lo establecido en el artículo 187 del CPACA, (iii) intereses moratorios, y (iv) se condene en costas a la demandada de conformidad con artículo 192 del CPACA.

1.2 La sentencia apelada

El *A quo*, en la sentencia que es objeto de alzada, decidió declarar la nulidad del acto administrativo demandado, y a su vez, condenó a la entidad demandada CREMIL, a reliquidar la asignación de retiro del señor **NELSON ENRIQUE MONCADA MONCADA**, conforme lo ordena el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, efectiva a partir del 1 de julio de 2015, teniendo en cuenta el 70% del salario mensual y adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad.

De igual manera, declaró que a la nueva liquidación se le deben aplicar los reajustes de ley, y se condenó a pagar las diferencias que resulten entre la liquidación ordenada y las sumas canceladas por concepto de asignación de retiro, debidamente indexadas en los términos del artículo 187 de la Ley 1437 de 2011, así como a reconocer y pagar intereses conforme a lo dispuesto en el artículo 192 ibídem, siempre y cuando se den los supuestos de hecho allí determinados.

¹ Nota: **Apoderado parte demandada** CREMIL: David Andrés Bautista Marín, CC 80.169.581, T.P. 175409, e-mail notificaciones judiciales: notificacionesjudiciales@cremil.gov.co. **Apoderado parte demandante**: Principal: Alfredo Francisco Landinez Mercado, CC 77.010.539, T.P. 50951, sustituto: Yurghen Steven Sanchez, CC 6.663.587, TP 178445, e-mail notificaciones judiciales: alfre20092009@hotmail.com.

Por último, se abstuvo de condenar en costas a la parte vencida.

Para llegar a tomar la anterior decisión, adoptó la tesis consistente en que, le asiste razón a la parte demandante en cuanto a que la CREMIL, al momento de reconocerle la asignación de retiro, hizo una errada aplicación de la fórmula contenida en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, desfavoreciéndolo al reconocerle la prestación por un menor valor, al realizarle un doble descuento al concepto de prima de antigüedad (fls. 80 a 87).

1.3 Argumentos de la apelación presentada por la entidad demandada

Insatisfecho con la sentencia de primera instancia, la CREMIL, a través de su apoderado la recurre en apelación y en la sustentación de la alzada, centra su inconformidad, en que la entidad efectuó una correcta aplicación de la fórmula de liquidación de la asignación de retiro del demandante, conforme lo establecido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, el cual dispuso que el monto o cuantía equivale al 70% del salario básico mensual incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad.

Por último, solicitó que se revoque parcialmente la sentencia proferida en primera instancia, y en su lugar se nieguen parcialmente las pretensiones de la demanda (fls.100 a 102).

1.4 Trámite procesal de segunda instancia

Impetrado oportunamente y sustentado el recurso, el *A quo* procedió a conceder la alzada para que fuese del conocimiento de esta Corporación, admitiéndose el mismo, y corriéndose posteriormente traslado para alegar en conclusión, al considerar el Magistrado Ponente innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, con base en lo establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA.

Durante el término de traslado concedido, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Problema jurídico

En esta oportunidad la Sala considera que el problema jurídico a resolver en el *sub lite* consiste en establecer si se encuentra ajustada a derecho la sentencia de primera instancia, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, en el sentido de ordenar a la CREMIL, el reajuste y reliquidación de la asignación de retiro del señor **NELSON ENRIQUE MONCADA MONCADA**, conforme lo establece el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004.

2.2. Tesis de la Sala que resuelve el problema jurídico

La Sala considera que el ex soldado profesional **NELSON ENRIQUE MONCADA MONCADA**, quién al 31 de diciembre de 2000 se desempeñaba como soldado voluntario, además de liquidarle la **partida del salario básico** en un 70% del salario mensual en los términos del inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, cuenta con el derecho a que la CREMIL le liquide la asignación de retiro en correcta interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, adicionándole el 38.5% de la **prima de antigüedad**, sin afectar dos veces esta última partida, esto es,

calculada a partir del 100% del sueldo básico de un soldado profesional al momento de adquirir el derecho a la asignación de retiro.

Para una mayor claridad en la orden de restablecimiento del derecho dada por el *A quo*, se modificará en lo pertinente la sentencia apelada.

2.3. Argumentos que desarrollan la tesis de la Sala

2.3.1 De la normatividad y jurisprudencia aplicable al caso

2.3.1.1 Lineamientos normativos sobre la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, y reglas jurisprudenciales aplicables contenidas en la sentencia de unificación jurisprudencial del 25 de abril de 2019, de la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado

Posterior a la declaratoria de inexecutable del Decreto 2075 de 2003, por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-432 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil, el legislador profirió la Ley 923 de 2004, "*Mediante la cual se señalan las normas, objetivos y criterios que deberá observar el Gobierno Nacional para la fijación del régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública de conformidad con lo establecido en el artículo 150, numeral 19, literal e) de la Constitución Política*", la cual en su artículo 2 numeral 2.1. Consagró como criterio el respeto a los derechos adquiridos conforme a las disposiciones anteriores a su entrada en vigencia; del mismo modo, el artículo 3 numeral 3.3. *Ibidem*, estipuló que las partidas para liquidar la asignación de retiro serán las mismas sobre las cuales se fije el aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

En desarrollo de dicha Ley, el Presidente de la República expidió el Decreto 4433 de 2004, "*Por medio del cual se fija el régimen pensional y de asignación de retiro de los miembros de la Fuerza Pública*", regulando en su artículo 13 las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales, así:

"Artículo 13. *Partidas computables para el personal de las Fuerzas Militares. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:*

13.1 *Oficiales y Suboficiales:*

13.1.1 *Sueldo básico.*

13.1.2 *Prima de actividad.*

13.1.3 *Prima de antigüedad.*

13.1.4 *Prima de estado mayor.*

13.1.5 *Prima de vuelo, en los términos establecidos en el artículo 6° del presente Decreto.*

13.1.6 *Gastos de representación para Oficiales Generales o de Insignia.*

13.1.7 *Subsidio familiar en el porcentaje que se encuentre reconocido a la fecha de retiro.*

13.1.8 *Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro.*

13.2 *Soldados Profesionales:*

13.2.1 *Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto-ley 1794 de 2000.*

13.2.2 *Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto.*

Parágrafo. *En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales".*

De igual manera, el artículo 16 del Decreto en cita, estableció la fórmula para el cálculo de la asignación de retiro, así:

"Artículo 16. *Asignación de retiro para soldados profesionales. Los soldados profesionales que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las*

*Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al **setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes***”.

Sobre el tema objeto de debate, la Sección Primera del Consejo de Estado, en providencia del 11 de diciembre de 2014, M.P. María Elizabeth García González, expediente 2014-02292-01, precisó lo siguiente:

“En el caso concreto, el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, establece la fórmula para el cálculo de la asignación de retiro en los siguientes términos:

(..)

Para la Sala los términos de la norma son claros, pues se establece el monto de la asignación de retiro, a partir de un porcentaje del salario mensual que debe ser adicionado con el 38.5% de la prima de antigüedad. Es decir, que el cálculo de dicha prestación periódica no parte del salario sino del 70% del mismo, tal como lo indica la norma transcrita con la puntuación “,” que precede al verbo “adicionado””.

En tal sentido, la Sala advierte que el Tribunal le otorgó al precepto legal un sentido o interpretación que no corresponde a su tenor literal, pese a que éste no ofrece lugar a duda alguna en cuanto a la manera de calcular la asignación de retiro. La manera en que el operador jurídico lo aplicó no solo “contraría los postulados mínimos de la razonabilidad jurídica”, como se precisó en la Jurisprudencia transcrita, sino que, como lo observó el actor, implica una doble afectación de la prima de antigüedad, pues al 38.5% de ésta se le aplica, además, un 70% que la Ley no prevé y que va en perjuicio de su derecho fundamental al mínimo vital, el cual, por tanto, será protegido en el sentido de ordenarle a la autoridad judicial demandada que dicte un nuevo fallo que aplique el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 según la clara exégesis del mismo”. (Subrayado fuera del texto original).

Finalmente, la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación por importancia jurídica del **25 de abril de 2019**, con ponencia del magistrado William Hernández Gomez², sobre la manera en que deben ser liquidadas las asignaciones de retiro de soldados profesionales, tanto en la forma de cuantificar la prestación aplicando el guarismo contenido en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, como en las partidas que la deben componer, fijó las siguientes reglas:

“1. En virtud de la correspondencia que debe existir, las partidas para liquidar la asignación de retiro son las mismas sobre las cuales el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales fijen el correspondiente aporte a cargo de los miembros de la Fuerza Pública.

En ese orden, las partidas computables para la asignación de retiro de los soldados profesionales son únicamente las siguientes:

1.1. *Aquellas enlistadas de manera expresa en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004, esto es, el salario mensual y la prima de antigüedad.*

1.2. *Todas aquellas partidas que el legislador o el gobierno en uso de sus facultades constitucionales o legales lo disponga de manera expresa, respecto de las cuales, en atención a lo establecido en el Acto Legislativo núm. 1 de 2005, a los artículos 1 y 49 de la Constitución Política y a los numerales 3.3. y 3.4 de la Ley 923 de 2004 deben realizarse los correspondientes aportes.*

² , radicado 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16)CE-SUJ2-015-19, accionante: JULIO CESAR BENAVIDES BORJA, demandado: CREMIL.

2. Los soldados profesionales que causen su derecho a la asignación de retiro a partir de julio de 2014 tendrán derecho a que se incluya el subsidio familiar como partida computable en dicha prestación, así: en el porcentaje del 30% para quienes al momento de su retiro estén devengado el subsidio familiar regulado en el Decreto 1794 de 2000183 y, en porcentaje del 70%, para el personal de soldados profesionales que no percibía tal partida.

3. Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal.

4. A fin de establecer la asignación mensual como partida computable para efectos de liquidar la asignación de retiro según lo dispuesto por el artículo 13.2.1 del Decreto 4433 de 2004, deberá atenderse el artículo 1 del Decreto ley 1794 de 2000, en su integridad, teniendo en cuenta el salario que le corresponde a los soldados voluntarios que se incorporaron como profesionales, por lo cual:

4.1. La asignación de retiro de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente fueron incorporados como profesionales debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 60%. Así mismo, habrá lugar a realizar los correspondientes descuentos por concepto de los aportes para la asignación de retiro que se hubieren dejado de efectuar como consecuencia de haber percibido un salario inferior al que correspondía en servicio activo, por virtud de dicha norma, y adelantar el trámite administrativo tendiente a obtener el reintegro de la porción que le correspondía al empleador.

4.2. Por su parte, la asignación salarial mensual de los soldados que se vincularon como profesionales, debe liquidarse conforme la asignación a la que tenían derecho en servicio activo de acuerdo con el artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un salario mínimo legal vigente incrementado en un 40%.

5. La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, CREMIL, tiene legitimación en la causa para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo.

6. Para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales en aplicación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, debe tenerse en cuenta que será solamente la asignación salarial la que deberá tomarse en el 70% de su valor, para luego, adicionarle el valor de la prima de antigüedad del 38.5%, calculada a partir del 100% de la asignación salarial mensual básica que devengue el soldado profesional al momento de adquirir el derecho a obtener la asignación de retiro; de la siguiente manera:

$$(Salario \times 70\%) + (salario \times 38.5\%) = \text{Asignación de Retiro.}$$

7. No son aplicables a los soldados profesionales los incrementos previstos por el Decreto 991 de 2015 para los oficiales y suboficiales de las Fuerzas Militares. 8. Esta sentencia no es constitutiva del derecho por lo que las reclamaciones que se hagan con fundamento en ella quedarán sujetas a las reglas de prescripción”.

Como se puede apreciar, el Alto Tribunal fijó las anteriores subreglas de unificación, de las cuales, por importancia para analizar el caso en concreto, se destaca que:

- (i) La CREMIL tiene **legitimación en la causa** para reajustar la asignación de retiro de los soldados profesionales, sin que se requiera que previamente se hubiera obtenido el reajuste del salario devengado en servicio activo,
- (ii) que la **partida del salario básico** de los soldados voluntarios que se encontraban vinculados al 31 de diciembre del año 2000 y posteriormente

- fueron incorporados como profesionales, se debe calcular sobre la cuantía de un (1) SMMLV + 60%, así como que las únicas partidas computables para las asignaciones de retiro y pensiones de invalidez de los soldados profesionales son las expresamente enlistadas en el artículo 13.2 del Decreto 4433 de 2004,
- (iii) y que la correcta interpretación que debe darse al artículo 16 ibídem, es que la asignación de retiro se debe liquidar, primero estableciendo el 70% de la asignación básica, y al resultado adicionar el 38.5% de la **prima de antigüedad**, sin afectar dos veces esta última partida, esto es, calculada a partir del 100% del sueldo básico de un soldado profesional al momento de adquirir el derecho a la asignación de retiro.

Aunado a lo anterior, precisó que las reglas de unificación contenidas en esta sentencia, deben aplicarse de manera retroactiva a todos los casos pendientes de discusión tanto en vía administrativa como en vía judicial.

Atendiendo el marco jurisprudencial dictado sobre la materia por el Consejo de Estado, máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, procede esta Sala a analizar el caso en concreto.

2.3.2. Caso en concreto. Conclusiones

En el *sub exámine*, una vez verificado el contenido de los antecedentes administrativos, en especial, del expediente de reconocimiento de asignación de retiro y que contiene la hoja de servicios y el acto administrativo de reconocimiento correspondiente al señor **NELSON ENRIQUE MONCADA MONCADA**, obrantes en folios 48 a 57, la Sala encuentra acreditado que fue retirado de la actividad militar por tener derecho a la pensión, con baja efectiva del día 30 de junio de 2015, habiendo prestado sus servicios, así: el servicio militar obligatorio en el grado de **soldado regular**, del 3 de marzo de 1995 al 31 de agosto de 1996, luego como **soldado voluntario**, del 16 de septiembre de 1996 al 31 de octubre de 2003, y como **soldado profesional**, del 1 de noviembre de 2003 al 1 de julio de 2015, incluidos los 3 meses de alta, para un tiempo liquidación de 20 años, 2 meses, 17 días.

De igual manera, se advierte demostrado que la CREMIL, con fundamento en las previsiones del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, mediante **Resolución N° 3784 del 8 de mayo de 2015** (fls. 17-18 y 54-55), ordenó el reconocimiento y pago de una asignación de retiro en favor del señor **NELSON ENRIQUE MONCADA MONCADA**, efectiva a partir del **1 de julio de 2015**, (i) *“en cuantía del 70% del salario mensual (Decreto 2731 de diciembre 30 de 2014) indicado en el numeral 13.2.1 (salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1° del Decreto 1794 de 2000)”*, (ii) *“adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima de antigüedad”*.

En ese contexto, la Sala encuentra que efectivamente la entidad demandada liquidó el salario mensual de la parte demandante con un porcentaje menor de lo que por ley le corresponde y sobre ese valor calculó el porcentaje de la prima de antigüedad, aplicando en forma desacertada la fórmula estipulada para liquidar la asignación de retiro de un soldado profesional, que para el 31 de diciembre de 2000 se desempeñaba como soldado voluntario.

La Sala, acorde a la normatividad analizada en precedencia y las reglas jurisprudenciales de unificación del Consejo de Estado antes mencionadas, estima que el ex soldado profesional **NELSON ENRIQUE MONCADA MONCADA**, quién al 31 de diciembre de 2000 se desempeñaba como soldado voluntario, además de liquidarle la **partida del salario básico** en un 70% del salario mensual en los

términos del inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, esto es, un (1) salario mensual equivalente al salario mínimo legal vigente, incrementado en un sesenta por ciento (60%) del mismo salario, cuenta con el derecho a que la CREMIL le liquide la asignación de retiro adicionándole el 38.5% de la **prima de antigüedad**, sin afectar dos veces esta última partida, esto es, calculada a partir del 100% del sueldo básico de un soldado profesional al momento de adquirir el derecho a la asignación de retiro.

Bajo ese orden de ideas, y para una mayor claridad del restablecimiento del derecho de la parte demandante, se modificará la sentencia de primera instancia, en el sentido de indicar que la prima de antigüedad se debe calcular sobre el 100% del sueldo básico en un soldado profesional.

Finalmente, la CREMIL deberá pagarle a la parte demandante las diferencias resultantes de la reliquidación y las sumas que le ha pagado por concepto de la asignación de retiro, a partir del **1 de julio de 2015**, fecha de efectividad del reconocimiento pensional ordenado mediante la **Resolución N° 3784 del 8 de mayo de 2015**, puesto que no ha operado el fenómeno de prescripción cuatrienal fijada en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990³, ya que mediante petición del **17 de junio de 2015** (fls. 14-15), la parte demandante la interrumpió y para el **5 de junio de 2017** (fl. 24), momento en que se presentó la correspondiente demanda no habían transcurrido los 4 años.

2.4. Costas

Para terminar, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, tanto en primera como en segunda instancia, ya que de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP, aplicable por autorización del artículo 188 del CPACA, sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, y en el caso de estudio no hay lugar a ello, toda vez que se descarta una conducta de mala fe que involucre el abuso del derecho, además que en el expediente no existe evidencia de su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia proferida en audiencia del día **25 de septiembre de 2018**, por el **Juzgado Primero Administrativo Oral de Pamplona**, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia, el cual quedará así:

*“**TERCERO:** Como consecuencia de la declaración de nulidad del acto demandado, y a título de restablecimiento del derecho, se **ORDENA** a la **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL-** a reliquidar y reajustar la asignación de retiro del soldado profesional en uso de bien retiro **NELSON ENRIQUE MONCADA MONCADA**, identificado con C.C. 88.159.280, a partir del **1 de julio de 2015**, en correcta interpretación del artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, esto es, adicionándole a la partida del salario básico, el 38.5% de la **prima de antigüedad**, sin afectar dos veces esta última partida, esto es, calculada a*

³ Esta normativa se aplica al presente caso, teniendo en cuenta la tesis de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia del 4 de septiembre de 2008, M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, R.I. 0628-08, según la cual, el Presidente excedió su facultad al reglamentar la material en el artículo 43 del Decreto 4433, pues la Ley 923 de 2004, guardó silencio al respecto.

partir del 100% del sueldo básico de un soldado profesional al momento de adquirir el derecho a la asignación de retiro.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia objeto de apelación.

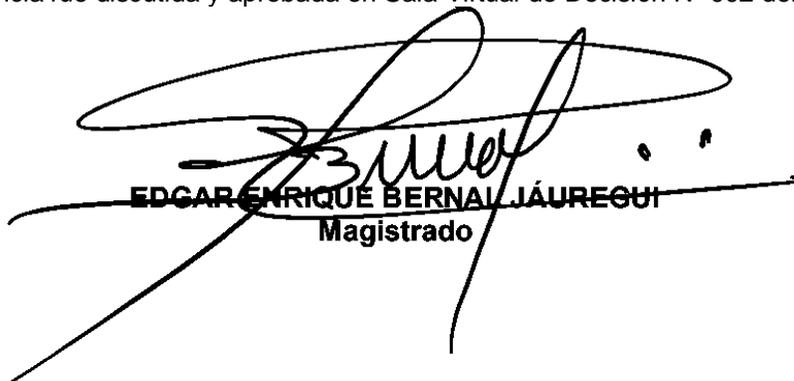
TERCERO: ABSTENERSE de efectuar condena en costas en la segunda instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

CUARTO: La **CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL-** dará cumplimiento a la condena en los términos señalados en los artículos 192 a 195 del CPACA.

QUINTO: DEVUÉLVASE el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales a que haya lugar.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala Virtual de Decisión N° 002 del 4 de junio de 2020)



EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DIAZ
Magistrado



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER

San José de Cúcuta, cuatro (4) de junio de dos mil veinte (2020)

Magistrado Ponente: EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI

RADICADO:	54-518-33-33-001-2017-00176-01
ACCIONANTE:	JOSÉ CONCEPCIÓN JAIMES HERNÁNDEZ
DEMANDADO:	CREMIL
MEDIO DE CONTROL:	NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO

Procede la Sala a decidir el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – en adelante CREMIL¹, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el **Juzgado Primero Administrativo Oral de Pamplona**, en audiencia inicial del **30 de abril del 2018**.

1. ANTECEDENTES:

1.1 Síntesis del asunto:

La demanda de la referencia tiene como objeto la declaratoria de nulidad del **oficio consecutivo 2013-37040 del 15 de julio de 2013**, a través del cual la CREMIL, negó la petición de reliquidación de la asignación de retiro, con el reconocimiento, pago e inclusión del subsidio familiar; y como consecuencia de ello, a título de restablecimiento del derecho, se ordene a la demandada la reliquidación y pago en favor del señor **JOSÉ CONCEPCIÓN JAIMES HERNÁNDEZ**, del subsidio familiar, de conformidad con el Decreto 4433 de 2004, artículo 13, numeral 13.1.7, así como los dineros indexados, junto con los intereses de ley, además, condena en costas y agencias en derecho a la entidad demandada.

1.2 La sentencia apelada:

El *A quo*, en la sentencia que es objeto de alzada, decidió inaplicar el párrafo del artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, declarando la nulidad del acto administrativo demandado, y a su vez condenó a la entidad demandada, a efectuar el reajuste y reliquidación de la asignación de retiro de la que es beneficiario el señor **JOSÉ CONCEPCIÓN JAIMES HERNÁNDEZ**, desde el 30 de agosto de 2011, incluyendo como partida computable el subsidio familiar en el porcentaje que se le venía reconociendo al demandante a la fecha de su retiro.

De igual manera, ordenó el pago de la diferencia que resulte entre el mayor valor que arroje el reajuste dispuesto, y el pago efectuado por la entidad, y darle cumplimiento a las declaraciones dentro del término y en la forma señalada en los artículos 192 y 195 de la Ley 1437 de 2011 –CPACA-.

Por último, se abstuvo de condenar en costas a la parte vencida.

Para llegar a tomar la anterior decisión, consideró que el subsidio familiar ha de ser tenido como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro del demandante en calidad de soldado profesional, como quiera que el Decreto 4433 de

¹ Nota: Apoderado parte demandada CREMIL: Jose Guillermo Carlos Manosalva, CC 13.723.194, T.P. 137329, e-mail notificaciones judiciales: notificacionesjudiciales@cremil.gov.co. Apoderado parte demandante: Edil Mauricio Beltrán Pardo, CC 91.133.429, T.P. 166414, e-mail notificaciones judiciales: mybeabogados@gmail.com. Julpi2003@yahoo.es

2004 en su artículo 13 viola el principio constitucional de igualdad, al prever el subsidio familiar como partida computable para los miembros de la Fuerza Pública que tienen una mejor categoría dejando por fuera a los que devengan un salario inferior y más lo necesitan como es el caso de los soldados profesionales, debiéndose entonces inaplicar la mentada norma que impide utilizar otros factores en la asignación de retiro (fls. 75 a 83).

1.3 Argumentos de la apelación presentada por la entidad demandada

Insatisfecha con la sentencia de primera instancia, la CREMIL, mediante su apoderado, la recurre en apelación y en la sustentación de la alzada, indica en primera medida que se estructuró la prescripción trienal que se enmarca en el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004, debiéndose contar a partir de la fecha en que se hicieron exigibles, razón por la cual se debe declarar la prescripción del derecho.

Así mismo, solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, por cuanto el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 establece la forma de reconocer la asignación de retiro a los soldados sin contemplar el subsidio familiar como partida computable para efectos de dicho reconocimiento, razón por la cual ésta no fue tenida en cuenta al momento del reconocimiento pensional, e igualmente, la entidad reconoce la asignación según la hora de servicios del Ministerio de Defensa, tal y como lo señala el Decreto Ley 1211 de 19990, artículos 234 y 235, por la cual se reforma el Estatuto de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares (fls. 95 a 97).

1.4 Trámite procesal de segunda instancia:

Impetrado oportunamente y sustentado el recurso, el *A quo* procedió a conceder la alzada para que fuese del conocimiento de esta Corporación, admitiéndose el mismo, y corriéndose posteriormente traslado para alegar en conclusión, al considerar el Magistrado Ponente innecesaria la celebración de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, con base en lo establecido en el numeral 4 del artículo 247 del CPACA.

Durante el término de traslado concedido, las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

2.1. Competencia:

De conformidad con el artículo 153 del CPACA, este Tribunal es competente para conocer de las apelaciones de las sentencias dictadas por los jueces administrativos de su jurisdicción.

2.2. Problema jurídico:

En esta oportunidad la Sala considera que el problema jurídico a resolver en el *sub lite* consiste a establecer si se encuentra ajustada a derecho la sentencia de primera instancia, mediante la cual se accedió a las pretensiones de la demanda, en el sentido de ordenar a la CREMIL, el reajuste y reliquidación de la asignación de retiro del señor **JOSÉ CONCEPCIÓN JAIMES HERNÁNDEZ**, incluyendo como partida computable el subsidio familiar liquidado en el porcentaje que se venía reconociendo a la fecha de retiro.

2.3. Tesis de la Sala que resuelve el problema jurídico:

En cuanto a la partida denominada subsidio familiar, de conformidad con la subregla fijada por la Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del 25 de abril de 2019, los soldados profesionales que causaron su derecho a la asignación de retiro **con anterioridad al mes de julio de 2014**, el subsidio familiar no es partida computable para la reliquidación de la prestación.

Por tanto, en el caso del exsoldado profesional **JOSE CONCEPCIÓN JAIMES HERNÁNDEZ**, teniendo en cuenta que fue retirado de la actividad militar por tener derecho a la pensión el **29 de agosto de 2011**, antes de entrar en vigencia los Decretos 1161 y 1162 de 2014, la Sala llega a la conclusión que no es procedente la inclusión de dicha partida en la liquidación de su asignación de retiro.

Por tales razones, se **revocará** la sentencia apelada, para en su lugar **desestimar** las pretensiones de la demanda.

2.4. Argumentos que desarrollan la tesis de la Sala:

2.4.1 De la inclusión del subsidio familiar como partida computable de la asignación de retiro de Soldados Profesionales. Marco normativo y jurisprudencial:

La Sala Plena de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en sentencia de unificación del **25 de abril de 2019**, con ponencia del magistrado William Hernández Gomez², sobre la inclusión del subsidio familiar para la liquidación de la asignación de soldados profesionales antes de la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, ha llegado a la conclusión de que para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal. Veamos:

“5.4.1. De la inclusión del subsidio familiar para la liquidación de la asignación de soldados profesionales antes de la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014

188. En capítulos precedentes se señaló que en sentencia del 17 de octubre de 2013 la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, se consideró que la exclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro de los soldados profesionales atenta contra el derecho a la igualdad, concluyó que existía un trato diferenciado sin una justificación razonable, al excluir un emolumento cuya finalidad es la de ayudar al trabajador al sostenimiento de quienes están a su cargo, con base en el siguiente razonamiento:

(..)

Acorde con lo anterior, la vulneración al derecho a la igualdad y la finalidad del subsidio familiar han sido el punto de partida para distintos pronunciamientos dentro de acciones de tutela instauradas contra las sentencias proferidas por los tribunales administrativos del país, y se ha asumido como el argumento central para restarle validez al criterio de la taxatividad en relación con los factores que se deben incluir en la liquidación de la prestación objeto de estudio, el cual, a su vez, se vio reflejado en el pronunciamiento emitido dentro de un proceso de restablecimiento del derecho del 27 de octubre de 2016¹, empero, no se ha proferido una sentencia de unificación en la materia.

190. No obstante, es necesario verificar dicha hipótesis, para lo cual se acude al test de igualdad, que precisa que se siga el siguiente orden descrito en la sentencia C-015 de 2014, mencionado previamente. Para lo cual, la Sala determinará si los soldados profesionales se encuentran en un plano de igualdad fáctica frente a los oficiales y suboficiales, dado que la providencia del 17 de octubre 2003, consideró suficiente el hecho de que tanto soldados profesionales como oficiales y suboficiales fueran miembros de las fuerzas militares para ubicarlos en un plano de igualdad fáctica.

² , radicado 85001-33-33-002-2013-00237-01(1701-16)CE-SUJ2-015-19, accionante: JULIO CESAR BENAVIDES BORJA, demandado: CREMIL.

191. Frente al punto es importante precisar que la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera unánime que el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Carta no proscribire ni elimina la posibilidad de que el legislador contemple regímenes o tratos diferenciados entre grupos respecto de un mismo tema, asunto, derecho o prerrogativa, siempre y cuando esa diferencia se ajuste a los preceptos constitucionales.

192. En ese sentido, la Corte ha señalado que el artículo 13 Superior no debe entenderse «como un mandato que establece una igualdad mecánica o automática», por lo que ha diferenciado entre aquellas medidas que implican un trato discriminatorio y aquellas que aunque otorgan un trato desigual, se basan en circunstancias objetivas y razonables por lo cual se ajustan a la Constitución, resaltando que para la adopción de estas últimas deben cumplirse los siguientes presupuestos: «(i) que las personas sujetos del trato desigual se encuentren efectivamente en distinta situación de hecho; (ii) que dicho trato tenga una finalidad que consulte los valores y principios constitucionales; (iii) que la diferencia de situación, la finalidad que se persigue y el trato desigual que se otorga tengan una racionalidad interna; y (iv) que exista proporcionalidad entre estos aspectos, es decir, el trato diferente, las circunstancias de hecho y la finalidad», por lo cual ha concluido que «la diferencia de trato resulta insuficiente, per se, para predicar la vulneración del derecho a la igualdad».

193. En relación con este punto, se reiteran las consideraciones expuestas por la Corte Constitucional en la sentencia C-057 de 2010, al analizar la exequibilidad de los apartes demandados del artículo 24 del Decreto Ley 353 de 1994 y del artículo 14 de la Ley 973 de 2005, y a las que se hizo referencia in extenso en acápites anteriores, en la que concluyó que la diferencia entre oficiales, suboficiales, agentes y soldados se encontraba justificada.

194. A lo anterior se agrega, que el de la igualdad no es el único principio que debe atenderse para la interpretación de la disposición objeto de análisis, pues es claro que existía una situación previa en la que los soldados profesionales no tenían el mismo grado de protección del derecho a la seguridad social de los oficiales y suboficiales, pues fue solo hasta la expedición del Decreto 4433 de 2004 que se consagró la asignación de retiro, con lo cual se observó un avance en materia de garantías para los soldados profesionales.

195. De acuerdo con lo expuesto en precedencia, el hecho de consagrar una asignación de retiro para un sector de las fuerzas militares que antes no lo tenía, es una expresión del principio de progresividad, lo cual, admite que se implemente con cierta gradualidad, hacia la plena realización de los derechos en el diseño y ejecución de políticas públicas en materia del derecho a la seguridad social. Visto así, se trata de una medida positiva encaminada a lograr la igualdad en la protección de todos los miembros de las fuerzas militares durante el retiro, aspecto para el cual se deben tener en cuenta factores tales como los recursos de los que se disponga, de manera que se asegure la viabilidad de las decisiones que se adopten en tal sentido, ello permite entender que más adelante, se amplió el radio de esta garantía con los Decretos 1161 y 1162 de 2014, que incluyeron expresamente este emolumento, como partida computable en la liquidación de la prestación bajo estudio.

196. Una vez definido que no se vulnera el derecho a la igualdad de los soldados profesionales frente a los oficiales y suboficiales, frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la asignación de retiro, surge un interrogante de similares connotaciones, entre aquellos soldados profesionales que adquirieron la asignación de retiro con antelación a la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014, frente a quienes consolidan su derecho con posterioridad a ellos, lo que implica la inclusión del emolumento bajo estudio.

197. Tal situación, supone la confrontación de las situaciones ambos grupos de personal, que ameritan un nuevo análisis del derecho a la igualdad, bajo el mismo esquema planteado anteriormente, test de igualdad, así:

198. i) Patrón de igualdad: En el escenario planteado se evidencia con facilidad que se trata de sujetos de la misma naturaleza, sin que dicha condición se vea modificada por la expedición de los Decretos 1161 y 1162 de 2014.

199. ii) Trato desigual entre iguales: De igual manera, se puede afirmar, sin hesitación alguna, que con la expedición de los mencionados Decretos 1161 y 1162 de 2014 se imparte un trato diferenciado frente a la inclusión del subsidio familiar como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, pues a quienes adquirieron el derecho previamente, según se definió en líneas anteriores, no les asiste derecho a su cómputo.

200. *iii) La diferencia de trato está constitucionalmente justificada: En este punto, es igualmente relevante remitirse al ámbito de aplicación del principio de progresividad, el cual admite la adopción de medidas que amplíen el catálogo de derechos, se presente de manera gradual. Así las cosas, el hecho de que el derecho a la asignación de retiro no abarque desde su nacimiento a la vida jurídica absolutamente todas las partidas que se espera que lleguen a conformarla, no vulnera por sí mismo el derecho a la igualdad, teniendo en cuenta que es constitucionalmente admisible que el derecho se amplíe de manera escalonada, lo que de suyo implica que los sujetos que logren consolidar el derecho más adelante podrán gozar lógicamente de mejores condiciones.*

201. De esta manera, se observa que existe una razón suficiente para un trato jurídico desigual dada por el principio de la progresividad a lo que se agrega el principio formal de la libertad de configuración del legislador o en este caso el ejecutivo para regular la materia, tal y como antes se analizó, de manera que el trato en el plano jurídico de la asignación de retiro que se otorga a los soldados profesionales antes de la entrada en vigencia de los Decretos 1161 y 1162 de 2014 no resulta arbitrario ni injustificado.

202. *Bajo el modelo descrito, es claro que aunque es cierto que existe un trato jurídico distinto entre sujetos que se encuentran en un plano de igualdad fáctica, lo cierto es que tal situación está justificada en principios de raigambre constitucional, de manera que no se configura la vulneración del derecho a la igualdad". (Negrilla de la Sala).*

Con base en los anteriores razonamientos, el Alto Tribunal fijó la 3 subregla de unificación consistente en que *"Para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro con anterioridad al mes de julio de 2014, el subsidio familiar no es partida computable para la liquidación de esa prestación, toda vez que no estaba definido en la ley o decreto como tal"*.

Aunado a lo anterior, precisó que las reglas de unificación contenidas en esta sentencia deben aplicarse de manera retroactiva a todos los casos pendientes de discusión tanto en vía administrativa como en vía judicial.

Atendiendo el marco jurisprudencial dictado sobre la materia por el Consejo de Estado, máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, procede esta Sala a analizar el caso en concreto.

2.4.2 Caso en concreto. Conclusiones:

En el *sub exámine*, una vez verificado el contenido de los antecedentes administrativos, en especial, del expediente de reconocimiento de asignación de retiro y que contiene la hoja de servicios y el acto administrativo de reconocimiento correspondiente al señor **JOSÉ CONCEPCIÓN JAIMES HERNÁNDEZ**, obrantes en folios 4 a 8 y 63 a 67 del plenario, la Sala encuentra acreditado que fue retirado de la actividad militar por tener derecho a la pensión, baja efectiva del día **29 de agosto de 2011** (ver hoja de servicios en folio 60), habiendo prestado sus servicios, así: el servicio militar obligatorio, del 10 de enero de 1989 al 10 de julio de 1990, luego como **soldado voluntario**, del 1 de agosto de 1992 al 31 de octubre de 2003, y como **soldado profesional**, del 1 de noviembre de 2003 al 30 de mayo de 2011, incluidos los 3 meses de alta.

Ahora, en cuanto a la partida denominada subsidio familiar, teniendo en cuenta que el demandante cumplió los requisitos para la asignación de retiro y se retiró del servicio sin entrar en vigencia los Decretos 1161 y 1162 de 2014, su situación se encuadra en la hipótesis contemplada en la regla 3 fijada en la sentencia de unificación, acorde la cual, para quienes causaron su derecho a la asignación de retiro **con anterioridad al mes de julio de 2014**, el subsidio familiar no podrá ser tenido en cuenta como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales.

Por tanto, en el caso del exsoldado profesional **JOSE CONCEPCIÓN JAIMES HERNÁNDEZ**, teniendo en cuenta que fue retirado de la actividad militar por tener derecho a la pensión el **29 de agosto de 2011**, antes de entrar en vigencia los Decretos 1161 y 1162 de 2014, la Sala llega a la conclusión que no es procedente la inclusión de dicha partida en la liquidación de su asignación de retiro.

Por tales razones, se **revocará** la sentencia apelada, para en su lugar **desestimar** las pretensiones de la demanda.

2.4.3. Costas:

Para terminar, la Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, ya que de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP, sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, y en el caso de estudio no hay lugar a ello, toda vez que se descarta una conducta de mala fe que involucre el abuso del derecho, además que en el expediente no existe evidencia de su causación.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA:

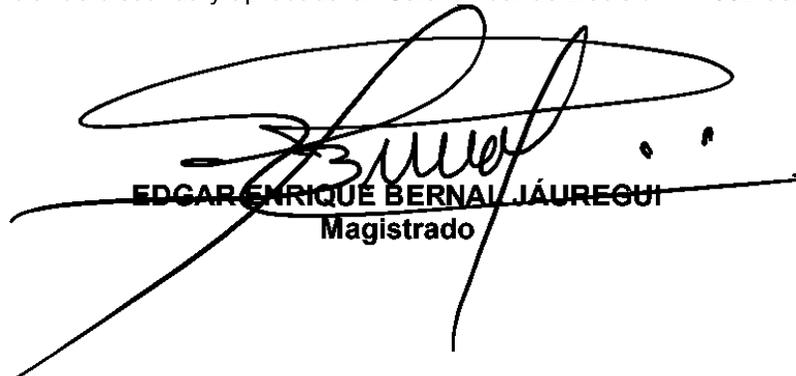
PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada dictada en audiencia inicial el **30 de abril del 2018**, por el **Juzgado Primero Administrativo Oral de Pamplona**, y en su lugar **NEGAR** las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: ABSTENERSE de efectuar condena en costas en la segunda instancia, por lo expuesto en precedencia.

TERCERO: Una vez ejecutoriada la presente decisión, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones secretariales pertinentes.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Esta providencia fue discutida y aprobada en Sala Virtual de Decisión N° 002 del 4 de junio de 2020)



EDGAR ENRIQUE BERNAL JÁUREGUI
Magistrado



CARLOS MARIO PEÑA DIAZ
Magistrado



ROBIEL AMED VARGAS GONZÁLEZ
Magistrado