

**TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL DEPARTAMENTO
ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y
SANTA CATALINA**

SIGCMA

San Andrés Isla, catorce (14) de diciembre de dos mil veintiuno (2021)

Sentencia No. 125

Medio de Control	Reparación Directa
Radicado	41-001-23-31-000-2006-000105-01
Demandante	Alejandro González Peña y otros
Demandado	Nación -Ministerio de Defensa Nacional-Ejercito Nacional
Magistrada Ponente	Noemí Carreño Corpus

I. OBJETO DE LA DECISIÓN

Procedente del Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, en desarrollo de lo dispuesto en materia de descongestión en el Acuerdo No. PCSJA21-11817 del 16 de julio de 2021, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se encuentra el proceso de la referencia en estado de dictar sentencia, a lo cual procede la Sala de Decisión de esta Corporación.

Decide la Sala el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia del 31 de julio de 2017, proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito Judicial de Neiva¹, que resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR administrativa y patrimonialmente responsable a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJERCITO NACIONAL, por el daño antijurídico causado a los demandantes, como consecuencia de la lesión ocurrida en el servicio por causa y razón del mismo, según el INFORME LESIÓN POR ACCIDENTE No. 11 del 14 de enero de 2003, el soldado profesional ALEJANDRO GÓNZALEZ PEÑA, que le provocó como resultado final una disminución de la capacidad laboral del 85%, en hechos ocurridos el 14 de enero de 2003, en el Municipio de Colombia, Huila, de acuerdo a lo consignado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: como consecuencia de la anterior declaración, CONDÉNASE A LA NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJERCITO NACIONAL, a pagar a favor de los actores las siguientes sumas, así:

¹ Folios 476 al 485 del cuaderno principal No. 2

A) Por perjuicios morales:

DEMANDANTE	CUANTÍA EN S.M.M.L.V.
ALEJANDRO GONZÁLEZ PEÑA (víctima directa)	100 S.M.M.L.V.
DEICY MILENA TIMOTE PERDOMO (cónyuge)	100 S.M.M.L.V.
CHARLY ALEJANDRO GONZÁLEZ TIMOTE (hijo)	100 S.M.M.L.V.
ALEJANDRO GONZÁLEZ HERRERA (progenitor)	100 S.M.M.L.V.
ANA INÉS PEÑA PEÑA (PROGENITORA)	100 S.M.M.L.V.
FORTUNATO GONZÁLEZ PEÑA (HERMANO DE LA VÍCTIMA DIRECTA)	50 S.M.M.L.V.
BERBASE GONZÁLEZ PEÑA (hermana de la víctima directa)	50 S.M.M.L.V.
UBERNEL GONZÁLEZ PEÑA (hermano de la víctima directa)	50 S.M.M.L.V.

B) Por perjuicios materiales - Lucro cesante

A favor del demandante ALEJANDRO GONZÁLEZ PEÑA, la suma de CUATROCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL QUINIENTOS SESENTA Y UN PESOS (\$498.889.561)

C) Daño a la vida en relación

A favor del demandante ALEJANDRO GONZÁLEZ PEÑA cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO: Deniéguese las demás pretensiones de la demanda.

(...)

II. ANTECEDENTES

- DEMANDA

Los señores Alejandro González Peña, Deicy Milena Timote Perdomo, en nombre propio en representación de su menor hijo Charly Alejandro González Timote, Alejandro González Herrera, Ana Inés Peña Peña, en nombre propio y de su menor hijo Hubernel González Peña, Fortunato González Peña y Berbase González Peña, por intermedio de apoderado judicial instauraron demanda de reparación directa

contra la Nación- Ministerio de Defensa Nacional - Ejército Nacional, con el objeto de que se acceda a las siguientes declaraciones²:

“PRIMERO: QUE A LA NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL, se decrete la responsabilidad administrativa de la entidad por el hecho generador del daño causado a mi mandante y que como consecuencia de la declaratoria de responsabilidad, se condene a la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA-EJÉRCITO NACIONAL, a pagar los perjuicios tanto materiales como morales y vida en relación, causados al señor Alejandro González Peña, a su cónyuge Deicy Milena Timote Perdomo, hijo menor Charly Alejandro González Timote, padres Alejandro González Herrera y Ana Inés Peña Peña, hermanos legítimos Hubernel González Peña, Fortunato González Peña y Berbase González Peña, por falla del servicio de la administración que condujo a la lesión y afectación en su integridad al señor Alejandro González Peña.

(...)

- **HECHOS**

La parte demandante fundamentó la demanda en los hechos que a continuación se resumen:

1. Afirma el apoderado de la parte demandante que el día 14 de enero del año 2003, el soldado profesional Alejandro González Peña, aproximadamente a las 13:00 horas presentó una virosis con fiebre, dolor de huesos y escalofríos, que ante dicha situación el Cabo Primero Comandante de la Segunda Sección de Contraguerrilla ordenó al soldado profesional -enfermero que aplicara al soldado González Peña una inyección intramuscular de dipirona.
2. Manifiesta que desde la aplicación del medicamento referido hasta las 11:00 horas del día siguiente (15 de enero de 2003), el estado de salud del soldado González Peña se complicó, presentando adormecimiento y dolor de su pierna izquierda como consecuencia del medicamento aplicado. En razón de dicha situación fue remitido de urgencias al Dispensario médico de la Novena Brigada donde fue valorado por médico especialista en Neurología y diagnosticado con “una neuropatía ciática izquierda postraumática luego de

² Folios 6-17 del cuaderno principal.

SIGCMA

inyección IM dipirona, neuropatía ciática. Estado actual disminución de 3cms en 1/3 medio del muslo y dificultad de dorsiflexión cojera correspondiente”.

3. Refiere que el comandante del batallón Tenerife levantó el informativo de carácter administrativo por lesiones No. 11 del 21 de agosto de 2003, calificando la lesión en actos del servicio. La Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, realizó la Junta Médico Laboral No. 2381 de fecha 27 de agosto de 2003, determinando una incapacidad laboral permanente parcial, con una disminución de capacidad laboral del 19.5%, argumentado que es una enfermedad común.
4. Señala que, a raíz de la lesión padecida, el soldado González Peña ha venido presentando un deterioro físico y psíquico. Sostiene que se le solicitó al dispensario médico de la Novena Brigada tratamiento psicológico y psiquiátrico, entidad que fue renuente al mismo al punto de verse obligado a iniciar una acción de tutela donde le fuere obligada a la institución a realizar los exámenes y tratamientos que requiera el soldado. Indica que el psiquiatra tratante de la Unidad Mental del Hospital Universitario Hernando Moncaleano Perdomo certificó que el actor está siendo tratado por esquizofrenia paranoide.
5. El día 15 de septiembre del año 2003, el soldado González Peña, solicitó la convocatoria del Tribunal Médico laboral de Revisión Militar y de Policía, por encontrarse inconforme con el dictamen dado por la Junta Médico laboral, toda vez que a su parecer sólo le había sido calificada la neuropatía ciática izquierda postraumática. El Tribunal Médico laboral de Revisión Militar y de Policía mediante acta No. 2451 adicionó una depresión reactiva por parte de psiquiatría y determinó una disminución de la capacidad laboral del 61.36%.
6. Sostiene que fue solicitada la revisión de la decisión anterior, en atención a nuevos conceptos y certificados médicos. Con posterioridad el Tribunal Médico laboral de Revisión Militar y de Policía expidió acta aclaratoria No. 2707 del cinco (5) de mayo de 2005 en el sentido de establecer que la disminución de la capacidad laboral del soldado es del 52.10%. Dicha

decisión fue revocada mediante Acta No. 2737 del 22 de junio de 2005, quedando así en firme la disminución de la capacidad del actor en un 63.36%.

- FUNDAMENTOS DE DERECHO

Considera que se encuentra evidenciada la falla del servicio en que incurrió el Ejército Nacional, en atención a la negligencia observada de quien tenía a su cargo la guarda, protección y control de la integridad personal del actor, toda vez que: (i) sin tomar las precauciones necesarias y sin mediar orden médica se ordenó la inyección intramuscular de un medicamento denominada dipirona y (ii) no se verificó si el personal que aplicó el medicamento contaba con la idoneidad necesaria para la realización del procedimiento, situaciones estas que conllevaron a la producción de una neuropatía ciática postraumática con atrofia de cuádriceps izquierdo, con evolución progresiva y deterioro de la salud física y mental del soldado Alejandro González, quien en la actualidad se encuentra diagnosticado con esquizofrenia paranoide.

- CONTESTACIÓN

Nación - Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional³

El apoderado judicial de la entidad demandada, dio contestación a la demanda en los siguientes términos: respecto a los hechos manifiesta que los numerales 1°, 3°, 5° y 7° no le constan, los numerales 2° y 4° son ciertos y el numeral 6° no es un hecho sino una opinión de la parte actora.

En relación con las pretensiones, manifiesta su oposición a las mismas al considerar que la aplicación del medicamento denominado dipirona era el más adecuado. Refiere que el señor González Peña fue atendido por el área de sanidad militar, siendo su caso llevado a la Junta Médica Laboral concepto que con posterioridad fue revisado por el Tribunal Médico que en últimas determinó una disminución laboral en un porcentaje de 61.36%.

³ Folios 123 al 126 del cuaderno principal

En consideración de la entidad demandada, se debe determinar si al actor, señor Alejandro González Peña le fueron reconocidos y pagados dineros originados en esa incapacidad laboral. En razón de lo anterior, sostiene que las pretensiones de la demanda deben ser negadas.

- SENTENCIA RECURRIDA

En sentencia de fecha 31 de julio de 2017 proferida por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Neiva, se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, con fundamento en síntesis en los siguientes argumentos:

Para el juez de primera instancia, el problema jurídico consistió en determinar si *“en el caso bajo análisis el daño, consistente en la lesión sufrida por el soldado profesional ALEJANDRO GONZÁLEZ PEÑA y las repercusiones en su salud derivadas de la misma, son imputables a la entidad demandada NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA -EJERCITO NACIONAL.”*

Para dar solución al problema jurídico planteado, el A quo hizo un análisis abstracto la responsabilidad extracontractual del Estado: el daño antijurídico, la imputación jurídica y el nexo de causalidad, y realizó algunas consideraciones sobre el título de imputación de la falla en el servicio.

Luego de realizar un análisis de las pruebas obrantes en el plenario, estimó el juez de instancia que *“el daño sufrido por el S.P. ALEJANDRO GONZÁLEZ PEÑA, consistió en habersele aplicado una inyección de Dipirona en la región del glúteo izquierdo que lesionó el nervio ciático, por parte de un compañero, en hechos ocurridos el día 14 de enero de 2003, que le afectó la pérdida de la capacidad laboral.”*

En lo que respecta el nexo de causalidad, se indicó en la sentencia que es claro que la lesión que le causó la aplicación de la inyección al demandante, ocurrió en el servicio por causa y razón del mismo, en cumplimiento de una orden que recibió el

SIGCMA

soldado profesional Carlos Andrés León de su superior, de aplicar una inyección al accionante. En tales circunstancias se produjo la patología neuropatía con lesión nervio ciático, que no estaba en la obligación de soportar, pues, su lesión no es una consecuencia que se espera de la actividad militar que desarrollaba. En consecuencia de ello, la entidad demandada creó un riesgo para el demandante, toda vez que si al momento en que se encontraba en desarrollo de sus funciones como soldado profesional, en jurisdicción del municipio de Colombia, Huila, lo indicado había sido su remisión inmediata al dispensario del Batallón de Artillería No. 9 Tenerife de Neiva. En ese dispensario, a través de profesionales competentes, hubieran atendido de manera oportuna e integral al señor Alejandro González Peña. De esta manera, se hubiera evitado la configuración de esta eventualidad, o mejor, el origen de todas las patologías que padece el actor y que es la causa para la interposición de la presente acción de reparación directa.

En lo que respecta al nexo de causalidad, indica el juez de instancia que entre el daño invocado en la demanda y la conducta irregular imputable a la entidad demandada, se advierte un nexo de causalidad toda vez que con posterioridad a la aplicación de la inyección intramuscular del medicamento denominado dipirona, el actor, empezó a sentir fuertes dolores y adormecimiento de su extremidad, situación que obligó a que acudiera al Hospital del Municipio de Colombia, Huila y posteriormente al dispensario del batallón.

Agrega que, a pesar de lo anterior, la demandada se rehusó a prestar los servicios de salud al actor, viéndose obligados a instaurar una acción de tutela con la finalidad de lograr la protección de los derechos fundamentales a la vida y salud, situación que a su parecer constituye una falla en el servicio.

Finalmente señala que la omisión en brindar una oportuna atención médica generó lo que la jurisprudencia denomina pérdida de la oportunidad, toda vez que si se hubiere brindado al actor una atención médica oportuna la enfermedad que aqueja al actor pudo haberse detenido o aminorar sus consecuencias.

- RECURSO DE APELACIÓN

Parte demandada

En consideración de la entidad demandada, su actuación fue adecuada en atención a los hechos presentados, en tanto que la aplicación del medicamento denominado dipirona, era el procedimiento adecuado para atender el malestar que presentaba el actor.

Por otra parte, señala que en lo que concierne a la enfermedad denominada “esquizofrenia indiferenciada o episodios psicóticos”, la misma no tuvo origen en el servicio, puesto que ha sido catalogada como enfermedad de origen común. Agrega, que a su parecer es fácil colegir que la mencionada enfermedad existía previamente el ingreso del actor a la institución - Ejército, - o que se desarrolló con el tiempo y se inició tratamiento durante su labor como soldado profesional, siendo que correspondía al actor poner tal situación en conocimiento de la entidad para evitar su ingreso, omisión con base en la cual no podría ser responsable la entidad y menos asumir una obligación como la que se pretende.

La parte demandada expuso los siguientes argumentos de inconformidad respecto de la sentencia:

Ausencia de prueba de los supuestos de hecho

Manifiesta que no se encuentran acreditadas las circunstancias de modo en que se produjo la lesión del actor y mucho menos fue allegada prueba de que el Ejército Nacional hubiera participado en el desarrollo del mismo de manera ilegítima o con extralimitaciones de poder.

Exclusión de responsabilidad

Indica que no se encuentra acreditada la existencia de una falla del servicio, irregularidad o participación de algún otro militar, pues - en su consideración - el hecho de que un superior imparta una orden, concretamente de atender una vez se presenta el malestar e inyectarlo para calmar el dolor, no genera una falla del servicio pues como es entendible el superior debe velar por su tropa y ejercer las funciones que le sean asignadas, dentro de las cuales está el dar órdenes instrucciones y velar por la disciplina.

Riesgos propios del servicio-calidad de soldado profesional

Al respecto, la parte demandada expone consideraciones que no corresponden al caso, puesto que hace referencia al caso del señor SLP Fabio Nelson Girón Flórez, quien no es parte del presente proceso, por una parte y por otra, el daño alegado en el presente caso son unas lesiones y no la muerte. No obstante, se analizará lo referente al argumento referido a los riesgos del servicio.

Indica que los daños sufridos por los miembros de la Fuerza Pública como consecuencia de las lesiones que sufren en cumplimiento de sus funciones, la reparación está preestablecida en la ley -indemnización a forfait- y contempla una serie de indemnizaciones y reconocimientos patrimoniales y prestacionales especiales para aquellos casos en que los miembros de tales entidades estatales sufren lesiones o mueren en cumplimiento de su deber o con ocasión del servicio.

Señala que de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado como los militares, agentes de policía o detectives del DAS, deben soportar los daños causados como consecuencia de los riesgos inherentes a la misma actividad y sólo habrá lugar a la reparación cuando dicho daño se haya producido por falla en el servicio, o cuando se someta al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deben afrontar sus demás compañeros.

Ausencia de falla del servicio

Indica que para que sea posible declarar administrativamente responsable al Estado por las lesiones padecidas por el demandante, es preciso que se demuestre que el ente estatal incurrió en una falla del servicio por acción o por omisión que puso en peligro inminente o en abandono al actor y por ese hecho, al ser expuesto de forma superior cabe el reproche de responsabilidad.

Inexistencia del nexo causal

Al respecto señala que de conformidad con lo establecido en el artículo 90 constitucional, para que se endilgue responsabilidad patrimonial al Estado es menester además de la existencia del daño antijurídico que el mismo le sea

imputable, lo cual no sucede en el presente caso, toda vez que la enfermedad que padece el actor es señalada de origen común, la cual no deviene ni del servicio, ni de la inyección aplicada, sino de origen genético.

Misión institucional de las Fuerzas Militares-régimen de carrera-soldados profesionales

Luego de realizar un recuento de las normas que han regido lo referente al régimen de prestaciones de los soldados profesionales, y el grado de capacitación, entrenamiento y reentrenamiento a los cuales están sometidos con la finalidad de afrontar una guerra e incrementar el poder de combate de las unidades tácticas del Ejército Nacional, indica que fue elección voluntaria del actor acoger la carrera militar como profesión, asumiendo con ello las consecuencias que se derivan del mismo y de las cuales no es responsable la entidad demandada. Por ende, el actor está en el deber de soportar los riesgos inherentes a su actividad.

Inexistencia de los perjuicios

Manifiesta que la regla primordial del derecho de responsabilidad es aquel que indica "*sin perjuicio no hay responsabilidad*". Sostiene que, en el caso bajo estudio, no se aportó prueba siquiera sumaria de todos y cada uno de los perjuicios supuestamente causados, de conformidad con lo establecido en la ley. Toda vez que la responsabilidad administrativa no es automática.

Carga de la prueba

Sostiene que le corresponde a la parte actora no hacer afirmaciones sin sustento probatorio, puesto que la carga de probar es una obligación que le resulta inherente para lograr lo pretendido, es por ello que no sólo le es dable acreditar los perjuicios reclamados, sino la existencia de una relación de causalidad entre el daño y la acción u omisión de la entidad demandada, pruebas estas que a su parecer se encuentran ausentes en el presente proceso.

- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN EN SEGUNDA INSTANCIA

PARTE DEMANDADA⁴

⁴ Folio 9 al 22 del cuaderno de apelación

Reitera los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

- **ACTUACIÓN PROCESAL**

El Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Neiva, profirió sentencia del treinta y uno (31) de julio de dos mil diecisiete (2017) accediendo parcialmente a las pretensiones de la demanda.⁵

La parte demandada interpuso dentro de la oportunidad procesal recurso de apelación contra la sentencia proferida, el cual fue concedido en audiencia de conciliación llevada a cabo el 15 de diciembre de 2017.⁶

Por auto fechado 17 de enero de 2018, el Tribunal Contencioso Administrativo del Huila, admitió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada⁷ y por medio de auto del 30 de enero de 2018⁸ corrió traslado a las partes por el término de 10 días para alegar de conclusión, oportunidad en la cual la parte demandante allegó sus alegatos.

En cumplimiento a la medida de descongestión ordenada en el Acuerdo No. PCSJA21-11814 del 16 de julio de 2021, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se remitió el presente proceso al H. Tribunal Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina para proferir la sentencia correspondiente.

Mediante Auto No. 141 de fecha seis (06) de septiembre de 2021, esta Corporación avocó conocimiento del proceso⁹

III. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia que dictó el Juzgado Primero Administrativo Oral

⁵ Folios 473 al 484 del cuaderno principal No. 2

⁶ Folios 523 al 524 del cuaderno principal No. 2

⁷ Folio 4 cuaderno de apelaciones

⁸ Folio 7 del cuaderno de apelaciones

⁹ Folio 32 del cuaderno de apelaciones.

del Circuito de Neiva, el 31 de julio de 2017, de conformidad con la competencia del superior según lo establecido en el artículo 328 del Código General del Proceso.¹⁰

- **COMPETENCIA**

El Tribunal Administrativo es competente para conocer en segunda instancia de las apelaciones de sentencias dictadas en primera instancia por los Jueces Administrativos, de conformidad con el numeral 1º del artículo 133 del C.C.A., modificado por la Ley 446 de 1998 artículo 41.

Ahora bien, el Tribunal Contencioso Administrativo del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina es competente, en atención a lo dispuesto en materia de descongestión en el Acuerdo No. PCSJA21-11814 del 16 de julio de 2021, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

- **CADUCIDAD Y PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN**

Según el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, aplicable para la época de los hechos¹¹, la acción de reparación directa caduca al cabo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al 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 cualquier otra causa.

En el *sub examine*, se demanda por una falla del servicio que habría provocado que el señor Alejandro González Peña padeciera una neuropatía ciática izquierda,

¹⁰ **ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR.** El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

En la apelación de autos, el superior sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso, condenar en costas y ordenar copias.

El juez no podrá hacer más desfavorable la situación del apelante único, salvo que en razón de la modificación fuera indispensable reformar puntos íntimamente relacionados con ella.

En el trámite de la apelación no se podrán promover incidentes, salvo el de recusación. Las nulidades procesales deberán alegarse durante la audiencia.

¹¹ Ley 446 de 1998.

esquizofrenia y a su vez una pérdida de la capacidad laboral del 61.36%¹². Sobre este punto, en el expediente está acreditado que el día **14 de enero del año 2003**, al soldado Alejandro González Peña le fue suministrada una inyección de dipirona por presentar cuadro de fiebre, escalofríos y dolor en los huesos. Con posterioridad a la aplicación del medicamento, el soldado presentó mucho dolor en la pierna y adormecimiento de la misma. En razón de lo anterior, fue valorado por el Tribunal Médico de Revisión Militar y de Policía siendo calificado de forma definitiva mediante Acta Aclaratoria No. 2737 del **22 de junio de 2005**, siendo esta fecha el punto de partida del conteo del término de caducidad de la acción, es así que el término de los dos (2) años corría desde el **23 de junio de 2005 hasta el 24 de junio de 2007**. Teniendo en cuenta que la demanda fue presentada el tres (3) de febrero de 2006¹³, es claro que se demandó dentro de la oportunidad legal.

- **LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA**

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

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

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

¹² Folios 18 al 23 y del 45 al 47 del cuaderno principal.

¹³ Folio 94 del cuaderno principal.

Legitimación en la causa de la parte demandante

Los señores Alejandro González Peña, Deicy Milena Timote Perdomo, en nombre propio en representación de su menor hijo Charly Alejandro González Timote, Alejandro González Herrera, Ana Inés Peña Peña, en nombre propio y de su menor hijo Hubernel González Peña, Fortunato González Peña y Berbase González Peña a través de apoderado judicial comparecieron a este proceso como demandantes, de modo que se encuentra acreditada su legitimación de hecho en la causa¹⁴.

Legitimación en la causa de la demandada

La parte actora formuló imputaciones contra la Nación - Ministerio de Defensa Ejército Nacional, de modo que se encuentra legitimado de hecho en la causa por pasiva, pues a éste se le imputa el daño antijurídico que la parte actora alega haber sufrido.

En relación con la legitimación material, precisa la Sala que el tema no se analizará *ab initio*, sino cuando se estudie el fondo del asunto y resulte posible establecer si existió o no una participación efectiva de la demandada en la causación del daño que se alega y si ello resulta imputable como condición necesaria para que proceda la declaratoria de responsabilidad pretendida.

- PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a esta Corporación determinar si le asiste responsabilidad a la Nación- Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional por los presuntos daños y perjuicios ocasionados a la parte demandante en razón de (i) la aplicación de una inyección de un medicamento al soldado Alejandro González Peña por personal no capacitado para ello y (ii) la omisión en la prestación del servicio médico asistencial que requería el señor Alejandro González Peña para el restablecimiento de su salud.

Para ello se hace necesario revisar los elementos que configuran la responsabilidad

¹⁴ Folios 4 al 5 del cuaderno principal.

estatal, a fin de determinar, si en el caso concreto se encuentran debidamente demostrados y, en consecuencia, si hay lugar o no a la indemnización reclamada.

- TESIS

La Sala de Decisión de esta Corporación modificará la sentencia apelada en el sentido de condenar a la entidad demandada -Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional dado que se encuentra acreditada la falla del servicio imputada consistente en el actuar negligente e inadecuado del personal a su cargo que sin mediar formación profesional alguna desempeñó actividades propias de la profesión de enfermería y (ii) por la omisión de brindar un servicio médico oportuno al demandante, situaciones que acreditan el nexo causal para poder imputar jurídicamente el daño sufrido a la demandada. Sin embargo, los montos indemnizatorios serán modificados dado que la pérdida de capacidad laboral del Sr. Alejandro González Peña tiene origen en distintos factores. En esa medida los perjuicios morales serán tasados a criterio de la Sala con fundamento en las diferentes pruebas que obran, mientras que la condena por lucro cesante se hará en abstracto.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Régimen de responsabilidad del Estado -Daños causados a miembros de la Fuerza Pública

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991, estableció de manera expresa la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado “*por los daños antijurídicos ocasionados por la acción u omisión de las autoridades públicas*”. Por tanto, la existencia de un daño antijurídico sufrido por la víctima y su imputabilidad a un órgano del Estado son los dos los elementos sustanciales necesarios para declarar la responsabilidad del Estado.

El daño antijurídico consiste en el perjuicio que el damnificado no está en el deber de soportar. La imputabilidad consiste en la atribución del daño a la demandada, basada en uno de los siguientes factores de imputación: (i) El funcionamiento

anormal de la administración (falla del servicio), (ii) el funcionamiento normal de la administración que produce un desequilibrio en las cargas públicas (daño especial); (iii) la teoría del riesgo creado (actividades peligrosas); (iv) el enriquecimiento injustificado de la administración. (Actio in rem verso).

En lo que respecta al régimen de imputación con ocasión de los daños sufridos por quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, la jurisprudencia del Consejo de Estado de forma reiterada ha indicado que solo hay lugar a la reparación integral del mismo en tres eventos **(i)** cuando el daño es producto de una falla del servicio, **(ii)** cuando se somete al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que normalmente debe soportar y **(iii)** cuando el daño sufrido por la víctima hubiese sido causado con arma de dotación oficial. La Sala considera necesario citar el análisis efectuado por el Consejo de Estado, por cuanto deberá ser tenido en cuenta para resolver el asunto sub judice¹⁵:

“Régimen jurídico aplicable a la responsabilidad del Estado por los daños causados a agentes de Policía.

Tratándose de supuestos en los cuales se discute la declaratoria de responsabilidad estatal con ocasión de los daños sufridos por quienes ejercen funciones de alto riesgo relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, como los militares o agentes de Policía, entre otros, la jurisprudencia de esta Sección del Consejo de Estado, de forma constante y reiterada, ha considerado que, en principio, no se ve comprometida la responsabilidad del Estado, dado que tales daños, como se producen con ocasión de la relación laboral que los vincula con el Estado, se cubren con la indemnización *a forfait* a la cual tienen derecho por virtud de esa vinculación, y sólo habrá lugar a la reparación, por vía de la acción de reparación directa, cuando se hubieren producido por falla del servicio, o cuando se hubiere sometido al funcionario a un riesgo excepcional, diferente o mayor al que deban afrontar sus demás compañeros, o cuando el daño sufrido por la víctima hubiese sido causado con arma de dotación oficial, evento en el cual hay lugar a aplicar el régimen de responsabilidad objetivo, por la creación del riesgo. De acuerdo con esto, el Consejo de Estado ha declarado la responsabilidad del Estado en eventos en los cuales se ha acreditado el hecho de haber sometido a los miembros de la fuerza pública a asumir riesgos superiores a los que normalmente deben afrontar, como consecuencia de las acciones u omisiones imputables al Estado.

¹⁵ CONSEJO DE ESTADO. SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. SECCIÓN TERCERA. SUBSECCIÓN A. consejero ponente: JOSÉ ROBERTO SÁCHICA MÉNDEZ. Bogotá D.C. veinticuatro (24) de septiembre de dos mil veinte (2020). Radicación número: 20001-23-31-000-2010-00415-01(49341)

En todo caso, se reitera, el funcionario y quienes hayan sufrido perjuicio con el hecho tendrán derecho a las prestaciones e indemnizaciones previamente establecidas en el ordenamiento jurídico (*a forfait*)¹⁶.

Así mismo, la jurisprudencia de esta sección ha precisado que, en relación con los agentes de la Policía o militares, “*el principio de la igualdad siempre debe mirarse referido a quienes se encuentran en condiciones de igualdad, en este caso frente a los demás miembros del cuerpo armado*”¹⁷ y no frente a los demás ciudadanos ajenos a dichas actividades. Por lo tanto, si bien es cierto que el deber del Estado de proteger la vida de todas las personas se predica también en relación con los miembros de los cuerpos armados, la asunción voluntaria de los riesgos propios de esas actividades modifica las condiciones en las cuales el Estado debe responder por los daños que éstos puedan llegar a sufrir.
(...)”¹⁸.

En relación con el régimen de responsabilidad aplicable por los daños causados a los soldados igualmente ha dicho la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que la afectación de los derechos a la vida y a la integridad personal del militar voluntario o agente profesional de la Policía Nacional constituye un riesgo propio de la actividad que dichos servidores públicos ordinariamente despliegan, riesgo que se concreta, por vía de ejemplo, en los eventos en los cuales infortunadamente tiene lugar el deceso o la ocurrencia de lesiones como consecuencia de combates, emboscadas, ataques de grupos subversivos, desarrollo de operaciones de inteligencia, entre otras actuaciones realizadas en cumplimiento de operaciones o de misiones orientadas a la consecución de los fines que constitucional y legalmente concierne perseguir a la Fuerza Pública; de allí que cuando el aludido riesgo se concreta, en principio no resulte jurídicamente viable atribuirle al Estado responsabilidad extracontractual alguna en sede judicial, salvo en aquellos casos en los cuales se demuestre que la lesión o la muerte devienen del acaecimiento de una falla en el servicio o de la

¹⁶ Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 26 de mayo de 2010, Exp. 19.158 y del 14 de julio de 2005, Exp: 15.544, ambas con ponencia de la señora consejera Ruth Stella Correa Palacio.

¹⁷ En sentencia de 3 de abril de 1997, expediente No. 11.187: “*Valga precisar en cuanto al riesgo que asumen quienes se vinculan a las fuerzas armadas, que ese riesgo cobija a todos los integrantes por igual. Sólo cuando alguno de ellos es puesto en circunstancias que intensifican el riesgo puede hablarse de que se rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas. Pero el principio de la igualdad siempre debe mirarse referido a quienes se encuentran en condiciones de igualdad, en este caso frente a los demás miembros del cuerpo armado. En tratándose del riesgo a perder la vida o a sufrir lesiones personales, no puede predicarse igualdad entre cualquier asociado y quien pertenece a las fuerzas armadas del Estado. La vinculación a esas instituciones de suyo implica la asunción del riesgo, diferente a aquel que se presenta frente al asociado común*”.

¹⁸ Al respecto, consultar, por ejemplo: Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias del 30 de julio de 2008, Exp. 18.725, M.P. Ruth Stella Correa Palacio, del 15 de octubre de 2008, Exp. 18.586 M.P. Enrique Gil Botero, así como las sentencias proferidas por esta Subsección los días 11 de junio de 2014, Exp. 28.022, 7 de octubre de 2015, Exp. 34.677, y la proferida el 12 de febrero de 2015, entre otras.

materialización de un riesgo excepcional al cual se hubiere visto sometido el militar profesional afectado, riesgo de mayor entidad que aquel al cual se hubieren visto expuestos sus demás compañeros en el desarrollo de la misión encomendada. Hay eventos en los cuales el daño antijurídico cuya reparación se reclama deriva de las lesiones o de la muerte de un miembro de las Fuerzas Armadas, de la Policía Nacional, del DAS o de cualquier organismo similar, entidades cuyo común denominador está constituido por el elevado nivel de riesgo para su integridad personal al cual se encuentran expuestos los agentes que despliegan actividades operativas, de inteligencia o, en general, de restauración y mantenimiento del orden público o de defensa de la soberanía estatal que, por su propia naturaleza, conllevan la necesidad de afrontar situaciones de alta peligrosidad, entre ellas el eventual enfrentamiento con la delincuencia de la más diversa índole o la utilización de armas de dotación oficial. Tal la razón por la cual el propio Legislador se ha ocupado de establecer un régimen prestacional de naturaleza especial que reconoce esa circunstancia de particular riesgo que resulta connatural a las actividades que deben desarrollar los referidos servidores públicos, quienes, en consecuencia, se hallan amparados por una normatividad que, en materia prestacional y de protección de riesgos, habitualmente consagra garantías, derechos y prestaciones que superan las previstas en las normas que, en este ámbito, resultan aplicables al común de los servidores del Estado; por eso mismo, la jurisprudencia de esta Sala ha considerado también que, en la medida en la cual una persona ingresa libremente a una de las mencionadas instituciones con el propósito de desplegar la aludida clase de actividades riesgosas para su vida e integridad personal, está aceptando la posibilidad de que sobrevengan tales eventualidades y las asume como una característica propia de las funciones que se apresta a cumplir, por manera que cuando alguno de los riesgos usuales se concreta, surge el derecho al reconocimiento de las prestaciones y de los beneficios previstos en el régimen laboral especial al cual se halla sujeta, sin que en principio resulte posible deducir responsabilidad adicional al Estado por razón de la producción de los consecuentes daños, a menos que se demuestre que los mismos hubieren sido causados, según se indicó, por una falla del servicio o por la exposición de la víctima a un riesgo excepcional en comparación con aquel que debieron enfrentar sus demás compañeros de armas”¹⁹.

Así pues, se tiene que, en casos de responsabilidad del Estado por lesiones a soldados voluntarios, el estudio de la responsabilidad se realiza a partir de los títulos de imputación de falla del servicio y riesgo excepcional, que para el sub judice, se procederá a analizar bajo el *régimen de la falla del servicio*, de modo que le

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de abril 28 de 2010, Rad 18111, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

corresponde a los demandantes acreditar no sólo la existencia de la lesión, sino también la falla endilgada a la parte demandada.

- CASO CONCRETO

Previamente ha de recordarse que el juez de primera instancia, declaró la responsabilidad extracontractual de la entidad demandada, y, en consecuencia, condenó al pago de perjuicios a favor de la demandante con ocasión a la lesión ocurrida en el servicio y por causa del servicio consistente en neuropatía con lesión del nervio ciático y esquizofrenia paranoide como consecuencia de una inyección de dipirona y la omisión de brindar un tratamiento médico oportuno.

Inconforme con lo anterior, el extremo pasivo pretende que se revoque el fallo de primera instancia, por cuanto, en su opinión, **(i)** la aplicación del medicamento (Dipirona) mediante inyección intramuscular suministrado al soldado Alejandro González Peña, era el procedimiento adecuado para atender el malestar que presentaba el actor, **(ii)** la enfermedad denominada “*esquizofrenia indiferenciada o episodios psicóticos*”, no tuvieron origen en el servicio, puesto que la misma ha sido catalogada como enfermedad de origen común y **(iii)** los daños sufridos por los miembros de la Fuerza Pública como consecuencia de las lesiones que sufren en cumplimiento de sus funciones, la reparación está preestablecida en la ley denominada indemnización a forfait.

Corresponde ahora verificar conforme a las pruebas allegadas al plenario, la configuración de los presupuestos necesarios para la declaración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

El daño

En lo concerniente al *daño* como primer elemento de la responsabilidad, se puede definir como la modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo

reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir, no está en la obligación de soportarlo porque la normativa no le impone esa carga²⁰.

Para que dicho daño sea resarcible, la jurisprudencia ha señalado tres supuestos a saber: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente, que no se limite a una mera conjetura, y que suponga una lesión a un derecho, bien o interés legítimo que se encuentre protegido por el ordenamiento jurídico, y iii) que sea personal, es decir, que sea padecido por quien lo solicita, en tanto se cuente con la legitimación en la causa para reclamar el interés que se debate en el proceso, bien a través de un derecho que le es propio o uno que le deviene por la vía hereditaria.²¹

En el caso concreto, la Sala encuentra que el daño antijurídico se encuentra acreditado y consiste en la **lesión del nervio ciático** que padeció el señor Alejandro González Peña, como consecuencia de la aplicación de una inyección de Dipirona en su glúteo izquierdo, la cual de conformidad con la historia clínica allegada en el plenario y en especial las actas del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía²², dan cuenta que al señor Alejandro González Peña le fue diagnosticada (i) neuropatía ciática izquierda con atrofia de cuádriceps y pie caído (ii) Esquizofrenia Paranoide, (iii) Trauma Acústico Bilateral 20DB y (iv) Varicocelelectomía Izquierdo.

Así las cosas, y teniendo acreditado el daño antijurídico consistente en la lesión en la integridad física y mental del señor Alejandro González Peña, la Sala procederá a analizar la configuración del segundo elemento de la responsabilidad patrimonial del Estado

La imputación

²⁰ Consejo de Estado Sala delo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B sentencia del 25 de abril de 2012, Rad. No. 05001-23-25-000-1994-02279 01(21861).

²¹ Consejo de Estado Sala delo Contencioso Administrativo Sección Tercera Subsección B sentencia del 25 de abril de 2012, Rad. No. 05001-23-25-000-1994-02279 01(21861).

²² Ver cuaderno de historia clínica, folios 196 al 198 del cuaderno principal No. 1 y folios 254 al 256, 271, 274 al 276, 315, 321 al 322 del cuaderno principal No. 2

Para poder determinar si dicho daño le es atribuible tanto fáctica como jurídicamente a la Nación Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional, procederá la Sala a realizar el estudio del material probatorio aportado al proceso.

Así pues, la Corporación empezará por hacer un recuento de los hechos probados dentro del proceso.

- ANALISIS PROBATORIO Y HECHOS PROBADOS

1. De conformidad con las pruebas allegadas al plenario, en especial el informe de lesión por accidente No. 11 del 21 de agosto de 2003²³, se tiene que el Soldado profesional Alejandro González Peña, el día 14 de enero de 2003, presentó un cuadro de fiebre, dolor en los huesos y escalofríos, razón por la cual le fue suministrado por el soldado enfermero una inyección de Dipirona, presentando mejoría de su estado. No obstante, el día 15 de enero de dicha anualidad el Soldado González manifestó presentar dolor y adormecimiento de la pierna desde que le fue aplicada la inyección referida. Se indica igualmente en el informe: **"SEGÚN CONCEPTO MÉDICO:** Paciente con ciática postraumática. Secundaria a inyección pierna izquierda".
2. Posteriormente fue valorado por la Junta Médica Laboral Militar de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, que mediante acta No. 2381 del 27 de agosto de 2003²⁴, estableció: **DIAGNÓSTICO POSITIVO DE LAS LESIONES O AFECTACIONES:** 1. POSTERIOR A APLICACIÓN DE INYECCIÓN INTRAMUSCULAR EN GLÚTEO IZQUIERDO PRESENTÓ NEUROPATÍA CIÁTICA IZQUIERDA CON ATROFIA DE CUADRICEPS IZQUIERDO.
Igualmente estableció una disminución de la capacidad laboral del 19.5%.
3. Inconforme con la decisión, el soldado profesional Alejandro González Peña impugnó la decisión siendo revisada por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, que mediante Acta No. 2451 del 15 de marzo de

²³ Folio 369 del cuaderno principal No. 2

²⁴ Folio 21 al 23 del cuaderno principal No. 1

2004,²⁵ modificó las conclusiones de la Junta Médica Laboral Militar No. 2381 del 27 de agosto de 2003 y dispuso lo siguiente:

A. Antecedentes-Lesiones-Afectaciones-secuelas

1. Neuropatía ciática izquierda que deja como secuelas atrofia de cuádriceps y pie caído.
2. Depresión reactiva.

B. Clasificación de las lesiones o afectaciones y calificación de capacidad para el servicio.

Incapacidad permanente parcial aptitud: NO APTO.

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.

Le produce disminución de la capacidad laboral del 61.36%.

4. Posteriormente el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, expidió Acta Aclaratoria No. 2707 del cinco (5) de mayo de 2005²⁶, en el sentido de establecer que la DCL es del 52.10%.
5. Igualmente observa la Sala que mediante Acta Aclaratoria No. 2737 del 22 de junio de 2005²⁷, el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía dispuso: “... aclarar acta TML 2451 de marzo 15 de 2004, en el sentido de establecer que la imputabilidad en el servicio de la lesión 2 es literal A. Se revoca Acta aclaratoria No. 2707 folio 025 de mayo 5 de 2005 quedando en firme una DCL de 61.36%.”
6. Finalmente, mediante Acta de Junta laboral No. 16067 del 17 de noviembre de 2006, se consignaron las siguientes conclusiones:
A- DIAGNÓSTICO POSITIVO DE LAS LESIONES O AFECTACIONES
1) ESQUIZOFRENIA PARANOIDE TRATADO POR PSIQUIATRÍA QUIEN DEBE CONTINUAR EN CONTROLES Y TRATAMIENTO. -2) TRAUMA ACÚSTICO BILATERAL DE 20DB. -3) POSTERIOR A INYECCIÓN EN

²⁵ Folios 45 al 47 del cuaderno principal No. 1

²⁶ Folio 49 del cuaderno principal No. 1.

²⁷ Folio 82 del cuaderno principal No. 1.

SIGCMA

REGIÓN GLÚTEO IZQUIERDO QUE PRESENTA NEUROPATÍA TRATADO POR NEUROLOGÍA QUE DEJA COMO SECUELA: A) LESIÓN NERVIO CIÁTICO CON RECUPERACIÓN DEL 90%. -4) VARICOCELECTOMIA IZQUIERDO QUE DEJA COMO SECUELA: A) DOLOR RESIDUAL POR VECINDAD DE NERVIO PUDENDO

B. Clasificación de las lesiones o afectaciones y calificación de capacidad para el servicio.

INVALIDEZ

NO APTO-PARA ACTIVIDAD MILITAR.

C. Evaluación de la disminución de la capacidad laboral.

LE PRODUCE DISMINUCIÓN DE LA CAPACIDAD LABORAL DEL OCHENTA Y CINCO PUNTO CINCO POR CIENTO (85.5%)

D. IMPUTABILIDAD DEL SERVICIO

AFECTACIÓN 1- SE CONSIDERA ENFERMEDAD COMÚN LITERAL (A) (EC) AFECTACIÓN -2 SE CONSIDERA ENFERMEDAD PROFESIONAL, LITERAL (B) (EP), LESIÓN -3 OCURRIÓ EN EL SERVICIO POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO LITERAL (B) (AT) DE ACUERDO AL INFORMATIVO NO. 11/2003. AFECTACIÓN -4 SE CONSIDERA ENFERMEDAD COMÚN LITERAL (A) (EC).

7. Igualmente da cuenta el plenario, de atención medica psiquiátrica de fecha nueve (9) de marzo de 2004, en la cual se realizan las siguientes anotaciones:

Enfermedad actual:

Paciente con cuadro clínico de aproximadamente 5 meses de evolución consistente presentación de pesadillas, insomnio, agresividad, autolesión con amnesia al presentar estos cuadros, debido a lesión del nervio ciático izquierdo hace un año post-inyección que ha repercutido en la marcha y aspecto físico (atrofia); con manejo de fármacos sin buena respuesta. Es internado en el batallón psiquiátrico por cinco (5) días con buena respuesta al tratamiento, se toma en Bogotá RNM en donde no se evidencia

alteraciones aparentes. Presenta intento de suicidio el día 5 de marzo al recibir noticia de su baja del ejército y agudización del cuadro anterior, por lo cual es traído nuevamente al hospital.

(...)

DIAGNÓSTICO MULTIAXIALES

- Síndrome de stress postraumático.
- Depresión.
- Lesión del nervio ciático izquierdo.

Ahora bien, conforme a las pruebas antes transcritas, se llega a la conclusión que la lesión del nervio ciático que padeció el soldado Alejandro González Peña fue producto del suministro de una inyección intramuscular en su glúteo izquierdo de un medicamento denominado Dipirona, la cual produjo una serie de afectaciones tanto físicas como mentales. Estas afectaciones se encuentran plenamente acreditadas con las correspondientes actas emitidas por el Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía y por la Junta Médica Laboral Militar de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional. Ahora bien, en lo que concierne al reproche endilgado a la entidad demandada consistente en la aplicación de una inyección por parte de personal no capacitado para ello y sin que mediara orden médica, se tiene lo siguiente:

En lo que respecta a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que sucedió el hecho dañino obran en el expediente los siguientes testimonios:

Prueba testimonial

Testimonio del señor **Ever Garavis**²⁸- Soldado Profesional, que en relación con los hechos de la demanda expone lo siguiente:

“Yo conozco a Alejandro desde marzo de 2001 que nos incorporamos al batallón Tenerife en condición de soldados profesionales. No recuerdo bien la fecha cuando le pasó lo de la enfermedad. El presentó un virus y le

²⁸ Folios 118 al 119 del cuaderno principal.

informó al comandante y le dijo al enfermero de combate que lo viera y le aplicara una inyección. Al día siguiente el nos sugirió que le dolía mucho la pierna y luego no estoy seguro si al primer o segundo día, lo remitieron al dispensario médico de Neiva. De ahí no sé qué más pasó.

PREGUNTADO: diga al Juzgado cuáles eran los síntomas que presentó Alejandro González el día al cual usted se refiere.

CONTESTÓ: era fiebre, dolor en los huesos, dolor de cabeza.

(...)

PREGUNTADO: Usted sabe cuál es el estado físico mental actual de Alejandro González?

CONTESTÓ: tras de ese problema el sufrió algo, como que se volvió loco, yo inclusive fui a visitarlo hace mucho tiempo y no me reconoció, hasta anoche lo volví a ver porque él me fue a buscarme para lo de la citación y yo hablé con él pero le vi cara de loco.

PREGUNTADO: el enfermero que atendió a Alejandro González, tenía alguna preparación profesional en materia de salud.

CONTESTÓ: cuando nosotros entramos, cada uno se preparó en diferentes especialidades, pero él no es enfermero profesional, nos dieron un curso, pero no recuerdo de cuantos días.

PREGUNTADO: usted recuerda quien fue el que ordenó aplicarle la inyección a Alejandro González.

CONTESTÓ: el cabo primero Narváez fue quien lo ordenó.

Testimonio del señor **Carlos Andrés León**²⁹- pensionado del Ejército, quien para la época de los hechos conforme a su relato se desempeñó como soldado -enfermero. En lo que concierne a los hechos que interesan al proceso indicó lo siguiente:

“Conozco a Alejandro González desde que entramos al ejército, no me acuerdo la fecha. Lo que pasó fue que una vez el estaba enfermo y yo en ese tiempo a mí me habían enseñado a aplicar inyecciones,

²⁹ Folios 160 al 162 del cuaderno principal

supuestamente como enfermero de combate, y yo tenía una droga ahí y yo se la apliqué, pero no miré si estaba vencida, y al tiempo me di cuenta que estaba como jodido de una pierna, ya él no estaba como antes, comenzó como a perder la razón. Hay veces que me siento culpable por eso, pero a mí en el ejército no me dieron un curso de enfermería, que me capacitaran, sino el puro curso, solo nos enseñaban unas horitas y otras horas nos enseñaban entrenamiento y como reaccionar en combate, pero lo que yo quería era hacer un curso de enfermería, pero no se llegó al acuerdo que me capacitaran bien. De pronto yo por no tener la experiencia jodí involuntariamente a Alejandro. A mí mis compañeros me decían que yo había jodido a Alejandro. Después cuando yo estaba en Vegalarga y me pasaron unas cosas, me tocó hablar con el comandante para que me viera un psicólogo. (...)

PREGUNTADO: diga al juzgado quién estaba al mando de ese batallón y quien le dio la orden de aplicar la inyección a Alejandro González.

CONTESTÓ: no me acuerdo quien fue, era un teniente, pero yo le dije que Alejandro estaba enfermo y que había una droga ahí, creo que tramal (sic), entonces me dijo que se lo aplicara, pero yo pienso que no fue la droga, sino que yo se lo apliqué mal. Él decía que tenía fiebre y dolor de cabeza y estaba muy malo se lo pasaba en el cambuche. En esos días lo íbamos a llevar a un hospital de Colombia Huila, pero lo que pasó es que no tenían contrato con el Ejército por eso no lo atendieron.
(...)

PREGUNTADO: ¿diga al juzgado si recuerda cuando hizo el curso de enfermería, le hicieron prácticas para inyectar?

CONTESTÓ: sí. Nos enseñaron en una base, pero yo decía que era mejor que lo sacaran a uno a un hospital y le enseñaran bien.

PREGUNTADO: diga al juzgado si cuando Alejandro se presentó enfermo, cuánto tiempo llevaba de practicar la enfermería.

CONTESTÓ: solo fueron dos compañeros antes que Alejandro, pero me daba miedo. A ellos yo les daba para les aplicaba para el dolor, pero siempre era como a la suerte. Yo me acordaba lo que me habían enseñado,

pero no sé qué pasó con Alejandro. Casi no hubo prácticas. Después de lo que le pasó a Alejandro yo le entregué el botiquín a otro compañero que también la habían enseñado porque me sentía culpable.

PREGUNTADO: dígame al Despacho si para prestar el servicio de enfermería requería el permiso de algún superior.

CONTESTÓ: yo le informaba al superior que algún compañero estaba enfermo y él me preguntaba que droga había y me decía aplíquele eso.

Los testimonios antes referenciados son suficientemente claros en ilustrar que el personal militar que hacía las veces de soldado-enfermero no contaba con una formación profesional – o siquiera técnica - adecuada para el desarrollo de dicha actividad, situación que pone en evidencia el riesgo a la integridad física al cual es sometido el personal de la institución, toda vez que se corre con mayor posibilidad de cometer errores que puedan comprometer la vida de los soldados que presenten situaciones que ameriten una revisión médica. Es menester recordar que el ejercicio de la profesión de la Enfermería en Colombia es una actividad que se encuentra regulada en la Ley 266 de 1996, razón por la cual la misma no puede ser desarrollada de forma arbitraria e ilegal sin el lleno de requisitos que la ley indica, tal como sucedió en el caso objeto de estudio.

Ahora bien, en cuanto al argumento de la entidad recurrente concerniente a que el medicamento suministrado al actor - señor Alejandro González, era el adecuado para la sintomatología que presentaba, observa la Sala que dicha afirmación carece de sustento probatorio. Al proceso no fue allegado por parte de la entidad, dictamen médico, informe o testimonio de ningún galeno que explicara a la Corporación la procedencia de dicho medicamento para el tratamiento de la sintomatología que estaba padeciendo en su momento el soldado Alejandro González. Adicionalmente esta circunstancia no es objeto de debate en esta instancia procesal, puesto que el hecho reprochado es la realización del procedimiento de aplicación de una inyección sin tener la formación necesaria para ello.

La Sala debe poner de presente que, tampoco fue allegado al proceso prueba alguna en la cual se demostrara que el personal encargado de hacer las veces de

soldados enfermeros son sujetos a capacitaciones rigurosas para el desarrollo de dicha actividad, la intensidad de las capacitaciones, el pénsum académico, intensidad horaria o instituto o dependencia de la entidad por medio de la cual se realizan las capacitaciones. En este orden, evidencia la Sala la estructuración del régimen de imputación denominado falla del servicio toda vez que se evidencia un funcionamiento anormal de la administración, al haber sometido de forma imprudente a un procedimiento-Inyectología a un soldado utilizando para ello personal que no contaba con la formación para ello. Esa falta de preparación, reconocida por quien se desempeñaba como soldado enfermero, es precisamente la causa que dio lugar a la protuberante equivocación cometida y que terminó afectando el nervio ciático de González Peña.

Ahora bien, en cuanto al señalamiento realizado por la recurrente, al considerar que la enfermedad denominada "*Esquizofrenia Paranoide*" que padece el señor Alejandro González Peña no tuvo origen en el servicio, puesto que la misma ha sido catalogada como enfermedad de origen común. Al respecto observa la Sala dentro del proceso las siguientes anotaciones:

Acta Tribunal Médico ³⁰

"(...)

ANÁLISIS DE LA SITUACIÓN

Se revisan antecedentes, Junta Médica Laboral No. 2381 del 27/08/03, demás documentación del paciente. Los miembros del Tribunal Médico Laboral de Revisión Militar y de Policía, examinan al paciente evidenciando: Paciente inicialmente somnoliento, pero posteriormente responde al (sic) interrogatorio muestra con cojera de M.I.I. atrofia de cuádriceps, limitación para dorsiflexión cuello pie izquierdo.

Se aplaza se solicita Historia Clínica NEIVA para verificar si la patología psiquiátrica inició antes o después del retiro.

Abril/07/04: se recibe HC de Neiva se encuentra remisión de 26-09-03 donde reporta que su cuadro se inicia 4 meses antes por lo tanto antes de su retiro".

³⁰ Folio 46 del cuaderno No.1.

Acta de Junta Laboral No. 16067 del 17 de noviembre de 2006

DIAGNÓSTICO POSITIVO DE LAS LESIONES O AFECTACIONES

- 2) **ESQUIZOFRENIA PARANOIDE TRATADO POR PSIQUIATRÍA QUIEN DEBE CONTINUAR EN CONTROLES Y TRATAMIENTO.** -2) TRAUMA ACÚSTICO BILATERAL DE 20DB. -3) POSTERIOR A INYECCIÓN EN REGIÓN GLÚTEO IZQUIERDO QUE PRESENTA NEUROPATÍA TRATADO POR NEUROLOGÍA QUE DEJA COMO SECUELA: A) LESIÓN NERVIOS CIÁTICOS CON RECUPERACIÓN DEL 90%. -4) VARICOCELECTOMIA IZQUIERDO QUE DEJA COMO SECUELA: A) DOLOR RESIDUAL POR VECINDAD DE NERVIOS PUDIENDO

(...)

D. IMPUTABILIDAD DEL SERVICIO

AFECTACIÓN 1- **SE CONSIDERA ENFERMEDAD COMÚN LITERAL (A) (EC) AFECTACIÓN** -2 SE CONSIDERA ENFERMEDAD PROFESIONAL, LITERAL (B) (EP), LESIÓN -3 OCURRIÓ EN EL SERVICIO POR CAUSA Y RAZÓN DEL MISMO LITERAL (B) (AT) DE ACUERDO AL INFORMATIVO NO. 11/2003. AFECTACIÓN -4 SE CONSIDERA ENFERMEDAD COMÚN LITERAL (A) (EC).

Testimonio del **Dr. Javier Gómez Cerón**³¹- Médico Psiquiatra.

Respecto al estado de salud del señor Alejandro González Peña indicó lo siguiente:

“Yo conozco a Alejandro, fue paciente del Hospital General, lo conocí del servicio de psiquiatría aproximadamente en el año 2005, no lo volví a ver desde el último año porque está siendo tratado por la Dra. María Eugenia Rúa que es la Psiquiatra de la Brigada. Los síntomas que presentaba primero eran dolor en pierna derecha con dificultad para deambular después de habersele aplicado una inyección de Dipirona que cayó directamente sobre el nervio ciático. El dolor lo había presentado después de haber estado en combate. En los meses siguientes Alejandro empezó a

³¹ Folios 165 al 167 del cuaderno principal.

presentar irritabilidad, agresividad e insomnio, que fue tratado con un síndrome de stress postraumático. Posteriormente comenzó a presentar alucinaciones auditivas, delirio de tipo persecutorio, por lo cual fue hospitalizado en varias ocasiones en la unidad de psiquiatría del hospital. El diagnóstico final fue una esquizofrenia Paranoide con un síndrome de stress postraumático. Lo más notorio y más característico era la agresividad dirigida a la esposa y los hijos y contra los funcionarios de la brigada cuando por alguna razón tenía que ir allá. El manejo farmacológico se hizo con medicación antidepresiva, antimicóticos y medicación para disminuir la agresividad e irritabilidad. A lo largo de los meses los síntomas tuvieron periodos de agravación y periodos de mejoría, pero nunca Alejandro llegó a su línea de base (...)"

PREGUNTADO: recuerda usted cuánto tiempo pudo tener el señor Alejandro González Peña desde que se aplicó la inyección

CONTESTÓ: Tres o cuatro meses después.

(...)

PREGUNTADO: podría indicarle al despacho cuáles son las consecuencias precisas que acarean la Esquizofrenia Paranoide que usted señala padece el señor Alejandro González.

CONTESTÓ: La Esquizofrenia Paranoide es una enfermedad de evolución crónica, y se caracteriza por las recaídas y periodos de estabilidad. Es una entidad que requiere tratamiento médico y psiquiátrico constante. La parte física de su problema neurológico que hace relación a la lesión de la pierna también es irreversible y de mal pronóstico porque no va haber recuperación de Alejandro tanto en la parte física como en la parte mental. Su lesión le impide reintegrarse a sus labores como soldado profesional de manera definitiva. Creo que en la actualidad ya fue valorado por medicina laboral del ejército y fue pensionado.

PREGUNTADO: dígame al juzgado si cuando recibió en consulta a Alejandro González pudo hallar el detonante que desembocó este cuadro psiquiátrico en él.

CONTESTÓ: Alejandro es un paciente interesante porque comienza primero con un cuadro físico de dolor en la pierna derecha para calmar un dolor después de un combate en que había participado, y posteriormente en las semanas siguientes comienza a desarrollarse la sintomatología de estrés postraumático cuya causa es el hecho de haberse sometido a una situación en la cual la vida de él y de sus compañeros corría peligro y en los meses siguientes se desarrollaron los síntomas esquizofrénicos. Para resumir, siempre en el estrés postraumático hay un evento en que pone en peligro la vida del paciente o la vida de otros. Así como también ver morir a sus compañeros en el combate. Es una entidad frecuente en el Ejército Nacional y la Policía Nacional.

En este orden, se encuentra acreditado que (i) dicha enfermedad fue presentada al actor con anterioridad a su salida del servicio y (ii) conforme a la última valoración dada por la Junta Laboral Militar mediante Acta No. 16067 del 17 de noviembre de 2006, dicha patología fue catalogada como de origen común. No obstante, dicha calificación, dentro del plenario, tal como en su momento lo puso de presente el Juez de instancia, se evidencia una conducta irregular por parte de la entidad demandada consistente en la omisión de brindar una atención médica oportuna al soldado Alejandro González Peña en atención a la obligación legal que recae sobre la institución de garantizar la vida, integridad y dignidad del personal a su cargo.

Estas irregularidades se evidencian en: (i) las diversas peticiones realizadas por la compañera permanente del soldado profesional Alejandro González Peña, solicitando asignación de citas con la especialidad de psiquiatría,³² y (ii) sentencia de fecha 22 de octubre de 2013 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Neiva-Huila³³ dentro de la acción de tutela instaurada por la señora Deicy Milena Timote Perdomo a nombre de Alejandro González Peña contra el Ejército Nacional por medio de la cual se dispuso: “ *TUTELAR el derecho a la vida y a la salud del señor ALEJANDRO GONZÁLEZ PEÑA, ordenándole al EJÉRCITO NACIONAL, por intermedio de la Dirección de Sanidad que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la presente providencia inicie las gestiones*

³² Folio 30 al 35 del cuaderno principal.

³³ Folios 381 al 385 del cuaderno principal No. 2.

para que a la mayor brevedad, le sean practicados los exámenes y tratamientos, incluidos los psiquiátricos, que requiere, para la recuperación de su salud.

En este orden, la falla del servicio alegada por la parte actora consistente en la omisión de la prestación oportuna del servicio médico asistencial por parte de la demandada se encuentra totalmente demostrada, al punto que para que dicho servicio fuese suministrado, se requirió la intervención de una autoridad judicial que ordenara a la entidad renuente la prestación de dicho servicio de vital importancia para el restablecimiento o mejoramiento de las condiciones de salud del señor Alejandro González Peña. Sobre esta situación debe indicarse que tal como lo expuso en su momento el Juez de instancia, no es posible determinar, puesto que no obra en el plenario un dictamen o concepto médico que indicara que en lo referente al padecimiento de la Esquizofrenia Paranoide que presentó el señor Alejandro González Peña la atención oportuna de la enfermedad generaría como consecuencia un retraso o interrupción del deterioro psicológico que presentaba o en alguna medida los tratamientos que se hubieren suministrado mejorarían en alguna medida su estado de salud, esto en atención a que tal como lo indicó el médico tratante en su testimonio- Dr. **Javier Gómez Cerón**³⁴- Médico Psiquiatra y lo indican las actas de Junta Médica Laboral antes citadas, la Esquizofrenia Paranoide es una de evolución crónica y progresiva.

De los perjuicios

En lo que respecta a los perjuicios ocasionados, se encuentra demostrado que el señor Alejandro González Peña, sufrió una grave disminución de su capacidad laboral toda vez que fue calificado por Acta de Junta Laboral No. 16067 del 17 de noviembre de 2006 con una pérdida de capacidad laboral del 85.5%, lo cual repercute indiscutiblemente en su entorno laboral y social. Por lo que no son de recibo las afirmaciones de la recurrente referentes a la inexistencia de perjuicios. Sin embargo, todos los factores de la pérdida de capacidad laboral del Sr. González Peña no son imputables a la entidad demandada, como se explicará más adelante.

³⁴ Folios 165 al 167 del cuaderno principal.

SIGCMA

De igual manera la Sala observa que la entidad demandada expone en la apelación que “(...) *los daños sufridos por los miembros de la Fuerza Pública como consecuencia de las lesiones que sufren en cumplimiento de sus funciones, la reparación está preestablecida en la ley -indemnización a forfait- y contempla una serie de indemnizaciones y reconocimientos patrimoniales y prestacionales especiales para aquellos casos en que los miembros de tales entidades estatales sufren lesiones o mueren en cumplimiento de su deber o con ocasión del servicio.*” Para la Sala es claro, con fundamento en lo dicho, el desacuerdo de la demandada con la condena al pago de indemnizaciones por fuera de aquellas establecidas para los miembros de la Fuerza Pública.

Al respecto de lo anterior, la Sala debe precisar que el pago de la condena por perjuicios morales, por daño a la salud, así como por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante proceden en tanto que se encuentra plenamente demostrada la falla del servicio que ocasionó la lesión del nervio ciático causando la neuropatía ciática izquierda con atrofia de cuádriceps y pie caído.

Sin embargo, para la Sala obran elementos suficientes que permiten tener certeza que la pérdida de capacidad laboral del Sr. González Peña no es en manera alguna atribuible en su totalidad al evento de la falla del servicio. En efecto, de acuerdo con los elementos probatorios que obran dentro del expediente, es que el diagnóstico de las afecciones que dieron lugar a la determinación de la pérdida de capacidad laboral son principalmente de origen común y no tienen relación alguna con la circunstancia de la falla del servicio.

En efecto, en el Acta de Junta Médica Laboral No. 16067³⁵ del 17 de noviembre de 2006, se establece el diagnóstico de las siguientes lesiones: 1. Esquizofrenia paranoide tratado por psiquiatría quien debe continuar en controles y tratamiento que es clasificada como enfermedad común; 2. Trauma acústico bilateral de 20db, clasificada como enfermedad profesional. 3. Neuropatía, tratada por neurología que deja como secuela: a) lesión nervio ciático con recuperación del 90%, situación que ya indicó la Sala que ocurrió por falla del servicio. 4. Varicocelelectomía izquierda que

³⁵ Ver folios 321, 322 y 323 del cuaderno principal No. 2

deja como secuela: a) dolor residual por vecindad de nervio pudiendo, la cual es clasificada como enfermedad común.

En este punto se hace necesario precisar que de las varias causas que confluieron a la situación de incapacidad del Sr. González Peña, sólo una de ellas tiene origen en la falla del servicio, que es la neuropatía ciática ya que las demás tienen origen común tal como se señala en el Acta de Junta Médica laboral que determinó la pérdida de capacidad laboral en el 85.5%. Las demás afecciones son de origen común (esquizofrenia paranoide y varicocelelectomía) y una es calificada como enfermedad profesional (trauma acústico bilateral).

En este orden de ideas, a juicio de esta Sala, resulta procedente la aplicación de la tesis del a quo en el sentido de hacer concurrente la indemnización por lucro cesante con la pensión de invalidez, dado que se trata de fuentes distintas. Sin embargo, los montos indemnizatorios deben ser modificados ya que las indemnizaciones sólo deben corresponder al daño efectivamente causado. En el caso concreto está demostrado que la pérdida de capacidad laboral del Sr. Alejandro González Peña tiene múltiples causas como ya se explicó. De tales afecciones sólo una es imputable a la entidad demandada a título de falla del servicio, las demás son de origen común o enfermedad profesional, por lo que mal puede condenarse a la entidad a cancelar indemnizaciones por razones que no tienen origen en el daño causado por la entidad.

En razón de lo anterior, la Sala modificará los montos indemnizatorios fijados en primera instancia. En el caso de los perjuicios morales, y a pesar de no contar con un dictamen pericial que determine de manera específica a cuánto corresponde la pérdida de capacidad laboral por causa de la lesión del nervio ciático, ello no será óbice para fijar el monto indemnizatorio tomando como fundamento las pruebas y dando aplicación al principio *arbitrium iudicis*. En el caso concreto, y para efectos de la determinación correspondiente, la Sala – siguiendo la jurisprudencia – debe tomar en consideración, de acuerdo con las pruebas aportadas al proceso, factores tales como: (i) la gravedad de la lesión, que en este caso es del nervio ciático, se trata de una lesión incapacitante; (ii) la edad del afectado cuando ocurrió la falla, que como se demostró era escasamente de 23 años de edad; (iii) el impacto que

tuvo en su salud en general, lo que permite acreditar la extensión del daño; elementos que analizados de manera conjunta permiten llegar a la conclusión que se trató de un daño grave, por lo que los perjuicios morales serán tasados en 80 SMLMV para la víctima directa, su cónyuge, padres e hijo. Para los hermanos del Sr. González Peña los perjuicios morales se estimarán en 40 SMLMV.

Liquidación lucro cesante

El Código Civil en su artículo 1614 ha determinado los perjuicios materiales en dos conceptos, el daño emergente y el lucro cesante, entendido el primero como el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento y el segundo como la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado³⁶ en lo que respecta al lucro cesante ha determinado que el mismo consiste en la ganancia que deja de percibirse, o la expectativa cierta económica de beneficio o provecho que no se realizó como consecuencia del daño.

En este orden, observa la Sala que en lo que concierne al reconocimiento del lucro cesante, dicho concepto le fue reconocido a la parte actora con fundamento en el 85.5% de pérdida de capacidad laboral determinado en el Acta de Junta Médica laboral antes citado. No obstante, como se indicó líneas atrás de las varias causas que confluyeron a la situación de incapacidad del Sr. González Peña, sólo una de ellas tiene origen en la falla del servicio, que es la neuropatía ciática, por lo cual sólo sobre esta situación es factible proceder al reconocimiento de dicho concepto (lucro cesante).

³⁶ Consejo de Estado sala de los Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A, sentencia del 21 de abril de 2016. Exp. 25000-23-25-000-2002-00526-01(1726-08)

Ahora bien, como quiera que en el Acta de Junta Médica Laboral No. 16067³⁷ del 17 de noviembre de 2006, no se estableció de forma discriminada cuál es el porcentaje de incapacidad laboral derivada de la lesión del nervio ciático que padece el actor y ante la imposibilidad de la Sala de determinar el mismo, toda vez que no posee los medios ni el conocimiento necesario para realizar dicho análisis, se procederá a disponer condenar en abstracto el monto referente al concepto lucro cesante que debe ser reconocido al Sr. Alejandro González Peña.

De la procedencia de la condena en abstracto

El artículo 172 del Código Contencioso Administrativo, regula lo referente a la condena en abstracto en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 172. CONDENAS EN ABSTRACTO. Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se harán en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en los artículos 178 del Código Contencioso Administrativo y 137 del Código de Procedimiento Civil.

Cuando la condena se haga en abstracto, se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de aquel o a la fecha de notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación”.

Conforme a la norma citada, la condena en abstracto es procedente en aquellos eventos en los cuales la cuantía del daño no hubiere sido establecida en el proceso, es decir, cuando en el proceso no se cuente con los elementos indispensables para determinar con precisión el valor o estimativo económico de la condena. En este punto es evidente que esta Corporación se distancia de las apreciaciones del a quo, quien acertó en la determinación de la existencia del daño pero no en su cuantificación, dado que fijó un monto indemnizatorio haciendo extensivo el valor de la condena sobre un porcentaje de pérdida de capacidad laboral que no resulta atribuible de manera exclusiva a la lesión del nervio ciático. En razón de lo anterior, resulta procedente modificar el monto indemnizatorio para ajustarlo al valor del daño causado, el cual - como lo sostienen la jurisprudencia y la doctrina – no pueden ser

³⁷ Ver folios 321, 322 y 323 del cuaderno principal No. 2

fuelle de enriquecimiento para ninguna persona. Se indemniza el daño y solo el daño, precisando la Sala que no es del caso acoger la tesis de la entidad apelante que alega la inexistencia del daño, solicitando la revocatoria de la sentencia.

Las pruebas son claras en la demostración de la existencia del daño. Es por eso que, teniendo certeza de la existencia del daño o perjuicio, pero no de su monto, el legislador establece una oportunidad para que la parte interesada realice las actuaciones necesarias para proceder a determinar dicho valor.

Al respecto el Consejo de Estado ha sostenido lo siguiente:

“1.- Sobre la condena en abstracto. Deber del Juez de acatar y concretar la condena dictada.

1.1.- El artículo 172 del Código Contencioso Administrativo³⁸ establece, por vía de excepción, la disposición normativa consistente en la condena en abstracto, a la cual puede recurrir el Juez Administrativo en aquellos eventos en los cuales, pese a conocerse con certeza la causación de un perjuicio –material o inmaterial- a una parte, se carece de la suficiencia probatoria que lleve a determinar la concreta extensión y repercusión patrimonial de la misma, para lo cual se deberán señalar los parámetros a seguir a fin de precisar la condena proferida.

1.2.- Dictada una decisión en tal sentido, que supone aun la indefinición de un extremo del litigio, será preciso que la parte beneficiada adelante el trámite de un incidente ante el *a-quo* a fin de que sea éste quien determine, en concreto, la materialización de la condena *in genere* decretada, para lo cual el legislador ha establecido un término de caducidad de sesenta (60) días contados a partir de la ejecutoria de la decisión o, en su defecto, de la notificación del auto que da cumplimiento a lo resuelto por el superior, según el caso, para adelantar el trámite incidental.

1.3.- En este sentido, el incidente de liquidación de la condena se restringirá a concretar la indemnización de perjuicios decretada con antelación en el proceso judicial; es por ello que supone, únicamente, una discusión probatoria en torno a la magnitud del perjuicio a indemnizar.

1.4.- Así las cosas, se resalta, entonces, la importancia de determinar con precisión los parámetros que debe dictar el Juez fallador a fin de permitir la liquidación de la condena dictada en abstracto. En este sentido, se impone una carga singular de claridad argumentativa, de manera que el razonamiento del Juez en este aspecto no remita a dudas a las partes y al juez que a futuro resolverá la cuestión, lo que se manifiesta, a modo enunciativo, en **i)** la

³⁸ Código Contencioso Administrativo. Artículo 172. Las condenas al pago de frutos, intereses, mejoras, perjuicios y otros semejantes, impuestas en auto o sentencia, cuando su cuantía no hubiere sido establecida en el proceso, se hará en forma genérica, señalando las bases con arreglo a las cuales se hará la liquidación incidental, en los términos previstos en los artículos 178 del Código Contencioso Administrativo y 137 del Código de Procedimiento Civil.

Cuando la condena se haga en abstracto se liquidará por incidente que deberá promover el interesado, mediante escrito que contenga la liquidación motivada y especificada de su cuantía, dentro de los sesenta (60) días siguientes a la ejecutoria de aquel o al de la fecha de la notificación del auto de obediencia al superior, según fuere el caso. Vencido dicho término caducará el derecho y el Juez rechazará de plano la liquidación extemporánea. Dicho auto es susceptible del recurso de apelación.

determinación de cuál es el rubro indemnizatorio a liquidar, **ii)** los supuestos fácticos –expuestos en el litigio- que servirán para obtener la tasación del perjuicio, **iii)** los medios probatorios que considere pertinente que se puedan practicar, con respeto en todo caso de la libertad probatoria que rige, para determinar la magnitud del perjuicio, **iv)** de ser el caso, la exposición de los criterios jurídicos (y de ser el caso jurisprudenciales) que deberá tener en cuenta el Juez al momento de conocer el incidente, y **iv)** por exclusión, y en orden a hacer énfasis en el objeto del incidente, la identificación de aquellos aspectos fácticos o jurídicos que no se deberán considerar en la liquidación.”

Teniendo en cuenta los parámetros legales y jurisprudenciales citados, es necesario especificar que la determinación del perjuicio material en la modalidad de lucro cesante reconocido, se hará mediante la formulación de incidente de regulación de perjuicios, dentro del cual la parte actora deberá allegar al plenario dictamen pericial rendido por Junta de Valoración de Invalidez o por profesional experto (debidamente acreditado) en el cual se indique cuánto representa porcentualmente la lesión del nervio ciático dentro del porcentaje global de pérdida de capacidad laboral determinado al Sr. Alejandro González Peña en el Acta de Junta Médica Laboral No. 16067 del 17 de noviembre de 2006. Con fundamento en lo anterior, y tomando como base el salario que devengaba el Sr. González Peña para la época de los hechos, se procederá a determinar el valor correspondiente al concepto de lucro cesante que debe ser reconocido en su favor, únicamente por el porcentaje de pérdida de capacidad laboral atribuible a la lesión del nervio ciático que sea determinado. Verbigracia, y meramente a título de ejemplo, que la lesión del nervio ciático corresponda a un 37,5% de pérdida total de capacidad laboral, ese y solo ese monto será tomado en consideración para la liquidación del lucro cesante.

Se reitera, el porcentaje se establecerá con base en el dictamen pericial, ya que, se repite nuevamente, el actual dictamen de la Junta Médica Laboral da un porcentaje global de pérdida de capacidad laboral, que es de carácter multifactorial por lo que no puede ser el fundamento para la liquidación del lucro cesante en tanto que se incluirían conceptos a ser indemnizados que no corresponden al daño causado por la falla del servicio.

Finalmente, en lo que respecta a la compatibilidad entre la indemnización *a forfait* y la indemnización por responsabilidad extracontractual del Estado, el Consejo de Estado en diferentes oportunidades ha indicado que las mismas son compatibles,

esto en atención a que dichas indemnizaciones provienen de diferentes fuentes, además se debe dar aplicación al principio de reparación integral del daño.

Indica la máxima Corporación de lo Contencioso Administrativo³⁹ lo siguiente:

“[...] Ahora bien, uno de los principales motivos de apelación del demandante, consiste en la negativa a conceder los perjuicios materiales a la víctima, argumentando que ellos fueron cubiertos con la pensión de invalidez otorgada al soldado Cuellar Penagos.

*Al respecto vale la pena precisar que según la jurisprudencia de esta Corporación, el reconocimiento de la pensión de invalidez, **concedido a los militares bajo el régimen de indemnización preestablecida denominada a forfait, no se excluye con el otorgamiento de una indemnización por daño, teniendo en cuenta que la fuente de las mismas es diferente**⁴⁰.*

En efecto, de acuerdo con la estructura de la responsabilidad en nuestro ordenamiento jurídico, y al tenor de lo dispuesto en las normas del Código Contencioso Administrativo, se debe procurar la reparación integral del daño, sin perjuicio de que en algunas ocasiones la víctima reciba compensaciones de varias fuentes y sea mejorada en su situación patrimonial, pero para que ello ocurra es necesario que la causa o título que justifica tal mejoría tenga su origen en una causa diferente a la indemnización concedida en el proceso de responsabilidad.

De esta manera, procede el reconocimiento de los perjuicios materiales en su modalidad de lucro cesante, para lo cual se tomará como base, la totalidad del salario certificado por la entidad, teniendo en cuenta que la incapacidad dictaminada es del 100% y se le sumará el 25% correspondiente a las prestaciones sociales, para un total de \$478.720 [...]”.

En jurisprudencia reciente indicó⁴¹:

La parte demandada también apeló la condena por concepto de lucro cesante, pues consideró que a los beneficiarios de los señores Eduart Nixon Quilindo Cepeda y Édgar Antonio Montenegro la Policía Nacional les otorgó una pensión de sobrevivientes, motivo por el cual no debían recibir una doble indemnización.

Al proceso no se allegaron copias de los respectivos actos administrativos en los que consten dichos reconocimientos; no obstante, la Sala advierte que estos rubros son compatibles con la indemnización judicial reconocida en este proceso, dado que,

³⁹ . Consejo de Estado Sentencia de unificación de 28 de agosto de 2014 de la Sección Tercera del Consejo de Estado, núm. único de radicación 50001 23 15 000 1999 00326 01

⁴⁰ Sección Tercera, Consejo de Estado, sentencia de julio 11 de 2013, CP. Doctora Olga Mélida Valle de La Hoz, Expediente número único de radicación 28099

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 11 de julio de 2019, exp. 19001-23-31-000-2003-01329-01 y 19001-23-31-000-2003-01383-01 (40122)

de una parte, provienen de causas jurídicas distintas y, de otra, debe darse aplicación al principio de reparación integral del daño, como ya lo ha señalado en casos similares⁴², motivo por el cual no le asiste razón a la apelante cuando acusa una doble indemnización.

Conclusiones

En conclusión, la Sala considera demostrada la falla del servicio que ocasionó un daño al Sr. Alejandro González Peña y demás demandantes por lo que resulta procedente la condena a pagar por los perjuicios morales, el daño a la salud causado y el lucro cesante. Sin embargo, dado que la pérdida de capacidad laboral del Sr. González Peña tiene origen en diferentes factores, de los cuales solo uno le es directamente atribuible a la entidad demandada por falla del servicio – lesión del nervio ciático – y que las demás circunstancias de origen común o enfermedad profesional, no entrañan una falla del servicio, la Sala modificará los montos indemnizatorios de los perjuicios morales, que se estimaron *arbitrium iudicis* y en cuanto al lucro cesante, proferirá condena en abstracto, a efectos de que mediante incidente de liquidación de perjuicios se determine con exactitud el monto de la condena.

COSTAS

La Sala se abstendrá de condenar en costas a la parte vencida, habida consideración que hecha la evaluación que ordena el artículo 171 del CCA, modificado por el Art. 55 de la Ley 446 de 1998, no se encuentra conducta que lo amerite.

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DEL ARCHIPIÉLAGO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

⁴² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 28 de septiembre de 2017, exp. 05001-23-31-000-2006-03413-01(39324).

FALLA

1. **MODIFÍQUESE** la sentencia de fecha 31 de julio de 2017, proferida por el Juzgado Único Administrativo Oral del Circuito de Neiva por las razones expuestas en esta providencia, la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR administrativa y patrimonialmente responsable a la NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-EJÉRCITO NACIONAL, por el daño antijurídico causado a los demandantes, como consecuencia de la lesión ocurrida en el servicio por causa y razón del mismo, por la lesión del nervio ciático causando la neuropatía ciática izquierda con atrofia de cuádriceps y pie caído, de acuerdo a lo consignado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: como consecuencia de la anterior declaración, CONDÉNASE A LA NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJÉRCITO NACIONAL, a pagar a favor de los actores las siguientes sumas, así:

A) Por perjuicios morales:

DEMANDANTE	CUANTÍA EN S.M.M.L.V.
ALEJANDRO GONZÁLEZ PEÑA (víctima directa)	80 SMLMV
DEICY MILENA TIMOTE PERDOMO (cónyuge)	80 SMLMV
CHARLY ALEJANDRO GONZÁLEZ TIMOTE (hijo)	80 SMLMV
ALEJANDRO GONZÁLEZ HERRERA (progenitor)	80 SMLMV
ANA INÉS PEÑA PEÑA (PROGENITORA)	80 SMLMV
FORTUNATO GONZÁLEZ PEÑA (HERMANO DE LA VÍCTIMA DIRECTA)	40 SMLMV
BERBASE GONZÁLEZ PEÑA (hermana de la víctima directa)	40 SMLMV
UBERNEL GONZÁLEZ PEÑA (hermano de la víctima directa)	40 SMLMV

B) Por perjuicios materiales - Lucro cesante

A favor del demandante ALEJANDRO GONZÁLEZ PEÑA, condenar en abstracto, a la suma que se determinará con base en el preciso porcentaje de pérdida de capacidad laboral que se establezca con fundamento en

dictamen rendido por expertos en el que se determine porcentualmente en cuánto incide la pérdida de capacidad laboral de la víctima por la lesión al nervio ciático, de acuerdo con lo indicado en la parte motiva de esta sentencia.

C) Daño a la vida en relación

A favor del demandante ALEJANDRO GONZÁLEZ PEÑA cincuenta (50) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2. **Confirmar** la sentencia apelada en todo lo demás.
3. No hay lugar a condena en costas en esta instancia
4. La condena se cumplirá en los términos de los artículos 176 a 178 del Código Contencioso Administrativo.
5. Por Secretaría devuélvase el expediente al Tribunal Contencioso Administrativo del Huila. Desanótese en los libros correspondientes y archívese una copia de esta providencia en los copiadores de este Tribunal.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NOEMI CARREÑO CORPUS

JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ

Expediente: 41-001-23-31-000-2006-00105-01
Demandante: Alejandro González Peña y otros
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

(Las anteriores firmas hacen parte del proceso con radicado No. 41-001-23-31-000-2006-00105-01)

Firmado Por:

Noemi Carreño Corpus

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 003 Administrativa

Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Jesus Guillermo Guerrero Gonzalez

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 001 Administrativa

Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Jose Maria Mow Herrera

Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

Contencioso 002 Administrativa

Tribunal Administrativo De San Andres - San Andres

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Expediente: 41-001-23-31-000-2006-00105-01
Demandante: Alejandro González Peña y otros
Demandado: Nación-Ministerio de Defensa Nacional-Ejército Nacional
Acción: Reparación Directa

SIGCMA

Código de verificación:

b72f3530179a29bb1ebb28540eee1896f66a967942edb9321e0a7e22b80c2fa4

Documento generado en 15/12/2021 03:56:25 PM

Valide este documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>