



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA

Acción o medio de control. Reparación Directa
Radicado. 19001333100320110050701
Demandante. Diana Rojas Rosero y Juan David Quijano Rojas
Demandado. Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.
Fecha de la sentencia. Noviembre 23 de 2017
Magistrado ponente. GLORIA MILENA PAREDES ROJAS
Descriptor. Falla del servicio.
Restrictor 1. Retiro del servicio activo de soldado voluntario.
Tesis. En el trámite de retiro del servicio activo del uniformado se configuró una falla del servicio por parte del Ejército Nacional, en tanto que surtió las actuaciones de retiro sin realizar las averiguaciones pertinentes.
Resumen del caso. Soldado voluntario retirado del servicio con base en una orden administrativa por supuesta evasión del servicio que finalmente fue revocada por orden de juez de tutela. Se ordenó la expedición de un nuevo acto que respetara el debido proceso de los beneficiarios de las prestaciones a las que había lugar por fallecimiento del soldado. El Ejército profirió nueva resolución en la que reconoció como compañera permanente del soldado voluntario, y a su hijo por lo que dispuso el reconocimiento de la compensación por muerte y bonificación por la muerte del referido militar. La parte actora señala que la expedición de la primera Orden Administrativa se sustentó en documentos que carecían de asidero jurídico y fáctico, configurándose una falla en el servicio que debe ser indemnizada. El a quo negó pretensiones por caducidad de la acción. En segunda instancia la Sala de Descongestión de Bogotá revocó la decisión de caducidad negando también pretensiones pero por aspectos probatorios relacionados con la calidad de los beneficiarios de los actores. Mediante sentencia de tutela del Consejo de Estado se dejó sin efectos la sentencia de la Sala de Descongestión y se ordenó al Tribunal Administrativo del Cauca, expedir nueva sentencia.
Decisión. Revoca sentencia del a quo que había negado pretensiones por caducidad de la acción.
Razón de la decisión. <i>La Sala advierte que dentro de las actuaciones de retiro del soldado voluntario Reinel Quijano Anacona, el Ejército Nacional incurrió en una serie de irregularidades y omisiones que no permitieron esclarecer en el momento oportuno que tal uniformado se ausentó porque aparentemente fue secuestrado y posteriormente desaparecido, y que su inasistencia se debía</i>

a razones diferentes a la simple ausencia injustificada al servicio.

Ahora, esa circunstancia, además de constituirse por sí sola en una conducta omisiva y desconocedora de los derechos fundamentales de los aquí demandantes, le impidió a la actora Diana Rojas Rosero y a su hijo Juan David Quijano Rojas obtener la información veraz y apropiada sobre la desaparición de su compañero y padre, razón por la que debió incurrir a diferentes acciones para lograr que la institución iniciara las diligencias con miras a esclarecer el desaparecimiento del uniformado.

Por lo anterior, para la Sala surge claro que en el trámite de retiro del uniformado Reinel Quijano Rojas se configuró una falla del servicio por parte del Ejército Nacional, en tanto que surtió las actuaciones sin realizar las averiguaciones pertinentes, hecho que implicó que sus beneficiarios debieran acudir a diferentes acciones constitucionales para lograr que se adelantaran las investigaciones respectivas, y finalmente, modificar la causa de retiro por inasistencia injustificada a muerte en servicio activo, situación en la que, de haberse iniciado las indagaciones de forma oportuna por parte de la entidad accionada, no habrían tenido la carga de incurrir en la misma los aquí demandantes.

Así, surge clara la responsabilidad de la entidad accionada, y por tanto, se procederá a revocar la decisión de primera instancia que la desestimó.

Observación del Despacho sobre la relevancia de la sentencia. La providencia establece la responsabilidad administrativa de la entidad accionada por la omisión en la aclaración de la desaparición de un uniformado, situación que impuso la carga antijurídica a sus beneficiarios de iniciar diferentes acciones para lograr la corrección de los actos administrativos que declararon que el uniformado se había ausentado del servicio sin causa justificada.

Nota de Relatoría.

*Con el objetivo de que el lector pueda ampliar el margen de búsqueda del retractor **retiro del servicio activo** pueden observarse las siguientes sentencias recientes:*

Nulidad y restablecimiento del derecho (sentencia en audiencia inicial) Sentencia del 5 de julio de 2017 Reconocimiento de Asignación de Retiro. Sargento Mayor del Cuerpo de Infantería de Marina a quien se le negó el reconocimiento de la asignación porque se arguye por la Entidad que su causal de retiro fue la inasistencia al servicio por más de 10 días, sin causa justificada. Accede a pretensiones y ordena el pago de la acreencia. Enrique Ruíz Fera vs CREMIL (Caja de Retiro de las Fuerzas Militares) M.P. Carlos Hernando Jaramillo Delgado.

Nulidad y restablecimiento del derecho. Sentencia del 11 de mayo de 2017. Retiro del servicio por inhabilidad sobreviniente/ pérdida de ejecutoria de actos administrativos/ Facultades del apoderado judicial. Subintendente de Policía sancionado disciplinariamente en tres ocasiones lo que conllevó al retiro del servicio activo por inhabilidad sobreviniente de acuerdo al numeral 2 del artículo 38 de la ley 734 de 2002. En el interregno del proceso se declaró la pérdida de fuerza de ejecutoria del acto demandado y se decidió el reintegro del accionante así como el pago de emolumentos dejados de percibir, la demanda no se pudo retirar pues el poder otorgado al apoderado judicial no tenía la expresa facultad de desistir. Revoca – declara sentencia inhibitoria, pues los fundamentos de las pretensiones fenecieron. Leandro Julio Ensinales Mercado vs Policía Nacional vs Policía Nacional. M.P: Pedro Javier Bolaños Andrade.

Nulidad y restablecimiento del derecho. Sentencia del 9 de marzo de 2017. Retiro del servicio - facultad discrecional. Agente de Policía retirado del servicio activo, sin tener en cuenta su excelente labor en la entidad y su enfermedad (diabetes), el acto de retiro no fue debidamente motivado, solo se pagará los emolumentos laborales dejados de percibir durante 24 meses, según la SU-556/14. Revoca –accede. Favio Arturo Puenayan Malte vs Policía Nacional. M.P. **Pedro Javier Bolaños Andrade.**

Nulidad y restablecimiento del derecho. Sentencia del 10 de febrero de 2017 Falla del servicio. Afecciones psíquicas presuntamente producidas con motivo del retiro del servicio. Niega pretensiones por cuanto no es posible establecer que el daño causado sea imputable a la Entidad. Faunier Alonso García Vargas y otro vs Policía Nacional. M.P. **Carlos Hernando Jaramillo Delgado.**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL CAUCA**

-SALA DE DECISIÓN 01-

SENTENCIA No. 203

Popayán, veintitrés (23) de noviembre de dos mil diecisiete (2017)

Magistrada Ponente: Gloria Milena Paredes Rojas
Radicación: 19001-33-31-003-2011-00507-01
Demandante: Diana Rojas Rosero y Juan David Quijano Rojas.
Demandado: Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.
Referencia: Reparación Directa

I. OBJETO

La Sala, en cumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela emitida el 31 de agosto de 2017 por la Sección Primera del Consejo de Estado, procede a dictar una

nueva sentencia de segunda instancia dentro del proceso de reparación directa de la referencia, en la que se resuelve el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia del 27 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán, mediante la cual se denegaron las pretensiones de la demanda.

II. ANTECEDENTES

El Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán profirió sentencia de primera instancia el día 27 de marzo de 2015, en la que determinó negar las pretensiones de la demanda por la configuración de la caducidad, providencia que fue recurrida por la parte actora. El proceso correspondió en segunda instancia al Tribunal Administrativo del Cauca, el que, por aplicación de las medidas de descongestión, lo remitió a la Sala de ese tipo que se creó con sede en la ciudad de Bogotá mediante Acuerdo PSAA16-10535 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, la cual emitió sentencia de segunda instancia el día 31 de octubre de 2016, en la que determinó negar las pretensiones de la demanda, no por la configuración de la caducidad, sino por el hecho de que los actores no habían acreditado su calidad de beneficiarios del soldado voluntario, ni tampoco la causación de perjuicios reclamados.

Los actores interpusieron acción de tutela en contra de la sentencia emitida por la Sala de Descongestión con Sede en Bogotá el 31 de octubre de 2016. La acción de amparo, radicada bajo el número 19001-33-31-003-2011-00507-01 correspondió por reparto a la Sección Primera del Consejo de Estado, quien a través de sentencia del 31 de agosto de 2017 resolvió la primera instancia, accediendo a las pretensiones invocadas por los accionantes contra la Sala de Descongestión, providencia que dispuso lo siguiente:

“PRIMERO: CONCEDER la tutela solicitada por la señora Diana Rojas Rosero, mediante apoderado judicial, en nombre propio y en representación de su hijo menor de edad Juan David Quijano Rojas.

SEGUNDO: En consecuencia, DEJAR SIN EFECTOS la sentencia proferida por la Sala de Descongestión de Tribunal Administrativo el 31 de octubre de 2016 y, ORDENAR devolver el expediente al Tribunal Administrativo del Cauca, para que, en el término de treinta (30) días siguientes a la notificación de esta providencia, dicte nueva sentencia

de segunda instancia, dentro del medio de control de reparación directa número 19001-33-31-003-2011-00507-01, teniendo en cuenta las consideraciones señaladas en la parte motiva de este fallo.”

Dentro de las consideraciones expuestas en la parte motiva del fallo de tutela, se indicó:

“La Sala considera que en el análisis de la Sala de Descongestión accionada no se tuvo en cuenta que las pruebas allegadas al expediente acreditaban que los accionantes habían acreditado plenamente la condición de compañera permanente e hijo, respectivamente, del soldado voluntario Reinel Quijano Anacona, para el momento en que se expidió la Resolución N° 1107 de 20 de julio de 2000, hecho que identifican los demandantes como la actuación generadora del daño antijurídico.

En efecto, revisado el expediente del medio de control de reparación directa, la Sala advierte que las siguientes pruebas que hacen referencia a la condición de Diana Rojas Rosero como compañera permanente y de Juan David Quijano Rojas como hijo del soldado voluntario Quijano Anacona, no fueron valoradas en la sentencia proferida el 31 de octubre de 2016:

(...)

En este orden de ideas, se dejará sin efectos la sentencia proferida por la Sala de Descongestión de Tribunal Administrativo de Cundinamarca, de fecha 31 de octubre de 2016 y, en consecuencia, se ordenará devolver el expediente al Tribunal Administrativo del Cauca – ante la desaparición de la referida Sala - para que dicte nueva sentencia dentro del medio de control de reparación directa número 19001-33-31-003-2011-00507-00, teniendo en cuenta las consideraciones anteriores en relación con el reconocimiento de los accionantes como afectados con las decisión adoptada mediante la Orden Administrativa N° 1107 de 20 de julio de 2000.”

Debido a que la Sala de Descongestión con sede en la ciudad de Bogotá fue suprimida, la orden de cumplimiento se impartió al Tribunal Administrativo del Cauca, notificándose la decisión el día 09 de octubre de 2017, y remitiendo el expediente para el cumplimiento efectivo de la sentencia de tutela el día 19 de octubre del mismo año (fl. 208 c. ppal.).

1. LA DEMANDA

1.1 PRETENSIONES (fl. 98 c. ppal)

*“PRIMERA.- Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL, de los perjuicios causados a los demandantes **con motivo de la expedición de la ORDEN ADMINISTRATIVA DE PERSONAL No. 1107 del 20 de julio de 2000**, con la cual se retiró del servicio activo del Ejército Nacional al Soldado Voluntario QUIJANO ANACONA REINEL, acto administrativo que fue revocado*

en sede administrativa por sustentarse en actos administrativos fraudulentos.

SEGUNDA.- Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL, a pagar a cada uno de los demandantes, por concepto de perjuicios morales el equivalente en salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia:

1.- Para DIANA ROJAS ROSERO, el equivalente a 300 S.M.L.M.V., en su condición de compañera permanente del desaparecido Soldado Voluntario REINEL QUIJANO ANACONA;

2.- Para JUAN DAVID QUIJANO ROJAS, el equivalente a 143 S.M.L.M.V., en su condición de hijo menor del desaparecido Soldado Voluntario REINEL QUIJANO ANACONA;

TERCERA.- Condenar a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL, a pagar a favor de la señora DIANA ROJAS ROSERO y su hijo menor JUAN DAVID QUIJANO ROJAS, los perjuicios materiales sufridos con motivo de la expedición de la ORDEN ADMINISTRATIVA DE PERSONAL No. 1107 del 20 de julio de 2000, con la cual se retiró del servicio activo del Ejército Nacional al Soldado Voluntario QUIJANO ANACONA REINEL, teniendo en cuenta las siguientes bases de liquidación:

1. - Sueldo básico soldado voluntario año 2000 = \$ 416.160
2. - Desde la desaparición del uniformado: 9 de mayo de 2000 hasta el 4 de junio de 2010, fecha en que mediante Resolución No. 103394 se efectuó a la convocante, reconocimiento y pago de compensación así como salarios por espacio de dos años.
3. - Son 10 años más un (1) mes, o 121 meses.
4. - \$ 416.160 - 25% (gastos personales del uniformado) = \$ 249.696.
5. - Para DIANA ROJAS ROSERO y su hijo: 121 meses x \$ 249.696 = \$ 30.213.216, equivalentes a 56.41 S.M.L.M.V.
- 6- Actualizada dicha cantidad según la variación porcentual del índice de precios al consumidor existente entre el 9 de mayo de 2000 hasta el 4 de junio de 2010, y el que exista cuando se produzca el fallo de segunda instancia o el auto que liquide los perjuicios materiales.
- 7- La fórmula de matemáticas financieras aceptada por el Honorable Consejo de Estado, teniendo en cuenta la indemnización debida o consolidada y la futura.

CUARTA.- La NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL, dará cumplimiento a la sentencia ejecutoriada de segunda instancia, en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.”

1.2 LOS HECHOS (fl. 99 C. Ppal.)

El señor Reinel Quijano Anacona para el año 2000, había conformado un hogar con su compañera Diana Rojas Rosero y el hijo de los dos, Juan David Quijano Rojas, y se desempeñaba como soldado voluntario en el Batallón José Hilario López.

El día 26 de abril de 2000, el teniente Marco Wilson Quijano Marino elevó informe de inasistencia al servicio del soldado voluntario Reinel Quijano Anacona, en el que se indicó que se le había autorizado a salir por 2 días, entre el 31 de marzo y el 2 de abril de 2000 para solucionar problemas domésticos, pero que supuestamente sólo se había presentado hasta el 12 de abril de ese año, para manifestar que no podía continuar en la institución por problemas familiares.

Con base en tal informe, el Comandante del Batallón José Hilario López expidió el acta No. 0957 del 11 de mayo de 2000, en la que se dejó constancia de que el soldado voluntario Reinel Quijano Anacona dejó de asistir sin causa justificada desde las 18:00 horas del 12 de abril de 2000, indicando que llevaba 30 días de **evasión al servicio** a la fecha de tal acta.

Frente a lo anterior, el Comandante del Ejército Nacional procedió a emitir la Orden Administrativa de Personal No. 1107 del 20 de julio de 2000, en la que se dispuso el **retiro del servicio activo del soldado voluntario** Reinel Quijano Anacona, bajo la consideración de que se presentó una inasistencia por más de 10 días.

El Comandante del Batallón José Hilario López mediante oficio No. 3385 del 23 de agosto de 2004 informó a la señora Diana Rojas Rosero que la conducta desplegada por el soldado voluntario no constituía una infracción al Código Penal Militar; igualmente, en auto del 4 de julio de 2005, la misma autoridad dispuso el archivo definitivo de la investigación disciplinaria contra el referido uniformado.

En la providencia del 4 de julio de 2005, se indicó que dentro del expediente se había logrado establecer que el soldado voluntario Reinel Quijano Anacona había sido secuestrado y posteriormente desaparecido por dos sujetos armados que lo habían bajado de una buseta cuando transitaba entre los municipios de La Sierra y Almaguer en el Departamento del Cauca, razón por la que incluso se ordenó iniciar las investigaciones respectivas por la falsedad en la que se incurrió en el informe de inasistencia al servicio del 26 de abril de 2000 y el acta de inasistencia del 11 de mayo de 2000.

Por causa de la expedición de la orden administrativa de personal No. 1107 del 20 de julio de 2000, la señora Diana Rojas Rosero inició varias acciones, entre ellas, la

interposición de una tutela, que terminó con sentencia del 3 de junio de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo del Cauca, en la que se ordenó iniciar la investigación tendiente a establecer las razones del desaparecimiento del soldado voluntario Reinel Quijano Anacona.

Igualmente, en el año 2010 interpuso otra acción de tutela, dentro de la cual se profirió la Sentencia del 3 de febrero de 2010 por parte del Tribunal Administrativo del Cauca, en la que se ordenó al Ejército Nacional revocar la Orden Administrativa de Personal No. 1107 del 20 de julio de 2000 que dispuso el retiro del soldado voluntario, para en su lugar emitir una nueva que respetara el debido proceso de los beneficiarios de las prestaciones a las que había lugar.

El Ejército Nacional profirió la Resolución No. 103394 del 4 de junio de 2010, en la que reconoció como compañera permanente del soldado voluntario Reinel Quijano Anacona a la señora Diana Rojas Rosero, y como su hijo a Juan David Quijano Rojas, por lo que dispuso el reconocimiento de la compensación por muerte y bonificación por la muerte del referido militar.

Finalmente, la parte actora señala que con la expedición de la Orden Administrativa de Personal No. 1107 del 20 de julio de 2000, que se sustentó en documentos que carecían de asidero jurídico y fáctico, se configuró una **falla en el servicio** que debe ser indemnizada.

2. ARGUMENTOS DE LA DEFENSA (fl. 117 c. ppal.)

El Ejército Nacional contestó la demanda a través de apoderada debidamente constituida, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones al manifestar que no le constaban los hechos de la demanda, y además que, la señora Diana Rojas Rosero y su hijo Juan David Quijano Rojas ya habían recibido las indemnizaciones a las que había lugar por la muerte del soldado voluntario Reinel Quijano Anacona, por lo que no hay cabida para el reconocimiento de perjuicios por la expedición de la Orden Administrativa de Personal No. 110 del 20 de julio de 2000.

Así, indicó que no se configuran los elementos de la responsabilidad en el Ejército Nacional, y por tanto, hay lugar a denegar las peticiones elevadas por la parte actora.

Finalmente, propuso las excepciones de i) “*caducidad de la acción*” y la ii) “*innominada o genérica*”.

3. SENTENCIA APELADA (fl. 164 lb.)

El Juzgado Tercero Administrativo del Circuito de Popayán profiere sentencia el 27 de marzo de 2015, en la cual resuelve:

“PRIMERO: Declarar probada la excepción de caducidad de la acción; en consecuencia, se niegan las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: No se condena en costas por no existir constancia de su causación.

Como sustento de la decisión, se indicó en la sentencia de primera instancia que cuando lo que se pretende es reclamar la indemnización de perjuicios por la expedición irregular de un acto administrativo, la acción procedente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, aunque, aclaró que de acuerdo a los pronunciamientos emitidos por la Sección Segunda y Tercera del Consejo de Estado, se tenía que cuando la administración revoca el acto administrativo del que se predica la afectación, se puede demandar por vía de nulidad y restablecimiento así como por reparación directa, pero en el término de cuatro (4) meses en los dos eventos, circunstancia que indicó era la presentada en el asunto objeto de demanda, en la que se reclama la indemnización de perjuicios por la expedición de la Orden Administrativa de Personal No. 1107 del 20 de julio de 2000, que fue posteriormente revocada mediante la OAP No. 1073 del 9 de febrero de 2010, concluyendo que la demanda fue interpuesta pasados más de 4 meses desde que se conoció el contenido de la revocatoria de tal acto administrativo, y por tanto, se había configurado la caducidad de la acción.

4. APELACIÓN (Fl. 187-194 lb.)

El apoderado de la **parte actora** apela la sentencia emitida en primera instancia. Señala que la jurisprudencia del Consejo de Estado en la que el A quo basó su fallo fue modificada, en el sentido de indicar que la caducidad en los casos en que se demanda la indemnización de perjuicios por la expedición de un acto administrativo revocado es de 2 años, propio de la acción de reparación directa, y no el de 4 meses, que se establece para la nulidad y restablecimiento del derecho, pronunciamiento que indicó

se encontraba contenido en la Sentencia del 3 de abril de 2013 emitida por la Sección Tercera dentro del expediente con radicado 520012331000199900959-01(26437), en la que se expresó que el término de caducidad en ese evento debe ser el propio de la reparación directa.

5. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO (fl. 186 ib.)

El Procurador 39 Judicial II Administrativo delegado ante esta corporación, informó que no le era posible emitir concepto de fondo *“en consideración a que el Despacho no cuenta con el personal suficiente que permita realizar un estudio detenido de todos los proceso allegados en el término dispuesto en la Ley, toda vez que como Procurador Judicial II Administrativo debo intervenir en los procesos orales asignados y adelantar el proceso conciliatorio extrajudicial”*

III. CONSIDERACIONES

1. COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia dictada por los Juzgados Administrativos del Circuito de Popayán, conforme lo establecido en el numeral 1° del artículo 133 del Decreto 01 de 1984 (C.C.A.), normativa que resulta aplicable por cuanto el proceso se promovió con anterioridad a la vigencia de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expidió el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹.

2. CADUCIDAD

La caducidad es el fenómeno procesal que se presenta como consecuencia del vencimiento del término fijado en la ley para entablar la demanda en ejercicio de una determinada acción. Se trata, por tanto, de una figura eminentemente objetiva que determina la oportunidad para intentar la reclamación por vía judicial; pues, sin consideración a circunstancia subjetiva alguna y aún en contra de la voluntad del titular del derecho de acción, el mero paso del tiempo condiciona el ejercicio de ese derecho.

¹ De acuerdo con el artículo 308 del CPACA, éste *“...se aplicará a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia”*, la que según el mismo ocurrió a partir del 2 de julio de 2012.

La caducidad de las acciones en materia contencioso-administrativa se justifica por la necesidad de *“poner un límite al derecho de los administrados de discutir la legalidad de las actuaciones de la administración o de reclamar su responsabilidad patrimonial, brindando de esta manera la certeza necesaria a sus decisiones y a su situación ante determinado evento litigioso”*.²

Es importante anotar que si bien, la caducidad de la acción es materia que corresponde definir al juzgador al momento de admitir la demanda correspondiente y que, de conformidad con lo previsto en el artículo 164 del Código Contencioso Administrativo en los procesos contencioso administrativos no hay lugar a proponer y tramitar excepciones previas, ello no es óbice para que las irregularidades procesales que tienen ese carácter puedan analizarse como impedimentos procesales, bien por petición de parte o de manera oficiosa, incluso, al momento de dictar sentencia.

La doctrina ha desarrollado las características propias de esta figura para intentar delimitarla y diferenciarla con la prescripción extintiva de corto plazo. La caducidad, a diferencia de la prescripción, no admite renuncia y de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez.

El artículo 136.8 del C.C.A. establece el término de caducidad de la acción de reparación directa en los siguientes términos:

“ARTICULO 136. CADUCIDAD DE LAS ACCIONES. Subrogado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998.

(...)

8. La de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa.”

El H. Consejo de Estado – Sección Tercera, en sentencia de 15 de abril de 2010, radicado 1994-09850-01(17815), indicó sobre la contabilización del término de caducidad lo siguiente:

“A efectos de la contabilización de dicho término ha de tenerse en cuenta que “por regla general, la fecha para la iniciación del conteo de ese término es el del día siguiente al del acaecimiento del hecho, omisión y operación administrativa”³. Así mismo, que “la acción nace cuando se inicia la producción del daño o cuando éste se actualiza o se concreta, y

² Auto del 17 de febrero de 2005, expediente 26905, de la Sección Tercera del Consejo de Estado.

³ Sentencia del 11 de mayo de 2000. Expediente No. 12.200. Consejero Ponente Dra. María Elena Giraldo Gómez.

cesa cuando vence el término indicado en la ley, aunque todavía subsistan sus efectos”⁴, de manera que “el hecho de que los efectos del daño se extiendan en el tiempo no puede evitar que el término de caducidad comience a correr”⁵.

Así mismo, ha dicho la Sala que “debe entenderse que el término de caducidad no puede comenzar a contarse desde una fecha anterior a aquella en que el daño ha sido efectivamente advertido”⁶. Bueno es recordar igualmente que, según lo ha precisado la Sala⁷:

“el hecho de que los efectos del daño se extiendan en el tiempo no puede evitar que el término de caducidad comience a correr, ya que en los casos en que los perjuicios tuvieran carácter permanente, la acción no caducaría jamás. Así lo indicó la Sala en sentencia del 18 de octubre de 2000:

“Debe advertirse, por otra parte, que el término de caducidad empieza a correr a partir de la ocurrencia del hecho y no desde la cesación de sus efectos perjudiciales, como parecen entenderlo el a quo y la representante del Ministerio Público. Así, el hecho de que los efectos del daño se extiendan indefinidamente después de su consolidación no puede evitar que el término de caducidad comience a correr. Si ello fuera así, en los casos en que los perjuicios tuvieran carácter permanente, la acción no caducaría jamás. Así lo advirtió esta Sala en sentencia del 26 de abril de 1984, en la que se expresó, además, que la acción nace cuando se inicia la producción del daño o cuando éste se actualiza o se concreta, y cesa cuando vence el término indicado en la ley, aunque todavía subsistan sus efectos”⁸.”⁹

Con base en la jurisprudencia referida respecto al inicio del término de **caducidad**, se han establecido algunas hipótesis, a saber:

1. El inicio del término de caducidad de la acción de reparación directa coincide con el de la ejecución del hecho, omisión u operación administrativa, ocupación temporal o permanente del inmueble.
2. Cuando la producción o manifestación del daño no coincide con el acaecimiento de la actuación que les da origen, el término para accionar no debe empezar a contarse desde cuando se produjo la actuación causante del daño, sino desde que el afectado tuvo conocimiento del mismo.
3. Cuando el daño se presenta en forma continuada, el término de caducidad debe contarse desde el momento en que inicia su ocurrencia, aunque sus efectos se prolonguen en el tiempo.

⁴ Sentencia del 26 de abril de 1984. Expediente No. 3393, citada en providencia del 5 de diciembre de 2005.

⁵ Sentencia de 5 de diciembre de 2005. Expediente No. 14.81. Consejero Ponente Dr. Alir E. Hernández Enríquez. En el mismo sentido se encuentra la sentencia 18 de octubre de 2000, Expediente No. 12.228

⁶ Sentencia del 29 de enero de 2004. Exp. 18.273. M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

⁷ Sentencia del 5 de diciembre de 2005. Exp. 14.801. M.P. Alir E. Hernández Enríquez.

⁸ Nota original de la sentencia citada: “Expediente 3393. actor: Bernardo Herrera Camargo.”

⁹ Nota original de la sentencia citada: “Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia 18 de octubre de 2000, radiación: 12.228, demandante: Gerardo Pinzón Molano.”

4. Cuando el daño por el cual se reclama indemnización proviene de una conducta omisiva de la Administración, la prolongación en el tiempo de esa actitud omisiva, característica que es connatural a la omisión, no conduce a concluir la inexistencia del término para intentar la acción; en este evento, tal término empezará a contarse a partir del día siguiente en que se consolidó la omisión, es decir, del momento en el cual se puede predicar el incumplimiento de un deber por parte de la Administración.

En lo que respecta a la presente acción, la Sala encuentra que la parte actora reclama por los perjuicios causados con la expedición de la Orden Administrativa de Personal 1107 del 20 de julio de 2000, por medio de la cual el Comandante del Ejército Nacional dispuso el retiro del soldado voluntario Reinel Quijano Anacona por inasistencia injustificada, por lo que reclama se le indemnicen los perjuicios morales, así como los materiales consistentes en los emolumentos dejados de percibir entre el día 9 de mayo de 2000, cuando desapareció el soldado, y el 4 de junio de 2010, cuando se dispuso el reconocimiento de las prestaciones a que tenía derecho la actora Diana Rojas Rosero y su hijo Juan David Quijano Rojas, actuación que se surtió en virtud de la expedición de la Orden Administrativa de Personal No. 1073 del 9 de febrero de 2010.

Frente a tal consideración, se encuentra que en la Sentencia emitida el 31 de octubre de 2016 por la Sala de Descongestión con sede en la ciudad de Bogotá, se revocó la decisión de primera instancia que declaró la caducidad de la acción, por considerar que no se había configurado tal fenómeno procesal porque debía computarse el término a partir de la emisión de la Orden Administrativa de Personal No 1073 del **9 de febrero de 2010**, por medio de la cual se revocó la Orden Administrativa de Personal No. 1107 del 20 de julio de 2000, circunstancia que le llevó a concluir que la demanda presentada el **10 de octubre de 2011** era oportuna, por estar dentro del plazo de los 2 años indicados en el artículo 136.8 del C.C.A para las acciones de reparación directa, la cual ha sido considerada procedente de manera excepcional y restringida por el Alto Tribunal Contencioso¹⁰, en tratándose de los perjuicios ocasionados por un acto administrativa que luego desaparece de la vida jurídica al ser revocado¹¹. (fl. 110 c.

¹⁰ Sentencia del 14 de agosto de 2014, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección B, C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren, radicado: 111001-03-25-000-2011-00653-00, demandante: Bielka Isidora Hudson Livingston.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Consejera Ponente: Myriam Guerrero de Escobar. Sentencia de 13 de mayo de 2009. Radicación N° 76001-23-31-000-1995-01628-01(15652). Actor: Daniel Augusto Miranda Arroyo. Demandado: Nación Colombiana-Ministerio de Salud. Referencia: Reparación Directa: *"En esta última hipótesis y en aras de garantizar el derecho constitucional de acceso efectivo a la administración de justicia debe brindarse al administrado la posibilidad de acudir a la jurisdicción a través del ejercicio del derecho público subjetivo de acción por medio del mecanismo que más se ajuste a la situación hipotética, para que en virtud del imperio soberano del Estado imparta justicia a través del poder jurisdiccional en relación con la controversia que se suscita, siendo procedente en este evento la acción de reparación directa consagrada por el artículo 86 del C.C.A., por cuanto no se antepone acto administrativo en la pretensión resarcitoria y ello implica que la reparación del daño pueda deprecarse de manera directa, con fundamento en la actuación irregular de la administración al proferir un acto que no se ajusta a derecho, sin*

ppal.).

Al respecto, se advierte que tal consideración no fue objeto de reproche en la Sentencia de tutela emitida el 31 de agosto de 2017 por la Sección Primera del Consejo de Estado que hoy motiva la presente decisión, pues en esta sólo se cuestionó la decisión de no tener por acreditada la calidad de beneficiarios de los actores.

En ese sentido, esta Sala de Decisión habrá de tener por presentada en término la acción de la referencia, se itera por ser un aspecto no discutido en sede de tutela, y pasará a estudiar los demás elementos necesarios para determinar la responsabilidad de la entidad accionada.

3. LO PROBADO EN EL PROCESO

- Informe de inasistencia al servicio rendido el 26 de abril de 2000, en el que se registra:

“Por medio de la presente me permito informar al señor Teniente Coronel Cdte. Del Batallón José Hilario López, la situación del soldado voluntario QUIJANO ANACONA REINEL identificado con la cédula de ciudadanía No. 4.613.264 quien se le autorizó permiso por espacio de dos días por motivo de solucionar problemas de calamidad doméstica a partir del 31 de marzo del presente año hasta el día 02 de abril de 2000 y habló con el Enlace de la compañía que no podía seguir en la Institución por los problemas que tenía con su familia.” (fl. 2 c. ppal.)

Acta No. 0437 del 11 de mayo de 2000 del Comandante del Batallón de Infantería No 7 General José Hilario López, en la que se consigna:

“Teniendo como base el informe suscrito por el señor TE MARCO WILSON QUIJANO MARINO; Comandante Compañía “C” se comprobó que el SLV QUIJANO ANACONA REINEL CM 25320274 dejó de asistir al servicio sin causa justificada desde las 18:00 horas del día 12 de abril de 2000 sin que hasta la fecha del día 23 de abril del año en curso haya hecho su presentación, pues continúa ausente, el SLV QUIJANO ANACONA REINEL se encuentra evadido de las instalaciones desde las 18:00 horas del día 12 de abril de 2000, deduciéndose una inasistencia al servicio por más de 10 días consecutivos, o sea 30 días ocho horas en el momento de elaborar la presente acta.

Este comando trató de establecer el motivo de la evasión del soldado el cual le manifestó a sus compañeros que no iba a regresar ya que tenía problemas familiares y por tal motivo no se le practicó examen de evacuación.

embargo, en este tipo de eventos, la acción de reparación directa tendiente a obtener la indemnización de los perjuicios causados por el acto que ha sido revocado es excepcional y restringida...”

Solicito a mi General que sea dado de baja de los efectivos de la unidad para bien de la Institución con novedad fiscal 23 de abril del año 2000.” (fl. 3 c. ppal.)

- Sentencia de tutela del 20 de enero de 2004 dictada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en la que se resuelve la acción de amparo promovida por la señora Aurelia Rosero Martínez en representación de su hija Diana Rojas Rosero y su nieto Juan David Quijano Rosero contra el Comando del Ejército Nacional y la Dirección de Prestaciones Económicas de esa institución, en la que se dispuso:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al debido proceso reclamado por la accionante AURELIA ROSERO MEDINA, a través de apoderado judicial, en contra del Comando del Ejército Nacional y la Dirección de Prestaciones Económicas.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, DECLARAR LA NULIDAD de la Orden Administrativa de Personal No. 1107 del 20 de julio de 2000 con novedad fiscal a 21 de mayo del mismo año que produjo el retiro del servicio activo del soldado REINEL QUIJANO ANACONA; y retrotraer el Proceso Administrativo para que se adelante con base en el informe de Enlace de la Compañía a la que perteneció el uniformado REINEL QUIJANO ANACONA, se adelante la investigación por su desaparición y se decida con arreglo a las normas que integran el debido proceso.” (fl 6 c. ppal.)

- Sentencia de tutela del 3 de junio de 2004 proferida, por el Tribunal Administrativo del Cauca, dentro de la acción constitucional primitiva por la actora Diana Rojas Rosero contra el Comando del Batallón José Hilario López, en la que se decidió:

“Considera la Sala le vulneraron a la accionante el derecho fundamental a obtener una información veraz e imparcial, lo que ha generado que en estos momentos ella no tenga conocimiento de qué pasó con su compañero y padre de su hijo, razones por las cuales, este Tribunal ordenará al COMANDO DEL BATALLÓN JOSÉ HILARIO LÓPEZ DE POPAYÁN, que en el término de 48 horas, inicie, en aplicación de lo previsto en el artículo 27 del Decreto 1793 de 2000, una investigación exhaustiva tendiente a establecer cuáles fueron las circunstancias que rodearon la desaparición de quien fuera miembro activo de esa institución, el soldado REINEL QUIJANO ANACONA.

En mérito de las consideraciones que se dejan consignadas, el TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL CAUCA, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

FALLA:

1 Tutelar el derecho fundamental al DEBIDO PROCESO Y A RECIBIR UNA INFORMACIÓN VERAZ E IMPARCIAL impetrados por la señora DIANA ROJAS ROSERO por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

2. Como consecuencia de lo anterior se ordena a EL COMANDO DEL BATALLÓN JOSÉ HILARIO LÓPEZ DE POPAYÁN, para que a través de la dependencia que corresponda, dentro del término máximo de 48 horas, inicie una investigación exhaustiva tendiente a determinar las causas que rodearon la presunta desaparición

del soldado voluntario REINEL QUIJANO ANACONA, debiendo suministrar a la señor DIANA ROSERO la información que se obtenga de dicha investigación y toda aquella que requiera.” (fl. 22 c. ppal.)

- Sentencia de tutela del 26 de agosto de 2004, emitida por la Sección Segunda Subsección B del Consejo de Estado, por medio de la cual se confirma la sentencia dictada el 3 de junio de 2004 por el Tribunal Administrativo del Cauca. (fl. 42 c. ppal.)

- Oficio No. 3385/BR3 BILOP del 23 de agosto de 2004, en el que el Comandante del Batallón José Hilario López le informa a la actora Diana Rojas Rosero, en cumplimiento de una sentencia de tutela proferida el 3 de junio de 2004 por el Tribunal Administrativo del Cauca, que se está adelantando *“la indagación preliminar disciplinaria, tendiente a establecer si la conducta desplegada por el uniformado, es constitutiva de falta disciplinaria”*.

Así mismo, se indicó que *“la conducta desplegada por el SLV. QUIJANO ANACONA no es constitutiva de infracción al Código Penal Militar, teniendo en cuenta que su conducta no se realizó en acciones de campaña u operaciones militares”*. (fl. 6 c. ppal.)

- Proveído del 04 de julio de 2005, dictado por el Batallón de Infantería No. 7 dentro de la investigación disciplinaria adelanta frente a la inasistencia de servicio del soldado Reinel Quijano Anacona, en el que se indicó:

“Finalmente en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que ocurrió la desaparición del señor REINEL QUIJANO ANACONA, de acuerdo a la declaratoria rendida por la señora OFELIA ANACONA DE QUIJANO, para la época en que se produjo la desaparición de su hijo, en encontraba en el Municipio de la Sierra – Cauca, y su desaparición ocurrió el 09 de mayo de 2000, en el sector denominado la Balastrea – Vereda San Pedro – Municipio de la Sierra (Cauca), cuando iba de trabajar de la Vereda la Palma, donde al parecer fue bajado de una buseta en la que se desplazaba, por dos individuos que se movilizaban en una motocicleta, circunstancia que hace prever que en el momento de la desaparición del señor QUIJANO ANACONA, en encontraba en su lugar de residencia y ya no como miembro activo del Ejército Nacional, situación que también se deduce de la declaración rendida por DIANA ROJAS ROSERO, quien manifiesta convivía con el señor REINEL ANACONA QUIJANO, quien para finales de marzo de 2000, se fue a visitar a su mamá y posteriormente en mayo de 2000, la llama y le informa de la desaparición del señor REINEL ANACONA QUIJANO.

De lo anterior se puede concluir que la conducta realizada por el señor Soldado Voluntario REINEL QUIJANO ANACONA no es constitutiva de falta disciplinaria, en el entendido que para la época de los hechos de dicha conducta no estaba constituida como falta disciplinaria y por tanto imposibilidad de imponer sanción, en aplicación de los principios de legalidad, favorabilidad y ultraactividad consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política. En consecuencia se procede al archivo definitivo del

expediente disciplinario, por no existir mérito para disponer la apertura de la investigación disciplinaria formal en contra del inculpado por existir atipicidad de la conducta. (...)

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR que no existe mérito para disponer apertura de investigación formal disciplinaria contra el señor Soldado Voluntario REINEL QUIJANO ANACONA identificado con cédula de ciudadanía número 4.613.264 de la Sierra Cauca, de conformidad con lo consignado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Como consecuencia del anterior pronunciamiento se dispone el ARCHIVO DEFINITIVO del presente expediente Disciplinario. (...)" (fl. 35 c. ppal.)

- Petición de revocatoria directa elevada mediante apoderado por la señora Diana Rojas Rosero y su hijo Juan David Quijano Rojas, frente a la Orden Administrativa de Personal 1107 del 20 de julio de 2000, sin fecha de recibido. (fl. 54 c. ppal.)

- Sentencia de tutela emitida el 4 de febrero de 2010 por el Tribunal Administrativo del Cauca, en curso de la acción de amparo interpuesta por la señora Diana Rojas Rosero contra el Ejército Nacional por la omisión a la respuesta a la petición de revocatoria directa intentada por la contra la Orden Administrativa de Personal 1107 del 20 de julio de 2000, en la que se indicó:

"(...) se tiene que los hechos narrados atentan de forma directa contra el derecho fundamental a la vida digna de la señora ROJAS ROSERO y de su hijo, al impedirles el conocimiento de los realmente ocurrido con su esposo y padre y además les ha impedido la definición de cualquier derecho de tipo prestacional a las que muy posiblemente tienen derecho en vista de las extrañas circunstancias en que desapareció el SLV QUIJANO ANACONA por lo que se dejará sin efectos el oficio 20095620368971 de 24 de noviembre de 2009 y se ordenará a la accionada para que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a revoca la ORDEN ADMINISTRATIVA DE PERSONAL No. 001157 (Sic) del 2000 en lo concerniente a SLV REINEL QUIJANO ANACONA, y proceda a iniciar los trámites prestacionales, en caso de desaparecimiento del soldado en servicio activo, previstos en el artículo 27 del Decreto 1793 de 2000 (...)

RESUELVE:

- 1. TUTELAR los derechos fundamentales a la VIDA DIGNA y al DEBIDO PROCESO de la señora DIANA ROJAS ROSERO, los cuales han sido vulnerados por el MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL, de conformidad con la parte motiva de este fallo.*
- 2. Como consecuencia de lo anterior, DEJAR SIN EFECTOS el oficio 20095620368971 del 24 de noviembre de 2009 y se ordena al COMANDANTE DEL EJÉRCITO NACIONAL, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este fallo, PROCEDA A REVOCAR LA ORDEN ADMINISTRATIVA DE PERSONAL No. 001157 (Sic) de 2000 en lo concerniente al SLV REINEL QUIJANO ANACONA y proceda a iniciar los trámites prestacionales, en caso de desaparecimiento del soldado en servicio activo, previstos en el artículo 27 del Decreto 1793 de 2000. (fl.*

20 c. pbas.)

- Orden Administrativa de Personal del Comando del Ejército No. 1073 del 09 de febrero de 2010, en la que se indicó:

“El Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional en uso de las facultades legales conferidas en el artículo 2 de la Resolución 1013 del 22 de junio de 2007, “por la cual se delegan algunas funciones o asuntos específicos de administración de personal, se adicionan y compilan en esta materia la Resolución No 859 del 5 de julio de 2006 “Por la cual se delegan una funciones relacionadas con la administración de personal” y la resolución 469 del 2002 “ Por la cual se delegan unas funciones relacionadas con la administración de personal”, dispone:

Artículo no. 1 – 174 en cumplimiento al fallo de tutela de cuatro (4) de febrero de 2010, proferido por el Tribunal Contencioso Administrativo del Cauca, se revoca la orden administrativa de personal No. 1107 del 20 de julio de 2000, en lo que concierne al retiro del soldado voluntario Quijano Anacona Reinel CM. 25320274, y en consecuencia se ordena al Batallón de Infantería NO. 7 CR. José Hilario López, “proceda a iniciar los trámites prestacionales, en caso de desaparecimiento de soldados en servicio activo, previstos por el artículo 27 del Decreto 1793 de 2000”, como a la letra dispone el aludido despacho judicial. (...)” (fl. 88 c. ppal.)

- Resolución No. 103394 del 4 de junio de 2010 dictada por el Jefe de Desarrollo Humano del Ejército Nacional, *“por medio de la cual se revocan totalmente las resoluciones 5281 del 15 de mayo de 2001 y 103158 del 31 de mayo de 2010, con fundamento en el expediente No. 0301177 de 2001”, en la que se dispuso:*

“ARTÍCULO 1º. Revocar totalmente las resoluciones Nos 5281 del 15 de mayo de 2001 y 103158 del 31 de mayo de 2010, por los motivos expuestos en el considerando de este acto administrativo.

ARTÍCULO 2º. Reconocer con cargo al presupuesto del Ejército Nacional la suma de CATORCE MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS M/CTE. (\$14.356.676), por concepto de prestaciones sociales del soldado voluntario QUIJANO ANACONA REINEL (q.e.p.d.), así:

- a) Bonificación: UN MILLÓN CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$ 1,443,236.00)*
- b) Compensación por muerte: DOCE MILLONES NOVECIENTOS TRECE MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS M/CTE (\$12.913.440,00) (...)*

ARTÍCULO 4. De acuerdo al artículo 9 del Decreto 2728 de 1968 la suma anteriormente reconocida se cancelará así:

- a) 50% equivalente a la suma de SIETE MILLONES CIENTO SETENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS M/CTE, (7.178.338,00) a favor de la señora ROJAS ROSERO DIANA C.C. 34.332.014 compañera permanente del causante, a través de apoderado legal Dr. OSCAR GARCÍA PARRA C.C. 19251775. T.P. 164855 c.s.j. cuenta de ahorros No. 570-569731 del Banco BBVA así:*

- Bonificación: SETECIENTOS VEINTIÚN MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO

PESOS M/CTE, (\$721.618.00)

- *Compensación por muerte: SEIS MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS VEINTE PESOS M/CTE, (\$6.456.720,00).*

b) 50% equivalente a la suma de SIETE MILLONES CIENTO SETENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS M/CTE, (\$7,178,338.00) a favor del menor JUAN DAVID QUIJANO ROJAS hijo del causante, por intermedio de la madre y representante legal la señora ROJAS ROSETO DIANA C.C. 34.332.014 a través del apoderado legal Dr. OSCAR GARCÍA PARRA C.C. 19.251.775, T.P. 164855 C.S.J. cuenta de ahorros No. 570-569731 del Banco "BBVA", así:

- *Bonificación: SETECIENTOS VEINTIÚN MIL SEISCIENTOS DIECIOCHO PESOS M/CTE, (\$721.618.00)*
- *Compensación por muerte: SEIS MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS VEINTE PESOS M/CTE, (\$6.456.720,00).*

ARTÍCULO 5º. Contra la presente procede el recurso de reposición del cual podrá hacerse uso, en la diligencia de notificación personal o dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a ella, o a la desfijación del edicto por escrito y debidamente sustentado, con expresión concreta de los motivos de inconformidad, relacionando las pruebas que se pretende hacer valer." (fl. 89 c. ppal.)

5. EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD

El artículo 90 de la Constitución establece que el Estado responde de los daños antijurídicos causados por la acción u omisión de sus agentes cuando tales daños le sean imputables. Luego conforme a esta norma, no puede considerarse patrimonialmente al Estado frente a los daños antijurídicos que sufran las personas, ni siquiera frente a aquellos causados por la acción u omisión de sus servidores, sino en tanto los mismos le sean atribuibles.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado que, en aquellos casos en los cuales se demanda la responsabilidad del Estado como consecuencia de la omisión de la administración en el incumplimiento del deber legal, el título de imputación aplicable es el de falla del servicio¹²; ello por cuanto es claro que la omisión de un deber legal que da lugar a un resultado dañoso configura una falla en la prestación del servicio. En tal sentido, el alto Tribunal ha insistido en que este régimen ha sido y continúa siendo el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria a cargo del Estado. De ahí que al Juez Administrativo le corresponda una labor de control de la acción administrativa del Estado, de modo que si la falla

¹² Sección tercera, Subsección A, Radicación número: 19001-23-31-000-1998-00961-01(21516), sentencia de 24 de mayo de 2012. C.P.: HERNAN ANDRADE RINCON

tiene la cota final de incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda que será esa la perspectiva pertinente para juzgar la responsabilidad extracontractual.

Aunado a lo anterior, se ha indicado que la norma del artículo 2º superior, en punto de la obligación de guarda y protección que frente a los administrados impone a las autoridades, *“debe entenderse dentro de lo que normalmente se le puede exigir a la administración en el cumplimiento de sus obligaciones o dentro de lo que razonablemente se espera que hubiese sido su actuación o intervención acorde con las circunstancias tales como disposición del personal, medios a su alcance, capacidad de maniobra etc., para atender eficazmente la prestación del servicio que en un momento dado se requiera.”*¹³

En el presente asunto se debate la responsabilidad del Ejército Nacional frente al daño padecido por la señora Diana Rojas Rosero y su hijo Juan David Quijano Rojas, con ocasión de la expedición de la Orden Administrativa de Personal 1107 del 20 de julio de 2000, en la que se dispuso el retiro del soldado voluntario Reinél Quijano Anacona, su compañero y padre respectivamente, por la inasistencia injustificada al servicio, y que finalmente fue revocada por la Orden Administrativa de Personal No. 1073 del 09 de febrero de 2010, en la que se dispuso el reconocimiento de las prestaciones a las que había lugar por considerar que la muerte del soldado se dio “en servicio activo”.

En este sentido, la Sala analizará el caso bajo el régimen de la falla en el servicio, en consecuencia es necesario establecer probatoriamente (i) el daño, y (ii) la imputabilidad del mismo al Ejército Nacional.

6. ANALISIS DE LA SALA

6.1 El daño

Con relación a este elemento de la responsabilidad, se encuentra que dentro del expediente obran diferentes pruebas, entre ellas las sentencias de las tutelas intentadas por la señora Diana Rojas Rosero y su hijo Juan David Quijano contra el Ejército Nacional, que dan cuenta de que esa entidad profirió la Orden Administrativa de Personal No. 1107 del 20 de julio de 2000, por medio de la cual dispuso el retiro del soldado voluntario Reinél Quijano Anacona por la inasistencia injustificada del mismo al servicio; y además, que tal acto fue revocado mediante la Orden

¹³ Sentencia del 8 de abril de 1998, expediente No. 11837.

Administrativa de Personal No. 1073 del 09 de febrero de 2010, precisamente en cumplimiento de una sentencia de tutela, a fin de indicar que el retiro del soldado voluntario Quijano Anacona se daba por la muerte en servicio activo, razón por la que consecuentemente se ordenó el reconocimiento de las prestaciones a las que había lugar.

En ese sentido, la Sala encuentra debidamente demostrado el daño alegado por la parte actora, producto de una decisión administrativa que luego fuera revocada, razón por la que pasa la Sala a estudiar la imputación del mismo al Ejército Nacional.

6.2 La imputación del daño

De conformidad con las pruebas arrimadas al proceso, se tiene por demostrado que el día 26 de abril de 2000, se elevó un informe de inasistencia injustificada al servicio respecto del soldado voluntario Quijano Anacona Reinél, frente a quien se indicó en el documento había solicitado permiso para ausentarse entre los días 31 de marzo y 2 de abril de ese año, pero no había regresado a la institución.

Con base en tal informe, el día 11 de mayo del año 2000 el Comandante del Batallón de Infantería No. 7 elevó el Acta No 0437 del 11 de mayo de 2000, en la que se indicó que el soldado se encontraba ausentado injustificadamente desde el *12 de abril de 2000 sin que a la fecha del 23 de abril del año*” se hubiera presentado, razón por la que en dicha acta se solicitó ante el General del Ejército Nacional retirar al uniformado desde el 23 de abril de ese año.

De las pruebas, se infiere que después de ello se emitió la Orden Administrativa de Personal –OAP- No. 1107 del 20 de julio de 2000, en la que se determinó retirar al soldado voluntario Reinél Quijano Anacona de la institución por la ausencia injustificada del servicio.

Debido a que el soldado Reinél Quijano Anacona desapareció en extrañas circunstancias, la señora Diana Rojas Rosero y su hijo Juan David Quijano Rojas interpusieron acción de tutela contra la OAP 1107 del 2000, la cual correspondió ser conocida a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, quien mediante sentencia del 20 de enero de 2004, dispuso declarar la nulidad de la OAP 1107 de 2000, y ordenó a la entidad rehacer el proceso administrativo con miras a

esclarecer los hechos que dieron lugar a la desaparición del uniformado.

A pesar de lo anterior, en el proceso no existen pruebas de que se hubiera cumplido la orden emitida en la sentencia del 20 de enero de 2004 por parte del Ejército Nacional, y por el contrario, de lo que da cuenta el proceso es que la señora Diana Rojas Rosero debió, en nombre propio y de su hijo, acudir nuevamente a la acción de tutela para poder obtener información de la desaparición de su compañero Reinel Quijano Anacona. Por ello, el Tribunal Administrativo del Cauca emitió el fallo del 3 de junio de 2004, en el que dispuso amparar los derechos fundamentales de los actores y ordenó iniciar la investigación exhaustiva para determinar las circunstancias que rodearon la desaparición del soldado voluntario Reinel Quijano Anacona, fallo que fue impugnado y posteriormente confirmado por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado.

Debido a la orden emitida, el Comandante del Batallón de Infantería No. 7 José Hilario López le informó a la actora mediante oficio No. 3385/BR3 BILOP del 23 de agosto de 2004 que se estaba adelantando la indagación preliminar disciplinaria para efectos de determinar si se debía sancionar al soldado Reinel Quijano Anacona por una falta de ese tipo, y aclaró que debido a que la ausencia del uniformado no se había generado en acciones de campaña u operaciones militares, de descartaba que hubiese incurrido en una infracción al Código Penal Militar.

El día 4 de julio de 2005, el Comandante del Batallón de Infantería No. 7 José Hilario López emitió proveído de esa fecha, en el que dispuso el archivo de la indagación preliminar disciplinaria adelantada contra el uniformado Reinel Quijano Anacona por la inasistencia injustificada al servicio, ya que para la fecha de los hechos tal conducta no estaba consagrada como falta. Así mismo, se indicó que en las averiguaciones efectuadas, se había podido deducir que el soldado voluntario Quijano Anacona había sido sustraído de una buseta por dos individuos el día 9 de mayo del año 2000, mientras se movilizaba por vía rural de la Sierra – Cauca, sin que con posterioridad a ello se supiera de su paradero.

Después de lo anterior, la actora radicó mediante apoderado solicitud de revocatoria directa frente a la OAP 1107 del 20 de julio de 2000. Ahora, según se infiere por la sentencia de tutela emitida el 4 de febrero de 2010, tal petición fue rechazada mediante oficio 20095620368971 del 24 de noviembre de 2009, ante el que interpuso

acción de amparo la señora Diana Rojas Rosero, y que precisamente dio lugar a que mediante ese fallo el Tribunal Administrativo del Cauca dispusiera dejar sin efectos tal acto, ordenando en consecuencia se revocara la OAP 1107 de 2000 y en su lugar se prohiriera una nueva en la que se aclara que su desaparición se había producido en servicio activo, a efectos de reconocer las prestaciones a las que había lugar por tal circunstancia.

Ello, dio lugar a que el Ejército Nacional emitiera la Orden 1073 del 9 de febrero de 2010, en la que se indicó que la desaparición del soldado Reinel Quijano Anacona se había producido en servicio activo, y se ordenó iniciar los trámites para el reconocimiento de las prestaciones a las que había lugar por tal circunstancia.

Así, mediante Resolución No. 103394 del 4 de junio de 2010, el Jefe de Desarrollo del Humano del Ejército Nacional dispuso el reconocimiento de prestaciones sociales y de la bonificación y/o compensación por muerte del soldado voluntario Reinel Quijano Anacona a favor de su compañera e hijo, los aquí demandantes Diana Rojas Rosero y Juan David Quijano Rojas.

De acuerdo a lo anterior, para la Sala aparece acreditado que el señor Reinel Quijano Rojas era soldado voluntario del Ejército Nacional, y que estando en servicio activo, se produjo su desaparición en el mes de mayo del año 2000, aparentemente a causa de la interceptación de dos sujetos mientras se movilizaba por una vía rural del año 2000, hecho que finalmente dio lugar a que se ausentara del servicio, sin que luego se supiera de su paradero.

Por lo anterior, las respectivas autoridades del Ejército Nacional procedieron a iniciar las actuaciones administrativas por la “ausencia injustificada” del uniformado, sin indagar por las razones de la misma, situación que finalmente derivó en que se le retirara del servicio mediante la OAP 1107 del 20 de julio de 2000 por la ausencia injustificada, hecho que derivó en que no se le reconocieran a los beneficiarios del soldado voluntario las prestaciones a las que había lugar en los eventos en que el retiro se diera por actos del servicio.

En virtud de ello, la señora Diana Rojas Rosero debió iniciar una serie de acciones obrando a nombre propio y en representación de su hijo para lograr que el Ejército Nacional tratara de esclarecer las razones de la desaparición de su compañero Reinel

Quijano Anacona, situación que implicó a que acudiera a diferentes acciones constitucionales para compeler al Ejército a tratar de indagar por tales hechos, labores dentro de las cuales se determinó que el soldado no había incurrido en falta disciplinaria o penal alguna, y dentro de las cuales se pudo conseguir la versión de que él había sido sustraído por dos sujetos de una buseta en la que se transportaba mientras se movilizaba por una vía rural del Municipio de la Sierra, Cauca.

Igualmente, se tiene que fue con ocasión de la petición de revocatoria elevada por la actora, y en virtud de otra acción de tutela interpuesta por ella misma, el Ejército debió revocar la OAP No. 1107 del 20 de julio de 2000, para en su reemplazo emitir la OAP No. 1073 del 9 de febrero de 2010, en la que se indicó que el soldado Reinel Quijano Anacona había desaparecido mientras permanecía en servicio activo.

Bajo tal contexto, la Sala advierte que dentro de las actuaciones de retiro del soldado voluntario Reinel Quijano Anacona, el Ejército Nacional incurrió en una serie de irregularidades y omisiones que no permitieron esclarecer en el momento oportuno que tal uniformado se ausentó porque aparentemente fue secuestrado y posteriormente desaparecido, y que su inasistencia se debía a razones diferentes a la simple ausencia injustificada al servicio.

Ahora, esa circunstancia, además de constituirse por sí sola en una conducta omisiva y desconocedora de los derechos fundamentales de los aquí demandantes, le impidió a la actora Diana Rojas Rosero y a su hijo Juan David Quijano Rojas obtener la información veraz y apropiada sobre la desaparición de su compañero y padre, razón por la que debió incurrir a diferentes acciones para lograr que la institución iniciara las diligencias con miras a esclarecer el desaparecimiento del uniformado.

Por lo anterior, para la Sala surge claro que en el trámite de retiro del uniformado Reinel Quijano Rojas se configuró una falla del servicio por parte del Ejército Nacional, en tanto que surtió las actuaciones sin realizar las averiguaciones pertinentes, hecho que implicó que sus beneficiarios debieran acudir a diferentes acciones constitucionales para lograr que se adelantaran las investigaciones respectivas, y finalmente, modificar la causa de retiro por inasistencia injustificada a muerte en servicio activo, situación en la que, de haberse iniciado las indagaciones de forma oportuna por parte de la entidad accionada, no habrían tenido la carga de incurrir en la misma los aquí demandantes.

Así, surge clara la responsabilidad de la entidad accionada, y por tanto, se procederá a revocar la decisión de primera instancia que la desestimó.

6.3 Los perjuicios reclamados

En la acción de la referencia, la parte actora reclama el reconocimiento de 300 SMLMV para la actora Diana Rojas Rosero y de 143 SMLMV para Juan David Quijano Rojas por concepto de perjuicios morales; además de los perjuicios materiales sufridos por el no pago de las prestaciones a las que había lugar entre la fecha de la desaparición, 9 de mayo de 2000, y el día 4 de junio de 2010, cuando se efectuó el reconocimiento de las prestaciones a las que había lugar; razón por la que pasa la Sala a pronunciarse individualmente frente a las mismas.

i) Perjuicios morales

En relación con el perjuicio moral, de tiempo atrás el Consejo de Estado había sostenido que la indemnización que se reconoce a quienes sufran un daño antijurídico tiene una función básicamente satisfactoria y no reparatoria del daño causado y que los medios de prueba que para el efecto se alleguen al proceso pueden demostrar su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, y por lo tanto, correspondía al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta la gravedad del daño causado al demandante.

Desde esa perspectiva, la magnitud del dolor debía apreciarse por sus manifestaciones externas y por esto se admite para su demostración cualquier tipo de prueba¹⁴.

Así sostuvo el Consejo de Estado respecto de los perjuicios morales el *pretium doloris*, que estos se determinaban conforme al prudente arbitrio de los jueces, y que si bien esa Corporación había erigido pautas para facilitar la difícil tarea de determinar el perjuicio moral, aquéllas no eran obligatorias¹⁵.

¹⁴ Ver, por ejemplo, sentencia de 2 de junio de 2004, exp: 14.950.

¹⁵ Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de diciembre de 2005, MP Alir Eduardo Hernández Enríquez, radicación 76001-23-31-000-1994-00095-01(13339) Actor: Francia Doris Vélez Zapata y otros Demandado: Municipio de Pradera -Valle del Cauca.

En el mismo sentido, determinó que era razonable el ejercicio del *prudente arbitrio* al estimar el monto de la compensación por el perjuicio moral, teniendo en cuenta los lineamientos expresados en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, en virtud de los cuales, dentro de los procesos contencioso administrativos: *“la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad.”*

De manera que la indemnización por concepto de perjuicios morales, debía atender las especiales circunstancias derivadas del daño, de acuerdo con los medios de prueba que para el efecto se allegaran al proceso, que en todo caso demostraban su existencia pero no una medida patrimonial exacta frente al dolor, por lo que correspondía al juez tasar discrecionalmente la cuantía de su reparación, teniendo en cuenta, por ejemplo, la intensidad o gravedad del daño causado, la magnitud del dolor que puede ser apreciada por sus manifestaciones externas, la pérdida de capacidad laboral, entre otros factores, admitiendo para su demostración cualquier tipo de prueba¹⁶.

Ahora, aunque en el mes de agosto de 2014 la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su jurisprudencia en lo que respecta a la tasación de perjuicios morales en los casos de muerte y lesiones¹⁷, en aquellos eventos donde el daño deriva de circunstancias diferentes, como el presente, no se han establecido criterios de mayor objetividad que permitan establecer la condena por este concepto, de manera que la discrecionalidad del juez sigue siendo imperante para efectos de determinar el monto a reconocer.

Así, se encuentra que en el presente asunto aparece debidamente demostrado que la señora Diana Rojas Rosero y su hijo Juan David Quijano Rojas debieron incurrir en una serie de actuaciones, tales como la interposición de peticiones y acciones de tutela, a fin de que el Ejército Nacional iniciara las diligencias respectivas para esclarecer la razón de la desaparición del soldado voluntario Reinel Quijano Anacona, situación que finalmente permitió que la entidad estableciera que su ausencia del servicio se dio no por causa de la inasistencia injustificada, sino por su desaparición, aparentemente causada por el secuestro de que fue víctima el soldado voluntario, situación que se considera les afectó moralmente, no sólo por haberles impuesto la

¹⁶ Ver, por ejemplo, sentencia de 2 de junio de 2004, exp: 14.950.

¹⁷ Ello se realizó mediante sentencias del 28 de agosto de 2014, dictadas en los expedientes con radicado interno 26251 y 31172.

carga de adelantar acciones a las que no estaban obligados, sino además por haber puesto en tela de juicio el buen nombre de su compañero y padre mediante la OAP 1107 del 20 de julio de 2000, la que finalmente se vio obligada a revocar la entidad accionada mediante la OAP 1073 del 9 de febrero de 2010.

Por lo anterior, la Sala estima acreditada la causación del perjuicio moral respecto de la señora Diana Rojas Rosero, compañera permanente del soldado voluntario Reinel Quijano Anacona, y de su hijo, Juan David Quijano Rojas, respecto de quienes considera prudente y ajustado reconocer por concepto de indemnización por perjuicios morales la suma de 15 SMLMV, para cada uno de ellos.

ii) Los perjuicios materiales

Como ya se indicó, la parte actora solicita se reconozcan por este concepto las sumas dejadas de percibir por el soldado voluntario Reinel Quijano Anacona entre el 9 de mayo de 2000 y el 4 de junio de 2010.

Al respecto, debe indicarse que debido a que los reconocimientos prestacionales se efectúan a través de actos administrativos, la acción de reparación directa no es la idónea para reclamar el pago de tales emolumentos, puesto que para el efecto se ha instituido la nulidad y restablecimiento del derecho, en la que se exige de modo previo el agotamiento de la vía gubernativa.

De tal manera, la pretensión del pago de las prestaciones reclamadas se torna en improcedente, toda vez que en la presente acción no se evaluó la legalidad de los actos proferidos por la entidad en la que se reconocieron los emolumentos a los que tenían derecho los actores por ser beneficiarios del soldado voluntario Reinel Quijano Anacona, en tanto no es posible por esta vía, de manera que se negará el reconocimiento de estos perjuicios, como tampoco se estableció la responsabilidad de la accionada por la desaparición del soldado voluntario Reinel Quijano Anacona, sino por la omisión en el esclarecimiento de los hechos que llevaron a su retiro.

7. CONCLUSIÓN

Así las cosas, se procederá a revocar el fallo de primera instancia que declaró la caducidad de la acción, para en su lugar disponer la declaración de la responsabilidad

del Ejército Nacional por los hechos objeto de demanda, y proceder al reconocimiento de los perjuicios morales a favor de los actores en los términos indicados.

8. COSTAS

El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 establece que se condenará en costas a la parte que hubiere actuado en forma temeraria, por tanto, como en el presente caso no se observa comportamiento temerario de las actuaciones procesales de las partes, la Sala se abstendrá de emitir condena alguna por tal concepto.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo del Cauca, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida el 27 de marzo de 2015, proferida por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán dentro de la acción de reparación directa de la referencia, y en su lugar disponer:

SEGUNDO: DECLARAR administrativamente responsable a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL** por la omisión en el esclarecimiento de los hechos que envolvieron la desaparición del soldado voluntario **REINEL QUIJANO ANACONA** en el mes de mayo del año 2000.

TERCERO: Como consecuencia de la anterior declaración, **CONDENAR** a la **NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL** a pagar las siguientes sumas por concepto de perjuicios morales:

DEMANDANTE	INDEMNIZACIÓN POR PERJUICIOS MORALES
DIANA ROJAS ROSERO	15 SMLMV, equivalentes a ONCE MILLONES SESENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$11.065.755)

JUAN DAVID QUIJANO ROJAS	15 SMLMV, equivalentes a ONCE MILLONES SESENTA Y CINCO MIL SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS (\$11.065.755)
--------------------------	---

CUARTO: Para el cumplimiento de este fallo se dará aplicación a lo dispuesto en los artículos 176 y 177 del C.C.A.

QUINTO: NEGAR las pretensiones restantes.

SEXTO: Ejecutoriada esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Popayán, único despacho de su categoría con competencia en el sistema escritural, para lo de su cargo.

SÉPTIMO. REMITASE copia de esta providencia al H. Consejo de Estado, Sección Primera, expediente de acción de tutela radicado 11001-03-15-000-2017-01289-00 cuya decisión fue proferida el 31 de agosto de 2017.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: el proyecto de la presente providencia fue estudiado y aprobado en sesión de la fecha.

Los Magistrados,

GLORIA MILENA PAREDES ROJAS

PEDRO JAVIER BOLAÑOS ANDRADE

CARLOS HERNANDO JARAMILLO DELGADO