



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia



SIGCMA-SGC

BOLETÍN JURISPRUDENCIAL N° 12 DE 2022
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER
DICIEMBRE DE 2022

Municipio de Galán, forma parte de la provincia Comunera, tuvo como primeros moradores a los Guanes, quienes estaban ubicados Al Norte del río de oro; fue fundado en 1783 inicialmente conocido con el nombre de San José de la Robada, y en 1881 renombrado por el cabildo municipal.



Municipio de Hato, fundado oficialmente el 25 de abril de 1825. Fue un municipio refugio de las gentes que huían de las guerras del Nuevo Reino de Granada, y durante la época colonial, llegó a tener una población de artesanos y comerciantes asilados en busca de su seguridad, de allí del nombre de la que se deriva la "Serranía de los cobardes" .





HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

MAGISTRADOS TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

Dr. Iván Fernando Prada Macías- Presidente -
Dra. Francy del Pilar Pinilla Pedraza - Vicepresidente -
Dra. Claudia Ximena Ardila Pérez
Dra. Solange Blanco Villamizar
Dr. Iván Mauricio Mendoza Saavedra
Dra. Claudia Patricia Peñuela Arce
Dr. Julio Edison Ramos Salazar
Dr. Milciades Rodríguez Quintero

Relatora. Angela Maria Alaix Rugeles



PROVIDENCIAS DE INTERÉS PROFERIDAS POR EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER QUE FUERON OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO POR EL ÓRGANO DE CIERRE DE LA JURISDICCIÓN

- 1. REPARACION DIRECTA – Daños causados por la Administración de Justicia, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Término de caducidad del medio control de reparación directa. Alcance del recurso de apelación. Argumentación y sustentación del recurso.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A. Sentencia de 12 de diciembre de 2022. Radicación 680012331000-2009-00742-01 C.P. Dra. MARIA ADRIANA MARÍN.

[Radicación 680012331000-2009-00742-01](#)

RD. DR. IMMS. Confirma sentencia que niega las pretensiones de la demanda.

Primeramente, la decisión de alzada recuerda que la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado ha sostenido que la caducidad se debe contar “a partir del día siguiente a la expedición de la decisión que pone fin al respectivo proceso judicial, toda vez que es a partir de este momento que se consolida el daño por cuya indemnización se demanda al Estado, por lo que en el sublite se haya superado dicho tema.

Por otro lado, la decisión igualmente concluye que el marco fundamental de competencia del juez de segunda instancia está determinado por los motivos de inconformidad debidamente sustentados por el recurrente en el recurso de apelación; por lo que descendiendo al caso concreto encuentra que si bien el recurrente dejó ver su discrepancia con el fallo que denegó las pretensiones de la demanda, “por las fallas del servicio del proceso de servidumbre”, en la medida en que solicitó que fuera revocada para que, en su lugar, se condenara a las entidades demandadas a reparar los perjuicios supuestamente ocasionados (...), se limitó a citar jurisprudencia y no formuló ningún reproche sobre las conclusiones propuestas por el a quo para no acceder a las imputaciones que se formularon en la demanda, de ahí que la Sala no encuentra cargos para analizar en esta instancia ni puede suponer las razones de inconformidad de quien apela.



Pese a lo anterior el órgano de cierre consideró conveniente precisar que, aunque los actores aseguraron que este tribunal emitió un pronunciamiento “contrario a las pruebas que aparecen en el expediente, esa aseveración, automáticamente, no conlleva a que Sala revise de nuevo todo el proceso para efectos de constatar o no esa situación, en especial, cuando no relaciona algún elemento de juicio en particular que pueda tener la suficiencia de modificar la decisión adoptada ni controvierte de manera fundada el juicio de valor que se extrajo de las mismas, lo cual sirvió de base al tribunal para apoyar sus conclusiones.

De lo anterior concluye el ad quem que los verdaderos fundamentos de hecho y/o de derecho que sirvieron de sustento a la providencia impugnada no fueron atacados por la parte recurrente, ya que en la impugnación sólo se observan, de una parte, expresiones ligeras y abstractas y, de otro lado, apartes de decisiones judiciales frente a las que ni siquiera se mencionan los supuestos fácticos allí examinados o se hace alusión a alguna regla jurisprudencial que se hubiera desatendido, junto con las debidas justificaciones.

Finalmente indica que otro sería el escenario si el tribunal de primera instancia no se hubiera pronunciado acerca de alguno de los aspectos consignados en la demanda, pues en ese evento sí le correspondía a esa Sala complementar la sentencia del a quo, en los términos del artículo 311 del CPC, pero ese evento no se presentó; es más, lo que se observa es que, pese a que la parte actora no presentó unas imputaciones tan fáciles de extractar en la demanda, el a quo realizó un esfuerzo interpretativo, con el fin de garantizar el debido proceso, por lo que la Sala considera pertinente señalar en esta oportunidad, como lo ha hecho en casos similares, que la carga de sustentación del recurso de apelación no se satisface con la simple manifestación de inconformidad contra la providencia recurrida ni tampoco con la solicitud genérica de que se revoque o con citas jurisprudenciales; pues no es válido que el apelante acuda a conceptos abordados en providencias judiciales pues, la sustentación que se requiere debe discurrir sobre la censura que, puntualmente, en su sentir, merece la determinación adoptada en primera instancia y los argumentos que fueron esgrimidos para llegar a ella, pues los planteamientos fijados por la jurisprudencia de las altas cortes pueden ayudar a orientar y a respaldar la sustentación de un recurso, pero, per se, no sustituyen la retórica que sólo puede ofrecer quien conoce tanto el fallo proferido como las razones por las que cree que debe ser analizado en segunda instancia por una autoridad judicial de mayor jerarquía.



2. REPARACIÓN DIRECTA. Caducidad del medio de control, conteo y cómputo. Ocupación permanente de bien inmueble, daño a bien inmueble por obra pública. Cesación de la causa generadora del daño, daño prolongado, conocimiento del hecho dañoso. Legitimación en la causa por activa, acreditación del título de propiedad. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera Subsección A. Sentencia de 12 de diciembre de 2022. Radicación 680012333000-2013-00575-03 C.P. Dra. MARIA ADRIANA MARIN.

[Radicación 680012333000-2013-00575-03](#)

RD/ DR. JERS. Confirma sentencia que niega las pretensiones de la demanda.

Inicia el estudio de alzada recordando que la cuantía es un factor para determinar la competencia en los procesos contencioso administrativos en atención a lo previsto en el artículo 150 del CPACA, modificado por el artículo 615 del CGP, de lo que se colige que el Consejo de Estado es competente para conocer, en segunda instancia, de “las apelaciones de las sentencias dictadas en primera instancia por los tribunales administrativos y de las apelaciones de autos susceptibles de este medio de impugnación”; mientras que el numeral 6 del artículo 152 del CPACA dispone que los tribunales administrativos conocerán en primera instancia, entre otros asuntos, “de los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Ahora bien, entrando en materia concreta del sub examine indica el fallador superior que el término de caducidad de la pretensión de reparación directa derivada de la ocupación permanente de un bien inmueble por ejecución de trabajos públicos, inicia su cómputo desde la terminación de la obra, por lo que como en el presente asunto se pretende la declaratoria de responsabilidad de las entidades demandadas, por la supuesta ocupación permanente de un bien inmueble, la Sala considera necesario realizar un breve examen jurisprudencial sobre ese tema; indicando que la jurisprudencia de esa Corporación ha señalado que, en principio, en este tipo de situaciones, el particular perjudicado por la construcción de obras públicas podrá accionar dentro de los dos años siguientes al momento en el cual culminaron las mismas; sin embargo, para contabilizar el término de caducidad de la pretensión de reparación directa derivada de la ocupación permanente de un bien



inmueble con ocasión de la ejecución de trabajos públicos se requiere tener claridad acerca de la fecha en la cual se culminó la obra en el predio afectado, pues será a partir de ese momento que se deberá computar el plazo.

De tal suerte, precisa la ponencia que se deben hacer dos precisiones: i) el término de caducidad no se extiende hasta los dos años siguientes a la terminación de la totalidad del proyecto o de las obras que lo integran, porque el plazo deberá empezar a contarse desde el momento en que las obras que afectan directamente el inmueble hubieren culminado respecto de este, aun cuando todavía quedare por ejecutar una porción; ii) el hecho de que los efectos del daño se extiendan indefinidamente después de su consolidación -finalización de la construcción en este caso- no puede evitar que el término de caducidad comience a correr, porque, si ello fuere así, en los casos en los cuales los daños tuvieran carácter permanente, como ocurre cuando se construyen unas viviendas en el inmueble de un particular, la pretensión jamás caducaría. (...) Es claro que, en casos específicos al igual que sucede cuando existe ocupación permanente de inmuebles por trabajos públicos, el interesado no debe esperar a que el daño cese, por cuanto, como se dejó visto, dicho supuesto no acontecerá, dado que la construcción no desaparecerá, circunstancia por la que no puede entenderse, entonces, que la caducidad se torne imperecedera; por el contrario, deberá atenderse al conocimiento del daño y su consolidación para efectos de determinar el punto de partida de la misma. En conclusión, el cómputo de la caducidad de la pretensión de reparación directa iniciará, por regla general, en el momento en que se termina o finaliza la obra pública que configura la ocupación; sin embargo, cuando la obra construida tenga vocación de permanencia -por ejemplo una vía pública- y, por tanto, la ocupación material se proyecte indefinidamente en el tiempo, no significará la supresión del fenómeno de la caducidad; por el contrario, deberá computarse una vez éste se consolide, aspecto que deberá establecerse en cada caso concreto.

Finalmente la Sala concluye que los demandantes no se encuentran legitimados por activa para obtener las declaraciones y condenas instauradas en el presente proceso, dado que no acreditaron la titularidad del derecho real de dominio sobre el bien inmueble objeto de discusión; precisando que no se le está exigiendo a los señores demostrar ser los propietarios del bien inmueble en el que supuestamente las entidades demandadas construyeron la estación de Metrolínea S.A., pues es claro que estos manifestaron acudir al presente proceso en su calidad de herederos por representación de sus madres, no obstante, lo que se echa de menos es que



estos no probaron que ese bien inmueble efectivamente fuera de propiedad de su difunto abuelo. En conclusión, la Sala considera que los demandantes no se encuentran legitimados por activa para acudir al presente proceso, pues no es posible considerar que tengan un interés jurídico en reclamar la indemnización por los perjuicios pretendidos, dado que no demostraron ser los titulares del derecho real de dominio del inmueble sobre el cual se construyó la obra, por no haberseles adjudicado y tampoco están legitimados para reclamar para la sucesión de su abuelo, porque no lograron acreditar que este ostentara la calidad de propietario del bien inmueble en el que fue construida la estación de Metrolínea S.A., de ahí que ese bien no hiciera parte de la masa sucesoral.

- 3. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO – Reliquidación de pensión ordinaria de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985; factores salariales que deben tenerse en cuenta en el ingreso base de liquidación pensional de persona beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993. Ex empleada secretaria distrital de educación.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección B. Sentencia de 07 de diciembre de 2022. Radicación 680012333000-2013-00860-02 C.P. Dr. CARMELO PERDOMO CUETER.

[Radicación 680012333000-2013-00860-02](#)

NR DR. MRQ. Confirma sentencia que accede parcialmente a las pretensiones de la demanda.

En atención al quid del asunto refiere la decisión que las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social integral (1° de abril de 1994) contaran con treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, se les reconocerá la pensión de jubilación de conformidad con el régimen anterior al cual se encontraban afiliados, es decir, la pensión de jubilación respecto de la edad, tiempo de servicio y monto se les aplicará el régimen anterior.(...) en el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el legislador excluyó del régimen de transición la expectativa de las personas beneficiarias de este de obtener su pensión con el ingreso base de liquidación que consagraba el régimen anterior al que se encontraban afiliadas al entrar en vigor aquella; por ende, en virtud del principio de



favorabilidad, la correspondiente entidad de previsión social, al momento de la liquidación pensional deberá determinar el ingreso base de liquidación que le fuera más benéfico al pensionado, en la medida en que la Ley 100 de 1993 permite optar por (i) el promedio de lo cotizado durante el tiempo que le hiciera falta entre la entrada en vigor de la Ley 100 (1° de abril de 1994) y la adquisición del estatus pensional, si fuere inferior a 10 años; (ii) el promedio de lo aportado durante todo el tiempo, si el monto es superior, actualizado anualmente con el índice de precios al consumidor (IPC); o (iii) el promedio de lo cotizado durante los últimos 10 años, conforme al artículo 21 ibidem.

Ahora bien, para efectos de determinar los factores sobre los cuales se debieron efectuar cotizaciones, cabe anotar que con el Decreto 691 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se incorporaron el sistema general de pensiones a los servidores públicos (i) de la rama ejecutiva del orden nacional, departamental, municipal o distrital, así como de sus entidades descentralizadas; y (ii) del Congreso de la República, de la rama judicial, el Ministerio Público, la Fiscalía General de la Nación, la organización electoral y la Contraloría General de la República; (...) [L]a Ley 33 de 1985 prescribe, como requisitos para acceder a la pensión mensual vitalicia de jubilación por parte de los empleados oficiales, haber servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegado a la edad de cincuenta y cinco (55) años. Igualmente, determina que la cuantía será del 75% del salario promedio.(...)



PROVIDENCIAS DE INTERÉS PROFERIDAS POR EL CONSEJO DE ESTADO

- 1. NULIDAD ELECTORAL / Intervención de terceros – Coadyuvancia – oportunidad procesal. Intervención de terceros en el medio de control de nulidad electoral.** Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Auto de 19 de diciembre de 2022. Radicación: 110010328000-2022-00118-00. C.P. Dra. ROCÍO ARAÚJO OÑATE.

[Radicación: 110010328000-2022-00118-00.](#)

En cuanto a la oportunidad de la intervención, recuerda la providencia que el artículo 228 de la Ley 1437 de 2011, dispone que en los procesos de nulidad electoral los terceros pueden acudir hasta el día inmediatamente anterior a la celebración de la audiencia inicial.

De tal suerte, como se observa, la norma adjetiva especial señala un límite temporal final para ser tenido como tercero en el medio de control de nulidad electoral, pero el quid se circunscribe a determinar ¿cómo se contabiliza este término cuando el asunto puede ser decidido a través de la figura de la sentencia anticipada, en donde se prescinde de la audiencia inicial, conforme el artículo 182A de la Ley 1437 del 2011?

Para responder lo anterior, en primer lugar, debe señalarse que el referido artículo 228 debe entenderse de la mano del artículo 179 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que señala las etapas en que se surte el proceso contencioso electoral. Estas son:

- La primera, desde la presentación de la demanda hasta la audiencia inicial.
- La segunda, desde la finalización de la anterior hasta la culminación de la audiencia de pruebas.
- La tercera, desde la terminación de la anterior, comprende la audiencia de alegaciones y juzgamiento y culmina con la notificación de la sentencia.



De lo anterior se colige entonces, que fue la intención del legislador que, en el medio de control de nulidad electoral, la intervención de los terceros se diera en la etapa inicial del proceso que culmina hasta la audiencia inicial, por ello el artículo 288 de la Ley 1437 de 2011, limita la participación de éstos hasta el día inmediatamente anterior a la fecha de celebración de la diligencia mencionada.

De tal suerte, en aquellos casos en los que se prescinda de la celebración de la referida diligencia, la oportunidad procesal correspondiente será hasta la ejecutoria de la providencia que tome tal determinación, pues en dichos eventos se entiende culminada la primera fase del proceso contencioso administrativo electoral, la cual emana como la oportunidad procesal correspondiente para admitir la intervención de terceros en el mismo.

Para concluir el estudio del caso, recuerda la ponente que a partir de la lectura sistemática de los artículos 223 de la Ley 1437 de 2011 y 71 de la Ley 1564 de 2012, en el proceso de nulidad electoral la participación de terceros se encuentra limitada a: (I) aquellas actuaciones permitidas a la parte a la que adhiere, (II) no se deben oponer a los que realice la parte que coadyuva y (III) no deben implicar disposición del derecho en litigio; razón por la cual la Sección Quinta del Consejo de Estado ha considerado improcedente que un tercero interviniente asuma posturas que son propias de la parte a la cual adhiere y, por tanto, que al coadyuvante solo le es dable nutrir argumentativamente al sujeto procesal que apoya.

2. RECURSO EXTRAORDINARIO DE UNIFICACIÓN DE JURISPRUDENCIA
/ Procedencia de la acumulación de recursos extraordinarios de unificación de jurisprudencia. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda Subsección A. Auto de 7 de diciembre de 2022. Radicación: 68001-33-33-010-2019-00134-01. C.P. Dr. WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ.

[Radicación: 68001-33-33-010-2019-00134-01.](#)

El despacho señala que, si bien es cierto que el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo no regula expresamente lo referente a la acumulación de procesos, como sí lo hace el artículo 148 del CGP,



está última disposición resulta aplicable al procedimiento contencioso administrativo, de conformidad con la remisión contenida en el artículo 306 del CPACA. Así las cosas, tenemos que dicho precepto regula lo que se denomina acumulación de dos (2) o más procesos que se encuentren en la misma instancia, aunque no se haya notificado el auto admisorio de la demanda, siempre que deban tramitarse por el mismo procedimiento.

Sin embargo, es de resaltar que el presente trámite es un recurso extraordinario y no un proceso declarativo, el cual tiene como fines asegurar la unidad de la interpretación del derecho, su aplicación uniforme, así como reparar los derechos de las partes y terceros que resulten afectados con la providencia que eventualmente desconozca determinada sentencia de unificación, si a ello hubiere lugar, de conformidad con el artículo 256 del CPACA.

En ese sentido, el legislador previó el recurso extraordinario en mención, con el objeto de proteger el precedente vertical, respecto del cual habilitó un espacio de control frente a lo resuelto por los jueces o tribunales inferiores, cuando la sentencia impugnada, precisamente, contraríe o se oponga a una sentencia de unificación del Consejo de Estado, según lo previsto en el artículo 258 ibidem.

Así las cosas, el ponente considera que es improcedente acumular al presente asunto a los otros recursos extraordinarios de unificación de jurisprudencia que se encuentran en trámite en el Consejo de Estado, comoquiera que dicha figura se encuentra consagrada para la acumulación de procesos más no para adelantar bajo una misma cuerda procesal distintos recursos extraordinarios, máxime cuando el Capítulo II del Título VI del CPACA en ningún momento posibilita lo peticionado por la parte demandante.



**PROVIDENCIAS DE INTERÉS PROFERIDAS POR EL HONORABLE
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER**

- 1. ACCIÓN POPULAR.** Sentencia de 05 de diciembre de 2022. **RADICADO:** 686793333002-2020-00015-01. **ACCIONANTE:** LUIS EMILIO COBOS MANTILLA. **ACCIONADO:** MUNICIPIO DE SAN GIL. M.P. DRA. FRANCY DEL PILAR PINILLA PEDRAZA.

[RADICADO: 686793333002-2020-00015-01.](#)

DESCRIPTOR

ESPACIO PÚBLICO – MAL ESTADO DE VÍA PÚBLICA.

RESTRICTOR

Vía Principal que conduce de San Gil a Socorro. Pavimentación vial. Mantenimiento vial.

DECISIÓN

Confirma decisión que concede el amparo a los derechos colectivos conculcados.

TESIS

Refiere la decisión que el artículo 311 constitucional dispone que, “al municipio como entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley, construir las obras que demande el progreso local, ordenar el desarrollo de su territorio, promover la participación comunitaria, el mejoramiento social y cultural de sus habitantes y cumplir las demás funciones que le asignen la Constitución y las leyes.” Por su parte, la Ley 9ª de 1989 define, en su artículo 5, el espacio público como “... el conjunto de inmuebles públicos y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes”.

Conforme a esta misma norma, constituye espacio público de la ciudad, entre otros, las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal, como vehicular. Así las cosas, las zonas tanto vehiculares como peatonales constituyen espacio público,



respecto del cual el Estado tiene la obligación de resguardar y preservar al uso común, y a nivel territorial tal cometido les compete a los municipios en pro de garantizar la libre y segura circulación de los ciudadanos por la respectiva zona, de conformidad con su particular reglamentación; siendo tales atribuciones, una derivación propia del marco normativo contenido en el artículo 311.

En ese orden de ideas, el municipio tiene la potestad legal de adoptar las medidas necesarias para garantizar el desplazamiento y movilidad segura de las personas y vehículos automotores que transitan por las vías a su cargo, como una materialización de los mencionados derechos.

2. REPARACIÓN DIRECTA. Sentencia de 01 de diciembre de 2022.
RADICADO: 680013333009-2020-00131-01. **DEMANDANTE:** MARISOL PINEDA MORALES Y OTROS. **DEMANDADO:** CLÍNICA GIRÓN E.S.E., HOSPITAL UNIVERSITARIO DE SANTANDER Y NUEVA E.P.S. M.P. DR. JULIO EDISSON RAMOS SALAZAR

[RADICADO: 680013333009-2020-00131-01](#)

DESCRIPTOR

FALLA MÉDICA – PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD.

RESTRICTOR

Clínica de Girón, Hospital Universitario de Santander. Falla en la prestación del servicio médico. Atención tardía, trabas administrativas, remisión a institución de mayor complejidad. accidente vascular encefálico agudo / Enfoque diferencial de género.

DECISIÓN

Confirma decisión que declara administrativamente responsable a la Clínica de Girón ordenando indemnizar perjuicios morales a los demandantes, ofrecer excusas en ceremonia privada, y diseñar políticas institucionales para la optimización de la prestación del servicio de urgencias y así minimizar los eventos de muerte por accidente cerebro vascular; negando las demás pretensiones del libelo genitor.



TESIS

En relación con la responsabilidad derivada del servicio médico, refiere la decisión que en sentencia del 29 de agosto de 2013, la Sección Tercera del Consejo de Estado explicó: “Actualmente, la jurisprudencia aplica la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la actividad médica y el nexo de causalidad entre ésta y aquel, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria: (...) de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño.

En ese orden de ideas, se acoge dicho criterio porque además de ajustarse a la normatividad vigente (art. 90 de la Constitución y 177 del Código de Procedimiento Civil), resulta más equitativa. La presunción de la falla del servicio margina del debate probatorio asuntos muy relevantes, como el de la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufra el paciente. La presunción traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción que falló, en una materia tan compleja, donde el área constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones de masa (impersonales) en las que se presta el servicio en las instituciones públicas hacen muy compleja la demostración de todos los actos en los que éste se materializa.

Así las cosas, no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio (...).



Entonces, la desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla, por la falta de conocimiento técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, encuentran su solución en materia de responsabilidad estatal, gracias a una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso, en particular de la prueba indiciaria, que en esta materia es sumamente relevante, con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes.

Ahora bien, en relación con la actividad médica capaz de comprometer la responsabilidad de la administración, debe señalarse que no es solamente aquella que se desarrolla contrariando los postulados de la *lex artis* o, dicho en otras palabras, que es consecuencia de un funcionamiento anormal, negligente o descuidado del servicio médico, pues también la actuación o actividad médica que se despliega en condiciones normales o adecuadas puede dar lugar a que ello ocurra.

Puntualmente respecto de la responsabilidad del Estado por la prestación del servicio médico de salud, en sentencia de fecha 12 de febrero de 2014 el Honorable Consejo de Estado recordó que “corresponde a la parte actora acreditar los supuestos de hecho que estructuran los fundamentos de la misma; es decir, debe demostrar el daño, la falla en la prestación del servicio médico hospitalario y la relación de causalidad entre estos dos elementos, para lo cual puede valerse de todos los medios probatorios legalmente aceptados, entre los cuales cobran particular importancia el o los indicios que puedan construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño ocasionado, ya que sin la concurrencia de estos elementos no se logra estructurar la responsabilidad del Estado.

Puntualmente en lo relacionado con el tema de pérdida de la oportunidad, en sentencia del 30 de noviembre de 2017 la Sección Tercera del Honorable Consejo de Estado reiteró la conceptualización efectuada en anteriores providencias e indicó que el daño autónomo por pérdida de la oportunidad ha sido definido como “la pérdida definitiva de un beneficio respecto del cual existían razonables posibilidades de ser alcanzado, o bien como el padecimiento de un perjuicio que tenía reales



probabilidades de ser evitado, sin que en momento alguno existiera certeza de un desenlace favorable a la víctima”, y que en ella coexisten un elemento de certeza y de incertidumbre.

Así las cosas, la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida mayor, constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación debe limitarse a la pérdida de la oportunidad en sí misma “con prescindencia del resultado final incierto, esto es, al beneficio que se esperaba lograr o a la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño”. No obstante, es necesario probar que la pérdida de oportunidad sea cierta pues si se trata de una posibilidad “muy vaga o genérica” se está en presencia de un daño hipotético o eventual que no resulta indemnizable, y, por ende, corresponde a la interesada “probar que el no haber podido obtener la ventaja que esperaba es consecuencia de no haber gozado de la oportunidad que normalmente le habría permitido obtenerla”.

Acogiendo entonces los planteamientos de la jurisprudencia del Honorable Consejo de Estado tratándose de actos médicos, encuentra el ponente que el operador jurídico debe evaluar el caso desde una perspectiva de medios y no de resultados, lo que implica que el personal médico tiene la obligación de practicar la totalidad de los procedimientos pertinentes para tratar las patologías del paciente, agotando todos los medios que se encuentran a su alcance. Así mismo, la historia clínica constituye el medio probatorio idóneo para establecer las actuaciones que se adelantaron para obtener el diagnóstico del paciente y permite al juzgador ubicarse en la situación del médico para ese momento a efectos de determinar si sus actuaciones correspondieron a las necesidades médicas del paciente.

- 3. NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO.** Sentencia de 01 de diciembre de 2022. **RADICADO:** 680013333006-2017-00437-01. **DEMANDANTE:** JOSÉ IGNACIO SARMIENTO MARTÍNEZ Y OLIVA ÁLVAREZ DE SARMIENTO. **DEMANDADO:** NACIÓN, MINISTERIO DE DEFENSA, EJÉRCITO NACIONAL. M.P. DR. IVÁN FERNANDO PRADA MACÍAS.

[RADICADO: 680013333006-2017-00437-01.](#)



DESCRIPTOR

RECONOCIMIENTO PENSIÓN SOBREVIVIENTE, SOLDADO REGULAR. MUERTE POR ACCIÓN VIOLENTA DEL ENEMIGO.

RESTRICTOR

Ejército Nacional. Reconocimiento pensión sobreviviente de soldado regular a favor de sus padres. Aplicación de la Sentencia de Unificación. Cumplimiento del requisito de la dependencia económica. Muerte en actos del servicio

DECISIÓN

Confirma sentencia que accede a las pretensiones de la demanda.

TESIS

De la regulación existente frente a las prestaciones a que tienen derecho los beneficiarios de aquellas personas que fallezcan durante la prestación del servicio militar obligatorio, únicamente contempla el reconocimiento de una pensión vitalicia cuando la muerte del causante hubiera ocurrido en combate. Así mismo, en los eventos en que la muerte del soldado hubiera sido calificada como “en misión del servicio” o “simplemente en actividad” los beneficiarios tienen derecho únicamente al pago de una compensación por muerte en los términos del Decreto 2728 de 1968.

No obstante, frente al tema bajo análisis, el H. Consejo de Estado en Sentencia de Unificación de fecha 12 de abril de 2018 consideró que en aplicación del principio de favorabilidad resultaba procedente la aplicación de las reglas contenidas en la ley 100 para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en casos como el que nos ocupa. Al respecto, la aludida sentencia consideró:

“(…) en aplicación de la regla de favorabilidad, en los términos del artículo 288 de la Ley 100 de 1993, se observa que el régimen que más ampara a los beneficiarios del conscripto fallecido simplemente en actividad es el contenido en las normas generales que prevén una prestación con mayor vocación de continuidad en el tiempo que las contenidas en el Decreto 2728 de 1968 y que, además, se corresponde con los efectos pensionales que debe imprimirse a este periodo de servicio público.

(…)



En este sentido, el Consejo de Estado ha ordenado que, con apoyo en el principio de favorabilidad y el derecho a la igualdad, se apliquen las normas del régimen general de seguridad social a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

(...)

Con fundamento en estas consideraciones, la citada sentencia fijó la siguiente regla de unificación jurisprudencial determinando la procedencia del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes:

“Con fundamento en la regla de favorabilidad contenida en el artículo 288 de la Ley 100 de 1993, los beneficiarios de las personas vinculadas a las Fuerzas Militares, en cumplimiento de la obligación constitucional de prestar el servicio militar, que fallezcan simplemente en actividad y con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993, pueden beneficiarse de la pensión de sobrevivientes prevista por el régimen general contenido en la Ley 100 de 1993, artículos 46, 47 y 48, el cual deberá aplicarse en su integridad para efectos del reconocimiento de la prestación, esto es, lo relativo al monto de la pensión, el ingreso base de liquidación y el orden de beneficiarios”.

NOTA DE RELATORIA: El contenido de las notas citadas respecto de las decisiones referenciadas es de carácter eminentemente informativo de conformidad con la labor compiladora de la relatoría; por lo que se resalta el deber de consultar los textos completos de las providencias para verificar el contenido fiel de las decisiones ante posibles verros en la tarea de clasificar, titular, extractar y divulgar dichos documentos.