



Tribunal Administrativo de Santander

Relatoría

Boletín agosto de 2015

PROVIDENCIAS DE INTERÉS

- 1. IMPORTANCIA DEL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN LOS PROCESOS DE RECLUTAMIENTO E INCORPORACIÓN AL SERVICIO MILITAR REALIZADOS POR LAS AUTORIDADES MILITARES EN EL CAMBIO DE MODALIDAD.** Consejo de Estado. Sección Segunda. Sentencia del 24 de junio de 2015. Acción de tutela. Radicación: 68001-23-31-000-2015-00321-01. CP: Sandra Lisset Ibarra Vélez.

Síntesis: El actor interpuso acción de tutela en contra de la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – POLICÍA NACIONAL – DIRECCIÓN GENERAL con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso administrativo y a la igualdad, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada al no permitirle el cambio en la modalidad de prestación del servicio militar obligatorio de Auxiliar de Policía Regular a Auxiliar de Policía Bachiller, en razón a que afirma que su vinculación en la entidad se produjo en la primera de aquellas, sin tener claridad en la diferencia que se presentaba con la modalidad de bachiller; y como quiera que cuando se presentó de forma voluntaria a cumplir con su deber como ciudadano del Estado Colombiano, ostentaba el título de Bachiller, debió ser incorporado de tal forma.

Extracto: “(...) la Constitución Política en los artículos 216 y 217 fija la obligación para todos los colombianos de prestar el servicio militar. En ese sentido, el artículo 13 de la Ley 48 de 1993 y el Decreto 2048 de 1993, autorizan al Gobierno para establecer diferentes modalidades de prestar el servicio militar, distinguiendo cuatro modalidades o categorías de éstas: a. Como soldado regular de 18 a 24 meses; b. Como soldado bachiller durante 12 meses; c. Como Auxiliar de Policía Bachiller durante 12 meses; d. Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.

(...) lo anterior no es óbice para que el conscripto apto de manera libre, espontánea e informada pueda incorporarse en una modalidad diferente, de auxiliar de policía bachiller, a regular, sin embargo, **esta situación especial debe estar precedida de un consentimiento informado**, toda vez que hay una renuncia de ciertos beneficios y prerrogativas que la ley reconoce representados en tiempo, -12 meses de servicio- y actividades de bienestar social a la comunidad-, preservación del medio ambiente y conservación ecológica- así como el lugar de prestación en la zona geográfica en donde residen todo ello, en atención a la condición de tener estudios concluidos de bachillerato.

(...) En tal sentido, la Policía Nacional deben adoptar las medidas adecuadas y necesarias para informar claramente a los jóvenes que voluntariamente deseen optar por alguna de las modalidades que la ley brinda cuáles son los derechos y deberes que les asisten, así como los peligros de una u otra alternativa. Esta información debe ser el producto de un espacio de inter-comunicación, inter-relación e inter-acción entre los actores involucrados en el que se genere un ambiente de confianza, respeto y compromiso para elegir lo que más le convenga al joven y le permitan tomar decisiones con plena conciencia y consentimiento sobre las cuestiones que afectan su vida y desarrollo personal.

Se enfatiza además que no es suficiente que la Policía Nacional, al momento de lograr el consentimiento informado, brinde datos de manera mecánica, procedimental o simplemente haga llenar un formato, sino que deben evaluar el grado de percepción y comprensión del joven aspirante que recibe la información, y ello sólo es posible mediante una conversación abierta, sincera, con datos claros y precisos entre los sujetos participantes que minimice las barreras de la comunicación que puedan surgir en algunos casos por las diferencias en los niveles educativo, cultural, socioeconómico y condiciones de vida. En tal sentido, incluso en aquellos casos en los cuales un joven, teniendo el derecho a ser auxiliar bachiller, opte por una modalidad con un alto grado de peligrosidad como auxiliar regular y los funcionarios de reclutamiento de la Policía Nacional cuenten con elementos claros y objetivos para considerar que no tiene las aptitudes psicofísicas, psicológicas o mentales, tienen la obligación de adoptar medidas para encausar el consentimiento libre y espontáneo a favor de sus derechos.

(...) Sobre el particular ésta Corporación¹, ha señalado, que la condición de Bachiller de conformidad con lo dispuesto en la Ley 48 de 1993 y en concordancia con el Decreto 2853 de 1991, se debe reconocer, pese a que en el proceso de inscripción se hubiere adelantado como Auxiliar de Policía, “por cuanto la normatividad expuesta arriba en modo alguno consagra la pérdida de derechos por la renuncia expresa a ellos ni la prohibición de retracto sobre condiciones

¹ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A – Sentencia 28 de febrero 2014, Actor Yonan David Casas Vargas M.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

iniciales de incorporación que desbordan las mínimas legales exigidas para el caso de los bachilleres”².

En este orden de ideas, es claro que al actor debe aplicársele el régimen de Auxiliar de Policía Bachiller, y contar los 12 meses de prestación del servicio militar por un período a partir de la fecha efectiva de ingreso, pues resulta más benéfico, para él.

(...) De lo anterior encuentra la Sala, que lo resuelto en primera instancia por el Tribunal Administrativo Oral de Santander en la sentencia de 20 de abril de 2015 deberá ser revocado, pues los procesos para la prestación del servicio militar obligatorio no pueden alejarse de los precisos términos legales establecidos y en consecuencia la entidad no podría tramitar la inscripción del actor como Auxiliar de Policía Regular cuando tenía derecho a ingresar como Auxiliar de Policía Bachiller, debido a su calidad de bachiller académico.

Por lo anterior, se ordenará a la Dirección de Reclutamiento del Ejército Nacional, por medio del Coordinador de PONAL, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de ésta providencia, adelante las respectivas actuaciones administrativas a fin de que se modifique la modalidad en que fue incorporado Edwin Fabián Manosalva Contreras al servicio militar, esto es, de Auxiliar de Policía Regular a Auxiliar de Policía Bachiller (...)”

- 2. AUSENCIA DEL REQUISITO DE PROCEDENCIA DE LA INMEDIATEZ EN ACCIÓN DE TUTELA CONTRA SENTENCIA JUDICIAL.** Consejo de Estado. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia del 16 de junio de 2015 Radicación: 11001-03-15-000-2015-01241-00. CP: Gerardo Arenas Monsalve.

Síntesis: Acción de tutela instaurada por la UGPP contra los fallos proferidos en primera instancia por el Juzgado Único de San Gil y en segunda Instancia por el Tribunal Administrativo de Santander, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia.

Extracto: “(...) el término de inmediatez, debía atender a un plazo que varíe desde 6 meses a 1 año –contado a partir de la notificación de la providencia acusada– dependiendo de la valoración que el juzgado

² Consejo de Estado, Sección Segunda Subsección A, Sentencia de 29 de enero de 2014, Actor: Fernando Antonio Avendaño Forero M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

realice sobre el caso concreto, teniendo en cuenta su gravedad y complejidad. (...).

Finalmente, la Sala Pena de lo Contencioso Administrativo de esta Corporación en sentencia de 5 de agosto de 2014, exp: 110010315000201202201 (...) advirtió lo siguiente: "(...) como regla general, acoge un plazo de seis meses, coantados a partir de la notificación o ejecutoria de la sentencia, según el caso, para determinar si la acción de tutela contra providencias judiciales se ejerce oportunamente. Se ha estimado como aceptable ese plazo, teniendo en cuenta la naturaleza del acto jurisdiccional, los plazos previstos en la ley para interposición de los recursos ordinarios y extraordinarios contra las misma, el derecho a la tutela judicial efectiva y la necesidad de que las situaciones jurídicas resueltas logren certeza y estabilidad"

(...) de lo probado en el proceso se evidencia que la presente acción de tutela fue interpuesta al haber transcurrido tres (3) años, cinco (5) meses y once (11) días contados desde la fecha en que se notificó a las partes la sentencia de segunda instancia atacada; en efecto, la providencia proferida el 3 de noviembre de 2011 por el Tribunal Administrativo de Santander fue notificada mediante edicto fijado el 16 de noviembre de 2011 y desfijado el 18 del mismo mes y año y la tutela fue presentada el 29 de abril de 2015, circunstancia que claramente refleja el incumplimiento del requisito de inmediatez para viabilizar formalmente esta tutela contra providencias judiciales.

Adicionalmente, el actor no allegó prueba, ni refirió alguna justificación razonable que permitiera afirmar que la tardanza en incoar el recurso de amparo estuvo supeditada a un hecho especial".

- 3. COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA PARA DISCUTIR EL RECONOCIMIENTO DE LA SANCIÓN MORATORIA POR EL PAGO TARDÍO DE LAS CESANTÍAS / LEY 244 DE 1995.** Consejo de Estado - Sección Segunda. Auto del 16 de julio de 2015. Radicación: 15001-23-33-000-2013-00480-02 (1447-2015). Nulidad y Restablecimiento del Derecho, CP: Sandra Lisset Ibarra Velez.

Síntesis del caso: Se interpuso recurso de apelación contra la declaratoria de la excepción de falta de jurisdicción para conocer del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho mediante el cual se demanda la nulidad del acto administrativo por medio del cual se negó la petición de reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el no

pago oportuno de las cesantías prevista en la Ley 244 de 1994, en razón a que las cesantías que se le reconocieron a la demandante no fueron pagadas dentro del plazo contemplado en la ley. En criterio del apelante en el presente caso hay un acto administrativo que sin duda decidió una petición cuyo enjuiciamiento debe ser ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo;

Extracto: “(...) el conocimiento de la demanda contra ese acto corresponde a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de acuerdo con las competencias señaladas por la Ley 1437 de 2011; y no se debe olvidar que conforme a la sentencia de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado proferida el 27 de marzo de 2007, el interesado debe provocar el pronunciamiento de la administración para obtener el acto administrativo que reconozca el derecho y que sirva de título ejecutivo para hacerlo efectivo ante la Justicia Ordinaria Laboral.

Conforme a lo anterior no se puede afirmar en este caso que el título ejecutivo sea la Resolución (...) que reconoció las cesantías a la demandante, pues, allí no hay ninguna manifestación de la voluntad de la administración (...) que sea expresa, clara y exigible respecto del punto que se debate en este proceso, esto es, el reconocimiento de la sanción moratoria por el no pago oportuno de las cesantías. Además, no está en discusión el reconocimiento mismo de las cesantías contenido en la resolución mencionada; lo que es objeto del presente proceso es el pago de la sanción moratoria porque las cesantías no se pagaron dentro del plazo indicado en la ley.

En este orden de ideas decir que el conocimiento del presente asunto es de la Justicia Ordinaria Laboral con el argumento de que hay un acto administrativo que reconoció las cesantías que junto con la Ley 244 de 1994 conforma un título ejecutivo complejo que se debe ejecutar ante citada jurisdicción, no corresponde a un entendimiento real y efectivo de la jurisdicción y de las competencias señaladas en la ley para conocer y decidir los diferentes asuntos propuestos por los administrados.

Entonces, como la administración no acepta la existencia de mora en el pago de las cesantías, y menos reconocerá de manera libre y espontánea la indemnización, el interesado deberá provocar decisión en tal sentido y para el efecto tiene que solicitar el reconocimiento de la indemnización prevista en la ley para cuando el pago de las cesantías no se hace dentro del plazo allí señalado.

(...) Así, pues, la demanda que pretende la nulidad del acto administrativo que negó el reconocimiento y pago de la sanción moratoria por el pago tardío de las cesantías es competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, en tanto que de existir

acto administrativo de reconocimiento de la sanción moratoria, el conocimiento del proceso ejecutivo será de la Justicia Ordinaria Laboral. En consecuencia, se revocará la decisión del Tribunal Administrativo de Boyacá que declaró probada de oficio la excepción de falta de jurisdicción y ordenó remitir el proceso a la Justicia Ordinaria Laboral, y se ordenará la devolución del proceso al Tribunal de origen para que continúe el trámite legal”.

4. ACRECIMIENTO DE LOS PERJUICIOS POR EL LUCRO CESANTE /

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia de Unificación CE.SUJ.3.001 del 22 de abril de 2015. Radicación: 15-001-23-31-000-2000-03838-01 (19.146). CP: Stella Conto Díaz del Castillo.

Síntesis: En esta providencia se unifica la jurisprudencia en lo relativo al ACRECIMIENTO DE LOS PERJUICIOS POR EL LUCRO CESANTE EN a que tienen derecho quienes, debido a la solidez del grupo y el deber ser del buen padre de familia, amén de que dejaron de percibir la ayuda económica de la persona por cuyo fallecimiento se demanda la responsabilidad patrimonial del Estado, habrían asistido a no ver menguado el apoyo sino robustecido, culminada la necesidad de cada uno de los integrantes del núcleo familiar.

Extracto:

-Criterios: *“Si bien se ha construido un criterio jurisprudencial de cara a la indemnización integral de la pérdida de los ingresos dejados de percibir por el lesionado, el fallecido y los miembros del grupo que percibían ayuda económica de aquel, apoyado en elementos desarrollados en otros campos del ordenamiento con criterios de justicia³; no lo es menos que, i) deja de lado el principio general del acrecimiento, cuya aplicación demandan las disposiciones del artículo*

³ i) la presunción de la capacidad laboral y el salario mínimo legal, definidos desde el régimen laboral; ii) la proyección de vida probable de la víctima, adoptada mediante actos administrativos para el cálculo actuarial en materia de pensiones³; iii) el incremento del salario en un 25%, por concepto de las prestaciones sociales en materia laboral; iv) la deducción de las prestaciones por la misma causa, pagadas conforme con el ordenamiento que rige la seguridad social; v) la deducción del 25% de los ingresos por concepto de los gastos propios de la víctima, con apoyo en las reglas de la experiencia y vi) la tasación de la obligación en valor presente, como se concibe desde el derecho común, con sujeción a índices de precios al consumidor y funciones de actualización en el tiempo de series uniformes de pagos (fórmulas utilizadas para estimar el lucro consolidado y el futuro), que sirven a los regímenes financiero y de política macroeconómica.

230 constitucional; ii) reconoce el perjuicio individual sí, empero, sin consideración a la unidad y los vínculos de solidaridad familiar de los que depende la satisfacción de las necesidades, afectados por el hecho dañino que ocasiona la pérdida de los ingresos; iii) supone, sin fundamento como lo pone de presente la doctrina⁴, que el derecho íntegro, de naturaleza económica que les asiste a cada uno de los miembros de la familia de recibir la ayuda dejada de percibir por otro de ellos, como la otorgaría el buen padre de familia, se extingue con la muerte al igual que la personalidad, esto es que, aunque el hecho dañino sea imputable al Estado, la pérdida del derecho íntegro a la ayuda económica que otorgaría el buen padre de familia la debe soportar la víctima y v), en general, no consulta las nuevas exigencias constitucionales en materia de protección de la unidad familiar, de las que no puede apartarse el arbitrio juris.

En ese orden, considera la Sala que existen importantes razones que ameritan la indemnización del lucro cesante con acrecimiento, en cuanto i) la aplicación de ese principio general no afecta la autonomía del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado; por el contrario, se aviene con las exigencias relativas a la protección constitucional de la unidad y los vínculos de solidaridad familiar, afectados con el hecho dañino imputable a la entidad pública y con los principios de justicia, equidad y reparación integral, de que tratan las disposiciones de los artículos 2°, 42, 90, 230 constitucionales y 16 de la Ley 446 de 1998 y ii) el perjuicio a ser indemnizado comprende la afectación del derecho al incremento que se habría generado desde la víctima con condición de buen padre de familia hacia cada uno de los miembros del grupo. Esto si se considera que la ocurrencia del daño no tendría que afectar la unidad patrimonial y el deber ser de su permanencia, al margen de su movilidad.

i) En efecto, el acrecimiento es un principio general de derecho y no una institución exclusiva o excluyente de las ramas del derecho privado y la seguridad social. Su aplicación opera automáticamente, en los casos en que se extingue la limitación del derecho íntegro que le corresponde a una persona, experimentada por la concurrencia de otros.

La circunstancia de que ese principio rijan distintas instituciones del derecho civil y de la seguridad social, no limita su generalidad en la

⁴ Cfr., "Hay un aspecto que se plantea siempre en esta clase de indemnización y que merece comentario específico: cuando se llega a la edad límite de la indemnización para las hijas, en este caso concreto a los 18 años, lo que a partir de ese momento deja de serles indemnizado no acrece la indemnización de la viuda o compañera. Pero la conclusión es discutible. En efecto, de no haber ocurrido el hecho dañino, y una vez llegadas las hijas a la mayoría de edad o a la edad de establecerse, lo normal es que la pareja hubiera mejorado su nivel de vida porque el dinero que se otorgaba a las hijas acrece inmediatamente el dinero de la pareja. Es decir, si se considera que los padres colaboran normalmente con sus hijos hasta la mayoría de edad o hasta la edad en que se establecen, se debería también considerar que a partir de dicho momento los padres incrementarían sus ingresos netos como pareja, porque naturalmente aquella suma de dinero no debe desaparecer. Sin embargo, ¡el Consejo de Estado produce la ficción de que a partir de dicho momento el dinero va a la tumba del difunto! No es esta posición lógica ni justa, y por el contrario, es violatoria de la regla de la indemnización plena del daño", HENAO, Juan Carlos, El daño, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pág. 301 y 302.

aplicación en otros campos, como el de responsabilidad patrimonial del Estado. (...)

ii) Conforme con el bloque constitucional que protege la unidad familiar, existe el derecho fundamental en cabeza de cada uno de los miembros del grupo a que se mantenga y proteja la unidad, la armonía y los vínculos de solidaridad familiar, de los que depende la satisfacción de las necesidades y el correlativo deber en cabeza de los padres de materializar ese derecho, al punto que sobre ellos recae una cláusula general de responsabilidad por el cuidado, protección, crianza y demás necesidades del núcleo familiar; todo ello exigible de la misma forma como lo haría un buen padre de familia. (...)

iii) La eficacia de la unidad familiar y del deber ser o responsabilidad de los padres respecto de la satisfacción del cuidado, protección, crianza de los menores y demás necesidades del núcleo familiar viene salvaguardada por la cláusula general de responsabilidad patrimonial y los principios de justicia, equidad y reparación integral, de que tratan los artículos 90, 230 constitucionales y 16 de la Ley 446 de 1998, conforme con los cuales el Estado debe indemnizar los daños ocasionados a los miembros del grupo familiar, cuando quiera que con las acciones u omisiones que le sean imputables resquebraja la unidad familiar, incluyendo el apoyo económico del que derivaban el sustento los miembros, como ocurre en el caso de la muerte del padre o la madre. (...)

Así a los integrantes del grupo familiar que dejaron de percibir la ayuda económica del fallecido se les liquidará el lucro cesante con el acrecimiento al que tienen derecho, por el hecho de extinguirse la concurrencia de cada uno de los demás miembros que limitaba la participación en los recursos destinados a la satisfacción de las necesidades del núcleo familiar.

-Metodología: “(...) Se fijan las cuotas de participación de forma que, alcanzada la edad en que de ordinario se logra la independencia económica de los hijos no discapacitados o agotado el tiempo de la expectativa de vida, la participación dejada de percibir por cada uno se reparte entre los restantes a los que, conforme con las reglas de la liquidación, aún les asiste el derecho a la porción y así sucesivamente. Se debe tener en cuenta, además, que a partir de la fecha en que todos los hijos alcanzan la autonomía económica, el trabajador habría aumentado las reservas para sus propias necesidades. Y, en esas circunstancias, la distribución será del 50% de los ingresos totales para cada consorte, cónyuge o compañero(a), siendo este porcentaje la proporción que se reconocerá al cónyuge superviviente, a partir de entonces. (...)”

RELATORÍA TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SANTANDER

Correo electrónico: relatribadm@cendoj.ramajudicial.gov.co

Teléfono. 6428946.

Bucaramanga - Santander



Tribunal Administrativo de Santander
Relatoría

Relatoría Tribunal Administrativo de Santander